

JEAN VAN RYN

*Professeur à l'Université libre de Bruxelles
Avocat à la Cour de cassation*

PRINCIPES
DE
DROIT
COMMERCIAL

TOME PREMIER

B R U X E L L E S

ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT
Société anonyme d'éditions juridiques et scientifiques

67, RUE DE LA RÉGENCE

1 9 5 4

LB5 919/669



ERRATUM.

A la page 443 :

12^e, 13^e, 14^e, 15^e et 16^e lignes, les numéros cités doivent être respectivement lus comme suit :

710 au lieu de 703;

711 » » » 704;

712 » » » 705;

713 » » » 706;

714 » » » 707.

*A la mémoire de mon
ami Jules Bloch*



OUVRAGES CITÉS

SEULEMENT PAR LE NOM DE L'AUTEUR

- FREDERICQ (L.), *Traité de droit commercial belge*, 10 volumes.
RESTEAU (CH.), *Traité des sociétés anonymes*, 2^e édition, 5 volumes.
WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés commerciales*, 6^e édition.
RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit commercial*.
ESCARRA (J.), *Manuel de droit commercial*, 2 volumes.
PIC ET KRÉHER, *Des Sociétés commerciales*, 3^e édition.
THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e édition, revue par
J. Percerou, 2 volumes.

INDEX DES ABRÉVIATIONS

- art. = article.
cf. = *confer*.
Code civ. = Code civil.
Code comm. = Code de commerce.
Code pén. = Code pénal.
Code proc. civ. = Code de procédure civile.
Comm. ... = Jugement du tribunal de commerce de ...
ibid. = *ibidem*.
litt. = *littera*.
loc. cit. = *loco citato*.
op. cit. = *opus citato*.
p. = page.
t. = tome.
v^o = *verbo*.
v^o cit^o = *verbo citato*.
Ann. dr. et sc. polit. = Annales de droit et de sciences politiques.
Ann. propr. ind. = Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire.
B. J. = La Belgique Judiciaire.

- Bull. de la jurispr. immob.* = Bulletin de la jurisprudence immobilière et de la construction.
- DALLOZ, Chron. = Dalloz, Chroniques.
- D. C.* = Dalloz critique.
- D. H.* = Dalloz hebdomadaire.
- D. J.* = Dalloz hebdomadaire, jurisprudence.
- D. P.* = Dalloz périodique.
- Gaz. Pal.* = Gazette du Palais.
- Ing.-Cons.* = Revue du droit intellectuel, L'Ingénieur-Conseil.
- J. C. P.* = Juris-Classeur périodique.
- J. J. P.* = Journal des Juges de paix.
- Journ. prat. dr. fisc.* = Journal pratique de droit fiscal et financier.
- Journ. soc.* = Journal des sociétés.
- J. T.* = Journal des Tribunaux.
- Jur. com. Brux.* = Jurisprudence commerciale de Bruxelles.
- Jur. com. Fl.* = Jurisprudence commerciale des Flandres.
- Jur. Liège.* = Jurisprudence de la cour de Liège.
- P. A.* ou *J. P. A.* = Jurisprudence du port d'Anvers.
- Pas.* = Pasicrisie belge.
- P. P.* = Pandectes périodiques.
- Rec. jur. dr. adm.* = Recueil de jurisprudence du droit administratif et du Conseil d'Etat.
- Rép. prat. dr. belge.* = Répertoire pratique du droit belge.
- Rev. crit. jur. belge.* = Revue critique de jurisprudence belge.
- Rev. doctr. et jur. col.* = Revue de doctrine et de jurisprudence coloniales et financières.
- Rev. dr. pén.* = Revue de droit pénal et de criminologie.
- Rev. faill.* = Revue des faillites.
- Rev. gén. ass. resp.* = Revue générale des assurances et des responsabilités.
- Rev. Inst. Sociologie* = Revue de l'Institut de Sociologie.
- Rev. jur. fisc. fin.* = Revue juridique fiscale et financière.
- Rev. prat. not.* = Revue pratique du notariat belge.
- Rev. prat. soc.* = Revue pratique des sociétés.
- Rev. trim. dr. civ.* = Revue trimestrielle de droit civil.
- Rev. trim. dr. comm.* = Revue trimestrielle de droit commercial.
- R. W.* = Rechtskundig Weekblad.
- Sem. Jur., J.* = Semaine juridique, jurisprudence.
- Sirey* = Recueil de Sirey.

INTRODUCTION



CHAPITRE PREMIER.

DÉFINITION, DOMAINE ET CARACTÈRES DU DROIT COMMERCIAL.

SECTION I^{re}. — NOTION ET DOMAINE DU DROIT COMMERCIAL.

1. Définition : droit économique. — L'expression « droit commercial » est traditionnelle, mais elle est devenue singulièrement impropre aujourd'hui. On entend par là l'ensemble des règles de droit qui, dans un pays déterminé, traduisent en termes juridiques l'armature et les mécanismes de l'activité économique.

Ainsi compris, le droit commercial occupe une position intermédiaire entre le droit privé et le droit public ; son domaine empiète aussi, dans une mesure variable, sur ceux du droit pénal, du droit administratif et du droit de la procédure.

S'il est encore appelé droit « commercial », c'est en souvenir de l'époque lointaine où l'activité économique se réduisait pratiquement au négoce, au commerce des marchandises. Comme on l'a fait observer fort justement, il y aurait avantage à remplacer cette qualification désuète par celle de « droit économique » (1), car l'emploi persistant de l'expression ancienne n'est pas sans inconvénient. Il risque de faire perdre de vue l'autonomie permanente de la discipline elle-même, en dépit de l'évolution rapide et profonde de notre régime économique et social. Il entretient aussi l'illusion de l'« absorption » du droit commercial par le droit public et par le droit administratif, — alors qu'il s'agit, au contraire, d'un développement nouveau et d'une transformation du droit économique lui-même.

(1) M. FREDERICQ souligne également que l'évolution actuelle paraît tendre vers l'« absorption du droit commercial par un droit aux contours plus vastes, le droit économique » (*Traité*, t. I^{er}, n° 2, *in fine*) ; cf. G. LYON-CAEN, « Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial », *Rev. trim. dr. comm.*, 1949, p. 583.

2. Domaine virtuel du droit commercial. — Quel est le domaine du droit commercial ?

Pour répondre à cette question, une distinction s'impose entre ce que l'on peut appeler le domaine virtuel du droit commercial et son domaine formel, tel qu'il est délimité par le droit positif.

Le domaine *virtuel* du droit commercial est déterminé par son objet : il doit comprendre toutes les règles qui répondent aux besoins propres de l'activité économique. Il englobe donc — outre le commerce proprement dit et l'industrie — la production elle-même, dans la mesure où les règles ordinaires du droit privé ne lui suffisent pas (ce qui est le cas pour les entreprises minières et pour les grandes entreprises agricoles, notamment). Il est susceptible de régir aussi — dans la même mesure — le travail indépendant des artisans.

Le domaine virtuel du droit commercial correspond, en somme, à celui de l'économie politique — que les auteurs classiques définissent l'étude « de l'activité de l'homme appliquée à la production, à l'appropriation et à la consommation des richesses » (1), ou encore l'étude « des lois générales qui déterminent l'activité et l'efficacité des efforts humains pour la production et la jouissance des biens que la nature n'accorde pas spontanément à l'homme » (2). Le « commerce », au contraire, n'est que « le dernier anneau de la chaîne de la production, comprise au sens large » (3).

Il y a cependant deux ordres d'activités qui, tout en se rattachant à la vie économique, échappent à l'emprise du droit commercial et ne paraissent pas devoir jamais s'y trouver complètement englobées. Ce sont, d'une part, les professions libérales, d'autre part, les activités « subordonnées » de ceux qui ne participent à la vie économique que sous la direction d'autrui et en exécution d'un contrat de louage de services.

Cette double exclusion se justifie très logiquement. Les professions libérales sont soumises à des règles déontologiques incompatibles avec les techniques propres à la pratique des affaires et avec l'organisation

(1) L. SAY et J. CHAILLEY, *Nouveau dictionnaire d'économie politique*.

(2) P. LEROY-BEAULIEU, *Traité théorique et pratique d'économie politique*, 4^e éd., t. I^{er}, p. 13. L'auteur précise plus loin que les lois économiques concernent aussi la circulation, la distribution et la consommation de ces biens : *op. cit.*, p. 14.

(3) LAUFENBURGER, *Le commerce et l'organisation des marchés* (*Traité d'économie politique*, sous la direction de H. TRUCHY), p. 9.

des entreprises économiques. Leur exercice ne peut pas, comme l'activité des chefs d'entreprises, être inspirée uniquement par le souci du rendement le meilleur. Ces règles, qui dérivent d'une tradition souvent fort ancienne, sont socialement utiles : elles sont de nature à maintenir l'autorité morale, l'indépendance et le crédit personnel dont doivent jouir ceux qui se consacrent à ces activités, pour qu'ils puissent remplir leur fonction dans la société (1).

Quant aux employés et aux ouvriers, leur exclusion du secteur commercial — au point de vue juridique — s'explique par une raison analogue : les règles propres à la technique des affaires leur demeurent étrangères. Mais cette situation pourrait se modifier profondément, si le personnel de l'entreprise se voyait reconnaître un rôle agissant dans le fonctionnement de celle-ci.

3. Domaine formel du droit commercial. — Le domaine *formel* du droit commercial, qui devrait logiquement correspondre à l'ensemble des règles décrites ci-dessus, est cependant, en droit positif, beaucoup plus limité — et ce pour des raisons d'ordre historique ou traditionnel qui se comprennent aisément.

Les différents secteurs du droit commercial moderne, en effet, se sont développés d'une manière empirique, parallèlement à l'activité économique elle-même. A son premier stade — celui du « droit des marchands » — le droit commercial ne régissait que les opérations sur marchandises (au comptant et, plus tard, à terme), certains instruments de paiement et de crédit, ainsi que la liquidation du passif des commerçants défallants. Très tôt s'y sont jointes les institutions si originales auxquelles donna naissance le commerce maritime et dont l'une — l'assurance — a pris ultérieurement un développement extraordinaire, au point de déborder largement le cadre du droit commercial *sensu lato*.

Le développement de l'industrie et l'épanouissement du régime capitaliste, au XIX^e siècle, ont donné au droit commercial un élan d'une ampleur exceptionnelle par la création d'innombrables entreprises sous la forme de sociétés, par la multiplication et la complexité de plus en plus grande des opérations de banque, de crédit et de finance, par la multiplication des opérations de bourse et des marchés à terme.

Si le droit commercial a pu ainsi annexer à son domaine des territoires nouveaux et importants, il n'a cependant pas réussi à y inclure tous les secteurs de la vie économique. Par la force

(1) Cf. J. SAVATIER, *La profession libérale*, Paris, 1947, p. 360 et suivantes.

de la tradition, il est resté le droit privé des marchands, auxquels on a ajouté toutefois aujourd'hui certaines entreprises industrielles, les banquiers, les financiers, ainsi que les activités accessoires du négoce. Mais les activités relatives à la production (les entreprises minières et les entreprises agricoles, notamment), les opérations immobilières, les activités artisanales, les entreprises économiques auxquelles participent les pouvoirs publics, restent en dehors du domaine formel du droit commercial. Cette limitation arbitraire entraîne des conséquences fâcheuses et est une source inévitable de confusions.

D'autres disciplines juridiques — le droit public et le droit administratif notamment — ont au contraire accru leur domaine en y adjoignant certains secteurs de l'activité économique — et ce n'est pas toujours sans inconvénient. Certaines branches nouvelles, enfin, se sont constituées en disciplines indépendantes : droit industriel, droit social, assurances.

Bien que cette répartition des matières soit purement empirique, il serait impossible de l'ignorer complètement. Pour des raisons pratiques — et, notamment, pour éviter de donner à ce Traité des dimensions excessives — il nous a paru opportun de respecter en principe le cadre traditionnel dans lequel est aujourd'hui enfermé le « droit économique », — mais sans nous interdire, toutefois, d'empiéter à l'occasion, et même assez largement, sur le domaine formel des disciplines voisines, dans la mesure où une étude scientifique complète du « droit commercial » moderne — *sensu lato* — paraîtra l'exiger.

SECTION II. — AUTONOMIE ET TENDANCES PERMANENTES DU DROIT COMMERCIAL.

4. Unité et autonomie du droit commercial. — Si l'on ne considère que le domaine reconnu au droit commercial par la législation actuelle, on cherchera vainement à le présenter suivant un plan rationnel ou même à dégager les caractères communs des règles disparates qui le composent. Les efforts de la doctrine pour y parvenir ont toujours échoué.

Si l'on reconnaît, au contraire, que le droit « commercial » est, en réalité, le « droit des affaires » ou, mieux encore, le droit des activités économiques, on met en évidence le seul principe

d'unité qui permette de justifier le groupement en une seule discipline de ces règles diverses. Du même coup, on dégage l'idée qui permettra, à l'occasion de développements ultérieurs ou lors d'un regroupement plus judicieux des matières juridiques, de donner au « droit économique » la configuration et l'étendue qu'il devrait avoir.

Est-ce bien utile, alors que d'excellents auteurs prédisent l'élimination progressive du droit commercial traditionnel, au profit du droit public et administratif, d'une part, du droit social, d'autre part, — le résidu qui en subsisterait étant absorbé par le droit civil, devenu le « droit privé » (1)?

Nous le pensons, car cette opinion pessimiste au sujet de l'avenir du droit commercial repose, à notre avis, sur la méconnaissance de ce que l'on pourrait appeler les « constantes » de ce droit (2).

5. Constantes du droit commercial. — Le droit qui régit les activités économiques est essentiellement mouvant, mais, à toute époque et en tous lieux, il se « polarise », en quelque sorte, autour de trois tendances entre lesquelles il oscille constamment, suivant l'évolution du milieu social : contractuelle, statutaire, institutionnelle.

A toute époque, et dans toute société évoluée, le droit de l'économie porte l'empreinte, dans une proportion qui peut varier très largement, de ces trois tendances.

Il comprend toujours un secteur « contractuel » : les règles applicables aux opérations commerciales nouées volontairement, par l'accord des parties intéressées (ventes, marchés, louages d'ouvrages ou de services, prêts, mandats, courtage, commission, etc.).

Mais le droit de l'économie est nécessairement aussi, pour une partie, un droit statutaire ou professionnel. Les activités économiques ne peuvent se dérouler que dans un « cadre » ; leur exercice est soumis à certaines conditions et entraîne cer-

(1) Voy. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, n^{os} 12 et 13.

(2) Voy., en faveur de l'autonomie nécessaire du droit commercial : HAMEL, *Etudes offertes à G. Ripert*, t. II, « Droit civil et droit commercial en 1950 ». VIVANTE, tout d'abord partisan de la suppression du droit commercial en tant que droit distinct, enseigne au contraire, dans les nouvelles éditions de son *Traité*, que c'est le droit commercial qui doit attirer à soi tout le droit privé, en devenir le noyau, — le droit civil étant réduit à un rôle accessoire, voire même entièrement absorbé.

taines conséquences. Les unes et les autres sont déterminées par des règles auxquelles s'attache, par leur nature même, un caractère impératif. Elles tendent à assurer la sécurité des transactions économiques (ce que l'on appelle parfois la police du commerce), ou la protection du public; elles pourront même, en régime d'économie dirigée, constituer une pièce essentielle de la politique sociale du pays.

Le droit économique comprend enfin — et c'est, sans aucun doute, son élément le plus important et le plus original — toutes les « institutions », nées de la pratique des affaires et qui sont les instruments indispensables de la vie économique moderne. L'institution n'est, à vrai dire, que la traduction juridique, sous la forme d'un ensemble de règles, légales ou extralégales, de ces instruments eux-mêmes.

Les multiples agencements — les « mécanismes », suivant l'expression de M. Ripert — que la pratique des affaires a fait imaginer, en vue des buts les plus divers, constituent — si l'on veut reprendre la terminologie d'Hauriou — soit des institutions-choses (titres à ordre et au porteur, par exemple), soit des institutions « incorporées » trouvant leur fondement dans un groupe social (sociétés commerciales), dans l'affectation d'un patrimoine ou d'un ensemble de biens à des fins déterminées (fonds de commerce), ou dans l'un et l'autre (masse faillie).

6. Permanence de ces tendances. — Aucune de ces tendances n'est jamais complètement éliminée — car elles répondent toutes trois à des exigences permanentes, intrinsèques, de l'activité économique. Celle-ci implique la succession rapide et l'exécution expéditive d'opérations nombreuses, pour lesquelles la technique ordinaire des obligations conventionnelles ne suffit pas toujours. Elle exige, d'autre part, un cadre permanent, une discipline, une organisation — dont l'esprit, l'étendue et la rigueur peuvent grandement varier, mais qui doivent toujours exister, car la liberté absolue dans l'ordre économique ne serait que l'anarchie, conduirait aux pires désastres — et n'a d'ailleurs jamais existé nulle part (1). Il lui faut enfin nécessairement — et c'est de plus en plus indispensable, à mesure que s'accroît

(1) Sur l'idée de l'« économie dirigée » dans le passé, voy. BROCARD, *Conditions générales de l'activité économique*, p. 377 et suivantes.

la complexité de notre civilisation matérielle — ces « mécanismes », ces instruments ingénieux qui permettent, notamment, de drainer les capitaux, de les faire circuler, de multiplier les moyens de paiement, d'échafauder des entreprises immenses et d'en assurer le fonctionnement.

Que l'on ne puisse se passer de ces instruments — quel que soit le régime politique ou social de chaque pays — cela va de soi, car ils sont liés à la civilisation matérielle de notre temps, non aux régimes politiques. Leur agencement et leurs conditions d'application, seules, subiront l'influence du milieu.

La permanence de la tendance contractuelle et de la tendance statutaire n'est pas moins certaine. On en trouverait de multiples preuves dans l'histoire des régimes juridiques modernes. Nous n'en citerons que deux — les plus frappantes : jamais, même au temps du « libéralisme économique » le plus absolu — c'est-à-dire pendant le cours du XIX^e siècle — l'on n'a pu se dispenser d'imposer des obligations professionnelles aux commerçants, ni de réglementer l'exercice de l'activité économique, tout au moins dans certains secteurs. En revanche, même en Russie soviétique, sous un régime d'économie dirigée et planifiée, les « contrats commerciaux » continuent à jouer un rôle essentiel (1).

7. Originalité du droit commercial. — Les constantes du droit économique ne permettent pas seulement de maintenir l'unité et la cohésion de ce droit, en dépit des variations de son contenu ; elles donnent aussi le moyen d'éviter la transposition arbitraire, en droit commercial, des méthodes d'interprétation et des techniques propres au droit civil. Nous reviendrons sur ce point en examinant d'une manière plus approfondie la nature et le rôle des institutions commerciales.

Elles permettent aussi de corriger l'affirmation, maintes fois répétée, que le droit commercial est un droit « dépendant du droit civil » : ce n'est vrai que pour cette partie du droit commercial — dont l'importance varie et, à notre époque, tend à décroître — qui se rattache à la tendance contractuelle. Après avoir affirmé, en termes généraux, la subordination du droit commercial au droit civil (2), les auteurs ont tout naturellement appliqué aux

(1) Voy. R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2^e éd., n^{os} 63 à 65.

(2) Voy. un exemple récent : G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*,

institutions commerciales, avec une apparence de justification, les procédés techniques du droit civil lui-même.

Un danger du même genre menace aujourd'hui le droit commercial du côté du droit administratif. Le phénomène le plus remarquable de l'évolution actuelle est, en effet, l'intervention grandissante des pouvoirs publics dans l'activité économique et l'apparition d'entreprises d'un genre nouveau, beaucoup plus rigides, plus réglementées, inspirées d'un esprit souvent fort différent de l'esprit de compétition des entreprises traditionnelles. Mais cette transformation, si profonde soit-elle, n'empêche pas que les activités *économiques* continuent d'avoir besoin de leur régime propre : les entreprises économiques, quel que soit leur vêtement juridique, ne pourraient pas sans danger être traitées comme de simples personnes de droit public. Pour garder leur vitalité, elles doivent conserver une autonomie relative et fonctionner suivant les techniques et les méthodes propres à la vie des affaires (1).

7bis. Situation actuelle. — Nous assistons sans aucun doute, depuis la première guerre mondiale, à une évolution profonde du droit « commercial » — contre-coup inévitable des transformations de la société moderne elle-même : une oscillation de plus en plus ample le déplace du « pôle » contractuel vers les pôles statutaire et institutionnel. Voir dans ce phénomène le signe d'un déclin du droit commercial, ou le symptôme de son absorption prochaine par d'autres branches du droit, c'est se méprendre sur sa véritable fonction et sur ses constantes. Il n'est question ni d'une élimination, ni d'une décadence du droit commercial, ni surtout de la disparition de ses caractères propres. Il s'agit seulement d'une transformation interne. Pour y voir autre chose, il faut identifier arbitrairement le droit commercial, considéré en tant que discipline autonome, avec le droit d'une époque, éphémère comme l'époque elle-même (2).

1948, n° 13 : « Le droit commercial n'est que la réunion des exceptions apportées aux règles du droit civil dans l'intérêt du commerce ». C'est là, à notre avis, une définition aussi inexacte que pernicieuse. Voy. dans le même sens que M. Ripert : note J. LIMPENS, *Rev. crit. jur. belge*, 1950, p. 116.

(1) En réalité, c'est la cloison étanche entre le droit privé et le droit public qui tend à disparaître : cf. J. RIVERO, « Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif », *Archives de philosophie du droit*, 1952, p. 164 et suiv.

(2) Aussi nous serait-il difficile de nous rallier à l'opinion exprimée par M. G. LYON-CAEN (*op. cit.*, *Rev. trim. dr. comm.*, 1949, p. 583) selon laquelle le

SECTION III. — LES NOTIONS TRADITIONNELLES :
COMMERÇANT, ACTE DE COMMERCE, BUT DE LUCRE.

8. Caractère suranné des notions du commerçant et de l'acte de commerce. — L'exposé qui précède montre que le domaine du droit commercial ne peut plus, aujourd'hui, être déterminé à l'aide des notions traditionnelles du « commerçant » ou de l'« acte de commerce ». Elles sont l'une et l'autre le produit de l'histoire, mais leur rôle à notre époque ne peut plus être que fort modeste.

Autrefois, le droit commercial était principalement un droit professionnel — applicable à une catégorie spéciale de personnes : pour décider si les règles du *jus mercatorum* étaient applicables, c'était à la qualité propre de l'individu mis en cause qu'il fallait se référer. Cela est resté vrai aujourd'hui, mais seulement pour le secteur « statutaire » du droit commercial : obligations professionnelles, possibilité d'une déclaration de faillite, participation à l'élection ou au fonctionnement des juridictions et des organismes commerciaux (tribunaux, chambres de commerce, etc.) (1). En dehors de ce secteur, la notion du « commerçant » ne joue plus aucun rôle — sous réserve de l'observation que nous ferons ci-après à propos des « actes de commerce ». Il va de soi, en particulier, que les institutions commerciales ne sont nullement soumises à des règles différentes selon la qualité ou la profession des personnes qui y adhèrent ou qui les utilisent.

L'importance restreinte de la notion traditionnelle du commerçant est même de plus en plus réduite, car cette notion tend à se fragmenter et à se diversifier ou, au contraire, à se perdre dans des notions plus larges. Les réglementations nouvelles se spécialisent, elles s'appliquent souvent à certaines branches de l'économie, c'est-à-dire seulement à certaines catégories de commerçants. Parfois, au contraire, les artisans sont englobés avec

droit commercial serait « le droit des institutions spécifiques du régime économique dit capitaliste ». Voy., au contraire (dans notre sens) : C. KATZAROV, « L'Etat commerçant et les nationalisations », *Rev. trim. dr. comm.*, 1950, p. 31 et 34.

(1) À ce point de vue, la détermination générale de la compétence des tribunaux de commerce par la nature de l'obligation, et non par la qualité de la personne, apparaît comme une anomalie.

les commerçants dans une réglementation unique (concurrence illicite, par exemple).

La notion vétuste du « commerçant » paraît devoir céder bientôt la place à celles, bien plus réelles et efficaces, de l'« institution commerciale », de l'« entreprise » et du « chef d'entreprise ». Nous aurons maintes fois l'occasion d'y revenir. Il nous suffit, pour l'instant, de souligner le caractère inadéquat de la conception, dite « subjective », du droit commercial, qui prétend ramener tout ce droit à une simple réglementation professionnelle.

La notion de l'« acte de commerce » s'explique aussi par l'histoire. Elle ne fut, à l'origine, qu'un artifice destiné à étendre, par le jeu d'une fiction, la compétence de la juridiction consulaire à des personnes qui n'étaient pas membres de la corporation des marchands (1). L'Ordonnance de 1673, en l'adoptant, ne prétendait également ne l'utiliser que pour la détermination de la compétence des juges consulaires (2). Et il n'est pas certain — contrairement à une opinion souvent défendue jadis — que les auteurs du Code de commerce de 1807 aient entendu lui donner une portée plus grande (3).

9. La conception objective du droit commercial. — Les auteurs classiques ont cru néanmoins pouvoir échafauder sur cette notion une « conception objective » du droit commercial qui, d'après eux, aurait été adoptée par le législateur de 1807 comme une conséquence logique de la suppression des corporations. Dans ce système, le droit commercial serait l'ensemble des règles applicables à une catégorie d'actes juridiques. L'énumération faite par la loi (Code de 1807, art. 632 et 633) prend alors une valeur considérable, puisqu'elle délimite le domaine du droit commercial tout entier.

Aussitôt se posa la question de savoir si cette énumération était limitative ou simplement exemplative. Les commentateurs du Code de 1807, — dont l'opinion fut consacrée par le législateur belge en 1872, — s'étaient prononcés en faveur du caractère

(1) Voy., sur ce point, les commentaires intéressants d'ESCARRA, *Principes*, t. I^{er}, n° 8, et de VIVANTE, *Traité de droit commercial*, 3^e éd., t. I^{er}, p. 8.

(2) Non seulement en vue de l'étendre, comme il est dit ci-dessus, mais aussi pour la restreindre, même entre marchands, aux seuls « faits de commerce », et maintenir de la sorte, pour le surplus, la compétence des juridictions de droit commun (cf. ESCARRA, *Principes*, t. I^{er}, n° 84).

(3) Voy. sur ce point : RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 8.

limitatif, ce qui donnait au cadre du droit commercial une rigidité telle que son domaine ne pouvait plus, pratiquement, être étendu — sauf par une intervention nouvelle du législateur.

Les juristes ont fait de multiples efforts pour dégager les caractères communs à tous les actes hétéroclites placés pêle-mêle, par le législateur, dans la liste des « actes de commerce ». L'échec fut complet : aucun des critères proposés n'a résisté à l'examen (1). Mais une idée générale, dégagée à cette occasion, s'est cependant maintenue : l'intention lucrative, dit-on souvent, est essentielle pour qu'un acte soit commercial : la recherche du « bénéfice » est, en quelque sorte l'« âme » du commerce : voy., notamment : cass., 25 février 1935, *Pas.*, 1935, I, 170.

10. Critique. — Cette conception du droit commercial nous paraît à la fois inexacte en son principe et stérilisante par les conclusions auxquelles elle a conduit.

Inexacte, parce que la notion de l'« acte de commerce » n'a aucune consistance réelle et que, dès lors, la conception « objective » du droit commercial est elle-même sans valeur logique (2). Les articles 2 et 3 du Code de commerce énumèrent, sans les distinguer, des contrats qui sont couramment conclus par des personnes étrangères au commerce (achats pour revendre, par exemple), des activités qui constituent de véritables professions, ou qui font l'objet d'« entreprises », des « actes » qui sont, en réalité, les instruments de l'activité économique moderne (effets de commerce), et, enfin, des actes qui ne sont commerciaux qu'en raison de la qualité de leur auteur.

Cette accumulation hétéroclite est, à la rigueur, admissible si son seul but est de déterminer la compétence d'une juridiction d'exception comme celle des tribunaux de commerce. Mais il serait vain d'y chercher un fondement solide pour déterminer le domaine du droit commercial. Sans doute, tous les « actes de commerce » énumérés par la loi sont-ils régis par le droit commercial ; mais ce droit s'étend bien au delà, ainsi que nous l'avons vu. Prétendre le contraire serait ignorer le secteur « statutaire » du droit commercial — partiellement organisé, d'ailleurs, par le Code de commerce de 1807, comme par la loi belge du

(1) Voy. RIPERT, *op. cit.*, n° 134.

(2) En ce sens : RIPERT, *op. cit.*, n° 7.

15 décembre 1872. Ce serait ignorer aussi les institutions commerciales importantes et nombreuses qui se sont développées en dehors du cadre étroit et arbitraire des « actes » que la loi « répute actes de commerce ».

A la vérité, les rédacteurs du Code de 1807 paraissent être demeurés étrangers à l'une et à l'autre des conceptions que nous venons d'analyser. Et les auteurs de la loi belge du 15 décembre 1872 ne s'en sont pas souciés davantage : leur préoccupation a été seulement de compléter la liste des « actes de commerce » en tenant compte du développement des activités industrielles pendant les trois premiers quarts du XIX^e siècle, et de lui donner désormais un caractère nettement limitatif.

Il serait erroné, dès lors, de prétendre que le droit commercial n'est que le régime juridique applicable aux « actes réputés commerciaux par la loi ».

11. La théorie classique du but de lucre. — Critique. — L'idée du « but de lucre », d'autre part, — retenue comme le critère fondamental pour déceler le caractère commercial d'un acte ou d'une opération, — devrait, à notre avis, être abandonnée, à ce point de vue tout au moins. Elle est, tout d'abord, difficile à préciser, si l'on prétend la donner pour la pierre de touche du « commercial » : le but de lucre existe-t-il, notamment, lorsque l'auteur de l'acte avait, dès l'origine, l'intention de ne point conserver pour lui-même le bénéfice qui serait obtenu ?

D'autre part, l'on est obligé d'apporter à cette prétendue « règle d'or » des exceptions tellement importantes qu'elles ruinent le principe lui-même : il y a, dit-on, des actes commerciaux « par leur forme », indépendamment de l'intention qu'a pu avoir leur auteur ; en outre, les actes de commerce accessoires, ou par relation, conservent leur caractère, dit-on, même s'ils ne tendent pas à la réalisation d'un bénéfice.

Mais la conséquence la plus grave de la théorie classique, c'est qu'elle exclut *a priori* du domaine du droit commercial toutes les activités économiques exercées par les pouvoirs publics, par des organismes qui en dépendent ou qui sont sous leur contrôle. Or, l'intervention des pouvoirs publics dans l'activité économique devient de plus en plus fréquente ; l'importance vitale de certaines entreprises, la circonstance qu'elles constituent, en fait, un monopole, ou encore des raisons politiques, font souvent juger néces-

saire de les placer en dehors du domaine de la libre initiative privée, et de transformer un secteur plus ou moins vaste de l'activité économique en un *service public* de nature commerciale (1).

Selon la théorie classique, ces entreprises échappent entièrement et nécessairement au droit commercial : la mission de l'Etat, des provinces et des communes est de servir l'intérêt général, dit-on ; dès lors, leurs actes ne peuvent avoir pour but la réalisation d'un bénéfice ; ils ne sauraient donc être considérés comme des actes de commerce et être soumis au régime du droit commercial.

Cette thèse juridique étriquée est tellement en opposition avec la réalité, que la loi elle-même a dû réagir contre elle : de nombreuses dispositions, dans les lois et arrêtés qui régissent les services publics ou les établissements publics dont l'activité est principalement économique, placent expressément ces organismes dans le secteur du droit commercial, en « réputant » commerciaux leurs engagements. Voilà donc des actes de commerce *ex lege*, dépourvus cependant de cette « intention lucrative » qui est l'« âme » du commerce, d'après la doctrine classique.

Cette réaction en quelque sorte instinctive du législateur contre une opinion doctrinale rétrograde, démontre que le problème tout entier devrait être repensé.

L'intervention des pouvoirs publics dans l'exploitation d'une entreprise de nature économique n'a nullement pour conséquence que celle-ci échappe au « droit économique ». Ce serait un non-sens, puisque ce droit exprime précisément les exigences propres aux entreprises de cette nature. En réalité, les entreprises qu'exploitent les pouvoirs publics prennent un caractère mixte : dans une mesure variable selon les cas, elles sont soumises aux règles générales des services publics ; mais leur « exploitation » proprement dite (leur comptabilité notamment), et leurs relations avec le public, demeurent, en principe, régies par le droit économique — c'est-à-dire, pour conserver la terminologie traditionnelle, par le droit commercial (2).

(1) Chose remarquable, en Belgique, l'entreprise des transports par chemin de fer — d'une importance essentielle pour la collectivité nationale — a été soustraite à la libre initiative privée au milieu du XIX^e siècle, en pleine période de « libéralisme » économique.

(2) C'est ce que perdent de vue, à notre avis, les auteurs qui veulent confondre ces entreprises avec les autres établissements publics, ou qui les qualifient « asso-

12. Rôle du but de lucre dans le droit commercial contemporain. — L'intention de réaliser un bénéfice doit, à notre avis, être retenue sur un autre plan, où sa fonction est d'ailleurs importante : elle est le critère, non point de l'« acte de commerce » au sens absolu, — notion sans valeur scientifique, — mais de la *profession commerciale*, d'une part, et, d'autre part, de l'*organisation commerciale* d'une entreprise.

Ainsi s'explique que les activités économiques exercées par les pouvoirs publics ou par les organismes qui en dépendent, puissent rentrer dans le domaine du droit commercial : il en sera ainsi lorsque ces activités prennent la forme d'entreprises conçues sur des bases commerciales — c'est-à-dire avec l'intention d'obtenir des recettes supérieures aux dépenses (1). Peu importe que l'Etat lui-même, ou l'établissement public qui gère l'« entreprise », n'ait point pour fonction ni pour but principal la réalisation de bénéfices. Cette circonstance empêche seulement — ce qui va de soi — que l'Etat lui-même devienne commerçant (2).

Ainsi s'explique également qu'en Russie soviétique, par exemple, où la direction de la vie économique rentre dans les fonctions de l'Etat, la production industrielle est assurée par des « entreprises » groupées en « trusts » (doués les uns et les autres de la personnalité juridique et jouissant de l'autonomie comptable), organisés « sur des bases commerciales » (appelées à présent le « calcul économique »), ce qui implique que leur rendement soit bénéficiaire, autant que le permet le respect du Plan imposé par l'Etat (3).

Bien que la recherche du bénéfice ne soit pas, dans ces organismes, le « régulateur » de l'entreprise, elle n'en commande pas moins le fonctionnement de l'institution : celle-ci doit assurer la conservation de son capital propre, dresser un bilan annuel ; ses bénéfices reçoivent diverses affectations.

ciations de droit public » (cf. WIGNY, *Droit administratif*, nos 23 et 24). On aggrave l'erreur, selon nous, en prétendant assujettir toutes ces entreprises au contrôle de la Cour des comptes (*ibid.*, n° 57, E) ou en voulant éliminer complètement le caractère contractuel de leurs rapports avec le public (*ibid.*, p. 156 et 157). Il est certain qu'on ne peut assimiler ces entreprises aux personnes publiques proprement dites (voy. le régime de ces dernières : *ibid.*, nos 58 et suiv.).

(1) Les entreprises publiques doivent respecter le principe de l'équilibre de l'exploitation : cf. DESAZARS de MONTGAILHARD, « Les caractères de l'entreprise publique », *Droit social*, 1949, p. 8.

(2) Voy. KATZAROV, *op. cit.*, p. 33.

(3) Voy. DE SIGALAS, *Le statut des entreprises gouvernementales en U. R. S. S.*, Paris, 1936 ; R. MOSSÉ, *L'économie collectiviste*, Paris, 1939.

L'on voit clairement, dans ce cas extrême, que l'« intention de réaliser un bénéfice » n'a d'importance, au point de vue juridique, que parce qu'elle postule une certaine organisation rationnelle, nécessaire pour assurer à l'entreprise un rendement favorable, c'est-à-dire un fonctionnement sain (sans perte de substance). L'activité économique moderne est d'ailleurs caractérisée par des méthodes bien plus que par un but déterminé (1).

La recherche systématique du profit est, sans aucun doute, le moteur principal de l'activité économique dans un régime capitaliste pur — encore que, dans les grandes entreprises, la « volonté de puissance » soit souvent un mobile d'action plus déterminant que l'appât du gain. Mais on ne pourrait assurément en conclure, d'une manière absolue, que l'activité économique ne peut se concevoir, si elle n'est pas dirigée vers ce seul but. Dans notre régime actuel, de nombreuses entreprises économiques sont déjà organisées en vue de satisfaire l'intérêt général; le profit n'y joue d'autre rôle que d'en mieux assurer le fonctionnement — en concrétisant la nécessité d'équilibrer les recettes et les dépenses; il est parfois utilisé aussi pour stimuler le zèle du personnel ou l'empressement des bailleurs de fonds; mais sa recherche n'est assurément plus la raison d'être de ces entreprises. Il permet cependant de les distinguer des « services publics » du type classique et des institutions de bienfaisance ou qui ne poursuivent pas de fins matérielles.

Au surplus, les économistes eux-mêmes abandonnent l'idée traditionnelle que l'intention de réaliser un bénéfice serait de l'essence du commerce. « Prétendre que le profit ou même la simple intention de le réaliser est la caractéristique du commerce, serait exclure tout le secteur du commerce coopératif, et le commerce par les collectivités publiques », écrit M. Laufenburger (2).

L'esprit de lucre n'est donc plus le mobile essentiel de l'activité économique. On ne peut plus le considérer aujourd'hui comme l'« âme » du droit commercial.

(1) Voy. R. HOUIN, « La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial », *Archives de philosophie du droit*, 1952, p. 100.

(2) LAUFENBURGER, *op. cit.*, p. 9. — Voy., au point de vue juridique, l'analyse subtile faite par M. P. DEMEURE (note dans *Rev. crit. jur. belge*, 1948, p. 26 et suiv.), qui le conduit à conclure (n° 8) que ce n'est pas « le côté lucratif » de l'activité qu'il faut considérer, mais plutôt « sa matière et sa forme ». Ces conclusions, sur un plan quelque peu différent, rejoignent les nôtres.

CHAPITRE II.

SOURCES DU DROIT COMMERCIAL.

13. Sources formelles et sources réelles. — Les institutions commerciales. — Avant d'indiquer les sources du droit commercial, il convient de préciser ce que l'on entend par cette expression.

Si l'on prétend ne s'attacher qu'aux sources « directes » ou « formelles », si l'on recherche seulement quelle est l'autorité qualifiée pour formuler les règles juridiques et en imposer l'observation (1), on devra nécessairement constater que, tout comme le droit civil, le droit commercial n'a d'autre source que la loi écrite (au sens large du terme) et la coutume.

Mais « les sources formelles ne sont que des organes d'expression du Droit. Celui-ci est constitué, sous le rapport de sa substance, par les données des sources réelles » (2).

C'est presque un truisme, à notre époque, de dire que tout le droit n'est pas dans la loi (même si on y ajoute la « coutume », source formelle pratiquement peu importante aujourd'hui). La loi et la coutume se bornent à enregistrer et à traduire en règles formelles « les mouvements du Droit dans le milieu social, sans être donc elles-mêmes, à proprement parler, des sources du Droit. C'est du milieu social que sort le Droit, et c'est, par conséquent, le milieu social qui est *la seule source du Droit* » (3).

Cette constatation — résultat le plus tangible du mouvement scientifique si fécond dont l'œuvre de Gény a, en quelque sorte, marqué le point culminant — est d'une importance toute particulière en droit commercial, puisqu'il est unanimement reconnu que, dans ce domaine, un grand nombre de règles ne sont pas exprimées par la loi écrite.

(1) RIBERT, *Traité élémentaire de droit civil de M. Planiol*, 4^e éd., t. I^{er}, n^o 108.

(2) BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, 3^e éd., n^o 139. « Si l'on veut analyser une règle de droit », dit encore le même auteur (n^o 168), « il faut essentiellement distinguer la substance dont elle est faite et la forme qu'elle revêt pour s'imposer ».

(3) G. CORNIL, *Le droit privé*, p. 49.

Mais les auteurs se bornent généralement, après cette constatation, à ajouter que ces règles « non légales » sont des règles « coutumières ».

Il est cependant impossible de comprendre comment les données immédiates et mouvantes de la vie des affaires pourraient être considérées comme revêtues d'une autorité impérative par cette source formelle du droit que constitue la coutume, c'est-à-dire la répétition traditionnelle d'une pratique et la « conscience » de son caractère obligatoire (*opinio necessitatis*). De nombreuses pratiques commerciales, en effet, naissent et varient constamment, selon les nécessités : une loi fiscale, la dépréciation d'une monnaie, une guerre, des modifications douanières, peuvent suffire à la modifier instantanément. Comment pourrait-on voir là du droit coutumier ?

On reconnaît d'ailleurs aujourd'hui que tout le droit *non écrit* n'est pas dans la coutume (cf. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, t. I^{er}, n^o 110).

Si l'on veut saisir les règles de droit telles qu'elles se dégagent du milieu social, du « donné », on constate immédiatement qu'elles se cristallisent toujours autour de « situations » déterminées, si bien que ce que l'on dégage, à l'analyse, ce sont des faisceaux de règles, des ensembles, des systèmes, — ce que l'on appelle parfois, dans le domaine économique, des « mécanismes ». Ces systèmes de règles constituent, en somme, des « institutions » — au sens le plus large de l'expression : cf. BONNECASE, *op. cit.*, n^{os} 62 et 63 (1).

Les institutions sont parfois « enregistrées » par la loi ; cette consécration les transpose sur le plan des règles de droit directement formulées par l'autorité ; le *contrat* est l'exemple le plus remarquable de cette transposition. Mais elle n'a pas toujours

(1) Comp. aussi le passage remarquable de Jhering, cité par BONNECASE : « Les règles de droit se déduisent par voie d'abstraction de l'examen des relations de la vie ; elles sont faites pour en exprimer et en fixer la nature intime. Il faut souvent le concours de plusieurs de ces règles pour établir la forme juridique d'une seule relation de la vie ; elles trouvent alors dans ce but commun leur point de réunion ; elles l'entourent comme les muscles entourent les os. La relation de la vie ainsi traduite en forme juridique peut être à son tour dans un rapport de dépendance envers une autre relation avec laquelle elle est connexe... De cette manière, les divers rapports juridiques de la vie, qui comme tels peuvent être l'objet d'un examen séparé, se réunissent autour de quelques grandes unités systématiques : les institutions juridiques, qui, pour employer un langage figuré, nous représentent l'ossature du droit à laquelle se rattache sa substance entière composée des règles du droit... Ces institutions naissent, meurent, agissent, entrent en conflit les unes avec les autres ; elles ont leurs missions et leurs buts ; pour les réaliser, elles ont leurs forces et leurs qualités particulières. Je les appellerais volontiers, pour conserver dans l'esprit du lecteur l'idée de leur existence et de leur vie, des êtres juridiques si cette expression ne paraissait pas trop recherchée ; je dirai de préférence, que ce sont des corps juridiques, par opposition à la simple substance ou à la matière juridique » (JHERING, *De l'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduction Meulenaere, 4 vol., 1880, t. I^{er}, p. 36 et 37 ; t. III, p. 51).

lieu, et beaucoup d'institutions, surtout dans le domaine économique, restent de simples « données » de la vie des affaires. Leur existence ou, plus exactement, leur autonomie et leur originalité sont souvent méconnues, parce que l'on s'est toujours efforcé, sous l'influence des conceptions traditionnelles, d'expliquer la force obligatoire de ces « mécanismes » — en l'absence de disposition légale — par des conventions tacites. C'est là un procédé rudimentaire, qui méconnaît la réalité des choses, et conduit à des constructions juridiques déformantes ou inadéquates.

Mieux vaut admettre ouvertement que « le droit positif connaît et sanctionne des obligations qui ne dérivent pas des prescriptions légales et que les efforts les plus savants ne sont pas parvenus à rattacher à la technique contractuelle. On est ainsi réduit à reconnaître qu'il existe en fait, dans le droit positif, des institutions qui constituent une *source autonome d'obligations* » (1).

SECTION I^{re}. — SOURCES FORMELLES.

14. 1^o Code de commerce et lois particulières (2). — Le droit commercial écrit n'a pas fait l'objet d'une codification complète. En dehors du Code de commerce proprement dit, et de quelques dispositions encore en vigueur de l'ancien droit et du droit révolutionnaire (dont la plus importante est la loi du 2-17 mars 1791 sur la liberté du commerce et de l'industrie), il existe un grand nombre de lois indépendantes que le législateur n'a pas incorporées au Code de commerce : citons, au hasard, la loi du 18 novembre 1862 sur les warrants, la loi du 20 juin 1873 sur les chèques, la loi du 10 juillet 1877 sur les protêts, l'arrêté du 23 décembre 1934 relatif à la concurrence illicite, la loi du 5 mai 1936 sur l'affrètement fluvial, la loi du 1^{er} avril 1879 sur les marques de fabrique, la loi du 30 mai 1924 sur le registre

(1) Note J. BLOCH, *Rev. Inst. Sociologie*, 1939, p. 850, à laquelle nous empruntons une grande partie des développements qui suivent. Encore est-il essentiel de préciser, comme le fait J. Bloch lui-même (p. 856, note 1), qu'il ne faut reconnaître le caractère institutionnel qu'aux normes dont l'existence est antérieure à l'intervention du législateur et n'est pas le simple effet du concours de volontés qui constitue le contrat. Toute conception plus large risquerait de frapper de stérilité la notion elle-même.

(2) Sur l'histoire des sources, voy. RIPERT, *Traité élém. de dr. comm.*, n^{os} 15 à 25.

du commerce, la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce, les arrêtés relatifs aux marchés à terme (15 octobre 1934 et 30 novembre 1939).

Le Code de commerce, mis en vigueur à compter du 1^{er} janvier 1808, était, de l'avis unanime, une œuvre médiocre ; il forme un contraste pénible avec la brillante construction du Code civil. Alors que ce dernier consacrait, en des formules souvent saisissantes, le droit nouveau issu de la Révolution, le Code de commerce, conçu en quatre livres selon un plan peu méthodique, ne faisait que reprendre la plupart des dispositions des Ordonnances de 1673 et de 1681 sur le commerce de terre et la marine, et des règlements postérieurs ; ses rédacteurs avaient cru faire un grand pas en avant en tenant compte du projet de revision des anciennes ordonnances rédigé à partir de 1778 sous l'impulsion de Miromesnil.

En réalité, ces dispositions anciennes, auxquelles les rédacteurs avaient changé peu de chose, répondaient à une conception du commerce qui allait bientôt tomber dans l'oubli. Le Code de 1808 a vieilli presque immédiatement ; c'était, ainsi qu'on l'a dit, un code de boutiquiers, sans utilité pour les grandes entreprises qui commençaient à naître et qui allaient prendre un si prodigieux développement. Aussi fallut-il bientôt l'amender et le compléter.

Les remaniements du Code de commerce ont commencé en Belgique par la loi du 18 avril 1851 sur la faillite. Ils n'ont pas cessé depuis lors, si bien qu'aujourd'hui toutes les parties du Code ont été refondues, et qu'il ne subsiste plus, du texte originaire, que les titres : le Code de 1808 n'est donc plus qu'un squelette (1).

Certaines lois nouvelles ont été insérées dans le Code sous les rubriques de celui-ci, en remplacement du texte primitif. En général, les numéros des articles ne sont pas conservés ; ils le sont toutefois pour le livre III (Des faillites, banqueroutes et sursis) et à quelques autres endroits du Code. Au livre II (De la navigation maritime et de la navigation intérieure), un avis officiel publié au *Moniteur* du 25 septembre 1908 a introduit une numérotation spéciale de 1 à 279. Dans le livre I^{er}, le chaos est complet : les premiers articles sont conservés ; il y a ensuite une lacune (les articles 26 à 63 manquent) ; pour le titre V (Des bourses de commerce,

(1) Les seules dispositions demeurées sans changement sont les articles 642 et 644, qui se bornent à renvoyer au Code de procédure civile.

agents de change et courtiers), l'on a repris la numérotation ancienne depuis l'article 64 jusqu'à l'article 116. Les titres suivants sont formés de lois distinctes, dont les articles, bien que placés sous les rubriques anciennes ou sous des rubriques additionnelles, ont tous leur numérotation propre.

Cette absence de méthode et d'esprit de suite est évidemment déplorable et achève de donner au droit commercial écrit, déjà éparpillé en de multiples lois sans lien entre elles, un caractère incohérent et disparate.

15. 2° Réglementations professionnelles. — Le droit commercial écrit n'est pas tout entier dans les lois et les arrêtés royaux. Un pouvoir réglementaire limité à des secteurs déterminés de l'économie est reconnu à divers organismes doués de la personnalité juridique ; leur mission est de tracer le cadre dans lequel se dérouleront certaines opérations commerciales et d'exercer un contrôle sur elles ; leurs règlements doivent parfois être soumis à l'approbation du Roi. Citons les Commissions des Bourses de marchandises et de fonds publics ; la Commission bancaire (qui constitue un établissement public).

Les groupements professionnels de producteurs ou de distributeurs peuvent rendre obligatoires certaines réglementations économiques arrêtées par eux, mais seulement avec le concours du pouvoir exécutif (arrêté royal n° 62 du 13 janvier 1935) ; ils ne jouissent donc d'aucun pouvoir propre.

16. 3° Droit civil. — On dit souvent que le droit commercial est seulement un droit d'exception par rapport au droit civil, qui constitue le droit privé par excellence.

Ce n'est pas exact : le droit civil et le droit commercial ont des domaines distincts. Ils ont aussi, il est vrai, un domaine partiellement commun : celui des contrats ; dans ce secteur — mais dans ce secteur seul — on peut admettre le recours au droit civil, lorsque ni la loi commerciale ni les usages commerciaux ne fournissent la solution recherchée (cf. Code civ., art. 1107).

17. 4° La coutume ou les usages de droit. — Les règles de droit tirant leur force d'une coutume véritable sont devenues extrêmement rares depuis la Révolution de 1789 : voy. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, t. I^{er}, n^{os} 111 et 116. Les conditions de la formation d'une coutume (l'usage immémorial et le « sentiment de nécessité juridique » : cf. GÉNY, *op. cit.*, n^o 119) se rencontrent rarement dans la vie économique : l'évolution des procédés techniques et des formes y est aujourd'hui trop rapide pour que l'on puisse assister à l'élaboration de règles de droit

objectif proprement coutumières ; l'intervention de la loi écrite, de plus en plus fréquente et minutieuse, s'y oppose également.

Il existe cependant des règles, relativement anciennes, qui constituent un véritable droit coutumier commercial. Elles consacrent parfois des solutions différentes de celles que prévoit le Code civil : telle est la règle de la solidarité présumée entre débiteurs contractuels (à l'encontre de l'article 1202 du Code civil), celle de la mise en demeure sans formalité (et non par sommation ou acte équivalent, comme le prévoit l'article 1139 du Code civil). L'inexécution des conventions entraîne parfois des conséquences différentes de celles prévues, en droit civil, par les articles 1144 et 1184. La tenue des livres de commerce improprement dénommés « facultatifs » et les règles de la comptabilité commerciale sont aussi du droit coutumier.

Ces règles coutumières ne tirent pas leur force obligatoire de la simple volonté tacite des intéressés ; aussi les appelle-t-on souvent, pour cette raison, les usages de droit, par opposition aux usages conventionnels, dont la portée est beaucoup plus limitée.

18. Rapports entre les usages de droit et la loi. — La coutume peut suppléer la loi. La question de savoir si elle peut la supprimer est vivement controversée (voy., sur l'abolition de la loi par la désuétude, c'est-à-dire par le « non-usage » : GÉNY, *op. cit.*, t. I^{er}, n^o 129). Peut-elle la contredire ? La réponse est certainement négative s'il s'agit d'une loi impérative dont la sphère d'application coïncide avec celle de la règle coutumière ; elle est plus discutée dans les autres cas ; elle s'impose, en toute hypothèse, si une loi *ultérieure* — même sans caractère impératif — consacre une solution contraire à la solution coutumière antérieure : la loi nouvelle abroge ainsi — au besoin tacitement — la coutume.

Quelques observations compléteront utilement ce bref rappel des principes :

1^o Si la loi qui promulgue le Code civil (loi du 30 ventôse an XII, art. 7) abolit expressément toutes les coutumes antérieures, la loi du 15 septembre 1807, qui a mis en vigueur le Code de commerce, n'a abrogé formellement que les anciennes *lois* : le silence gardé intentionnellement à l'égard des coutumes permet d'affirmer qu'en matière commerciale les coutumes anciennes ne sont abolies que si elles sont tacitement abrogées par leur contradiction avec les dispositions du Code de commerce ou des lois postérieures : cf. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, t. I^{er}, p. 389 ;

2^o Lorsqu'un conflit oppose une règle coutumière à une loi impérative, il convient de rechercher avec attention s'il y a coïncidence entre leurs domaines d'application. C'est en s'inspirant de cette idée que l'on a pu poser en principe que la coutume *commerciale* l'emporte sur la loi

civile, même si celle-ci est impérative, à moins qu'elle ne soit fondée sur une exigence d'ordre social supérieur : GÉNY, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 430. Ainsi se justifie l'anatocisme admis en matière de compte courant en dehors des conditions prescrites par l'article 1154 du Code civil : cf. GÉNY, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 413 ; RIPERT, n^o 46 ;

3^o La preuve d'un usage de droit ne doit pas être rapportée par les parties : le juge doit le connaître aussi bien que la loi elle-même : RIPERT, n^o 48. Mais la violation d'un tel usage ne donne pas ouverture à cassation — la loi du 25 février 1925 exigeant que le pourvoi invoque la violation d'une disposition *légale* (art. 9) ; voy. pour la critique de cette conception étriquée du rôle de la Cour de cassation : GÉNY, *Méthode d'interprétation*, t. II, n^o 178.

19. 5^o Les usages conventionnels. — Il s'agit de certaines pratiques, en général locales ou professionnelles, habituellement suivies, et que l'on sous-entend dans les actes juridiques, pour interpréter ou compléter la volonté des parties ou celle de l'auteur de l'acte : GÉNY, *Méthode d'interprétation*, t. I^{er}, n^o 130. La distinction, proposée par M. Gény, entre ces usages conventionnels (ou « de fait ») et la coutume ou les usages « de droit », est généralement admise aujourd'hui : comp. ESCARRA, *Principes*, t. I^{er}, nos 32 et suiv. ; *Manuel*, t. I^{er}, nos 70 à 73 ; RIPERT, nos 47 et 48.

Les usages conventionnels tirent leur force de l'autonomie de la volonté, comme les contrats : ils « suggèrent une intention non exprimée ». Leur rôle est important en matière commerciale : on suppléera, dans les contrats commerciaux, les obligations résultant de l'usage, à moins que les parties ne les aient écartées, soit expressément, soit tacitement (en adoptant des règles différentes).

Par opposition avec les règles coutumières, les usages conventionnels doivent être prouvés, si leur existence est contestée : la preuve se fera par témoins ou, plus généralement, par la production d'un « parère », c'est-à-dire d'un certificat délivré par des entreprises commerciales notables ou par un groupement professionnel. Ils ne peuvent jamais faire échec à la loi lorsque celle-ci est impérative ; mais ils l'emporteront sur la loi supplétive (ce dernier point est controversé : voy. ESCARRA, *Manuel*, t. I^{er}, n^o 73 ; GÉNY, *Méthode d'interprétation*, t. I^{er}, p. 426 et 427). La violation d'un usage conventionnel par le juge ne peut jamais donner ouverture à cassation.

20. Les codifications privées. — Les usages conventionnels sont souvent « codifiés » par des groupements professionnels. L'exemple le plus ancien et le plus remarquable est celui de la police d'assurance maritime d'Anvers, dont les clauses, arrêtées en 1859 et complétées en 1900, régissent encore aujourd'hui la plupart des opérations d'assurance maritime conclues à Anvers. Lorsqu'il s'agit d'opérations relevant du commerce international (chartes-parties, ventes à l'exportation), la codification prend elle-même un caractère international : tel est le cas pour les Règles d'York et d'Anvers sur les avaries communes (élaborées par l'International Law Association), pour les Conditions de la vente *cif* arrêtées à Varsovie, pour les contrats de la London Corn Trade Association (qui servent de cadre à la plupart des marchés portant sur des céréales), pour les divers modèles de chartes-parties auxquels les conventions particulières se bornent à renvoyer, pour les conditions de remorquage.

Ces codifications peuvent transformer progressivement les usages conventionnels en usages de droit (sur cette évolution, voy. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, t. I^{er}, p. 431) : les dispositions supplétives de la loi maritime relatives au contrat d'assurance (art. 194 à 250) sont ainsi remplacées, en pratique, par celles de la Police d'Anvers de 1859.

L'action concertée des groupements professionnels permet parfois aussi l'élaboration, par la voie d'une codification privée, d'un régime-type pour une opération déterminée, issue de la pratique des affaires : telles sont les Règles et usances en matière de crédits documentaires, élaborées par la Chambre de commerce internationale. L'initiative privée supplée ainsi à la carence du législateur, lorsqu'il apparaît nécessaire, pour mettre fin à des incertitudes, de donner des contours précis à une institution née de la pratique et entrée dans les mœurs commerciales.

SECTION II. — LES INSTITUTIONS COMMERCIALES.

21. Notion générale de l'institution juridique (1). — Le mot institution possède deux acceptions distinctes, qu'il importe de ne pas confondre, bien qu'elles ne soient pas sans parenté.

L'institution est tout d'abord un *ensemble de règles, légales ou extralégales*, auxquelles se soumettent les personnes dont l'activité se déroule dans un secteur déterminé (comp. la définition d'HAURIOU, *Principes*, p. 126 : « toute organisation créée par la coutume ou la loi positive », et celle de BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, 3^e éd., n^o 62 : un composé de règles de droit constituant un tout organique, embrassant une série indéfinie de relations qui dérivent toutes d'un fait unique fonda-

(1) Les développements qui suivent sont empruntés, en grande partie, à la note de J. BLOCH, publiée dans la *Revue de l'Institut de sociologie*, 1939, p. 850.

mental). Exemple d'institution légale : la lettre de change, qui crée pour les divers souscripteurs des obligations envers des tiers avec lesquels ils n'ont aucun rapport contractuel. Exemple d'institution extralégale : les multiples titres d'ordre ou au porteur créés en marge de la législation positive.

L'institution est ensuite une *organisation permanente* qui s'oriente vers l'individualité vivante et tend à la personnalité morale (HAURIOU, *ibid.*; sur la distinction entre les institutions-personnes et les institutions-choses, voy. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, t. IV, p. 2 et suiv.). C'est le service public, la société ou l'association (personnalisée ou non), l'entreprise. Elle trouve son fondement réel soit dans un groupe social, soit dans l'affectation d'un patrimoine à des fins déterminées (fonds de commerce), soit dans les deux (masse faillie). Elle ressortit soit au droit administratif (service public), soit au droit privé (entreprise), et peut évoluer de l'un à l'autre (entreprises nationalisées, services publics à caractère commercial ou économique). La personnalité ne doit lui être reconnue que si elle est appelée, par sa fonction normale, à exercer une action extérieure, à entrer dans des rapports de droit avec les tiers. Il lui faut alors des organes capables de l'engager et un patrimoine; la société de capitaux est dans ce cas, mais l'entreprise — entité plus large, qui groupe en son sein des intérêts divergents — ne peut pas accéder à la personnalité juridique dans l'état actuel des choses (comp. HAMEL, « Les groupements et la personnalité morale », *Dalloz*, Chron., 1949, p. 141).

Les institutions de cette deuxième catégorie sont nombreuses et importantes en droit commercial. Mais les institutions de la première catégorie (institutions simples ou institutions-choses) le sont aussi, et c'est sur elles qu'il convient d'insister en étudiant les sources de ce droit.

Comme on l'a dit maintes fois, le droit écrit, en tant qu'il concerne l'activité économique, est perpétuellement en retard sur l'évolution naturelle des choses. Les institutions se forment et évoluent spontanément et ne sont consacrées qu'après coup par la règle écrite, d'ailleurs bientôt dépassée : le droit commercial est ainsi infiniment plus vivant que le droit civil, et, par conséquent, d'autant plus intéressant au point de vue sociologique, puisque l'on peut souvent y surprendre la règle durant son élabo-

ration, débarrassée par suite de l'élément d'arbitraire qu'apporte le législateur en la formulant.

22. Application en droit commercial. — Le droit commercial fourmille d'exemples d'institutions — au sens premier — dont beaucoup sont d'ailleurs consacrées par le droit écrit.

On reconnaît notamment la présence d'une institution chaque fois qu'une règle s'impose à des tiers par le fait de leur adhésion à une pratique, ou de leur entrée dans une sphère déterminée, sans que l'obligation qui en découle résulte pour eux d'une convention. C'est une erreur, en effet, de croire que le droit commercial soit essentiellement contractuel : la vie des affaires exige, à tout instant, l'adhésion à des pratiques diverses susceptibles de créer des droits ou des obligations envers des tiers non contractants.

Le seul fait d'adhérer à la pratique de la lettre de change, par exemple, crée pour chaque signataire des obligations envers des tiers inconnus. Toutes les tentatives de trouver une explication juridique de ce mécanisme dans le cadre contractuel (mandat, délégation, stipulation pour autrui) ont échoué. Sans doute, aujourd'hui, puisque ces règles découlent de la loi écrite, peut-on expliquer le phénomène par la volonté du législateur. Mais l'explication ne vaut pas pour les titres à ordre ou au porteur dont la circulation n'est organisée par aucune loi.

Ce sont toujours, il est vrai, les intéressés eux-mêmes qui, par un acte de volonté unilatéral, sollicitent ou acceptent l'application des règles groupées dans l'institution. Mais ce n'est pas cette déclaration unilatérale de volonté qui engendre elle-même les effets juridiques qui en résultent. La déclaration unilatérale de volonté, en effet, ne peut être une source d'obligation sans qu'un élément extrinsèque à la volonté individuelle garantisse le sérieux et l'utilité sociale de l'engagement (1). Cet élément est fourni par les règles de l'institution, à laquelle on adhère en remplissant, par exemple, certaines formalités. Nous en rencontrerons de nombreux exemples : souscription à la fondation d'une société anonyme, engagements cambiaires, ouverture d'un crédit documentaire irrévocable. L'adhésion donnée par certains

(1) Cf. GÂNY, *Méthode d'interprétation*, t. II, n° 172bis.

permet parfois même à l'institution de produire des effets à l'égard d'autres intéressés (concordat judiciaire ou après faillite).

23. Rôle de la jurisprudence et de la doctrine. — Théoriquement, on pourrait concevoir que les institutions nées de la pratique des affaires reçoivent la consécration de la loi ou deviennent, à la longue, du droit coutumier.

Pratiquement, c'est souvent impossible. La technique de l'élaboration des lois est lente et difficile ; le mouvement législatif est inévitablement en retard par rapport à des institutions sans cesse en voie d'évolution, de renouvellement, de transformation. Bien souvent d'ailleurs, c'est sur le plan international que l'institution devrait être réglementée. Même lorsque le législateur est intervenu pour donner l'« estampille », en quelque sorte, à une institution commerciale (la lettre de change, par exemple), encore l'institution échappe-t-elle, pour son évolution ultérieure, à l'emprise légale. La constitution d'une coutume, d'autre part, requiert un temps plus prolongé encore, et, nous l'avons vu, les conditions nécessaires pour qu'elle puisse se former sont rarement réunies.

C'est à la doctrine et surtout à la jurisprudence qu'il appartient de dégager du donné social les institutions qui s'y sont plus ou moins confusément organisées, et d'en définir les effets (1), — sans que, d'ailleurs, ni l'une ni l'autre ne soient des sources *formelles* du droit. Leur rôle est non seulement d'interpréter la loi, mais aussi de servir d'« expression, à défaut de loi, à la fonction permanente des sources juridiques réelles » (2). Ce rôle, dont elles s'acquittent d'une manière satisfaisante, dispense le législateur, dans bien des cas, d'une intervention qui risquerait d'être moins nuancée et d'enserrer la pratique dans un moule trop rigide. Aussi peut-on dire que si cette intervention ne se produit pas plus souvent, c'est parce qu'elle n'est guère souhaitée.

Pour *interpréter* les règles de nature institutionnelle, pour en déterminer la portée et les effets, il faut recourir, non pas à la recherche d'une intention subjective comme dans les contrats, mais à l'analyse du « donné » social, économique ou historique, de l'origine et du but de l'institution.

(1) GÉNY, *Science et technique*, t. IV, n^{os} 277 et 278.

(2) BONNECASE, *op. cit.*, n^o 118.

SECTION III. — HIÉRARCHIE DES SOURCES.

24. Résumé. — Les développements qui précèdent nous permettent de préciser l'ordre dans lequel il convient de recourir aux diverses sources du droit commercial :

1^o Les dispositions d'ordre public de la loi commerciale et celles qui ont le même caractère en droit civil, mais ces dernières seraient primées éventuellement par l'usage commercial, à moins qu'il ne s'agisse d'une disposition fondée sur une exigence sociale d'ordre supérieur (voy. *supra*, n^o 18) ;

2^o Les usages de droit et les institutions commerciales ;

3^o La convention des parties ;

4^o Les usages conventionnels, en donnant la préférence à l'usage local ou spécial par rapport à l'usage général ;

5^o Les lois commerciales ;

6^o Les lois civiles (dans la matière des obligations et des conventions).

CHAPITRE III.

LA TECHNIQUE JURIDIQUE EN DROIT COMMERCIAL.

25. Tendance à l'« objectivation » des obligations. — Ses raisons. — Les procédés techniques employés dans l'élaboration du droit commercial sont imposés par les caractères propres des opérations commerciales et des obligations qui en résultent : l'activité commerciale comporte la répétition d'opérations nombreuses, standardisées, qui se succèdent à un rythme rapide et doivent se liquider d'une façon sûre, sans difficulté et sans retard. D'autre part, l'« obligation » — lien de droit, au sens premier — est économiquement une *valeur* qui doit pouvoir circuler et servir de base au crédit.

Pour répondre à ces exigences de la vie des affaires, on ne peut se contenter du simple mécanisme contractuel — aux ressorts trop cachés, puisqu'il tire son efficacité d'une donnée psychologique (la volonté *réelle* des parties) qu'il est parfois délicat de déceler. La sécurité et la rapidité doivent ici l'emporter sur le respect de l'intention personnelle.

La tendance du droit commercial, sous l'influence de ces nécessités, est d'« objectiver » les obligations, de déterminer leur contenu et leur régime par référence à des critères objectifs, extérieurs à la volonté de celui qui s'est obligé.

26. Les procédés techniques d'objectivation. — Cette tendance se traduit par l'utilisation de procédés techniques dont l'emploi, à vrai dire, n'est pas limité au droit commercial, mais dont le rôle est prédominant dans ce droit, qui souvent leur a donné naissance :

1° Une technique de transfert des obligations : c'est la théorie des titres négociables, — institution originale, née de la pratique des affaires. Les obligations constatées par ces titres sont des obligations abstraites, valables indépendamment de leur cause ; leur contenu dépasse souvent les effets qui dériveraient de la simple volonté autonome de l'obligé (principe de l'inopposabilité des exceptions). Elles prennent naissance par une simple déclaration de volonté, faite dans certaines formes déterminées. Les droits corrélatifs sont transférables par des procédés expéditifs,

qui se ramènent au transfert du titre lui-même : ce sont des *valeurs en circulation*. Toute tentative pour les réduire à de simples obligations conventionnelles, au sens classique de l'expression en droit civil, est nécessairement vouée à l'échec ;

2^o Une technique de simplification, qui permet de grouper et de synthétiser, dans un but donné, un nombre élevé d'opérations plus ou moins complexes et de les soumettre à un régime unique : c'est le *compte*, — instrument technique original, qui mérite une étude particulière (voy. ci-après, n^o 27) ;

3^o Une technique permettant la constitution de « patrimoines » distincts — autres que ceux des personnes physiques. Elle répond tantôt au besoin de sécurité dans les affaires, tantôt à la nécessité d'assurer la permanence d'organismes commerciaux.

a) Formation de patrimoines d'affectation : elle permet de retenir certains droits et obligations, détachés de la personne du créancier et du débiteur, pour les grouper en un ensemble distinct, soumis à un régime propre : masse faillie ; masse de liquidation ; masse abandonnée aux créanciers par le propriétaire d'un navire ; sociétés commerciales de personnes (1). Il s'agit, en général, d'ensembles de biens et de droits affectés au règlement de certains créanciers ; il faut leur donner un minimum de solidité. Les droits qui y sont groupés sont, dans une certaine mesure, objectivés : ainsi, le patrimoine de la masse, en cas de faillite, diffère sensiblement de celui du failli, et les débiteurs peuvent devoir à la masse plus qu'ils ne l'ont voulu.

b) Formation d'un patrimoine personnalisé, pour assurer la permanence d'un organisme commercial destiné à durer. Le patrimoine est constitué, à son origine, par un ensemble d'obligations objectivées, dont la personne morale est le créancier (2).

La « réduction simplificatrice » que réalise l'emploi de ces procédés d'objectivation, a généralement pour contrepartie l'exigence d'une forme tenue pour nécessaire à l'efficacité juridique de l'acte. Le développement du formalisme dans le droit commercial moderne s'explique précisément par la multiplication des techniques d'objectivation qui permettent de donner force

(1) C'est par suite d'une insuffisance de la technique actuelle, semble-t-il, que la loi reconnaît à ces sociétés une personnalité juridique distincte — alors qu'il eût suffi de reconnaître l'existence d'un patrimoine d'affectation : voy. *infra*, n^o 354.

(2) Sur l'analyse juridique de la souscription au capital d'une société anonyme, voy. *infra*, n^{os} 477 et suivants.

obligatoire à des déclarations de volonté autres que les contrats (1).

27. La notion de compte. — La notion de « compte » est l'un des procédés techniques les plus remarquables du droit commercial. Elle n'a guère été étudiée jusqu'à présent (2) ; le compte est cependant un acte juridique original qui, comme tel, doit faire l'objet d'une analyse attentive.

La complexité et le nombre des opérations commerciales impose une technique spéciale permettant de débrouiller l'écheveau des obligations qui en résultent. Cette technique se traduit, en pratique, par les multiples applications de la notion de « compte ». Elle permet d'établir la situation (patrimoniale) d'une personne ou d'une universalité de biens, à l'égard d'une ou de plusieurs autres personnes ou d'une ou plusieurs autres universalités de biens (3).

Il s'agit d'une technique de simplification, mais que l'on ne peut, sans verser dans une profonde erreur, ramener à des opérations purement arithmétiques. On peut la rapprocher, au contraire, de la substitution du quantitatif au qualitatif (cf. GÉNY, *Science et Technique*, t. III, n° 197).

1° Le compte conduit à un résultat (le « solde ») qui représente d'une façon symbolique et, en quelque manière, « fictive », mais juridiquement efficace, les rapports de droits finaux entre les intéressés au compte : c'est un processus de liquidation, destiné soit à résoudre en un seul rapport de droit un ensemble de rapports préexistants (compte courant, par exemple), soit à concrétiser en éléments quantitatifs une situation patrimoniale complexe (bilan d'une société anonyme).

2° En vue de ce résultat, les éléments qui entrent dans le compte doivent être soit objectivés, pour présenter l'homogénéité nécessaire en vue de la simplification finale (compte courant), soit évalués, de manière à réduire en quelque sorte tous les éléments du compte au même dénominateur (bilan de la société anonyme).

Cette évaluation, en elle-même, constitue une véritable fiction juridique, car la valeur attribuée à l'élément évalué, lorsqu'elle a été

(1) Cf. GÉNY, *Science et Technique*, t. III, p. 116.

(2) Voy. cependant, en droit civil : A. CHAVANNE, *Essai sur la notion de compte en droit civil*, Paris, 1947.

(3) Il convient naturellement de ne pas confondre la notion de compte, telle que nous l'envisageons ici, avec le compte considéré comme un simple tableau résumant, sans y rien changer, des opérations faites.

estimée de bonne foi, est censée représenter cet élément, par l'effet d'une équivalence présumée, dans l'opération globale du compte.

Le compte est donc un *acte juridique*, générateur d'obligations ou, à tout le moins, de conséquences juridiques qui en sont le résultat recherché : soit qu'il substitue à un ensemble d'obligations une obligation unique, soit qu'il fixe l'état d'un patrimoine et fasse apparaître un solde dont tous les intéressés (sous les distinctions que nous examinerons ci-après) pourront se prévaloir.

Acte juridique, il peut s'effectuer en vertu d'une convention : mandat, convention de compte courant, etc. Il peut aussi être unilatéral, car, dans de nombreux cas, le débiteur a l'obligation de régler ses actes d'après sa situation vis-à-vis des tiers et d'après les résultats bénéficiaires ou déficitaires de son activité.

Il produit alors à leur égard certains effets juridiques mitigés : il ne leur est pas opposable en bloc, mais ils doivent en accepter certaines conséquences ; ils ne peuvent, par exemple, écarter ou méconnaître les évaluations, même erronées, mais faites de bonne foi, dans le bilan d'une société anonyme. Le compte fixe parfois même *la limite* des droits des tiers : ainsi en est-il pour le compte dressé en cas de liquidation par abandon, en matière maritime.

Dans l'état actuel du droit, le compte n'est pas considéré comme une source directe d'obligations. C'est par le détour d'une véritable *fiction* que ses conséquences juridiques se réalisent : le solde du compte est *censé* représenter en droit la simple résultante des rapports de droit préexistants. Le compte est tenu pour ne rien ajouter ni retrancher aux obligations préexistantes, pour n'être qu'une simple opération arithmétique.

En réalité, c'est là une pure fiction : l'obligation du solde est dérivée des précédentes, mais rien n'assure son équivalence mathématique en fait : les évaluations sont nécessairement, quoique dans une mesure variable, *arbitraires*, et, d'autre part, on ne peut *revenir* sur un compte dressé et accepté. La formation du compte engendre donc des effets juridiques qui lui sont propres (1) ; on peut, dès lors, y voir une source *dérivée* d'obligations.

(1) Comp. P. ROUBIER (Préface à l'*Essai sur la notion de compte en droit civil*, de M. A. CHAVANNE) : « Le compte autonome aboutit à créer, au sein d'un patrimoine, un flot constitué par un ensemble indivisible d'obligations qui bénéficient d'un statut particulier ; il joue à cet égard un rôle qui rappelle celui de la subrogation réelle » (p. IX).

CHAPITRE IV.

TENDANCES DU DROIT COMMERCIAL CONTEMPORAIN.

28. Complexité du droit commercial moderne. — Le droit commercial devient de plus en plus complexe, à mesure que son domaine s'étend et que se diversifient les activités, les combinaisons et les organismes qu'il est appelé à régir. Il est difficile de concevoir une méthode rationnelle pour exposer un droit qui s'applique à la fois à des matières aussi disparates que le commerce de détail, les entreprises industrielles, les banques, les opérations de bourse, les organismes financiers, les assurances, le commerce maritime.

La diversité des matières engendre, par ailleurs, une tendance au fractionnement, à la spécialisation des règles. Elle explique et justifie, d'autre part, l'organisation de juridictions spéciales (tribunaux de commerce) et le souci de réserver, dans diverses branches d'activités économiques, le jugement des litiges à des juridictions arbitrales, supposées plus compétentes et plus compréhensives (exemples : Chambre d'arbitrage pour grains et graines, à Anvers ; clause compromissoire dans la police d'assurance maritime d'Anvers ; clause compromissoire dans les chartes-parties ; clause d'arbitrage proposée par la Chambre de commerce internationale).

29. Evolution rapide. — De tout temps, le droit commercial a été moins stable que le droit civil, mais la cadence de son évolution s'est notablement accélérée : sans cesse apparaissent des opérations ou des combinaisons nouvelles, pour répondre aux besoins changeants de la vie économique. Ni le législateur, ni la doctrine ne peuvent la suivre ; le droit commercial demeure donc, dans une mesure appréciable, du droit non écrit, et le juriste est constamment obligé de faire porter ses recherches sur le « donné réel », sur les « sources réelles » de ce droit, telles qu'elles apparaissent dans le milieu social. Il doit étudier la pratique et tâcher d'en comprendre le sens. Pour reprendre la terminologie de M. BONNECASE (*Introduction à l'étude du droit*,

n^{os} 169 et 170), le rôle de l'élément expérimental « mouvant » est prédominant en droit commercial, puisque ce droit « régit avant tout l'activité économique des individus, considérée dans ses tendances les plus exaspérées ».

30. Transformation d'un droit principalement contractuel et coutumier en un droit institutionnel et légal. — Nous avons déjà signalé ce changement d'orientation du droit commercial moderne (voy. *supra*, n^o 7bis). Elle se rattache d'ailleurs à une tendance générale du droit privé : pendant longtemps, l'acte juridique volontaire, le contrat, œuvre de la volonté autonome des parties, a été considéré comme la pierre angulaire de l'organisation juridique, — la fonction du droit, purement négative, étant seulement de protéger la liberté des volontés individuelles. Mais il n'en est plus ainsi aujourd'hui : l'efficacité des volontés individuelles n'est plus reconnue que sur le fondement et dans les limites des institutions juridiques (cf. BONNECASE, *op. cit.*, n^o 138).

Ce changement d'orientation explique, notamment, la multiplication extraordinaire des règles légales impératives ou simplement positives — par opposition aux règles supplétives. Au XIX^e siècle, au contraire, l'intervention du législateur, en matière commerciale, avait pour but principal de codifier les usages ou de formuler, à titre supplétif, les conséquences juridiques d'opérations de nature contractuelle ; l'assurance, les sociétés commerciales, par exemple, étaient considérées comme telles. Les dispositions impératives, dans ces lois anciennes, conservaient un caractère exceptionnel. Elles sont devenues à présent très nombreuses.

L'intervention de plus en plus coercitive du législateur s'explique par diverses raisons, qui souvent se combinent entre elles : le souci d'assurer la protection du public contre les abus des monopoles (de droit ou de fait) qui, eux-mêmes, sont la résultante de la concentration des entreprises ; la nécessité de protéger les entreprises elles-mêmes contre les excès de la concurrence ; la protection des épargnants et des petits capitalistes, incités à engager leurs fonds dans des entreprises commerciales ou industrielles, et souvent victimes d'hommes d'affaires malhonnêtes ou sans scrupules ; la protection de l'économie nationale, de plus en plus fragile et menacée par la politique ou le pro-

tectionnisme des autres pays ; l'évolution du régime économique et social (reconnaissance des droits des travailleurs dans les entreprises, nationalisations) ; enfin — et ce n'est pas la raison la moins agissante — la préoccupation de mieux assurer la perception des impôts.

L'action du législateur se poursuit dans trois directions principales :

1^o Réglementation législative de certains contrats : la loi elle-même attache souvent à la conclusion d'un contrat des conséquences qu'il n'est pas loisible aux parties d'écarter ou de modifier : contrat de transport par chemin de fer, contrat de transport maritime constaté par un connaissement négociable, opérations de bourse, contrat créant une société commerciale ; tel est le cas aussi pour certains contrats d'assurance. On a pu voir là un symptôme de la dénaturation ou de la dévaluation du contrat dans le droit contemporain (1) ; le contrat commercial ressemble souvent à une institution, à laquelle les particuliers peuvent adhérer ou ne pas adhérer, mais dont le mécanisme et les effets échappent à leur action.

2^o Réglementation de certaines branches de l'activité économique : la loi trace le cadre, par exemple, dans lequel devront s'exercer l'activité des entreprises de crédit et d'assurance ; le nombre et l'importance des secteurs réglementés, l'organisation des contrôles et leur rigueur, sont déjà fort développés.

3^o Absorption par l'Etat de certaines fonctions économiques : diverses formes de crédit sont pratiquées par les pouvoirs publics, qui confient ces opérations à des organismes créés *ad hoc* : Société nationale de crédit à l'industrie, Office central de crédit hypothécaire, Institut national de crédit agricole, Office central de la petite épargne, Société nationale des habitations et logements à bon marché, etc.

Il en est de même pour certaines entreprises d'intérêt général, comme l'exploitation de chemins de fer, l'organisation des distributions d'eau. Les nationalisations sont la forme la plus radicale de cette intervention ; le mouvement qui les a provoquées en Angleterre et en France ne s'est toutefois pas étendu à la Belgique.

31. Conséquences. — Les conséquences de cette évolution sont nombreuses et importantes. Elles donnent au droit commercial actuel une physionomie bien différente de celle qu'on lui voyait il y a cent ans, par exemple. Les personnes morales jouent désormais, en droit commercial, un rôle essentiel, et les entreprises économiques se dissocient de plus en plus de ceux qui les dirigent ou en revendiquent la « propriété ». Certaines d'entre elles se situent aux confins du droit administratif, si bien qu'il existe désormais, entre les deux droits, une zone commune dont le régime est encore mal défini. Le besoin de sécurité, de plus en plus exigeant, et le déclin des contrats au profit des « mécanismes » ou des

(1) Cf. COULOMBEU, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, p. 265, en note.

institutions, donnent désormais la prépondérance à la volonté déclarée sur la volonté réelle et expliquent, d'autre part, cette renaissance du formalisme maintes fois soulignée. Les méthodes d'interprétation, en droit commercial, s'en trouvent également influencées : toutes les fois qu'il s'agit d'interpréter des règles d'un caractère institutionnel ou d'en déterminer les conséquences, il faut recourir, non point à l'intention commune des intéressés, mais à l'analyse, dans le donné social, économique ou historique, de l'origine et du but de l'institution elle-même (1).

32. Tendances à l'internationalisation. — Le droit commercial correspond à des besoins et à des activités qui se retrouvent, sous des formes diverses, mais sans différence intrinsèque, dans la plupart des pays civilisés. Les opérations commerciales, d'autre part, se nouent et s'exécutent souvent dans deux ou plusieurs pays. C'est donc dans ce domaine que les avantages de l'uniformisation du droit privé sont les plus manifestes. Aussi est-ce en droit commercial qu'ont été réalisés les efforts et les progrès les plus remarquables en vue d'atteindre ce résultat. Signalons les *conventions de Genève* établissant des règles communes en matière de lettre de change (1930) et de chèque (1931), les *conventions de Rome*, qui soumettent à un régime uniforme les transports internationaux par chemin de fer, et, enfin, les nombreuses conventions internationales qui, élaborées sous l'impulsion éclairée et efficace du *Comité maritime international*, ont progressivement unifié les divers secteurs du droit maritime. L'*Institut pour l'unification du droit privé* a, d'autre part, mis au point, non sans difficulté, un projet de loi uniforme pour les ventes internationales de marchandises.

L'unification complète du droit commercial est cependant improbable : l'uniformisation s'est réalisée dans les domaines où elle présentait l'intérêt le plus évident, en raison de la fréquence et de la difficulté des conflits de lois. Mais aucun motif ne commande impérieusement, semble-t-il, que les sociétés par actions — pour ne prendre qu'un exemple — soient soumises partout à un statut identique ; il suffirait de régler, par voie de convention internationale, les questions qui pourraient donner lieu à des conflits de lois (détermination de leur « nationalité » ; condition, dans chaque pays, des sociétés étrangères). Comme pour les autres branches du droit privé, l'uniformisation complète du droit commercial suppose l'unification politique préalable — ce qui demeure assurément problématique.

(1) Note JULES BLOCH précitée, p. 856.

Bibliographie.

1° Doctrines.

Pendant longtemps, les seuls ouvrages généraux consacrés au droit commercial belge — en dehors de divers manuels plus concis, comme celui de C. SMERSTERS (*Manuel de droit commercial*, 15^e édition, 1945), et d'ouvrages plus spéciaux, comme le *Traité de droit maritime et fluvial*, du même auteur (2^e édit., en collaboration avec G. WINKELMOLEN, 3 vol., 1929-1938), — étaient le *Traité de NAMUR (Le Code de commerce belge*, 3 vol., 2^e édit., 1884, avec un Supplément) et l'*Encyclopédie du droit commercial belge* de BELTJENS, mise à jour par E. MECHELYNCK (4 vol., 2^e édit., parue de 1910 à 1927).

Au cours des trente dernières années, la doctrine s'est enrichie de deux encyclopédies importantes. De nombreux traités parus dans la collection du *Répertoire pratique du droit belge* (14 volumes parus à ce jour), concernent le droit commercial : Commission, Faillites, Navire, Nantissement, Sociétés, etc. D'autre part, la collection des *Novelles*, complément des *Pandectes belges*, publiés précédemment sous la direction d'E. PICARD et de N. D'HOFFSCHMIDT, comprend trois volumes consacrés au droit commercial ; les faillites feront l'objet d'un quatrième volume, non encore publié.

Mais il faut signaler surtout les *Principes du droit commercial belge* de M. LOUIS FREDERICQ, parus en trois volumes de 1928 à 1934, suivis, à partir de 1946, du grand *Traité de droit commercial belge*, du même auteur, en dix volumes, dont neuf ont été publiés à ce jour.

2° Travaux préparatoires.

Les travaux préparatoires des diverses lois qui ont successivement remplacé les dispositions du Code de commerce de 1807 ont fait l'objet de plusieurs coordinations qui permettent de s'y référer plus facilement : *Commentaire législatif du Code de commerce belge*, par NYSENS et DE BAETS ; *Commentaire législatif de la loi sur le contrat de transport*, par DUPONT et TART ; *Commentaire législatif des lois du 18 mai 1873, 26 décembre 1881 et 22 mai 1886, relatives aux sociétés commerciales*, par J. GUILLERY ; *Commentaire législatif de la loi du 25 mai 1913, modifiant ces mêmes lois*, par C. RESTEAU.

3° Jurisprudence.

En dehors des recueils qui publient les décisions se rapportant à toutes les matières du droit privé (*Pasicrisie*, *Journal des tribunaux*, *Rechtskundig Weekblad*, *Revue critique de jurisprudence belge*), diverses publications rassemblent spécialement les décisions rendues en matière commerciale : *Jurisprudence commerciale de Bruxelles*, *Jurisprudence du port d'Anvers*, *Revue de la Banque*, *Revue pratique des sociétés civiles et commerciales*, *Bulletin des Assurances*, *Revue des faillites*.

LIVRE PREMIER

***LE CADRE : STRUCTURE
DE L'ORGANISATION ÉCONOMIQUE***

PREMIÈRE PARTIE. — RÉGIME GÉNÉRAL DES ENTREPRISES ÉCONOMIQUES

CHAPITRE PREMIER.

LES ENTREPRISES ÉCONOMIQUES EN DROIT POSITIF.

SECTION I^{re}. — NOTIONS GÉNÉRALES.

33. Rôle des entreprises dans l'activité économique. — L'activité économique, dans le monde moderne, se confond avec celle des *entreprises*. Les économistes s'accordent à trouver dans ces dernières l'élément premier, la cellule fondamentale de la « vie économique », et ils se sont efforcés d'en donner une définition satisfaisante.

Celle de M. Truchy (1) nous paraît la meilleure, parce que la plus compréhensive : on entend, par « entreprise », au sens le plus large de l'expression, « toute organisation dont l'objet est de pourvoir à la production, à l'échange ou à la circulation des biens ou des services ». C'est, en d'autres termes, l'« unité économique, dans laquelle sont groupés et coordonnés les facteurs humains et matériels de l'activité économique » (*ibid.*).

Aucun régime ne peut se passer de ces « unités », car toute activité économique suppose — si l'on veut éviter le gaspillage — un calcul, un programme, un budget, des prévisions. Or, tout cela ne peut se faire d'une façon globale, pour une économie nationale prise dans son ensemble : il faut tenir compte de la différenciation résultant, non seulement de la diversité des branches de l'activité économique, mais des conditions locales, et surtout de l'impossibilité d'étendre le contrôle et la direction au delà de certaines limites.

Sans doute doit-on, d'autre part, assurer la coordination des entreprises, leur groupement en des ensembles plus ou moins vastes, qui peuvent conduire aussi bien aux trusts, aux « groupes » du monde capitaliste qu'à l'Etat soviétique, qui se réserve la direction de l'économie tout

(1) *Cours*, 3^e éd., t. I^{er}, p. 147.

entière. Il n'en reste pas moins que l'on retrouve toujours, à la base, un ensemble d'éléments primaires, ayant chacun une individualité propre, — tributaires de l'ensemble, mais s'en distinguant néanmoins par une certaine autonomie. Ce sont les entreprises.

34. Caractères essentiels de l'entreprise. — M. Emile James (1) paraît avoir exprimé judicieusement les caractères essentiels de l'entreprise; nous nous bornerons, en les résumant, à y apporter quelques précisions et à les compléter sur un point :

1^o L'entreprise est une formation d'une certaine durée; elle a pour objet d'assurer l'accomplissement ou la répétition d'une série d'opérations tendant au même but. Elle s'oppose à l'« opération » isolée; c'est un *organisme permanent*.

2^o Toute entreprise économique tend essentiellement à la production d'un bien ou d'un service. Elle se différencie par là des autres organismes sociaux, dont l'objet principal est différent (la famille, par exemple).

3^o L'entreprise produit pour le marché, — c'est-à-dire pour une clientèle qui lui est extérieure, — avec tous les risques que cela comporte. Sans échanges avec l'extérieur, il n'y a pas d'entreprise économique : les « économies fermées » — bien rares aujourd'hui, si l'on excepte les travaux domestiques ou familiaux — sont des activités sociales d'un ordre complètement différent, qui ne soulèvent aucun des problèmes propres aux entreprises économiques.

4^o L'autonomie de la *direction* et des *comptes* est aussi un caractère essentiel. Mais il ne s'agit point d'une indépendance absolue — car il est fréquent que l'entreprise fasse partie d'un « groupe » dont elle doit suivre la politique, ou qu'elle ait assumé certaines obligations qui restreignent sa liberté.

Cette indépendance relative permet de distinguer l'entreprise, organisme autonome, de l'établissement — « unité technique de production ». La distinction, à vrai dire, demeure parfois fort malaisée, car, dans la pratique, se présentent des situations intermédiaires difficiles à classer (2). D'autre part, le législateur lui-même s'en écarte volontiers — soit qu'il institue des règles applicables aux « établissements » seuls, soit même qu'il confonde complètement les deux notions, prenant l'une pour l'autre (3).

(1) *Les formes d'entreprises*, Traité d'économie politique publié sous la direction de H. TRUCHY, t. III, p. 9 et suivantes.

(2) Voy. E. JAMES, *op. cit.*, p. 12.

(3) Voy. M. GRÉGOIRE, « A propos des conseils d'entreprise », *J. T.*, 1948, p. 537.

5^o Enfin — et sur ce point nous croyons devoir compléter la définition de M. James — l'entreprise économique fonctionne suivant des règles et des méthodes qui doivent lui assurer, pour autant que les circonstances le permettent, un rendement bénéficiaire, un excédent des recettes sur les dépenses. Telle est, à notre époque, la portée réelle de la règle traditionnelle suivant laquelle le « but de lucre » est un élément essentiel de toute activité commerciale : voy. *supra*, n^o 12.

35. Diversité des entreprises. — Les entreprises diffèrent entre elles, tant par leurs dimensions que par l'esprit qui les anime.

A ce dernier point de vue, on peut distinguer : a) les entreprises artisanales, créées par un petit entrepreneur ou par un petit producteur autonome, vivant de son métier ; la petite entreprise agricole y est assimilable ; b) les entreprises capitalistes, fondées et dirigées en vue de réaliser des bénéfices, et qui font souvent appel à des capitaux étrangers à l'entreprise elle-même ; c) les entreprises coopératives et mutualistes, qui ne sont pas inspirées par l'appât du gain ; d) les entreprises d'intérêt public.

On peut opposer aussi aux entreprises *individuelles* — dans lesquelles la vie et le patrimoine de l'entreprise se confondent avec l'activité et avec la fortune des entrepreneurs qui en supportent les risques — les entreprises *institutionnelles*, qui tendent à l'autonomie et jouissent parfois d'une personnalité distincte.

Une autre distinction, plus floue, mais que la loi a déjà consacrée, se fonde sur l'existence ou l'absence d'un personnel nombreux, qui tend à devenir un élément constitutif de l'entreprise au même titre que le « capital ».

Mais ce qui leur est commun à toutes, c'est l'existence de règles propres (de comptabilité, par exemple), pour leur fonctionnement interne, et l'emploi des procédés ou des mécanismes juridiques propres aux affaires.

On peut dire qu'à notre époque, le régime juridique des petites entreprises (entreprises individuelles) se trouve dans les règles relatives aux commerçants, tandis que le régime juridique — fragmentaire, d'ailleurs — des entreprises institutionnelles se trouve éparpillé dans les dispositions relatives aux commerçants, dans celles du droit des sociétés commerciales et dans les lois isolées qui constituent la législation sociale et la législation industrielle (régime du travail), — ainsi que dans les lois spéciales organisant le statut des diverses entreprises d'intérêt public.

Quelle que soit l'évolution ultérieure, des entreprises « individuelles » continueront à subsister à côté des entreprises institutionnelles, car elles semblent inséparables de certains secteurs de la vie économique (commerce de détail, petite culture, industries artisanales).

36. Les entreprises comme sujets de droit. — Les entreprises sont, en quelque sorte, les *sujets de droit* en matière économique. Ce sont elles qui réalisent les opérations multiples et

diverses dont est faite la vie des affaires, ce sont elles qui mettent en branle et subissent les effets des « mécanismes » imaginés par la pratique commerciale.

Sans doute, si d'aventure un simple particulier recourt à ces mécanismes, il se placera par cela même dans le secteur économique et sera, à cette occasion, soumis au régime propre à ce secteur; mais ce ne sera là qu'un accident. Les transactions économiques sont avant tout le fait des entreprises.

Elles n'ont pas toutes, il est vrai, comme telles, la personnalité juridique (1), et probablement en sera-t-il toujours ainsi, puisque les entreprises individuelles paraissent destinées à subsister, dans certains secteurs tout au moins. Mais la plupart — et les plus importantes — constituent dès aujourd'hui des institutions distinctes — qu'elles soient constituées sous la forme de sociétés commerciales ou que la loi leur ait donné un statut autonome.

Même lorsqu'il s'agit d'une entreprise individuelle, la vie de l'entreprise se distingue de celle de l'entrepreneur: c'est seulement son activité *commerciale* qui est soumise aux règles du droit commercial. L'autonomie, certes, est moins grande, puisque à cette activité de l'entreprise ne correspond pas un patrimoine distinct. Mais l'entreprise n'en est pas moins soumise, sous le couvert du « commerçant » qui en est l'animateur, en quelque sorte, au régime propre qui lui convient; les éléments qui constituent l'établissement commercial forment, d'ailleurs, sinon un *patrimoine* distinct, tout au moins une *universalité* dont la réalité est depuis longtemps reconnue: c'est le fonds de commerce.

37. Prépondérance de la notion d'entreprise. — Si l'on s'en tient aux textes, on constate que le Code de commerce, dans les trois premiers articles qui délimitent en quelque sorte le « champ » du droit commercial, recourt à trois notions essentielles, qui sont, rangées dans l'ordre d'importance que leur donne le législateur de 1807: l'acte de commerce, la profession de commerçant et, plus accessoirement, l'« entreprise » — mentionnée plusieurs fois dans l'énumération des « actes de commerce ».

On connaît l'exégèse traditionnelle, fort simple, d'ailleurs, de ces textes légaux: le droit commercial s'applique à une catégorie d'*actes*; ces actes confèrent à leur auteur, lorsqu'ils sont accomplis

(1) Sur la personnalité juridique de l'entreprise, comme telle, voy. *supra*, n° 21.

d'une manière habituelle et à titre de profession, la qualité de *commerçant*, laquelle, à son tour, engendre diverses conséquences, notamment l'attribution, par une sorte de choc en retour, du caractère commercial à des actes qui, par leur nature propre, seraient des actes civils. Quant à la notion d'entreprise, l'on n'y attache guère d'importance : sa seule portée, pour la doctrine traditionnelle, est de subordonner la nature commerciale de certains actes à leur « répétition », dans le cadre d'une activité continue.

On a souligné à juste titre le caractère obscur, insuffisant, voire même contradictoire, de cette théorie classique (1).

On s'accorde aujourd'hui à reconnaître que la *matière* du droit commercial, ce sont les activités organisées dont est faite la vie économique moderne. Mais les opinions divergent à nouveau lorsqu'il s'agit de préciser la notion qui doit remplacer l'« acte de commerce ». Pour les uns, c'est la profession commerciale, pour d'autres, c'est la notion d'entreprise. C'est à cette dernière opinion que nous nous sommes rangé (2).

Il faut donc renverser l'ordre d'importance des trois notions. Pour décrire le domaine du droit commercial, il faut dresser en premier lieu le tableau des entreprises commerciales. La notion de la profession commerciale vient en second lieu : les propriétaires des entreprises « individuelles » sont soumis à un régime particulier lorsqu'ils sont commerçants de profession. Quant à l'acte de commerce, ce n'est qu'un vestige du passé, dont le rôle pratique est aujourd'hui extrêmement réduit, contrairement aux apparences : voyez ci-après, nos 92 et suivants.

38. Statut juridique imparfait des entreprises. — En droit positif, la notion de l'entreprise n'est pas clairement dégagée. L'institution existe dans les faits, mais la loi ne l'a pas encore reconnue. Elle vit sous un régime de fortune ; son statut, d'ailleurs fort incomplet, est fait de pièces et de morceaux, empruntés à l'armature juridique d'institutions différentes (les sociétés commerciales, principalement) qui sont aujourd'hui — pour reprendre

(1) RIFERT, *Traité élémentaire*, n° 124.

(2) La notion de « profession » ne semble pas pouvoir être retenue comme notion première, ne serait-ce que parce qu'elle n'est applicable qu'aux personnes physiques. Au surplus, elle est logiquement subordonnée à l'entreprise : la profession, en effet, implique l'entreprise ; le commerçant « par profession » est nécessairement le propriétaire ou le chef d'une entreprise commerciale ; mais cette dernière n'est pas nécessairement tributaire d'une personne physique, ni, partant, d'une profession.

l'expression imagée employée en une autre occasion par M. le professeur Savatier — en voie d' « éclatement ».

Si l'entreprise n'a pas encore accédé au rang d'institution juridique reconnue et organisée, c'est pour des raisons qui touchent à l'histoire du droit. Toutes les manifestations de la vie économique, au XIX^e siècle, se sont développées dans le cadre de deux catégories juridiques essentielles : la propriété — au sens du Code civil — et les contrats, dans leur conception la plus classique. La direction des entreprises apparaît ainsi comme un simple mode d'exercice du droit de propriété. Les contrats, d'autre part, permettent de réunir les capitaux et de donner une armature — imparfaite — aux relations avec les travailleurs. Utilisés par des hommes d'affaires habiles, les contrats ont permis de construire la société anonyme — véritable machine juridique dont l'effet essentiel est de réserver à une personne agissant ou à un groupe actif la direction réelle de l'entreprise, mais qui, en droit positif, se présente comme un contrat groupant des propriétaires en société.

Les règles applicables aux entreprises, en droit positif, sont donc centrées, non point sur les entreprises elles-mêmes, non point même sur les « chefs d'entreprise », mais sur les personnes qui, propriétaires des biens affectés au service de l'entreprise, sont encore aujourd'hui identifiées avec celle-ci (1) : au lieu du régime des entreprises, nous nous trouvons en présence du régime des « commerçants » et des « sociétés commerciales ». La loi règle simultanément, à cette occasion, la vie des entreprises économiques (d'une manière fragmentaire et insuffisante, d'ailleurs) et le statut personnel de leurs « propriétaires » (règles relatives à la profession de commerçant, organisation interne des sociétés commerciales).

Pour être clair, il convient naturellement de séparer, dans la mesure du possible, ces deux ordres d'idées. On s'y est efforcé en procédant à la répartition des matières qui font l'objet du chapitre II.

39. Détermination des entreprises en droit positif. — Rationnellement le Code de commerce devrait définir le caractère propre des entreprises commerciales ou, à défaut d'une définition abstraite et générale, en indiquer la liste.

Le Code qui nous régit consacre, d'une manière empirique d'ailleurs, une solution intermédiaire passablement boiteuse. La loi énumère tout d'abord les « actes » commerciaux et cette énumération nous procure indirectement une liste des entreprises commerciales, puisque les actes dits de commerce « par nature » impriment un caractère commercial à l'activité des personnes

(1) Dans le cas de l'entreprise individuelle, il y aura coïncidence réelle, en général, entre ce « propriétaire » et le chef de l'entreprise.

physiques qui font profession et aux sociétés qui ont pour objet de les accomplir.

La coïncidence n'est d'ailleurs qu'approximative ; la liste légale des actes de commerce est, en effet, quelque peu hétéroclite : le législateur place côte à côte des « opérations », des « entreprises » et des institutions juridiques (les titres à ordre ou au porteur). L'explication doit en être recherchée dans l'origine historique de la théorie des actes de commerce (1).

Mais, d'autre part, le législateur fait place aussi à un critère purement formel : les sociétés dont l'objet n'est pas l'accomplissement d'actes de commerce, peuvent « emprunter » les formes des sociétés commerciales. Elles jouiront alors de la personnalité juridique et seront soumises au régime des sociétés commerciales. Cette réforme, timidement introduite par la loi du 14 juin 1926, est très imparfaite (2) ; elle contient cependant en germe la possibilité d'une rénovation complète de notre droit commercial. Le législateur a dû reconnaître, à cette occasion, que le critère de ce qui est « commercial », ce sont des méthodes, c'est-à-dire une *forme*, bien plus qu'une matière.

Sous réserve de cette extension fragmentaire du droit commercial à des entreprises qui ont adopté certaines formes, l'on peut dire que la liste des entreprises économiques admises par le droit positif dans le secteur, arbitrairement limité, du droit commercial se trouve exprimée, sous une forme à la fois indirecte et confuse, dans les articles 1^{er} à 3 du Code de commerce (dont il faut rapprocher l'article 1^{er} des lois coordonnées sur les sociétés commerciales). Cette liste doit même être considérée comme *limitative*.

40. Critique du régime actuel. — Aujourd'hui, ces conceptions juridiques ne correspondent plus à la réalité. De plus en plus, la vie des entreprises échappe à l'action de ceux qui s'en croyaient les propriétaires. Elles deviennent des institutions plus ou moins autonomes — suivant leur objet, leur importance, le nombre de travailleurs qui y sont intégrés. On légifère, de plus en plus, *pour les entreprises*.

La matière devrait assurément être repensée. Elle le sera sans nul doute, dans l'avenir, lorsqu'un coup d'œil en arrière permettra de saisir avec assez de netteté les lignes générales de l'évolution, pour les cristalliser dans des formules juridiques nouvelles. Mais, dès à présent, il est impossible

(1) Voy. *supra*, n^{os} 8 et 9, et *infra*, n^o 69.

(2) Voy. *infra*, n^{os} 146 à 148.

de méconnaître cette évolution et l'on est forcé de constater que le droit positif est devenu inadéquat.

D'autre part, les dispositions du droit positif établissent une limite tout à fait arbitraire entre les entreprises économiques admises dans le secteur « commercial » et celles qui en demeurent exclues. C'est la notion vétuste de l'« acte de commerce » qui conduit à cette conséquence : en énumérant d'une manière limitative les actes auxquels ce caractère est attribué, le législateur restreint nécessairement, dans la même mesure, les catégories d'entreprises économiques qui seront considérées, sur le plan juridique, comme des entreprises « commerciales » (par opposition aux entreprises « civiles »).

41. Classement rationnel des entreprises. — L'énumération disparate des articles 2 et 3 est restée trop longtemps une simple épreuve de mémoire pour les étudiants en droit. Le rôle de la doctrine est de mettre un peu d'ordre dans ce chaos.

Les auteurs se contentent généralement de rechercher les caractères communs de tous les actes énumérés par la loi, ce qui permettrait, du même coup, de dégager le critère de l'« entreprise commerciale », au sens juridique du terme.

De l'aveu général, ces efforts ont échoué : ni l'idée d'entremise, ni celle de la circulation, ni celle de la spéculation ne rendent compte d'une manière satisfaisante de l'énumération légale et l'on s'accorde à admettre aujourd'hui qu'aucune idée générale ne couvre la vaste étendue des opérations auxquelles la loi reconnaît un caractère commercial (1).

Il est plus aisé d'opérer, parmi les *entreprises* commerciales, un classement rationnel, fondé sur des distinctions familières aux économistes (2). On y rencontre :

1^o les entreprises de distribution ;

2^o certaines entreprises de production (les industries transformatrices) ;

3^o des entreprises de services, très diverses, parmi lesquelles les transports sont les plus importantes ;

4^o les entreprises auxiliaires et intermédiaires.

(1) RIPERT, *op. cit.*, n^o 134.

(2) M. RIPERT paraît être le premier à l'avoir réalisé. Nous ne pouvons mieux faire que de reprendre, dans ses grandes lignes, la classification très claire adoptée par lui dans son *Traité*, n^{os} 137 et suivants, sous cette réserve importante que, pour nous, ce sont des *entreprises* qu'il s'agit de classer, et non des *professions*. Nous nous sommes expliqué à ce sujet : voy. *supra*, n^o 37.

SECTION II. — EXAMEN DÉTAILLÉ DES DIVERSES CATÉGORIES
D'ENTREPRISES COMMERCIALES.

Nous examinons ici les entreprises qui sont commerciales par leur objet — sans distinguer suivant qu'elles sont *individuelles* ou *institutionnelles*.

§ 1^{er}. — *Entreprises de distribution.***42. Définition. — Exclusion des opérations immobilières.**

— Ce sont les entreprises qui assurent, dans la vie économique, la circulation des biens. Elles constituent des entreprises commerciales par l'objet même de leur activité. Néanmoins, en droit positif, elles n'ont pas toutes ce caractère. Traditionnellement, les immeubles sont exclus du domaine commercial; dès lors, les entreprises de spéculation sur immeubles — dont l'activité consiste à acheter des immeubles pour les revendre ou les lotir — ne sont pas commerciales (solution commandée par le texte de l'article 2, alinéa 2, du Code de commerce). Le caractère arbitraire et illogique de cette exclusion a été souvent souligné (1); la solution contraire prévaut dans plusieurs droits étrangers (pour les difficultés d'application, voy. NOVELLES, *Dr. comm.*, t. I^{er}, nos 91 à 99).

Le caractère commercial est réservé aux entreprises qui assurent la circulation des biens *mobiliers* et, cette fois, sans aucune restriction. L'expression « denrées et marchandises » doit, en effet, être prise dans un sens large. Bien que les travaux préparatoires soient muets sur ce point, on admet unanimement qu'elle comprend tous les biens meubles, corporels ou incorporels (2) : créances, fonds de commerce, droits intellectuels, etc.

43. Nature juridique des opérations faites. — L'entreprise est commerciale sans qu'il y ait lieu de s'arrêter à la nature des opérations juridiques par lesquelles elle assure la circulation des biens mobiliers : ce peuvent être des achats en vue de revendre ou de louer, aussi bien que des locations pour sous-louer (exemple : location et sous-location de films cinématographiques).

L'entreprise peut aussi avoir pour objet des « fournitures » (Code comm., art. 2, al. 4), c'est-à-dire des livraisons, à effectuer à des moments déterminés, généralement à intervalles réguliers, de choses mobilières, ou de leur usage, moyennant un prix fixé d'avance ou suivant un tarif.

(1) ESCARRA, *Manuel*, t. I^{er}, n° 111.(2) ESCARRA, *loc. cit.*; FREDERICQ, *Traité*, t. I^{er}, n° 27.

Parfois s'y ajoutent des services accessoires : tel est le cas des entreprises de fournitures pour le ravitaillement d'un navire ou d'un hôpital ; tel est le cas aussi des entreprises de distribution de gaz, d'électricité ou d'eau à des « abonnés », ou encore de la publication d'un journal, de l'exploitation d'hôtels ou de restaurants (1) ou des entreprises de pompes funèbres.

44. Commerce sédentaire et commerce ambulant. — Généralement, l'entreprise de distribution est un commerce sédentaire, exercé en un ou plusieurs lieux déterminés, où se trouve une installation permanente (boutique, magasin, bureau).

Mais les petites entreprises de distribution prennent parfois la forme plus originale du commerce ambulant — d'une importance pratique fort réduite. En raison des abus que les déplacements de ces commerçants peuvent faciliter, le commerce ambulant fait l'objet d'une réglementation spéciale et minutieuse (arrêté royal n° 82 du 28 novembre 1939, arrêté royal d'exécution du 16 octobre 1951 et arrêté ministériel du 20 octobre 1951 ; FREDERICQ, t. I^{er}, n^{os} 142 et suiv.) (2).

45. Mise en œuvre des produits. — Si l'entreprise se charge de « mettre en œuvre » les matières ou les produits dont elle assure la circulation, elle ne perd pas son caractère d'entreprise de distribution, ayant, comme telle, une nature commerciale, — à la condition cependant que cette mise en œuvre n'apparaisse, en fait, que comme une activité *accessoire* de l'activité, proprement commerciale, de « distribution » (cf. Code comm., art. 2, al. 2). A défaut de cette condition, l'on se trouverait en présence d'une entreprise de production dont le caractère commercial ou civil devrait être déterminé d'après les critères que nous examinerons ci-après.

§ 2. — Entreprises de production.

46. Caractère de ces entreprises. — Les entreprises de production sont celles dont l'activité consiste à créer des biens ou des produits nouveaux. Bien que leur rôle soit essentiel dans la vie économique, le droit actuel ne leur reconnaît pas uniformément le caractère d'entreprises commerciales. Le Code de commerce consacre implicitement la distinction traditionnelle entre les entreprises « de transformation » et celles qui ont pour objet

(1) On a prétendu exclure des entreprises commerciales les entreprises de fournitures qui n'achètent pas ou ne fabriquent pas les matières qu'elles livrent à leurs clients (tel est le cas pour l'eau et, dans certains pays, pour l'énergie électrique), parce qu'il s'agirait d'entreprises de production, non commerciales. Sur la critique de cette interprétation restrictive, et sur les distinctions peu raisonnables auxquelles elle conduit, voy. ESCARRA, *Manuel*, t. I^{er}, n° 118. En Belgique, la solution critiquée a été admise au cours des travaux préparatoires : NYSSENS et DE BAETS, t. I^{er}, n° 60.

(2) Sur la définition du commerce ambulant, voy. cass., 23 avril 1951, *Pas.*, 1951, I, 580.

la mise en valeur des produits du sol. Les premières, seules, sont commerciales : ce sont les *entreprises de manufactures ou d'usines* et les *entreprises de travaux publics ou privés*, mentionnées par l'article 2, alinéa 3, du Code de commerce. On peut y ajouter les expéditions maritimes en vue de la pêche.

47. Les entreprises de manufactures ou d'usines. — Ces termes un peu archaïques désignent les entreprises industrielles, au sens habituel de l'expression. Elles ont pour objet la transformation des matières premières qu'elles utilisent. Elles spéculent sur le travail d'autrui, rémunéré à prix fixe, et aussi — le plus souvent — sur l'emploi de machines. Il n'en est d'ailleurs pas nécessairement ainsi, puisque certaines entreprises industrielles font travailler leurs ouvriers à domicile.

Ce sont, par exemple, les aciéries, les hauts fourneaux, les cimenteries, les imprimeries, les tréfileries, etc.

Les mots « ou d'usines » ont été ajoutés en 1872 pour assurer une interprétation large du texte : il est désormais certain que l'entreprise sera commerciale même si elle n'a point pour objet une « transformation », au sens strict du mot, — dès l'instant où elle applique des procédés mécaniques au traitement des matières (on visait, en particulier, le cas des teintureries et des moulins : NYSSENS et DE BAETS, t. I^{er}, n^o 25).

Les matières utilisées ne doivent pas nécessairement être acquises par l'entreprise ; elles peuvent appartenir à des tiers : le travail à façon peut donc faire l'objet d'une entreprise de manufacture ou d'usine (FREDERICO, *Traité*, t. I^{er}, n^o 37). Par contre, lorsque l'industriel travaille lui-même, il s'agit d'une entreprise artisanale, sans caractère commercial (voy. *infra*, n^o 68).

48. Les entreprises de travaux publics ou privés. — Elles ont été mentionnées expressément, lors de la revision de 1872, pour élargir encore davantage le champ des entreprises de transformation auxquelles la loi reconnaît le caractère commercial. Le législateur y comprend toutes les entreprises qui, sans procéder à une véritable transformation ni utiliser des procédés mécaniques, ont pour objet d'effectuer des travaux de tout genre pour le compte d'autrui, car elles spéculent sur le travail d'un personnel, tout comme les entreprises de manufactures et d'usines (NYSSENS et DE BAETS, t. I^{er}, nos 25 à 60).

Pour que l'entreprise soit commerciale, elle doit — c'est l'élément essentiel — exécuter les travaux pour d'autres personnes, avec lesquelles elle est liée par le « contrat d'entreprise » prévu

par le Code civil. Peu importe, par contre, que le maître de l'ouvrage soit commerçant ou non, qu'il s'agisse d'un particulier (travaux privés) ou des pouvoirs publics (travaux publics : édifices, ponts, routes, canaux).

Les travaux ont souvent pour objet des immeubles (construction, réparation, aménagements), mais il n'en est pas nécessairement ainsi (1) Ils peuvent s'appliquer aussi à des biens meubles (chantiers de construction ou de réparation de navires et bateaux : cas prévu expressément par l'article 3 du Code de commerce), ou encore aux œuvres de l'esprit (entreprises d'édition : voy., sur ce point, RIBERT, *Traité élémentaire*, n° 147).

49. Les expéditions maritimes de pêche. — Les expéditions maritimes en vue de la pêche sont commerciales en vertu de l'article 3, alinéa 3, du Code de commerce : voy. cass., 11 février 1946, *Pas.*, 1946, I, 69.

§ 3. — *Entreprises de services.*

50. Notion générale. — Elles ont pour objet de procurer à leur clientèle l'usage d'un certain matériel ou l'exécution de certaines prestations — parfois les deux ensemble. Elles sont très diverses et deviennent de plus en plus nombreuses, à mesure des progrès techniques qui multiplient les commodités de tout genre. Toutes, cependant, n'ont pas le caractère d'entreprises commerciales, en droit positif.

51. Entreprises de transport. — Les entreprises de transport sont les plus importantes. Elles assurent le déplacement des personnes ou des marchandises. L'article 2 du Code de commerce attribue expressément le caractère commercial aux entreprises « de transport par terre ou par eau » (2). On ne doit pas hésiter à ranger aussi parmi les entreprises commerciales, par voie d'interprétation extensive, celles qui assurent les transports par voie aérienne (en ce sens : FREDERICQ, *Traité*, t. I^{er}, n° 41).

L'organisation des transports est d'une importance essentielle pour

(1) En ce sens : NOVELLES, *Droit commercial*, t. I^{er}, *Des commerçants*, n° 184. *Contra* : FREDERICQ, *Traité*, t. I^{er}, n° 39.

(2) C'est certainement par suite d'une erreur matérielle que, lors de la révision de 1872, a été supprimée la virgule qui, dans le texte de l'article 632 du Code de 1807, séparait les mots « de commission » du membre de phrase suivant (« de transport par terre ou par eau »). Il ne faut certes pas, en dépit de l'apparence, déduire du texte actuel que seule l'entreprise de « commission de transport » serait commerciale.

la vie économique du pays entier ; aussi n'est-il pas surprenant que les pouvoirs publics s'y soient intéressés. Chose remarquable, l'État, en Belgique, s'était depuis longtemps réservé le monopole quasi exclusif de l'exploitation des transports par chemin de fer.

Cette intervention directe de l'État avait fait admettre que l'exploitation des chemins de fer échappait au secteur commercial — l'État, disait-on, ne pouvant être commerçant ou faire acte de commerce. Mais on avait dû reconnaître aussitôt que cette thèse dogmatique heurtait la réalité des choses et que les transports par chemins de fer restaient, en fait, des transactions commerciales : une disposition spéciale de la loi du 25 mars 1876 déférait, pour cette raison, aux tribunaux de commerce les litiges auxquels ces transports donneraient lieu. Le problème s'est simplifié depuis que l'exploitation du réseau a été concédée à la Société nationale des chemins de fer. Après quelques hésitations, la jurisprudence a reconnu que l'entreprise constituée sous cette forme un peu exceptionnelle est, en raison même de son objet, une entreprise commerciale (1). La même solution avait été consacrée, dès 1894, pour la Société nationale des chemins de fer vicinaux (2).

Aux entreprises de transport proprement dites, on doit assimiler les entreprises auxiliaires (3). C'est pour cette raison que l'article 3 du Code de commerce attribue expressément un caractère commercial à toutes les opérations qui se rattachent au commerce maritime (« tous contrats concernant le commerce de mer » ; « toutes expéditions maritimes » ; « achats et ventes de bâtiments, d'agrès, etc. » ; « tous accords et conventions pour salaires et loyer d'équipage » ; « tous engagements de gens de mer »).

52. Spectacles publics. — Des entreprises nombreuses et variées ont pour objet la fourniture aux particuliers de services les plus divers. La loi n'en mentionne expressément qu'une seule catégorie : les entreprises de spectacles publics.

Cette expression doit être entendue dans un sens extrêmement large : elle comprend tous les divertissements offerts au public (4) : théâtre, cinéma, concerts, réunions sportives, établissements de bains, jeux forains.

En revanche, les autres entreprises qui procurent des services relatifs à la vie civile ne sont pas mentionnées — fût-ce indirectement — par la loi. Les hôtels, restaurants, cafés, débits de boissons,

(1) Telle est, semble-t-il, la portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} octobre 1936, *Pas.*, 1936, I, 368. Pour les détails : voy. FREDERICQ, *Traité*, t. I^{er}, n° 41.

(2) Cass., 26 avril 1894, *Pas.*, 1894, I, 188.

(3) *Sic* : RIPPERT, *op. cit.*, n° 151, qui cite, à titre d'exemples, les entreprises de remorquage, de manutention, de déménagement.

(4) En ce sens : NOVELLES, *loc. cit.*, n° 215 et suivants ; FREDERICQ, *Traité*, t. I^{er}, n° 43.

ne peuvent être considérés comme des entreprises commerciales que sous la qualification d'entreprises de fournitures : voy. *supra*, n^o 48.

53. Locations et dépôts. — De nombreux services sont procurés au public sous la forme de locations ou d'acceptation en dépôt (voy. les exemples cités par M. RIPERT, n^{os} 151 et 152). Les entreprises qui ont cet objet ne sont commerciales que pour autant qu'on puisse les considérer comme entreprises commerciales de distribution (voy. *supra*, n^o 43) — ce qui n'est pas le cas pour les locations d'immeubles et paraît difficilement soutenable pour les entreprises dont l'activité principale consiste à recevoir en dépôt des objets mobiliers (garde-meubles, entrepôts, garages, par exemple) (1).

§ 4. — *Entreprises auxiliaires et intermédiaires du commerce.*

A. — ENTREPRISES AUXILIAIRES.

54. Entreprises de banque. — Ce sont celles qui se consacrent au commerce de l'argent et du crédit.

Au sens large et traditionnel de l'expression, le commerce de banque consiste à se procurer des moyens financiers (recueillis sous forme de dépôts ou d'emprunts) et à les utiliser à des opérations de crédit (avances sous diverses formes, escompte, ouverture de crédit, etc.) ou de placement (souscriptions, prises de participation, etc.).

Les entreprises de banque se chargent d'autre part de certains services accessoires, qui font partie de leur activité normale : elles font des opérations de change ; elles acceptent des mandats (encaissement d'effets de commerce et de coupons, émission d'actions ou d'obligations de sociétés ; service financier des sociétés commerciales, notamment pour assurer le paiement des dividendes à leurs actionnaires), et des dépôts (dépôts de valeurs « à découvert ») ; elles mettent à la disposition de leur clientèle des coffres-forts qu'elles lui donnent en location.

(1) Si cette activité n'était qu'accessoire, l'entreprise pourrait être commerciale en raison de son activité principale ; ce sera souvent le cas pour les garages, par exemple, qui sont souvent des entreprises de distribution d'essence.

Dès l'instant où l'objet d'une entreprise correspond à cette description, l'on se trouve en présence d'une entreprise de banque *sensu lato*. Peu importe la nature ou le caractère spécial des opérations de crédit ou des placements qu'elle réalise, qu'il s'agisse de crédits commerciaux à court terme, de prêts hypothécaires, de la prise de participations financières et industrielles. Peu importe aussi la qualité des emprunteurs, qu'ils soient commerçants, agriculteurs ou artisans. Peu importe enfin le procédé par lequel elles se procurent leurs moyens d'action (caisses d'épargne, dépôts, émission de bons de caisse ou d'obligations).

Le secteur des entreprises commerciales comprend même les *banques publiques* — dont les opérations étaient déjà rangées parmi les actes de commerce en 1807. L'expression visait en premier lieu la banque jouissant du privilège d'émettre des billets, c'est-à-dire, en Belgique, la Banque Nationale. Mais on doit logiquement ranger dans la même catégorie tous les établissements de crédit ou financiers créés par les pouvoirs publics, ou qui, d'une façon ou de l'autre, fonctionnent sous leur contrôle (1), telle la Société nationale de crédit à l'industrie, par exemple.

55. Les banques proprement dites (arrêté royal du 9 juillet 1935). — Depuis 1935, il existe une notion plus spéciale de l'entreprise de banque. Le législateur a institué un régime de contrôle pour les entreprises qui reçoivent habituellement des dépôts de fonds remboursables à vue ou à des termes n'excédant pas deux ans, aux fins de les utiliser, pour leur propre compte, à des opérations de banque ou de crédit, ainsi qu'à des placements étroitement limités. Désormais, ces entreprises sont seules autorisées à s'intituler « banques » ou « banquiers » dans leurs rapports avec le public (arrêté du 9 juillet 1935, art. 3). L'appellation de « banques » est donc réservée, dorénavant, aux seules banques de dépôt, telles que les définit la loi, ainsi qu'aux entreprises spéciales mentionnées par l'article 1^{er}, 1^o, du même arrêté (Banque Nationale et Banque du Congo belge), — à l'exclusion des « banques d'affaires » et des autres établissements financiers.

La portée de cette législation spéciale ne doit pas être exagérée. Rien ne permet d'affirmer que les auteurs de la réglementation de 1935 aient

(1) Cf. ESCARRA, *Manuel*, t. I^{er}, n^o 122 ; voy. cependant NOVELLES, *Droit commercial*, t. I^{er}, *verbo cit.*, n^{os} 236 et 237.

voulu apporter une restriction au domaine des entreprises commerciales, tel qu'il est déterminé par les articles 1^{er} à 3 du Code de commerce. Dans ces dernières dispositions, le mot « banque » a conservé le sens très large qui lui a toujours été reconnu (1).

56. Les assurances. — Les entreprises d'assurances sont commerciales. Elles ont pour objet essentiel de procurer des compensations pécuniaires pour les dommages causés par des événements fortuits ou imprévus. Elles ont été imaginées tout d'abord pour neutraliser, en les divisant, les risques particulièrement graves que faisaient courir les opérations du commerce maritime.

Le maintien de leur caractère commercial traditionnel se justifie incontestablement, car les entreprises d'assurances sont organisées et fonctionnent suivant les règles de la technique des affaires.

Toutefois, ce caractère ne peut être reconnu, en droit positif, et lorsqu'il s'agit d'assurances terrestres, qu'aux entreprises d'assurances à *prime* (voy. le texte de l'art. 2, al. 4, du Code de commerce), et non aux assurances mutuelles. La raison qu'on en donne est que ces dernières ne se proposent pas un but spéculatif (2). Mais cette raison n'a point paru déterminante au législateur lui-même, puisque l'article 3 imprime un caractère commercial à « toute assurance... concernant le commerce de mer ». On a déduit, à juste titre, de l'omission des mots « à prime » dans cet article, que toute entreprise d'assurance *maritime*, même sous la forme d'une mutuelle, est commerciale (3), et la Cour de cassation a sanctionné cette interprétation : cass., 16 avril 1953, *Pas.*, 1953, I, 623.

Ces distinctions ne sont pas logiques, puisqu'il s'agit, dans tous les cas, d'entreprises qui fonctionnent suivant les méthodes commerciales. Elles suscitent d'ailleurs des controverses quelque peu byzantines, notamment lorsqu'on se trouve en présence d'une mutuelle groupant des commerçants ou — situation plus embrouillée encore — des commerçants et des non-commerçants (4).

B. — ENTREPRISES INTERMÉDIAIRES.

57. Caractère commun. — Leur rôle est d'aider à la conclusion d'opérations, commerciales ou non. Elles s'adressent à une clientèle ; elles ont donc un établissement permanent, organisé

(1) FREDERICQ, *Traité*, t. I^{er}, n° 46.

(2) Cf. FREDERICQ, *op. cit.*, n° 44.

(3) NOVELLES, *Droit commercial*, t. I^{er}, n° 284 ; *contra* : FREDERICQ, *Traité*, t. I^{er}, n° 51, litt. g.

(4) Pour les détails et la jurisprudence sur ces différents points, voy. FREDERICQ, *Traité*, t. I^{er}, n° 44.

en général suivant les règles de la technique des affaires. Lorsqu'il en est ainsi, elles sont considérées comme des entreprises commerciales.

Le Code de commerce les énumère indirectement sous diverses appellations : agences ou bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan, entreprises de commission, de courtage (Code comm., art. 2).

58. Agence ou bureau d'affaires. — On entend par là toute entreprise qui s'occupe de gérer les affaires d'autrui moyennant salaire, sans être investie à cette fin d'aucune mission par les pouvoirs publics ni par les tribunaux.

Cette dernière condition exclut de la catégorie des agences d'affaires toutes les professions soumises à une discipline et à un contrôle : avocats, avoués, notaires, huissiers, etc.

L'appellation est vague et permet d'englober les activités les plus diverses : agences de renseignements, agences de voyage, agences de recouvrement, agences de brevets, bureaux de comptabilité ou d'expertise fiscale, agences de publicité, agences théâtrales, sans compter les agences matrimoniales et les généalogistes. La nature des opérations qui font l'objet de l'entreprise est indifférente (vente ou location d'immeubles, par exemple) (1).

Chose remarquable, le Code de commerce étend ainsi le secteur commercial *au delà* des entreprises qui jouent un rôle dans la vie économique. On ne voit guère, en effet, comment justifier l'inclusion, parmi les entreprises commerciales, de l'activité d'un généalogiste.

Cette anomalie s'explique par la défiance et la défaveur que suscite, parfois à juste titre, l'activité des « agents d'affaires ». On peut craindre, en effet, qu'ils n'abusent des secrets ou des fonds dont ils sont dépositaires. Pour protéger leur clientèle, le législateur a cru devoir placer ces exploitations sous le régime du droit commercial, considéré comme plus rigoureux en raison, notamment, des sanctions attachées à la faillite et à la banqueroute.

59. Ventes à l'encan. — Les entreprises de vente à l'encan ont pour objet de recevoir tous objets mobiliers pour les exposer en vente publique. Cette catégorie très spéciale d'entreprises était déjà rangée dans le secteur commercial par le Code de 1807, en raison de l'affinité qui existe incontestablement entre ce genre

(1) NOVELLES, *Droit commercial*, t. I^{er}, n^o 207, et les références ; comm. Bruxelles, 1^{er} décembre 1931, *Jur. com. Brux.*, 1932, p. 222.

d'exploitations et les agences d'affaires (voy. sur ce point, et pour les détails, NOVELLES, *Droit commercial*, t. I^{er}, nos 210 à 212).

60. Entreprises de commission. — Les commissionnaires interviennent dans la conclusion des opérations commerciales pour le compte d'autres entreprises, comme des mandataires, mais ils agissent cependant en leur nom propre.

Une controverse ancienne existe au sujet de la nature « commerciale » que doivent avoir les opérations traitées, pour qu'on se trouve en présence d'une entreprise « commerciale » de commission (1). Suivant l'opinion la plus communément admise aujourd'hui, il suffit que ces opérations intéressent la circulation des produits ou des titres de crédit (en ce sens, avec un résumé de la controverse : *Le contrat de commission*, publication sous la direction de M. HAMEL, *Dalloz*, 1949, p. 80).

Ces entreprises se spécialisent dans la conclusion d'opérations déterminées : achats ou ventes de marchandises, expédition ou réception, opérations en douane, transports.

Certaines sont réglementées, jouissent d'un monopole légal et prennent ainsi un caractère officiel : tel est le cas pour les agents de change et pour les intermédiaires agréés s'occupant des marchés à terme sur denrées et marchandises (arrêté royal n° 72 du 30 novembre 1939).

61. Les courtiers. — Leur rôle est de rapprocher les parties, de les mettre en présence l'une de l'autre, en vue de la conclusion d'opérations juridiques auxquelles ils n'interviennent eux-mêmes d'aucune manière, pas même à titre de représentants.

Le courtage est, en soi, une activité commerciale, indépendamment de la nature des opérations en vue desquelles le courtier s'entremet (ce peuvent être, par exemple, des ventes d'immeubles) (2).

L'activité des courtiers prend parfois, comme celle des commissionnaires, un caractère officiel (courtiers agréés pour les marchés à terme sur denrées et marchandises, par exemple).

(1) Le principe même de cette exigence paraît avoir été admis au cours de la discussion au Conseil d'Etat du projet de Code de commerce (cf. NOVELLES, *op. cit.*, t. I^{er}, n° 190). Par contre, les travaux préparatoires de la loi du 15 décembre 1872 sont muets sur ce point.

(2) En ce sens : FREDERICQ, t. I^{er}, n° 50; Bruxelles, 7 novembre 1931, *Pas.*, 1952, II, 38; *contra* : NOVELLES, *Droit commercial*, t. I^{er}, n° 243.

Le courtier ne doit pas être confondu avec le commis-voyageur ou voyageur de commerce, simple préposé qui visite la clientèle et recherche des ordres d'achats au nom et pour compte de son patron. Le commis-voyageur n'est pas commerçant, même si sa rémunération consiste uniquement en « commissions » et s'il voyage pour le compte de plusieurs patrons. Dans ce cas, sa situation se rapproche cependant de celle du courtier : la nature du lien juridique qui l'unit aux personnes pour compte desquelles il agit servira de critère : s'il doit se conformer, dans l'exercice de son activité, aux instructions des négociants qui recourent à ses services, on se trouve indiscutablement en présence d'un voyageur de commerce.

62. Les représentants de commerce. — La jurisprudence (1) assimile au courtier le représentant de commerce, c'est-à-dire l'intermédiaire indépendant qui se charge, moyennant une commission, de représenter dans une ville ou dans une région une ou plusieurs maisons de commerce au moyen d'une organisation qui lui est propre. Le lien permanent qui l'unit aux maisons représentées ne permet pas de le considérer comme un courtier véritable, mais son indépendance relative empêche de le traiter comme un simple préposé. Comme il intervient en qualité d'agent plus au moins autonome pour mettre en contact vendeurs et acheteurs, il est, en pratique, assimilé au courtier et, comme tel, il a la qualité de commerçant.

63. Les concessionnaires pour la vente. — Quant aux « concessionnaires pour la vente » (ou « agents exclusifs », parfois appelés aussi « représentants exclusifs »), ils sont indiscutablement commerçants, mais à un autre titre : en dépit de l'appellation qu'ils se donnent, ce sont des marchands ; ils achètent au concédant, pour revendre à leur clientèle. Il s'agit d'entreprises de distribution. L'exemple le plus notable est celui des concessionnaires pour la vente des automobiles de marque.

§ 5. — *Les entreprises économiques non commerciales.*

64. Exclusion de certaines entreprises. — Les entreprises économiques que nous venons d'examiner sont, en principe, les seules auxquelles le droit positif reconnaît un caractère « commercial ».

Pour compléter ce tableau, il est indispensable de jeter un coup d'œil sur les entreprises qui, malgré le lien étroit qu'elles ont avec l'activité économique, se trouvent néanmoins exclues du secteur commercial.

65. Exploitations agricoles et industries extractives. — Les exploitations agricoles et les industries extractives sont exclues globalement de ce secteur, en raison de leur objet.

(1) NOVELLUS, *Droit commercial*, t. I^{er}, n° 787, et les références citées.

Les premières (1) comprennent toutes les formes d'exploitation de la force productive de la terre : culture (y compris la culture maraîchère, l'horticulture et la sylviculture), élevage (y compris l'aviculture, l'apiculture et même la pisciculture) (2), exploitation des forêts (3). Les secondes englobent toutes les entreprises dont l'objet est d'extraire les produits du sol autres que les végétaux (mines, minières, carrières, exploitation de gisements de sable, captation et exploitation de sources, exploitation d'un canal).

Cette exclusion absolue, fondée sur la tradition, n'est justifiable par aucune bonne raison, et méconnaît la réalité des choses.

Dans toute exploitation agricole de quelque importance, les méthodes employées sont les mêmes que dans les entreprises reconnues commerciales par la loi : utilisation de machines, d'une main-d'œuvre salariée, tenue d'une comptabilité régulière, relations d'affaires suivies avec des fournisseurs et des clients. Cette constatation devrait suffire pour soumettre pareilles entreprises au droit commercial. L'identité des méthodes est encore plus frappante pour les industries extractives qui, sur le plan économique, ne sont qu'une branche, d'ailleurs très importante, de l'activité industrielle en général ; comment pourrait-on justifier, rationnellement, qu'une aciérie soit une entreprise commerciale, et qu'un charbonnage ne le soit point ?

Quoi qu'il en soit, dans l'état actuel de notre droit, le caractère commercial ne peut être reconnu à une entreprise de cette nature que dans les cas où il est possible soit de la ranger dans la catégorie des entreprises de distribution, soit de la considérer comme une entreprise de manufacture ou d'usines. Le critère n'est donc pas — comme le voudrait la logique — celui des méthodes employées, mais un critère arbitraire, dont l'application donne lieu à des distinctions byzantines : n'y a-t-il pas « achat pour revendre » plutôt que production agricole ? la « transformation » des produits ne peut-elle pas être considérée comme l'élément principal de l'entreprise (4) ?

(1) Voy. ROGER SAINT-ALARY, Essai sur la notion juridique d'entreprise agricole, *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, p. 129.

(2) Toutefois, par une étrange anomalie, l'activité du patron pêcheur qui, avec un personnel engagé par lui, capture du poisson *en mer*, constitue une exploitation commerciale, par application de l'article 3 du Code de commerce : cass., 11 février 1946, *Pas.*, 1946, I, 69 ; voy. *supra*, n° 49.

(3) Liège, 13 octobre 1932, *Rev. faill.*, 1932, p. 491.

(4) Voy. les nombreux cas d'application analysés dans les NOUVELLES, *Droit commercial*, t. I^{er}, nos 100 à 112, 154 à 159 et 710 à 730 ; cf. RIPERT, nos 165 à 172. Cf., en outre : comm. Tournai, 9 avril 1931, *Pas.*, 1931, III, 176 et comm. Bruxelles, 24 avril 1951, *Jur. com. Brux.*, 1952, 136 (pépinieriste) ; comm. Liège, 1^{er} mars 1929, *Jur. Liège*, 1929, p. 86 ; 23 décembre 1932, *Jur. Liège*, 1933, p. 150 (aviculteur).

66. Professions libérales. — Sont également exclues du nombre des entreprises commerciales toutes les activités auxquelles s'applique traditionnellement la qualification de « profession libérale ». Il est d'ailleurs assez malaisé d'exprimer d'une manière rigoureuse les caractères communs de ces multiples activités, — dont certaines se rattachent étroitement à l'activité économique.

Nous avons indiqué la raison pour laquelle le droit commercial ne doit pas et ne peut pas leur être appliqué : leur déontologie et leurs méthodes sont incompatibles avec la technique des affaires, et il importe que cette différence soit maintenue (*supra*, n° 2).

Les professions libérales comprennent notamment : les avocats, les autres auxiliaires de la justice (avoués et huissiers), les notaires ; les experts, notamment les experts comptables (1) ; les médecins et les vétérinaires (mais non les pharmaciens) (2) ; les architectes ; les directeurs d'établissements d'enseignement, les maîtres de pension, les membres du personnel enseignant (3) ; les auteurs, compositeurs et artistes (4) ; par assimilation, les sportifs professionnels (5).

67. Cas des professions mixtes. — Parfois, celui qui exerce une profession libérale y adjoint une activité de nature incontestablement commerciale. Cette circonstance ne suffit pas pour donner à l'ensemble le caractère d'une entreprise commerciale, dès l'instant où l'activité adjointe conserve un caractère accessoire : tel est le cas des médecins autorisés à fournir des médicaments à leurs clients, ou qui exploitent une clinique privée (6) ; tel est aussi le cas du dentiste qui fournit des appareils à ses patients (7).

Mais il arrive souvent que l'activité commerciale prenne un caractère prédominant ; elle l'emporte alors sur la profession libérale, et l'ensemble constitue une entreprise intégralement soumise au droit commercial. Tel est le cas de l'architecte qui se charge, non seulement de faire les plans, mais, en outre, de l'exécution des travaux (8) ; du notaire qui remploie en prêts à intérêts à son profit les fonds déposés par ses clients (9) ; de

(1) NOVELLES, n° 767.

(2) NOVELLES, n° 734.

(3) NOVELLES, nos 166 et 167, 740 et 741.

(4) NOVELLES, nos 735 à 739.

(5) RIFERT, n° 176, 6°.

(6) NOVELLES, nos 163 et 731.

(7) NOVELLES, n° 733 ; cf. cass. fr., ch. soc., 27 octobre 1938, *Dall. hebdomadaire*, 1938, p. 5 ; cet arrêt indique les conditions dans lesquelles l'activité du dentiste pourrait au contraire constituer une entreprise commerciale.

(8) NOVELLES, n° 186.

(9) NOVELLES, n° 233 ; voy. aussi Liège, 28 juin 1934, *Jur. Liège*, 1934, p. 218.

l'auteur qui se fait son propre éditeur et organise commercialement la publicité et la vente de son ouvrage (1); de l'écrivain qui édite et publie un journal quotidien (2); de l'ingénieur qui se livre lui-même à l'exploitation commerciale de son brevet (3); des organisateurs d'une école, si leur but essentiel n'est pas de dispenser un enseignement (4).

68. Les artisans. — Ce sont des travailleurs autonomes qui se chargent d'exécuter personnellement les commandes de leurs clients (travaux de fabrication, de réparation, de préparation) (5).

Les activités artisanales constituent de petites entreprises économiques; elles se distinguent des entreprises plus importantes par le fait que leur activité se confond généralement avec celle de l'entrepreneur lui-même: l'artisan, en principe, travaille seul.

L'organisation de l'entreprise est évidemment réduite, en pareil cas, à sa plus simple expression, mais elle est rarement inexistante. Elle consiste souvent en la simple tenue d'une comptabilité, elle comporte aussi l'installation d'un atelier; d'autre part, l'artisan peut, sans perdre cette qualité, se faire aider par des membres de sa famille ou par des aides ou apprentis (6).

Rationnellement, ces petites entreprises devraient être commerciales sous réserve des règles particulières que justifieraient les conditions dans lesquelles s'exerce leur activité. Elles pourraient très légitimement être rangées parmi les entreprises de travaux privés, et aucune disposition du Code de commerce n'y fait obstacle. Néanmoins, la jurisprudence a cru devoir séparer les artisans des commerçants, pour la raison — spéieuse, à notre avis — que les premiers « spéculent » uniquement sur le produit de leur activité personnelle (7). La distinction est d'ailleurs parfois bien délicate (8).

La distinction ne trouve, au surplus, aucun appui dans la tradition de l'ancien droit (9), et elle paraît appelée à disparaître: les règles relatives

(1) RIPERT, n° 176, 5°; M. Ripert souligne que la solution est douteuse. Cf. également NOVELLES, n° 144.

(2) NOVELLES, n° 152.

(3) NOVELLES, n° 140, *in fine*; comm. Bruxelles, 18 mars 1931, *Pas.*, 1931, III, 173.

(4) Bruxelles, 20 mai 1942, *Pas.*, 1942, II, 85.

(5) Voy. RIPERT, n°s 182, 184 et 185; NOVELLES, n°s 744 et suivants, où se trouvent indiqués de nombreux exemples.

(6) NOVELLES, n° 745.

(7) En ce sens: NOVELLES, n° 744. La raison nous paraît spéieuse parce qu'il n'en reste pas moins que l'on se trouve en présence d'entreprises — même au sens donné à cette expression par les auteurs dont nous critiquons l'opinion (cf. NOVELLES, n° 168) — et d'entreprises économiques.

(8) Il a été jugé que le chauffeur de taxi, propriétaire de la voiture, est commerçant: comm. Liège, 6 janvier 1933, *Jur. Liège*, 1933, p. 46; comm. Gand, 5 avril 1933, *Jur. com. Fl.*, 1933, p. 36; pour le cas du photographe, voy. comm. Gand, 8 mars 1934, *Jur. com. Fl.*, 1934, p. 61.

(9) Voy. RIPERT, n° 182.

à la concurrence illicite mises en vigueur par l'arrêté royal du 23 décembre 1934 s'appliquent à la fois aux artisans et aux commerçants ; les représentants des entreprises artisanales sont groupés avec ceux de la petite industrie, du petit et du moyen commerce dans le Conseil national des métiers et négoce, institué par la loi du 2 mai 1949 (art. 4), ainsi que dans les Chambres provinciales (art. 8) ; la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux s'applique aux immeubles affectés à l'activité d'un artisan (art. 1^{er}).

SECTION III. — LES ACTES DE COMMERCE.

§ 1^{er}. — *Théorie des actes de commerce.*

69. Origine. — La notion de l'« acte de commerce par nature » a été maintenue par le législateur en 1872 ; et la doctrine en a construit la théorie. Or, c'est une notion tout à fait artificielle. Elle résulte uniquement de la maladresse des rédacteurs du Code de 1807 et de leur souci d'éviter le reproche d'avoir rétabli, en consacrant l'existence des tribunaux de commerce, une juridiction professionnelle comme il en existait sous l'Ancien Régime (1).

L'Ordonnance de 1673 précisait, à propos de la juridiction des consuls, que ces derniers ne seraient compétents, même à l'égard des marchands, que pour les litiges relatifs à des « faits de commerce », dont l'Ordonnance donnait quelques exemples (2). Les rédacteurs du Code de commerce, lorsqu'ils ont organisé, dans les derniers articles, la compétence des tribunaux de commerce, ont maintenu le principe que ces tribunaux sont compétents pour les contestations « entre négociants, marchands et banquiers » (art. 631, 1^o). Toutefois, pour ne pas paraître reconstituer une juridiction professionnelle, ils ont ajouté que les tribunaux de commerce connaîtront également des contestations « entre toutes personnes, relatives aux actes de commerce » (art. 631, 2^o). Ils se sont vus alors obligés d'énumérer ces actes (art. 632 et 633). Mais comme ils n'avaient pas défini les commerçants (ce qui eût d'ailleurs exigé une définition abstraite de la « profession », pour laquelle, comme l'écrit M. Escarra (3), « les temps n'étaient pas encore venus »), ils se sont contentés de dresser une longue liste englobant à la fois un certain nombre d'entreprises commerciales et des actes juridiques habituellement réalisés par des commerçants. « C'est donc uniquement », comme l'écrit M. Ripert (4),

(1) Voy. RIPERT, n^{os} 274 et 276 ; ESCARRA, t. I^{er}, n^{os} 84 et suivants.

(2) Comme le fait observer M. RIPERT (*op. cit.*, n^o 275), quand les anciens auteurs parlent de « faits de commerce », il s'agit toujours d'actes accomplis par une personne qui a la qualité de marchand.

(3) *Op. cit.*, t. I^{er}, n^o 88.

(4) *Op. cit.*, n^o 276.

« pour régler à nouveau une question de compétence et pour ne pas déterminer uniquement cette compétence sur la condition des personnes que le Code a présenté la notion d'un acte qui serait acte de commerce entre toutes personnes ».

L'expression « la loi répute actes de commerce... » est un vestige de la conception ancienne, suivant laquelle les bourgeois étaient « réputés » marchands quand ils avaient fait acte de commerce. Les auteurs du Code ont, très maladroitement, transposé l'expression aux actes de commerce — notion créée par eux. Et le législateur belge, en 1872, a souligné encore la maladresse en plaçant en tête du Code une énumération des actes de commerce introduite par la même expression — singulièrement inadéquate cependant, lorsqu'il ne s'agit pas d'une fiction légale, mais, au contraire, d'une qualification imposée par la loi (1).

70. Imperfection de cette théorie. — Le caractère artificiel de la théorie des « actes de commerce par nature » se trahit par l'obligation où se sont trouvés immédiatement ses auteurs de la compléter par la théorie des actes de commerce « accessoires » : il a bien fallu reconnaître que l'énumération des actes commerciaux par nature est loin d'épuiser toute l'activité que déploient les commerçants dans l'exploitation de leurs entreprises. Aussi les auteurs du Code ont-ils dû admettre que la qualité de commerçant rejaillirait sur tous les actes du commerçant et leur donnerait un caractère commercial, même s'ils ne rentraient pas dans l'énumération des actes de commerce par nature (cf. art. 2, alinéa dernier), sous réserve seulement du cas où il serait prouvé qu'ils ont une cause étrangère au commerce.

On a d'ailleurs vainement tenté de dégager les caractères qui seraient communs à tous ces « actes commerciaux par nature » — nouvelle preuve du caractère artificiel de la notion elle-même. Les critères d'ordre économique, en particulier, se sont révélés insuffisants : ni l'idée de « circulation », ni celle de « spéculation » ne suffisent à rendre compte de tous les « actes qualifiés commerciaux par la loi » (2).

(1) Cf. RIPERT, *loc. cit.* Comme il arrive souvent, l'expression malhabile employée par le législateur a eu une fortune singulière, puisque de subtils commentateurs en ont déduit toute une théorie au sujet de l'influence sur la nature de l'acte, de l'absence de but de lucre (voy. ci-après). Il ne semble pas, cependant, qu'une signification particulière ait été attribuée au mot « répute », au cours des travaux préparatoires, qui révèlent seulement le souci de modifier le moins possible les textes existants (cf. NYSSENS et DE BAETS, t. I^{er}, n^o 22).

(2) RIPERT, n^o 279.

71. Classement rationnel des actes de commerce. — Il n'en reste pas moins que les actes de commerce, comme tels, sont soumis, dans notre droit, à des règles particulières. Il faut donc, sans adopter la théorie classique, dont le caractère arbitraire et désuet n'est plus à démontrer, admettre la notion, et en donner, si possible, une analyse plus claire et plus exacte.

En réalité, l'idée que s'en faisaient les anciens auteurs devrait être reprise : les actes de commerce sont ceux qui constituent la vie de l'entreprise commerciale ou, — lorsque celle-ci se confond avec la personne physique qui la dirige, — l'exercice de la profession commerciale (1).

Parmi ces actes, il n'y a pas lieu de faire la distinction — consacrée cependant par la doctrine — entre les actes de commerce par nature et ceux qui le sont seulement à titre d'accessoire. Logiquement, on doit étudier tout d'abord les actes faits par les commerçants dans l'exercice de leur commerce : ce sont ceux-là qui sont des *actes de commerce*. On verra ensuite qu'en vertu de la loi un acte peut être un acte de commerce (et, comme tel, être soumis au régime légal propre à ces actes) *même s'il est accompli par un non-commerçant*, lorsqu'il rentre par sa nature dans les catégories des articles 2 et 3. Telle est la *seule* utilité pratique, en droit positif, de la notion d'acte de commerce « par nature ».

§ 2. — Actes rentrant dans l'exercice d'un commerce.

72. Présomption de commercialité. — Les entreprises commerciales sont indiquées indirectement par la loi qui, parmi les actes de commerce, énumère ceux qui caractérisent l'*objet* de ces entreprises (voy. ci-dessus, n° 39).

Tous les actes qui se rattachent au fonctionnement de l'entreprise (à « l'exercice de la profession ») sont des actes de commerce. Dans l'état actuel de notre droit, la solution résulte du dernier alinéa de l'article 2, qui range parmi les actes de commerce « toutes obligations des commerçants ».

Suivant l'opinion traditionnelle, cette disposition consacrerait l'existence de la catégorie des actes de commerce « accessoires ». Mais, comme on l'a fait observer (2), la distinction des actes de commerce par nature

(1) RIPERT, n° 282.

(2) RIPERT, n° 285.

et par accessoire est en opposition avec les faits : les actes prétendument « accessoires » sont souvent les plus importants dans la vie de l'entreprise (achats de matériel, emprunts, engagement du personnel), alors que, d'autre part, les actes de commerce « par nature » peuvent devenir des actes civils s'ils sont accomplis dans l'exercice d'une profession civile.

On peut donc sans inconvénient abandonner la distinction et se contenter de dire que sont actes de commerce ceux qui sont accomplis dans l'exploitation d'une entreprise commerciale. Mais il faut, bien entendu, préciser, soit par une définition, soit par une énumération, quelles sont les entreprises commerciales.

D'autre part, le dernier alinéa de l'article 2 consacre le principe que les obligations des commerçants sont *présumées* se rapporter à l'exploitation de l'entreprise (« à l'exercice de la profession »), — solution à la fois simple et pratique.

73. Caractère général de la présomption. — La loi s'exprime en termes généraux et sans distinguer suivant que les obligations résultent d'un contrat, d'un délit, d'un quasi-délit (1) ou d'un quasi-contrat.

Auront ainsi un caractère commercial : 1^o les dettes, même hypothécaires, contractées par un commerçant, le remboursement de ces dettes, les emprunts faits par lui pour rembourser son passif, l'engagement de payer une commission à l'agent d'affaires qui lui a procuré cet emprunt (2); 2^o les obligations résultant d'un paiement indu ou d'une gestion d'affaires; 3^o l'obligation de réparer les dommages causés à des voisins par le fonctionnement d'une entreprise industrielle (3); 4^o les obligations résultant de l'accomplissement d'actes de concurrence illicite (4) ou d'accidents du roulage (5).

La présomption englobe même les obligations contractées à l'occasion de l'installation ou de la liquidation de l'entreprise commerciale (6); c'est pour cette raison que l'on reconnaît un caractère commercial à l'acquisition et à la cession d'un fonds de commerce (7).

(1) Voy. les nombreux exemples cités par les NOVELLES, n^{os} 433 à 485.

(2) Bruxelles, 15 juin 1933, *B. J.*, 1933, col. 458.

(3) Cass., 2 janvier 1896, *Pas.*, 1896, I, 67; comm. Bruxelles, 24 septembre 1932, *Jur. com. Brux.*, 1932, p. 232.

(4) Sous réserve de la compétence spéciale du tribunal civil en matière de contrefaçon de brevets (cass., 29 novembre 1888, *Pas.*, 1889, I, 157).

(5) NOVELLES, n^o 437, — sous réserve de la compétence du tribunal civil en cas de lésions corporelles (loi du 27 mars 1891).

(6) NOVELLES, n^{os} 386 à 389; comm. Bruxelles, 29 février 1952, *Jur. com. Brux.*, 1952, p. 338.

(7) NOVELLES, n^{os} 116 à 121 et les références citées; cass., 15 avril 1951, *Pas.*,

74. Renversement de la présomption légale. — Aux termes de la loi elle-même (Code comm., art. 2), le seul moyen de renverser la présomption est d'établir que l'acte a « une cause étrangère au commerce ». Cette preuve peut se faire par toutes voies de droit, même par présomptions, mais, dans le doute, il faudra admettre la commercialité, la présomption demeurant la règle. Par contre, si l'acte est mixte, on admet que le caractère civil l'emporte (1).

Le mot « cause » ne doit pas être entendu ici comme dans les articles 1108 et 1131 à 1133 du Code civil, mais bien dans un sens large : il s'agit des actes ou des faits juridiques qui ne concernent aucunement le commerce, qui ne peuvent être rattachés, même indirectement, à l'activité commerciale de leur auteur (2).

On voit immédiatement que le renversement de la présomption ne pourra être envisagé, en pratique, que dans le cas de personnes physiques commerçantes. Pour les personnes morales, le principe de la spécialité (voy. *infra*, n° 141) exclut nécessairement la possibilité de l'accomplissement d'actes étrangers à l'objet de l'entreprise.

a) S'il s'agit d'actes *intentionnels*, il faut en rechercher le mobile ou la destination. Ainsi, l'achat d'un véhicule automobile par un commerçant, en vue de l'employer pour les besoins de son négoce, est commercial, tandis que l'achat d'une voiture de luxe ne le sera généralement point ; le prêt fait à un tiers par un négociant en marchandises sera considéré comme un placement de capitaux, de nature civile ; l'emprunt sera civil si, au moment où il est contracté, il est destiné à des fins civiles ; les actes relatifs aux rapports de famille (partages, contrat de mariage) seront, de toute évidence et *a priori*, étrangers au commerce.

Peu importe d'ailleurs que l'intention originaires n'ait pas été réalisée : cette circonstance ne modifierait pas, après coup, le caractère que le mobile initial de l'acte lui avait imprimé (3).

1951, I, 521 ; voy. cependant *contra* : note A. TUNC, *D. J.*, 1946, p. 233 ; suivant cet auteur, il s'agit d'actes commerciaux par leur objet, — solution que le caractère limitatif des articles 2 et 3 du Code de commerce ne permet pas d'envisager en Belgique. Comp. Bruxelles, 16 décembre 1949, *Jur. com. Brux.*, 1949, p. 104.

(1) Comm. Gand, 9 décembre 1931, *Jur. com. Fl.*, 1931, p. 352.

(2) Gand, 16 mai 1929, *Jur. com. Fl.*, 1929, p. 248.

(3) Comm. Gand, 28 avril 1925, *Jur. com. Fl.*, 1926, p. 36 ; voy. sur cette question, la note sous comm. Gand, 10 décembre 1910, *Jur. com. Fl.*, 1911, n° 3745.

Peu importe aussi que celui qui a traité avec le commerçant ait ignoré l'intention de ce dernier ou se soit mépris sur elle.

b) Dans les *autres cas*, il faut rechercher quelle a été l'origine ou l'occasion du fait : le quasi-délit d'un commerçant, s'il est sans rapport avec l'exploitation de l'entreprise commerciale, n'entraînera pour lui que des obligations purement civiles : comm. Bruxelles, 23 avril 1948, *Jur. com. Brux.*, 1948, p. 77.

75. Sens de l'expression « cause étrangère au commerce ». — L'expression est diversement interprétée. A notre avis, il faut entendre par là que la présomption est renversée lorsque le commerçant prouve que l'obligation dont la nature est contestée est étrangère à l'exercice de son commerce, à l'exploitation de l'entreprise.

On a cru cependant pouvoir soutenir que, d'après le sens littéral des termes, l'acte ne doit pas, pour échapper à la présomption, être étranger aux affaires du commerçant, mais qu'il faut et qu'il suffit qu'il soit étranger « au commerce » en général (1), mais cette interprétation est contredite par les travaux préparatoires de la loi du 15 décembre 1872. C'est la Commission de la Chambre qui a modifié le texte du projet du Gouvernement en y introduisant l'expression « cause étrangère au commerce » (2); or, le rapporteur, M. Van Humbeeck, en commentant cette modification s'exprimait comme suit (3) : « Le commerçant ne cesse pas d'être membre de la cité, d'appartenir à une famille. Ses engagements ne constituent des actes de commerce que s'ils sont contractés par des causes *relatives à son commerce*. Comme citoyen et comme membre de la famille, il contracte des obligations purement civiles. C'est pour tenir compte de ces considérations que le projet ajoute au § 6 ces mots : *S'il n'est prouvé qu'elles aient une cause étrangère au commerce* ». Le texte a encore été amendé par la suite à l'initiative du Gouvernement, mais les derniers mots n'ont subi aucun changement et n'ont plus été commentés. Les explications du rapporteur établissent clairement que, dans la pensée des rédacteurs du texte, l'expression « cause étrangère au commerce » avait bien le sens que nous lui attribuons (4).

Tel paraît bien être aussi le sens auquel la jurisprudence s'est ralliée, au moins implicitement : le commerçant qui exerce un mandat d'administrateur dans une société étrangère à son commerce propre, n'accomplit pas un acte de commerce (5); il en est de même pour le commerçant

(1) DE PAGE, *Droit civil*, t. III, p. 870, n° 5, et t. VI, p. 1128, n° 3. Cette interprétation permet de restreindre notablement l'application de l'article 2, alinéa dernier, et sert d'appui à la théorie des actes « purement civils », que nous critiquons plus loin.

(2) NYSSENS et DE BAETS, *Commentaire*, n° 80.

(3) *Ibid.*, n° 63.

(4) Remarquons, au surplus, que c'est aussi le sens que lui donne la Cour de cassation dans l'arrêt du 10 octobre 1895, que M. De Page invoque cependant à l'appui de son opinion.

(5) Bruxelles, 19 novembre 1929, *B. J.*, 1930, col. 280.

qui prend part à la souscription du capital d'une société anonyme, en vue d'obtenir une place de directeur (1). Ces actes ne peuvent assurément être considérés comme « étrangers au commerce » en général ; mais ils sont sans relation avec l'activité commerciale habituelle de leur auteur, et cela suffit pour que la présomption édictée par l'article 2, alinéa dernier, du Code de commerce soit écartée en ce qui les concerne.

76. Théorie des actes « essentiellement civils ». — Suivant une opinion défendue par une partie notable de la doctrine, et fréquemment suivie par les tribunaux, la présomption légale devrait être écartée lorsqu'il s'agit d'actes « essentiellement civils » ou « étrangers au commerce », ainsi que dans le cas où l'acte, fût-il même en relation directe avec l'exercice du commerce, a été accompli sans intention de réaliser un bénéfice.

Les partisans de cette opinion excluent ainsi *a priori* du domaine des actes de commerce les opérations relatives à des immeubles (lesquelles, suivant une tradition d'ailleurs contestable et dénuée de tout fondement logique, seraient des actes « uniquement civils » (2), le cautionnement (3) considéré aussi comme « essentiellement civil », pour le motif qu'il est, en principe, un acte de bienfaisance, étranger à toute spéculation mercantile, et, en général, tous les actes et obligations auxquels peut donner lieu l'exercice d'actions judiciaires : obligation au paiement d'honoraires (4), responsabilité pour action téméraire et vexatoire ou pour faute commise dans le recours aux mesures d'exécution (5).

77. Critique. — Ces solutions ne sont plus unanimement admises aujourd'hui et l'on a maintes fois souligné que leur point de départ est à la fois arbitraire et erroné.

La notion de l'acte « essentiellement » civil ne répond à aucune réalité et échappe à toute définition. On a fait remarquer, à juste titre, que l'article 2, alinéa dernier, concerne précisément des actes *civils* par leur nature. Distinguer, parmi ces actes, ceux qui sont purement ou essentiellement civils, c'est faire œuvre vaine (6).

(1) Comm. Gand, 14 janvier 1933, *Jur. com. Fl.*, 1933, p. 256 ; voy. aussi NOVELLES, n° 396.

(2) Cass., 28 avril 1949, *Rev. crit. jur. belge*, 1950, p. 97, avec la note critique de M. J. LIMPENS.

(3) Comm. Liège, 15 juin 1931, *Jur. Liège*, 1931, p. 221.

(4) Cass., 10 octobre 1895 (conclusions contraires du procureur général Mesdach de ter Kiele), *Pas.*, 1895, I, 286 ; civ. Dinant, 7 janvier 1948, *Pas.*, 1948, III, 16.

(5) Comm. Bruxelles, 16 janvier 1928, *Rev. prat. not.*, 1928, p. 587 (saisie-arrest) ; voy. les nombreuses références citées par les NOVELLES, n° 452 à 459.

(6) Voy. A. CLOQUET, « La présomption de commercialité des actes des commerçants relatifs à des immeubles », *J. T.*, 1947, p. 321 et suiv. (n° 10, A) ; NOVELLES, n° 37 et 290 ; note LIMPENS, *Rev. crit. jur. belge*, 1950, n° 25.

78. Opérations immobilières. — La « longue tradition » suivant laquelle les ventes et les locations d'immeubles auraient en principe et *a priori* une cause étrangère au commerce, semble être plutôt, suivant l'expression de M. Ripert, une idée fautive maintenue par la force de la tradition (1). Il est bien difficile, d'autre part, de se déclarer convaincu par le raisonnement, quelque peu sybillin d'ailleurs, à l'aide duquel la Cour de cassation entend démontrer que cette tradition prétendue aurait été consacrée implicitement par la loi du 15 décembre 1872 (2).

Une tendance très nette s'est dessinée, au contraire, au cours des vingt dernières années, en faveur du caractère commercial des opérations relatives à des immeubles, lorsqu'elles sont en relation étroite avec l'exploitation d'une entreprise commerciale (3) : contrats passés en vue de la construction des bâtiments nécessaires en vue de cette exploitation (4), ou pour des travaux d'embellissement, d'aménagement ou d'entretien (5) ; contrats de location (6), notamment lorsque le bail est consenti ou transféré accessoirement à la location ou à la vente d'un fonds de commerce (7).

79. Cautionnements. — Une opinion beaucoup plus juste, à notre avis, tend à prévaloir aussi au sujet de la nature commerciale du cautionnement. Le caractère suranné de la conception

(1) RIPERT, n^{os} 146 et 293 ; cf. J. LIMPENS, note précitée, n^o 29 ; voy. aussi l'étude très pénétrante de M. CLOQUET, citée ci-dessus.

(2) Note J. LIMPENS, n^{os} 25 à 27 ; voy. au surplus l'arrêt du 15 avril 1951, cité ci-après, note 7 ; l'arrêt du 18 décembre 1952, cité à la note 4 ci-après, affirme à nouveau la thèse traditionnelle, mais sans la justifier.

(3) Voy. les références très complètes de la note de M. LIMPENS, *loc. cit.*, p. 112, note 5, et p. 113, note 2 ; voy. J. ESCARRA, *Manuel*, t. I^{er}, n^o 134 ; RIPERT, n^o 365.

(4) Civ. Huy, 17 novembre 1931, *Pas.*, 1932, III, 59 ; voy. aussi NOVELLES, n^o 305 ; cass., 18 décembre 1952, *J. T.*, 1953, 38 (il s'agissait d'une action en paiement d'honoraires d'architecte).

(5) NOVELLES, n^{os} 311 et 312 ; J. de P. Schaeerbeck, 16 juillet 1930, *J. J. P.*, 1930, p. 272.

(6) NOVELLES, n^{os} 316 et 317 ; appel Paris, 14 novembre 1949, *D. J.*, 1950, p. 372 ; R. DEBACKER, notes dans *Jur. com. Brux.*, 1949, p. 10 et 298 ; *contra* : comm. Bruxelles, 23 avril et 29 juin 1951, *Jur. com. Brux.*, 1951, p. 322 et 325.

(7) NOVELLES, n^{os} 123 et 315. La Cour de cassation l'admet également en ce cas (arrêts des 22 mai 1947 et 16 septembre 1948, *Rev. crit. jur. belge*, 1950, p. 93), mais il est difficile de concilier cette solution avec celle de l'arrêt du 28 avril 1949, précité : voy. à ce sujet, la note de M. LIMPENS, n^o 32 ; voy. cass., 15 avril 1951, *Pas.*, 1951, I, 521. Cet arrêt semble à nouveau reconnaître un caractère commercial au bail d'une maison dans laquelle un commerce est exploité ; voy. note R. DEB., *Jur. com. Brux.*, 1951, 335 ; comp. cass., 18 décembre 1952, précité. Voy., pour le cas d'un mandat : Bruxelles, 12 mai 1950, *Bull. de la jurispr. immob.*, 1951, 188.

qui voit dans le cautionnement un acte « de bienfaisance » ressort à l'évidence du rôle important que jouent les « cautions de banque » dans l'activité économique de notre époque. Aucune raison ne justifie, dès lors, l'application au cautionnement d'un régime particulier : comme l'écrit très exactement M. Fredericq (1), « le commerçant qui cautionne est présumé le faire dans l'intérêt de son commerce » et, dès lors, l'engagement qu'il prend de ce chef est, en principe, commercial (2). La preuve contraire peut être administrée dans les mêmes conditions que pour les autres actes : il faut démontrer que le cautionnement est étranger à l'activité commerciale de la caution (3). Cette preuve ne résultera d'ailleurs pas nécessairement du caractère gratuit du cautionnement, car celui-ci peut, même en ce cas, être donné en vue d'un intérêt commercial (éviter la faillite d'un débiteur, par exemple).

80. Absence d'intention lucrative. — L'absence d'« intention lucrative » ne démontre aucunement, par elle-même, que l'acte est étranger à l'activité commerciale de son auteur (4). Même en admettant la thèse selon laquelle l'esprit de lucre est l'« âme du commerce », il n'est nullement nécessaire que cet esprit se traduise par la volonté d'obtenir un bénéfice particulier lors de chaque opération faite au cours de la vie de l'entreprise.

Si, notamment, l'acte accompli pour recouvrer une créance n'est pas directement inspiré par la perspective d'un gain, « il n'en est pas moins la suite et la conséquence inséparable d'un ensemble d'opérations entreprises en vue d'un bénéfice, auxquelles il se rattache par les liens les plus étroits d'une intime connexité » (5), — ce qui suffit, au vœu de la loi, pour que l'acte conserve le caractère commercial que l'article 2, alinéa dernier, du Code de commerce lui imprime, comme à tous les actes des commerçants.

Aussi la jurisprudence, approuvée par la doctrine, s'écarte-t-elle souvent du principe, extrêmement contestable, énoncé par l'arrêt du 10 octobre 1895 (6).

(1) *Traité*, t. I^{er}, p. 125.

(2) *Comm. Alost*, 24 juillet 1934, *Jur. com. Fl.*, 1934, p. 235; voy. aussi les références citées par les *NOVELLES*, n^{os} 349 et 350.

(3) Cf. *NOVELLES*, n^o 351.

(4) *Contra* : *cas.*, 10 octobre 1895, précité.

(5) *Conclusions* du procureur général Mesdach de ter Kiele, *Pas.*, 1895, I, 290.

(6) *Comm. Bruxelles*, 15 octobre 1926, *Jur. com. Brux.*, 1926, p. 418; *civ.*

§ 3. — *Actes de commerce
accomplis par des non-commerçants.*

81. Notion générale de ces actes. — Comme l'écrit M. Ripert (1), « si tout acte fait par un commerçant est présumé acte de commerce, il n'y a d'intérêt à reconnaître l'existence d'actes de commerce *par nature* que lorsqu'il s'agit d'actes passés par des non-commerçants ».

Mais l'énumération de ces actes par les articles 2 et 3 du Code de commerce est défectueuse, puisqu'elle place côte à côte des actes et des entreprises (2). Nous pouvons à présent faire abstraction de ces dernières, et nous en tenir aux *actes* qui, d'après la loi, constituent des actes de commerce, même lorsqu'ils sont accomplis par une personne qui, n'exploitant pas d'entreprise commerciale, n'a pas la qualité de commerçant.

La règle reçoit exception cependant, lorsque l'auteur de l'acte est un mineur qui n'a pas été régulièrement autorisé à faire le commerce (Code comm., art. 6) : l'incapacité du mineur non autorisé fait obstacle à ce que l'un quelconque de ses actes puisse avoir un caractère commercial (sur les motifs de cette règle, voy. *infra*, n° 119).

82. Renversement de la présomption de commercialité.

— Bien que la loi reconnaisse à ces actes un caractère intrinsèquement commercial, doctrine et jurisprudence admettent — au moyen d'un raisonnement hasardeux suivant lequel il s'agirait seulement d'une « présomption » susceptible de preuve contraire (3) — que la nature commerciale disparaît dans deux cas :

1° Si l'acte est l'accessoire d'un acte civil ou est étroitement lié à l'exercice d'une profession civile (voy. les nombreux exemples cités par FREDERICQ, t. I^{er}, n° 30; voy. également NOVELLES, nos 28 et suiv., 71bis, 154 et suiv.);

Gand, 29 juillet 1905, *Pas.*, 1906, III, 185; Gand, 22 novembre 1911, *Jur. com. Fl.*, 1912, p. 174; Bruxelles, 6 juillet 1914, *Pas.*, 1918, II, 165; voy. aussi NOVELLES, nos 25, 420 à 425, 454 à 459; FREDERICQ, *Traité*, t. I^{er}, p. 117.

(1) N° 299.

(2) Voy. *supra*, n° 39.

(3) Voy. *supra*, p. 64, texte et note 1; cass., 12 mars 1931, *Pas.*, 1931, I, 119.

2° Si l'auteur de l'acte n'a pas été inspiré par l'intention de réaliser un bénéfice (1).

La conséquence principale que l'on déduit de cette idée traditionnelle, c'est que les actes de l'État, des provinces, des communes ou des établissements publics, quel qu'en soit l'objet, ne seront jamais des actes de commerce, — puisque, dit-on, les pouvoirs publics agissent en vue de l'intérêt général, et ne sont pas animés par l'esprit de lucre (2).

La règle n'est d'ailleurs plus admise aujourd'hui d'une manière absolue ; il est reconnu, au contraire, qu'un organe de l'État ou une commune peuvent parfaitement, en fait, accomplir certains actes « avec un esprit de lucre » ; si ces actes sont, d'après la loi, commerciaux, ils conserveront ce caractère, en dépit de la qualité de leur auteur (3).

D'autre part, comme le droit commercial est particulièrement adapté aux nécessités et aux méthodes propres aux activités économiques, même lorsqu'elles sont exercées par les pouvoirs publics, le législateur a dû maintes fois, pour pallier les conséquences fâcheuses de l'opinion traditionnelle, imprimer expressément, par une disposition spéciale, un caractère commercial à toute une catégorie d'actes (4), ou, tout au moins, les faire rentrer dans la compétence des tribunaux de commerce (5).

D'autres dérogations ont d'ailleurs toujours été admises : conservent un caractère commercial, malgré l'absence d'esprit de lucre, les actes qui tiennent de leur forme leur caractère commercial (6) ainsi que ceux qui sont l'accessoire d'un autre acte de commerce.

A. — ACTES DE COMMERCE PAR LEUR FORME.

83. Effets à ordre ou au porteur. — Tous les titres dans lesquels est stipulée l'obligation d'effectuer une prestation, soit à l'ordre d'une personne dénommée ou à dénommer, soit au

(1) Cass., 25 février 1935, *Pas.*, 1935, I, 170. Il n'est d'ailleurs pas toujours aisé de déterminer ce qu'il faut entendre par là : voy. NOVELLES, nos 135 et 136.

(2) Cass., 12 mars 1931, *Pas.*, 1931, I, 119 ; cf. M. CORNIL, étude dans *Belg. jud.*, 1939, col. 462 et 463. On peut signaler aussi la loi du 31 mars 1898, sur les unions professionnelles, qui, tout en autorisant ces unions à faire des achats pour revendre ou pour louer à leurs membres, des achats de produits fabriqués par leurs membres (pour les revendre), ainsi que des opérations de commission relatives à ces achats, précise qu'elles ne pourront jamais en retirer un bénéfice et en déduit que ces actes ne seront en aucun cas réputés commerciaux en leur chef (art. 2).

(3) Cass., 17 février 1939, *Pas.*, 1939, I, 52, et les conclusions du procureur général P. Leclercq.

(4) Les engagements qu'assume la Régie des Télégraphes et des Téléphones sont commerciaux (loi du 19 juillet 1930, art. 1^{er}) ; il en est de même pour ceux de la Régie des voies aériennes (arrêté-loi du 20 novembre 1946).

(5) Services confiés à la poste : loi du 30 mai 1879, art. 50.

(6) FREDERICQ, t. I^{er}, n° 19 ; voy. ci-après, n° 83.

porteur, ont un caractère commercial. Plus exactement, les obligations résultant de ces titres sont commerciales.

La clause à ordre et la clause au porteur sont des « mécanismes » propres au droit commercial, des institutions commerciales, dont le fonctionnement ne peut d'ailleurs s'expliquer par les seules règles du droit civil en matière d'obligations, et qui permettent la circulation rapide et sûre de certaines valeurs. Celui qui souscrit, en quelque qualité que ce soit, un titre de ce genre, ou qui s'en prévaut (1), se place, par cela même, dans le secteur du droit commercial.

Le texte de l'article 2, 7^o, indique que la règle est générale ; il importe peu que l'effet ne rentre pas dans l'un des cas que la loi prévoit expressément (2).

Le fait que ces actes sont commerciaux par leur forme permet de comprendre que le caractère commercial ne s'attache qu'aux obligations résultant directement du titre, conformément à sa nature, et dans le chef des personnes qui l'ont souscrit (3).

Les *effets à ordre* sont tous les titres dont le texte révèle — sans qu'une formule sacramentelle soit requise — que, dans l'intention de ceux qui les ont créés, ils pourront être transférés par un simple endossement effectué par la personne dénommée ou à dénommer.

En revanche, n'aurait pas la valeur d'une clause à ordre celle qui réserverait la faculté d'endossement à la personne à qui incombe la prestation promise (4).

Pour certains titres, la clause « à ordre » est un élément essentiel : billet à ordre, warrant, *delivery orders*, laissez-suivre ; d'autres sont, par leur nature même, transmissibles par endossement, sauf clause contraire : lettre de change. Pour d'autres, la clause est facultative : mandats de paiement, chèques et accreditifs, connaissements, polices d'assurance. Pour d'autres encore, elle est tacite : la facture (5).

Les *effets au porteur* sont tous les titres qui, d'après leur texte ou, parfois, d'après leur nature, donnent à celui qui les possède

(1) Cf. comm. Anvers, 2 janvier 1905, *P. A.*, 1905, I, p. 109 (connaissance).

(2) Liège, 31 octobre 1900, *Jur. Liège*, 1900, p. 330 ; cf. cass., 25 juin 1914, *Pas.*, 1915-1916, I, 16.

(3) Cf. NOVELLES, n^{os} 251 et 252 ; le tiré non accepteur, dont le nom figure dans la lettre de change, mais qui n'a pas signé le titre, n'est tenu commercialement que si la dette constituant la provision est commerciale dans son chef : comm. Bruxelles, 16 juin 1909, *Jur. com. Brux.*, 1909, p. 413 ; Liège, 5 juillet 1910, *Pas.*, 1910, II, 364.

(4) Cass., 7 novembre 1929, *Pas.*, 1930, I, 22.

(5) Loi du 25 octobre 1919, art. 13 à 16.

le droit d'exiger, sans autre justification, la prestation promise par le souscripteur : billets de banque, chèques au porteur, actions et obligations de société, ainsi que leurs coupons ; polices d'assurance au porteur, connaissements au porteur.

B. — ACTES DE COMMERCE PAR LEUR OBJET.

84. Notion générale. — Ce sont des actes qui, normalement et habituellement, ne sont accomplis que par des commerçants ; celui qui les fait accidentellement se place ainsi d'emblée, pour ces actes, dans le secteur commercial (1). Telles sont les opérations de banque, de change et de courtage ; les opérations à terme sur denrées et marchandises ; les opérations relatives à la navigation.

85. Opérations de banque. — L'opération de banque consiste à fournir du crédit à l'aide de moyens financiers que l'auteur de l'opération a lui-même réussi à obtenir à ses risques et périls.

Si une personne fait des avances au moyen de ses ressources personnelles, elle n'accomplit pas une opération de banque, mais un simple placement d'argent de nature civile : NOVELLES, n° 232 ; comm. Liège, 18 avril 1905, *Jur. Liège*, 1905, p. 152. Au contraire, toute personne ou toute société qui ouvre un crédit ou fait des avances au moyen de fonds reçus en dépôt ou empruntés, fait une opération de banque : un notaire, par exemple, ou encore le particulier qui se fait ouvrir un crédit au profit d'un tiers en vue de lui procurer des fonds au moyen de sa garantie personnelle contre paiement d'une commission : Hasselt, 22 juillet 1914, *Jur. Liège*, 1914, p. 338.

Rappelons que l'*entreprise* de banque a pour objet le commerce de l'argent et du crédit, ainsi que toutes les opérations qui, dans la pratique, sont le complément de ce commerce. La notion de l'« opération de banque » est plus étroite : elle n'englobe que les actes par lesquels le crédit (sous forme d'avances ou autrement) est fourni à l'aide de fonds que le créancier a dû lui-même se procurer ailleurs. Elle ne comprend pas les mandats, dépôts, locations et autres opérations que les banquiers ont coutume de traiter avec leurs clients.

86. Opérations de change. — Les opérations de change sont

(1) RIPERT, n° 304.

généralement pratiquées par des banquiers, mais elles constituent, d'après la loi, un acte de commerce distinct.

On distingue traditionnellement deux genres d'opérations de change : 1^o le change manuel, qui a pour objet de fournir des monnaies métalliques ou fiduciaires nationales ou étrangères, contre d'autres monnaies ; 2^o le change tiré ou local, qui consiste à faire obtenir dans un lieu autre que celui où l'on traite la contre-valeur d'une somme d'argent, soit dans une monnaie semblable, soit dans une monnaie différente.

Le contrat de change est précisément celui par lequel une personne recevant une valeur en un lieu déterminé, s'oblige envers une autre à remettre cette valeur, ou une autre équivalente, dans une place différente.

Le change tiré ou local s'effectue généralement au moyen d'effets négociables : ou bien la personne qui s'est engagée à fournir les valeurs demandées vend des effets (lettres de change ou chèques) payables dans la monnaie et dans le lieu convenus, ou bien elle remplit son engagement en créant elle-même des effets ainsi libellés.

Le change qui se réalise par la circulation des billets de banque et des effets négociables a beaucoup d'affinités avec le commerce des fonds publics et des valeurs de bourse : dans les deux cas, ce sont des valeurs fiduciaires qui font l'objet des transactions ; on conçoit donc que ces deux genres d'activité commerciale aient été exercés par les mêmes personnes, ce qui explique la dénomination « agent de change », bien que celle-ci ne soit plus appliquée aujourd'hui qu'à ceux qui pratiquent le commerce de fonds publics et de valeurs de bourse (1).

87. Courtage. — L'opération de courtage est le fait de celui qui, moyennant rémunération, sert d'intermédiaire entre deux personnes qui veulent traiter une opération, mais sans agir pour un des contractants. Par une décision arbitraire de la loi, toute opération de courtage constitue un acte de commerce, alors qu'il en est autrement pour l'opération de commission.

88. Opérations à terme sur denrées et marchandises. — C'est une innovation introduite par l'arrêté royal n° 72 du 30 novembre 1939 (art. 30), réglementant les bourses et les marchés à terme sur marchandises et denrées. Par inadvertance, l'on a omis d'introduire cette nouvelle catégorie d'actes de com-

(1) NOUVELLES, n° 241.

merce dans la liste de l'article 2 du Code de commerce, ajoutant ainsi un trait de plus au disparate de notre législation commerciale.

Désormais, toute « opération » portant sur des denrées et marchandises est un acte de commerce, lorsqu'elle est à terme, c'est-à-dire lorsque l'exécution de l'opération entière est tenue en suspens jusqu'à une date déterminée.

Le laconisme et l'imprécision de cette disposition nouvelle ne manqueront pas de susciter des difficultés.

Faut-il comprendre parmi les denrées et marchandises les fonds publics qui, eux aussi, font souvent l'objet d'opérations à terme? La question s'est posée à propos de l'article 2, alinéa 2, du Code de commerce (« tout achat de denrées et marchandises... ») et elle a reçu une réponse affirmative (1). Mais l'arrêté royal n° 72 a pour objet essentiel la réglementation des marchés à terme portant sur des *matières premières* (voy. Rapport au Roi, *passim*) et, d'autre part, les marchés à terme sur les titres cotés en bourse ont fait l'objet d'une réglementation distincte (arrêté royal du 15 octobre 1934), qui ne prévoit aucunement l'attribution d'un caractère commercial à ces opérations, en raison de leur objet.

On peut en conclure que l'expression « denrées et marchandises », dans l'article 30 de l'arrêté royal n° 72, a été prise dans un sens plus restreint qu'à l'article 2, alinéa 2, du Code de commerce et que, dès lors, les fonds publics sont exclus du champ d'application de la disposition nouvelle.

Celle-ci était d'ailleurs en partie superflue et, pour le surplus, elle risque de demeurer sans efficacité.

Toutes les opérations que font dans les bourses les courtiers et les commissionnaires sont incontestablement commerciales, soit par nature, soit comme rentrant dans le cadre d'entreprises commerciales. Or, la réglementation de l'arrêté royal n° 72 paraît reposer entièrement sur le principe que les marchés à terme sur marchandises se traiteront en bourse et entre intermédiaires agréés, agissant — semble-t-il, bien que le texte soit fort peu clair — en leur nom personnel (2). A ce point de vue, rien n'est donc changé.

Quant aux relations entre les intermédiaires agréés et leurs clients,

(1) FREDERICQ, t. I^{er}, n° 27; NOVELLES, n° 75.

(2) Cf. le règlement de la Bourse à terme des laines à Anvers (*Monit.*, 26 mars 1947) : les « transactions » sont conclues exclusivement entre « intermédiaires agréés » qui, seuls, peuvent recevoir les ordres par l'entremise des courtiers agréés; il est interdit à ces derniers de révéler aux donneurs d'ordre le nom des contreparties (chap. II, art. 1^{er}). Le régime légal des opérations sur fonds publics est beaucoup plus clair : cf. les articles 75 à 76 du Code de commerce.

elles ne constituent pas des marchés, mais des « ordres », c'est-à-dire, juridiquement, des mandats. Sont-ils désormais des actes de commerce dans le chef des donneurs d'ordre, même si ces derniers ne sont pas commerçants? Pour l'admettre, il faudrait supposer que le législateur a implicitement visé ces mandats par l'expression « opérations » à terme; mais, à vrai dire, cette dernière paraît avoir, dans l'arrêté royal n^o 72, le même sens que les mots « marchés à terme » : les deux expressions sont prises indifféremment l'une pour l'autre; le Rapport au Roi, commentant brièvement l'article 30, se borne à indiquer que l'on a voulu « consacrer le caractère commercial qui s'attache naturellement aux marchés à terme sur marchandises et denrées ».

Telle qu'elle a été conçue et libellée, la règle nouvelle n'imprime donc un caractère commercial qu'à la *vente* et à l'*achat* à terme de matières premières. Pratiquement, cette innovation n'a d'intérêt que pour les marchés directs qui seraient conclus hors bourse, — marchés que l'arrêté royal n^o 72 ne réglemente pas, sans cependant les prohiber (1).

89. Opérations relatives à la navigation : article 3. — L'énumération légale est tellement complète qu'elle englobe tous les actes qui, à un titre quelconque, se rattachent à l'exploitation ou à l'utilisation des bâtiments de navigation.

La plupart de ces actes sont déjà commerciaux parce qu'ils constituent l'activité normale d'entreprises commerciales. L'intérêt de l'article 3 consiste en ce que les actes qui s'y trouvent énumérés sont commerciaux dans le chef de tous ceux qui y participent (2) : construction, vente et achat volontaires de bâtiments de navigation ou d'accessoires (agrès, appareils et avitaillements), affrètement, assurances à prime ou mutuelles, emprunt ou prêt à la grosse, engagements de gens de mer (3). En d'autres termes, ce secteur de l'activité économique est placé *intégralement* sous l'empire du droit commercial.

La loi ne distingue pas, en principe, suivant qu'il s'agit de navigation maritime (par navires) ou de navigation intérieure

(1) Voy., au contraire, pour les marchés à terme sur titres cotés en bourse, les articles 75, 75bis et 76 du Code de commerce.

(2) NOVELLES, n^{os} 269, 274, 279, 283, 284 et 287; la jurisprudence hésite cependant pour la navigation de plaisance ou entreprise dans un but scientifique, ainsi que pour le transport des passagers et les services de remorquage de la Ville d'Anvers (cass., 12 mars 1911, *Pas.*, 1911, I, 119), en raison de l'absence, dans ces différents cas, d'intention lucrative; voy. *supra*, n^o 80.

(3) Toutefois, les litiges relatifs à ces engagements sont de la compétence des conseils de prud'hommes marins (loi du 5 juin 1928, art. 108).

(par bateaux) (1), sauf pour les « expéditions » et les assurances, qui ne sont affectées par l'article 3 que s'il s'agit d'opérations maritimes (2).

C. — ACTES DE COMMERCE PAR LEUR CAUSE.

90. Opérations sur denrées et marchandises inspirées par une intention spéculative. — Dans le système du Code de commerce, certains actes auront un caractère commercial, bien qu'ils ne se distinguent des actes civils ni par leur objet, ni par leur forme, s'ils ont été accomplis en vue d'une spéculation commerciale : le *mobile* de l'acte confère alors à ce dernier — dans le chef des deux parties ou de l'une d'elles — une nature commerciale. Le caractère illogique de cette conception a été clairement démontré par M. Ripert (3).

Ces actes sont des opérations sur denrées et marchandises : les achats faits pour revendre ou pour louer, les locations en vue de sous-louer, et les reventes, locations ou sous-locations qui en sont la suite (Code comm., art. 2, al. 2).

L'expression « denrées et marchandises » s'entend ici au sens large : ce sont tous les objets mobiliers qui sont visés, sans aucune restriction (4).

Le caractère commercial de l'opération dépendra uniquement du point de savoir si, au moment de la vente ou de la location originaires (5), l'acheteur ou le locataire poursuivait un but spéculatif (vendre ou louer lui-même en réalisant ainsi un bénéfice, fût-ce après une mise en œuvre ou une transformation de la chose, pourvu que ces dernières conservent un caractère accessoire ou secondaire). La preuve de cette intention, par toutes voies de droit, incombe à celui qui soutient la commercialité de l'acte.

En pratique, cette preuve est rarement rapportée ; le plus souvent, comme le remarque M. Ripert (6), « ce qui révèle la cause finale de l'acte,

(1) Voy. la définition juridique du navire et du bateau : articles 1^{er} et 271 du Livre II.

(2) Il n'y a pas lieu, en revanche, de faire la distinction pour les contrats avec les membres de l'équipage : voy. NOVELLES, n° 288, et les références citées.

(3) N° 309.

(4) La nature mobilière de l'objet doit s'apprécier au moment de l'achat : comm. Courtrai, 17 avril 1933, *Rev. faill.*, 1933, 304. Elle peut d'ailleurs n'être pas la même dans le chef de chacune des parties.

(5) Il importe peu que la spéculation ait lieu ou non, qu'elle réussisse ou non : NOVELLES, n° 76.

(6) N° 310.

c'est la condition de l'acquéreur : s'il est un marchand, il achète pour revendre ; s'il ne l'est pas, on ne peut établir l'esprit de spéculation ». Or, s'il est marchand, l'opération sera commerciale en vertu de l'article 2, alinéa dernier.

L'un des seuls cas d'application que l'on rencontre dans la jurisprudence est celui des ventes et achats d'actions ou d'obligations de société : lorsqu'il ne s'agit pas de placements, mais de spéculations, les opérations faites sont commerciales (1).

91. Accessoires d'une opération commerciale. — Lorsqu'un acte est accompli en vue d'exécuter ou de compléter une opération commerciale dont il est l'accessoire, cet acte lui-même prend un caractère commercial — quelle que soit d'ailleurs la qualité de son auteur.

La loi n'énonce pas la règle en termes généraux ; elle l'applique cependant au gage, qui est commercial si l'obligation principale a elle-même ce caractère (loi du 5 mai 1872, art. 1^{er}). Il s'agit, en somme, d'une application du principe *Accessio cedit principali*. Il peut être appliqué aux contrats les plus divers (dépôt, mandat, prêt), dès l'instant où ils ont été conclus en vue d'une opération commerciale (2).

Le cas du cautionnement donne lieu à certaines difficultés. En principe, l'obligation de la caution — à la différence de celle du bailleur de gage — conserve son caractère propre, quelle que soit la nature de l'obligation cautionnée (3). Mais la jurisprudence lui reconnaît un caractère commercial lorsque le cautionnement a été donné pour sûreté d'opérations commerciales auxquelles la caution est personnellement intéressée ; l'application de ce critère un peu flou, et d'ailleurs assez arbitraire, est souvent délicate (4).

§ 4. — Régime juridique des actes de commerce.

92. Principe. — Le caractère commercial reconnu à un acte ou à une opération entraîne l'application des règles propres au droit commercial, pour en déterminer les conséquences et les

(1) NOVELLES, n^{os} 126 à 136 ; voy. aussi, pour l'achat d'un fonds de commerce : Bruxelles, 28 octobre 1949, *Rev. prat. soc.*, 1951, 163.

(2) RIPERT, n^o 311.

(3) NOVELLES, n^o 343.

(4) Cf. comm. Tournai, 9 mai 1950, *J. T.*, 1950, p. 481 ; NOVELLES, *loc. cit.*, n^{os} 345 à 348. Lorsque le gérant ou l'administrateur d'une société commerciale cautionne une dette de celle-ci, son engagement est commercial, suivant la jurisprudence. NOVELLES, *loc. cit.* *Contra* : comm. Bruxelles, 21 avril 1948, *Jur. com. Brux.*, 1949, p. 238.

effets. Nous nous bornons à indiquer sommairement ici quelques-unes de ces règles, en renvoyant, pour le surplus, à nos développements ultérieurs.

93. Compétence. — Toute action judiciaire dirigée contre l'auteur d'un acte de commerce, et fondée sur cet acte, est de la compétence des tribunaux de commerce : loi du 25 mars 1876, article 12. Toutefois, si l'enjeu de la contestation ne dépasse pas 2.000 francs, la loi, pour alléger la tâche des juridictions consulaires, en attribue la connaissance aux juges de paix (art. 2, al. 2), cependant déjà fort accablés par ailleurs.

Si l'acte n'est pas commercial à l'égard de toutes les parties, la compétence se détermine par la nature de l'engagement du défendeur (art. 13).

94. Preuve. — La preuve des obligations assumées par l'auteur d'un acte de commerce, se fait par les modes admis en matière commerciale ; nous les étudierons plus loin. Si l'acte est mixte, les règles applicables seront déterminées par la nature de l'obligation dans le chef de la partie contre laquelle la preuve doit être administrée.

95. Règles propres aux obligations commerciales. — Les obligations nées d'un acte de commerce sont régies par le droit commercial. Ainsi — par opposition aux solutions que dicterait l'application du droit civil — on présupera la solidarité entre codébiteurs d'une dette conventionnelle de nature commerciale ; la mise en demeure se fera sans formalité ; la résolution des contrats synallagmatiques et le calcul des dommages-intérêts se feront conformément aux usages commerciaux.

Les dommages et intérêts *moratoires*, cependant, ne sont calculés au taux prescrit par la loi « en matière commerciale » (5,50 p. c., suivant l'arrêté du 18 mars 1935) que si la dette est commerciale dans le chef du créancier (voy. *infra*, t. II).

CHAPITRE II.

RÉGIME JURIDIQUE DES ENTREPRISES
ÉCONOMIQUES.

96. Plan. — Nous avons vu que la notion du commerçant et celle de l'entreprise sont très largement confondues, dans l'état actuel du droit commercial (voy., à ce sujet, *supra*, n^o 38), au point qu'il est pratiquement impossible de les dissocier. Lorsque l'entreprise n'est pas exploitée par un commerçant — personne physique — elle se confond pratiquement avec une personne morale, qui est généralement une société douée de la personnalité juridique.

Nous étudierons successivement les règles propres aux commerçants, celles qui concernent les personnes morales de nature économique, et, enfin, les règles, encore bien fragmentaires, qui s'appliquent à toutes les entreprises, sans distinction.

SECTION 1^{re}. — RÈGLES APPLICABLES AUX COMMERÇANTS
(PERSONNES PHYSIQUES).§ 1^{er}. — *La profession commerciale.*

97. Définition. — Les commerçants sont ceux qui font profession d'exploiter une entreprise commerciale. Tel est le sens, en pratique, de la formule abstraite qui figure en tête du Code de commerce (art. 1^{er}) : « Sont commerçants ceux qui exercent des actes qualifiés commerciaux par la loi et qui en font leur profession habituelle » (1).

Il faut, en d'autres termes, que l'exploitation de l'entreprise commerciale soit l'occupation ordinaire de celui qui s'y livre, et qu'il s'y consacre en vue de « gagner sa vie », c'est-à-dire de se procurer ses moyens d'existence (2).

(1) Cf. cass., 22 mai 1947, *Par.*, 1947, I, 212 : l'exploitation d'un fonds de commerce confère à l'exploitant la qualité de commerçant.

(2) MOLENGRAAFF, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsch Handelsrecht*, I, p. 59. Il ne suffit donc pas de participer à la fondation d'une société anonyme : comm. Gand, 18 juillet 1931, *Jur. com. Fl.*, 1931, p. 159; comm. Bruxelles, 16 octobre 1934, *Rev. prat. soc.*, 1935, p. 79.

Le mot « habituelle » est une pure redondance (1), — d'ailleurs fâcheuse, car elle est de nature à provoquer des erreurs. La profession ne se confond pas avec l'habitude : la répétition d'actes de commerce indépendants l'un de l'autre suffit à créer une habitude mais non une profession, celle-ci impliquant une activité inspirée par un mobile général identique. Ainsi, ne sont pas commerçants les particuliers qui souscrivent habituellement des effets de commerce, ou qui pratiquent des achats et ventes spéculatifs de valeurs de bourse (2). D'autre part, l'adjectif « habituel » n'ajoute rien au sens du mot profession ; ce serait une erreur, par exemple, d'en déduire qu'il faudrait, pour l'acquisition de la qualité de commerçant, une répétition d'actes commerciaux suffisamment importante et prolongée (LYON-CAEN, t. I^{er}, n° 197 ; NAMUR, t. I^{er}, n° 27) — opinion d'ailleurs inconciliable avec celle, généralement admise, d'après laquelle un commerçant acquiert cette qualité dès le moment où il commence son exploitation (NOVELLES, n° 501).

98. Mandataires et gérants. — Pour être commerçant, il faut agir pour son compte personnel et en son propre nom. Celui qui agit au nom et pour compte d'une autre personne, n'est que l'instrument de la volonté de celle-ci. Son activité ne peut donc lui donner à lui-même une qualification déterminée.

Les mandataires et les gérants d'affaires qui, en cette qualité, dirigent une exploitation commerciale, n'acquièrent pas eux-mêmes, de ce chef, la qualité de commerçants : administrateurs ou liquidateurs de sociétés commerciales, par exemple (3).

La situation est différente lorsque la loi répute acte de commerce l'accomplissement même du mandat, comme c'est le cas pour le courtier ou l'agent d'affaires, ou encore lorsque le mandataire agit en son nom personnel avec les tiers, sans découvrir ses commettants : dans ce cas, il acquiert la qualité de commerçant ; la loi précise d'ailleurs elle-même que l'entreprise de commission est commerciale.

99. Prête-nom. — La personne qui fait exercer le commerce par un prête-nom est-elle elle-même commerçante ? La question est controversée : pour l'affirmative, voy. RIPERT, n° 202 ; *contra* : NOVELLES, n° 498 et les références citées ; THALLER, n° 74, note 1. En principe celui qui n'accomplit pas lui-même d'actes commerciaux, ne saurait être considéré comme commerçant ; la circonstance que l'exploitation du commerce se

(1) RIPERT, n° 125.

(2) NOVELLES, n° 512 ; RIPERT, n° 126.

(3) Même s'il s'agit d'administrateurs-délégués, ou s'ils consacrent toute leur activité à remplir plusieurs mandats d'administrateur : cf. comm. Gand, 29 décembre 1930, *Rev. prat. soc.*, 1931, p. 132.

fait à ses risques n'est pas de nature à modifier cette situation. Mais s'il était établi, en fait, que le recours au prête-nom avait eu lieu dans un but frauduleux (pour tourner une interdiction ou une incompatibilité, par exemple, ou pour échapper aux poursuites de créanciers), les tiers auraient le droit d'écarter l'apparence échafaudée pour les tromper et de s'en prendre directement au commerçant qui voulait se dissimuler : cf. cass., 6 mai 1915, *Pas.*, 1915-1916, I, 285 ; comm. Bruxelles, 27 janvier 1940, *Rev. prat. soc.*, 1940-1946, p. 346. L'exploitant (le prête-nom) sera toujours responsable personnellement des engagements pris par lui ; il paraît normal, dès lors, de lui reconnaître en tout cas la qualité de commerçant (1).

100. Conditions non requises. — Aucune autre condition n'est requise :

1^o Il n'est pas nécessaire que l'exercice de la profession soit notoire : l'exploitation d'un commerce *clandestin* suffit à donner à son auteur la qualité de commerçant ;

2^o Il n'est pas nécessaire non plus que la profession soit *principale* : un commerçant peut avoir des activités professionnelles multiples, les unes civiles, les autres commerciales. La qualité de commerçant ne disparaîtrait que si la profession commerciale devait être considérée comme l'accessoire d'une profession civile ;

3^o Il est indifférent que l'exercice du commerce soit *prohibé* par l'une ou l'autre réglementation, comme c'est le cas pour de nombreuses catégories de fonctionnaires (militaires, membres de la Cour des comptes, consuls recevant un traitement de l'Etat, etc.), ainsi que pour les magistrats et les avocats. Les sanctions prévues pour assurer le respect de ces prohibitions sont exclusivement d'ordre pénal et disciplinaire (2).

§ 2. — La preuve de la qualité de commerçant.

101. Preuve par présomptions. — Elle incombe à celui qui invoque cette qualité ; mais il n'existe pas de moyen de preuve spécial — par exemple sous la forme d'une attestation officielle qui ferait foi par elle-même.

D'autre part, la volonté de l'intéressé ne sera jamais à elle seule

(1) En ce sens : THALLER, *loc. cit.* ; RIBERT est plus hésitant : *voy. loc. cit.* ; comm. Liège, 9 février 1929, *Jur. Liège*, 1929, p. 69.

(2) Elles n'empêchent pas, par exemple, qu'un notaire qui s'est institué agent d'affaires ou banquier, puisse être déclaré en faillite : Montpellier, 21 janvier 1929, *D. H.*, 1929, p. 194.

déterminante, puisque la qualité de commerçant, en raison des conséquences qu'elle entraîne, intéresse l'ordre public. La preuve écrite n'étant pas possible, il faut nécessairement recourir à la preuve par présomptions. Le fait qu'une personne a pris la qualité de commerçant constituera l'une des présomptions les plus fréquemment invoquées; de même le fait qu'elle aurait répudié cette qualité.

Les juges du fond constatent souverainement si une personne a, ou non, la qualité de commerçant (cass., 3 février 1887, *Pas.*, 1887, I, 76 et 21 janvier 1897, *Pas.*, 1897, I, 65) (1). Mais le jugement rendu sur ce point n'aura d'autorité qu'entre les parties en cause, — sauf s'il s'agit d'un jugement déclaratif de faillite, qui est constitutif d'état.

§ 3. — *Durée de la qualité de commerçant.*

102. Acquisition et fin. — La qualité de commerçant est acquise dès le moment de l'organisation ou de l'installation de l'entreprise commerciale — c'est-à-dire dès que la volonté d'exploiter cette entreprise à titre de profession s'est extériorisée par des actes non équivoques.

La qualité de commerçant prend fin normalement par la *cessation* de la profession exercée. Encore faut-il que cette cessation soit *définitive* : une cessation momentanée, due par exemple au chômage, ou au ralentissement des affaires, ne ferait pas perdre la qualité de commerçant.

103. Période de liquidation. — Le commerçant conserve-t-il cette qualité pendant qu'il procède à la liquidation de son commerce?

La question est souvent soulevée à l'occasion d'une demande de faillite; elle est résolue en sens divers par la jurisprudence. Certaines décisions admettent que la qualité de commerçant persiste pendant toute la période de la liquidation et aussi longtemps que celle-ci n'est pas terminée, puisque le commerçant continue sa profession tout en la menant à terme. La Cour de cassation (2 février 1887, *Pas.*, 1887, I, 76) a décidé que les actes de liquidation ne sont pas nécessairement des actes de commerce, mais peuvent revêtir ce caractère en raison des circonstances de fait, notamment quand les opérations faites n'étaient que la suite et la continuation des

(1) En France, au contraire, la Cour de cassation se réserve de contrôler la qualification admise par le juge du fond : RIPERT, n° 205. Si large que soit le pouvoir d'appréciation des tribunaux, ils ne pourraient cependant, sans encourir la censure de la Cour de cassation, attribuer ou refuser à une personne la qualité de commerçant en méconnaissance des prescriptions des articles 1^{er} à 3 du Code de commerce : en ce sens, FREDERICQ, t. I^{er}, n° 60.

actes commerciaux par leur nature auxquels se livrait précédemment le commerçant. Mais l'abstention de payer une dette née du commerce ne constitue pas un acte de liquidation et ne peut, à elle seule, conserver au débiteur, après la cessation de son commerce, la qualité de commerçant (cass., 10 novembre 1950, *Jur. com. Brux.*, 1951, p. 138, et la note d'observations J. B.).

Il semble donc que la qualité de commerçant ne se conserve pendant la liquidation que si les actes accomplis pendant cette période sont suffisamment nombreux et répétés pour apparaître comme la continuation de la profession de leur auteur (en ce sens : NOVELLES, n° 549).

Les associés en nom collectif et les commandités restent cependant commerçants, quelle que soit leur activité personnelle, jusqu'à la fin de la liquidation de la société commerciale, avec laquelle ils sont solidaires : telle est l'opinion dominante (cass., 15 décembre 1938, *Pas.*, 1939, I, 383), critiquée par certains auteurs (note J. B., précitée, *Jur. com. Brux.*, 1951, p. 149), mais qui, seule, garantit les créanciers contre les abus (FREDERICO, *Traité*, t. IV, n° 176, *in fine*).

104. Autres causes de cessation. — La qualité de commerçant prend fin également par la mise en faillite du commerçant (1), ou par la survenance de son incapacité (interdiction, mise sous conseil judiciaire).

105. Héritiers du commerçant. — La qualité de commerçant ne se transmet pas aux héritiers ; s'ils continuent les affaires de leur auteur, ils deviendront commerçants à titre personnel. Mais les actes de commerce accomplis par le défunt conservent nécessairement leur caractère commercial à l'égard de ses héritiers (2).

§ 4. — *Les incapacités et les interdictions.*

106. Leur but. — L'exercice d'une profession commerciale peut être dangereux à la fois pour celui qui l'exerce et pour le public, si l'exploitant ne possède pas les aptitudes requises ou n'est pas digne de confiance.

Pour y parer, la loi organise un système complet d'incapacités et d'interdictions. Les incapacités sont destinées à la protection de celui qui en est frappé : elles font obstacle, dans son propre intérêt, à l'acquisition de la qualité de commerçant. Les interdictions sont établies dans l'intérêt du public : elles laissent à celui qui en est l'objet la qualité de commerçant, même s'il l'a prise indûment, mais elles entraînent l'application d'autres sanctions.

(1) NOVELLES, n° 552.

(2) Liège, 31 mai 1902, *Pas.*, 1903, II, 75 ; comm. Bruxelles, 4 mai 1951, *Jur. com. Brux.*, 1952, p. 134.

A. — LES INCAPACITÉS.

107. Caractère général. — Le Code de commerce complète, en ce qui concerne l'exercice d'une profession commerciale, le régime des incapacités établi par le Code civil, en vue d'éviter que les incapables puissent trop facilement être exposés aux conséquences rigoureuses de la qualité de commerçant et, en ce qui concerne la femme mariée, pour tenir compte de l'autorité maritale.

Certaines personnes sont radicalement incapables d'acquérir la qualité de commerçant ; d'autres ne peuvent l'acquérir que sous certaines conditions spéciales.

I. — *Personnes radicalement incapables d'acquérir la qualité de commerçant.*

1° Le mineur en tutelle ou sous puissance paternelle.

108. Incapacité absolue. — Le mineur non émancipé ne peut pas faire le commerce, quel que soit son âge (arg. Code comm., art. 4) ; il ne peut le faire ni par lui-même, ni par l'intermédiaire de son représentant légal, — car l'exercice du commerce exige des qualités personnelles spéciales, des initiatives nombreuses, et entraîne des conséquences trop graves pour qu'on puisse le permettre à un mandataire légal, dont la gestion ne pourrait être constamment surveillée et qui devrait se prêter à des formalités d'autorisation compliquées (pour les conséquences de cette interdiction, à l'égard des actes de commerce isolés accomplis par un mineur non émancipé, voy. *infra*, n° 117).

109. Commerce des parents. — La loi admet cependant une dérogation importante à ce système, dans le cas où le mineur hérite d'un fonds de commerce exploité par ses parents : l'exploitation de ce fonds pourra, dans certaines conditions, être poursuivie par le tuteur.

Les intérêts du mineur peuvent exiger impérieusement, en effet, que le commerce des parents ne soit pas abandonné ou cédé dans des conditions désavantageuses, même si le mineur n'a pas encore atteint l'âge de 18 ans, ou s'il ne possède pas encore les aptitudes nécessaires pour assurer lui-même la gestion.

Le tuteur doit être autorisé par le conseil de famille. Ce dernier peut déterminer les conditions de son autorisation, — prévoir, notamment, que la gestion se fera par un technicien qualifié, sous la surveillance du tuteur, si celui-ci n'a pas personnellement les connaissances requises

(FREDERICQ, *Traité*, t. I^{er}, n^o 80, p. 157) — ou n'autoriser que la continuation partielle du commerce (*ibid.*, n^o 81), ou encore permettre au tuteur de constituer, au nom du mineur, une société en nom collectif pour la continuation du commerce des parents : cass., 30 janvier 1914, *Pas.*, 1914, I, 77. La délibération doit être soumise dans la quinzaine à l'homologation du tribunal. L'autorisation peut être révoquée moyennant l'observation des mêmes formalités.

Lorsque le commerce est exercé par le tuteur dûment autorisé, l'exploitation a lieu pour compte du mineur ; c'est donc ce dernier qui acquiert la qualité de commerçant (NOVELLES, n^o 610). Si le tuteur a continué le commerce sans avoir été autorisé à le faire, il sera personnellement responsable des actes d'exploitation tant à l'égard du mineur qu'envers les tiers (voy., pour les détails, FREDERICQ, t. I^{er}, n^{os} 81 et 82).

2^o L'interdit (judiciaire ou légal) et l'aliéné interné.

110. a) L'interdit judiciaire. — La loi commerciale n'apporte aucune dérogation au régime du droit commun. La capacité juridique de l'interdit étant nulle (Code civ., art. 502), il lui est évidemment impossible d'acquérir la qualité de commerçant.

L'exercice du commerce pour le compte de l'interdit par l'intermédiaire de son tuteur n'est pas davantage possible, comme pour le mineur.

L'interdit lui-même peut cependant parfois avoir intérêt à ce que le commerce qu'il exerçait avant son interdiction ne soit pas abandonné. La jurisprudence y a pourvu par une interprétation extensive de l'article 8 du Code de commerce : l'article 509 du Code civil assimilant l'interdit au mineur pour sa personne et pour ses biens, la Cour de cassation en a déduit que l'article 8 du Code de commerce, qui vise le commerce des parents du mineur, doit être appliqué également au commerce exercé antérieurement par l'interdit (17 février 1882, *Pas.*, 1882, I, 50). Le tuteur pourra donc en poursuivre l'exploitation, moyennant l'autorisation préalable du conseil de famille, homologuée par le tribunal.

111. b) L'interdit légal. — L'interdiction légale enlève au condamné la capacité d'administrer ses biens et d'en disposer entre vifs, — d'où l'impossibilité de conserver ou d'acquérir la qualité de commerçant, en droit autant qu'en fait. On admet toutefois que le curateur, comme le tuteur de l'interdit judiciaire, pourra éventuellement continuer le commerce exercé par le condamné (en ce sens : FREDERICQ, *Traité*, t. I^{er}, n^o 103).

112. c) L'aliéné interné : loi du 18 juin 1850. — Présumé en état de démence, son incapacité le prive de la possibilité

d'acquérir la qualité de commerçant ; d'autre part, son administrateur provisoire n'a que les pouvoirs limitativement énumérés par l'article 31 ; il ne pourrait donc poursuivre l'exploitation du commerce de l'aliéné (en ce sens : FREDERICQ, *op. cit.*, n° 104).

3° Les personnes pourvues d'un conseil judiciaire.

113. Principe de l'incapacité. — Bien qu'aucune disposition légale expresse ne leur interdise l'exercice d'une profession commerciale, la Cour de cassation a décidé qu'il existait, à leur égard, une prohibition tacite, résultant de l'incompatibilité de la profession de commerçant avec la condition juridique de la personne pourvue d'un conseil judiciaire (cass., 17 octobre 1889, *Pas.*, 1889, I, 316).

114. Actes isolés. — Le prodigue ou le faible d'esprit peuvent néanmoins accomplir valablement des actes de commerce isolés, s'ils sont assistés spécialement par leur conseil lors de chaque opération (1).

Peuvent-ils en accomplir seuls, dans les limites de leur capacité réduite (2) ? La question est controversée (3) ; elle se pose fréquemment à l'occasion des lettres de change souscrites par des prodiges. Il n'y a, semble-t-il, aucune raison de soumettre ces actes à un régime exceptionnel et de limiter pour eux seuls la capacité normale du prodigue ou du faible d'esprit.

Si l'acte est nul, pour n'avoir pas été accompli avec l'assistance du conseil, alors qu'elle était requise, il n'en reste pas moins, en l'absence de toute disposition légale sur ce point, un acte de nature commerciale, et son auteur sera donc éventuellement justiciable du tribunal de commerce (4).

II. — Personnes susceptibles d'acquérir la qualité de commerçant à certaines conditions.

1° Le mineur émancipé.

115. Conditions requises. — Il peut exercer une profession commerciale ; en pratique, l'émancipation n'est souvent faite que pour le lui permettre.

(1) FREDERICQ, t. I^{er}, n° 105.

(2) Sur le critère de cette capacité, voy. DE PAGE, t. II, n° 520.

(3) Pour l'affirmative, DE PAGE, t. II, n° 419, 421 et 429 ; FONTAINE, *De la lettre de change*, n° 223 ; cass., 24 juin 1897, *Pas.*, 1897, I, 233. *Contra* : FREDERICQ, t. I^{er}, n° 105. La jurisprudence est divisée : voy. les références citées par FONTAINE, *loc. cit.*

(4) *Contra* : FREDERICQ, t. I^{er}, n° 105 ; NOVELLES, n° 47. La question se pose différemment pour les actes du mineur, en raison du texte formel de l'article 6 du Code de commerce : voy. *infra*, n° 119.

Mais il faut qu'il ait dix-huit ans, — condition qui ne se confond pas avec la précédente, puisque l'émancipation peut avoir lieu avant cet âge lorsqu'elle est faite par le père ou la mère ou qu'elle résulte du mariage. Il doit, en outre, être spécialement autorisé à faire le commerce (1).

116. Régime de l'autorisation. — L'autorisation est donnée par le père, ou par la mère en cas d'interdiction, de décès ou d'absence du père. A défaut de père et mère, le droit d'autoriser passe au conseil de famille, mais la délibération devra être homologuée par le tribunal. L'autorisation du père ou de la mère est donnée par une déclaration faite devant le juge de paix, devant notaire ou devant le greffier du tribunal de commerce. Lorsqu'elle émane du conseil de famille, elle a nécessairement aussi la forme authentique, puisqu'elle résultera du procès-verbal dressé par le greffier de la justice de paix.

L'autorisation doit être publiée de deux manières : a) les actes d'autorisation, en expéditions, doivent être transmis au greffe du tribunal de commerce; les expéditions ou extraits y sont réunis en un volume qui peut être consulté par le public (art. 4, modifié par la loi du 30 avril 1929); b) le mineur est obligé d'indiquer, en se faisant inscrire au registre du commerce, la date de l'autorisation.

L'autorisation peut être retirée, mais seulement sous le contrôle du tribunal, pour éviter les retraits arbitraires ou intempestifs. Le retrait de l'autorisation peut être demandé par les personnes qui ont qualité pour l'accorder (père, mère, conseil de famille); la procédure comporte une requête au président du tribunal civil, tendant à obtenir la permission de citer le mineur à la chambre du conseil pour y proposer ses observations; le tribunal, saisi par assignation, statue ensuite, après avoir entendu le ministère public. Le retrait de l'autorisation est soumis aux mêmes formalités de publication que l'autorisation elle-même (Code comm., art. 5; lois des 30 mai 1924 et 9 mars 1929, art. 5).

117. Actes isolés. — L'article 6 prévoit le cas où le mineur voudrait accomplir un acte de commerce isolé: pour que l'acte soit valablement fait, toutes les conditions prescrites pour l'exercice d'une profession commerciale devront être remplies.

(1) L'autorisation peut être générale, ou spéciale à un commerce déterminé : FREDERICQ, t. I^{er}, p. 140.

Cette disposition, qui paraît assez singulière, existait déjà dans le Code de 1808. Elle s'explique vraisemblablement par le souci d'éviter qu'une profession commerciale puisse être exercée, en fait, par un mineur ou par son tuteur, grâce à la répétition d'actes commerciaux prétendument « isolés » (1).

118. Effets de l'autorisation. — Le mineur valablement autorisé est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce (Code civ., art. 487; Code comm., art. 4).

En conséquence, le mineur commerçant ne peut se faire restituer contre les actes ainsi accomplis (Code civ., art. 1308); la prescription court contre lui (dérogation à l'article 2252 du Code civil); il est justiciable du tribunal de commerce pour ses engagements; il est sujet à la faillite et à la banqueroute.

Sa capacité, pour tous les actes, quelle qu'en soit la nature, relatifs au commerce qu'il est autorisé à exploiter, est identique à celle d'un majeur: il peut ester en justice, compromettre, transiger, disposer de ses valeurs mobilières, consentir des prêts, contracter des emprunts. Il peut même engager et hypothéquer ses immeubles (art. 7, al. 1^{er}). Toutefois, il ne peut les *aliéner* (art. 7, al. 2) que suivant les formalités prescrites pour la vente des biens immobiliers des mineurs, c'est-à-dire dans les cas de nécessité absolue ou d'avantage évident, moyennant une délibération du conseil de famille et l'homologation de cette délibération par le tribunal (Code civ., art. 457), ainsi qu'en se conformant à la loi du 12 juin 1816, quant à la forme de la vente (2). En revanche, n'ayant pas de droits politiques, le mineur n'est ni électeur ni éligible au tribunal de commerce.

119. Sanction de l'inobservation des conditions prescrites. — L'article 4 frappe le mineur d'une incapacité spéciale: celle d'exercer une profession commerciale. Si l'une des conditions,

(1) NOVELLES, n° 581.

(2) En ce sens, NOVELLES, n° 598; *contra*: FREDERICQ, t. I^{er}, n° 73; DE PAGE, t. II, n° 293. Le Code de 1808 mentionnait expressément « les formalités prescrites par les articles 457 et suivants du Code Napoléon ». Le texte actuel, proposé par Bars, Ministre de la justice, a été adopté sans explication ni discussion (voy. NYSENS et DE BAETS, commentaire de l'article 7). Il s'explique vraisemblablement par la volonté de viser sans distinction toutes les formalités légales, y compris celles prescrites par la loi du 12 juin 1816; si le législateur avait voulu augmenter la capacité du mineur commerçant, pour des actes aussi graves, il n'aurait pas manqué d'exprimer clairement son intention. La solution ancienne est d'ailleurs maintenue en France: voy. RIPERT, n° 229; ESCARRA, *Manuel*, t. I^{er}, n° 165.

tant de forme que de fond, prescrites par la loi, fait défaut, le mineur n'aura pas la qualité de commerçant, quelle que soit d'ailleurs son activité réelle. Il pourra opposer son incapacité pour se défendre, par exemple, contre une demande de faillite. Mais, comme il s'agit d'une matière d'ordre public, les tiers peuvent également s'en prévaloir, de même que les tribunaux pourraient l'invoquer d'office, notamment pour repousser une demande de concordat judiciaire (1).

Si le mineur a accompli des actes de commerce, sans avoir obtenu au préalable, soit pour ces actes eux-mêmes, soit pour l'exercice du commerce, l'autorisation exigée par la loi, les actes faits par lui sont nuls pour vice de forme (2). L'incapable seul peut invoquer la nullité, jusqu'à l'expiration de la prescription décennale de l'article 1304 du Code civil, mais sans devoir prouver la lésion.

Il n'existait guère de contestation sur ce point sous l'empire du Code de 1808 (3). A s'en tenir au texte de l'article 6 (« Les actes de commerce... ne seront valables *comme tels*... »), on serait tenté de croire que désormais la seule sanction prévue par la loi est que les actes irréguliers perdront leur nature commerciale, — leur validité intrinsèque, pour le surplus, étant appréciée d'après les règles du droit civil sur l'incapacité des mineurs (4). Tel n'est cependant pas le sens de la loi; l'erreur s'explique par la rédaction maladroite du texte, qui a déformé l'intention du législateur (5). Celle-ci se dégage très clairement des travaux préparatoires : après avoir rappelé que, selon la jurisprudence, sont nuls les actes de commerce d'un mineur non autorisé, Bara, Ministre de la justice et auteur du texte actuel de l'article 6, souligna que le mineur n'en demeurerait pas moins, pour ces actes, justiciable des tribunaux de commerce (6). Le seul but de l'amendement introduit par lui était de parer à cet inconvé-

(1) RIPERT, n° 230; FREDERICQ, t. I^{er}, p. 144.

(2) En ce sens, DE PAGE, t. II, n° 21bis; civ. Bruxelles, 18 mars 1896, *Pas.*, 1896, III, 206. *Contra* : Bruxelles, 22 janvier 1949, *jur. com. Brux.*, 1949, p. 144.

(3) Voy. les travaux préparatoires de l'article 6, au cours desquels cette jurisprudence a été rappelée : NYSSENS et DE BAETS, commentaire de l'article 6. Il en est de même en France : voy. RIPERT, n° 230; ESCARRA, *Manuel*, t. I^{er}, n° 167, et les références citées par ces auteurs.

(4) En ce sens : FREDERICQ, t. I^{er}, n° 71; *Rép. prat. dr. belge*, v° *Minorité*, nos 15 et 1792; NOVELLES, n° 565; Gand, 25 février 1895, *Pas.*, 1895, II, 229 (cet arrêt interprète erronément les travaux préparatoires); Bruxelles, 4 avril 1898, *Pas.*, 1898, II, 404 (sol. impl.). Les autres décisions que l'on cite parfois n'ont pas tranché la question (Bruxelles, 20 juillet 1890, *Pas.*, 1891, II, 25; Liège, 24 mars 1902, *Pas.*, 1902, II, 289).

(5) L'impropriété du texte avait été signalée par Jacobs au cours de la discussion à la Chambre : NYSSENS et DE BAETS, t. I^{er}, n° 115.

(6) Cass., 4 avril 1844, *Pas.*, 1844, I, 179.

nient, en enlevant expressément à ces actes irréguliers leur caractère commercial (1).

2° La femme mariée.

120. Nécessité d'une autorisation expresse. — Depuis la loi du 20 juillet 1932, l'exercice d'un commerce ou d'une industrie par la femme mariée est soumis au régime institué par le Code civil, en termes généraux, pour l'exercice d'une profession quelconque. Les articles 213 à 224 nouveaux du Code civil ont abrogé tacitement les dispositions spéciales du Code de commerce (art. 9 à 11) dans la mesure où ils sont incompatibles avec elles (2).

La femme ne peut donc exercer une profession commerciale qu'avec l'autorisation *expresse* de son mari, sauf si ce dernier est absent, interdit ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté (Code civ., art. 223a) (3), ou s'il y a séparation de corps entre les époux (Code civ., art. 1449).

Si le mari est mineur, il ne peut autoriser sa femme à faire le commerce qu'après avoir été autorisé lui-même à donner ce consentement dans les formes et conditions prévues par l'article 4 du Code de commerce (art. 9) (4). Ce régime est différent de celui que prévoit, en cas de minorité du mari, l'article 224g du Code civil, mais cette dernière disposition ne concerne pas l'exercice d'une profession, et l'on ne peut, dès lors, admettre que l'article 9 aurait été tacitement abrogé (5).

121. Renvoi au droit civil. — Les règles relatives aux formes de l'autorisation, aux conditions dans lesquelles elle peut être révoquée, au recours ouvert à la femme en cas de refus ou de retrait de l'autorisation, à l'usage que la femme peut faire du nom de son mari (Code civ., art. 213b), aux recours des créanciers de la femme sur les biens de la communauté et sur ceux de son mari, au régime des biens réservés, sont celles que

(1) Bara rappelle que le projet primitif proposé par la Commission n'avait d'autre but que de préciser le sens de l'article 3 du Code de 1808 (voy. d'ailleurs le Rapport de M. Van Humbœck : NYSENS et DE BAETS, t. I^{er}, n° 73). Du texte de ce projet, dit Bara, « on déduisait *a contrario* que les actes des mineurs n'étaient pas valables en l'absence des formalités requises; mais ces actes n'en conservaient pas moins intrinsèquement leur caractère commercial... Or, actuellement, nous disons de plus que ces actes ne sont pas valables comme actes de commerce, que ce sont des actes de la vie civile ». En un mot, ces actes sont nuls pour vice de forme et, en outre, ils sont purement civils.

(2) DE PAGE, t. I^{er}, n° 722, *in fine*; FREDERICQ, t. I^{er}, p. 161.

(3) Cet article abroge tacitement la disposition de l'article 9 du Code de commerce qui prévoyait l'autorisation de justice en cas d'absence ou d'interdiction du mari.

(4) Pour les détails, voy. FREDERICQ, t. I^{er}, nos 93 et 94; voy. également pour le cas où le mari est sous conseil judiciaire, FREDERICQ, t. I^{er}, n° 92.

(5) DE PAGE, t. I^{er}, n° 722.

prévoit la loi civile dans tous les cas où la femme mariée exerce une profession séparée (1).

122. Publication. — L'autorisation d'exercer une profession commerciale doit faire l'objet d'une publication spéciale, organisée par l'article 9 du Code de commerce et confirmée expressément par l'article 223c du Code civil : le greffe du tribunal civil doit transmettre une expédition de l'autorisation au greffe du tribunal de commerce, où ces expéditions sont enliassées avec les autorisations de mineurs. D'autre part, la date de l'autorisation doit être mentionnée dans la déclaration d'immatriculation au registre du commerce (lois des 30 mai 1924 et 9 mars 1929, art. 2, 8^o).

Les mêmes formalités doivent être observées en cas de retrait de l'autorisation (voy. pour les détails : FREDERICQ, t. I^{er}, n^o 90).

123. Cas de l'autorisation tacite. — La loi du 20 juillet 1932 a profondément modifié le régime antérieur, consacré par une jurisprudence ancienne, et selon lequel l'autorisation maritale *tacite* (résultant, par exemple, de l'exercice du commerce au vu et au su du mari) était suffisante (2). De nombreuses femmes mariées commerçantes, qui bénéficiaient d'une autorisation tacite, ont négligé de se munir de l'autorisation expresse requise par la loi de 1932 ; elles ont, ainsi, perdu la qualité de commerçantes (3).

124. Effets de l'autorisation. — L'autorisation donne à la femme mariée la capacité nécessaire pour accomplir seule tous les actes relatifs à l'exercice de sa profession : elle peut ester en justice (Code civ., art. 216, 3^o) ; elle peut s'obliger pour ce qui concerne son industrie ou son négoce (Code civ., art. 220 ; Code comm., art. 10) (4). Lorsqu'il s'agit d'une profession commerciale, la capacité de la femme mariée est même plus étendue que pour les autres professions : l'article 11 du Code

(1) Voy. DE PAGE, t. I^{er}, n^{os} 722 et 726 et suivants ; FREDERICQ, t. I^{er}, n^o 830. En cas de refus d'autorisation, le tribunal peut prendre en considération l'intérêt de la famille : *Rev. trim. dr. comm.*, 1953, 79.

(2) Sur les motifs de la réforme, voy. FREDERICQ, t. I^{er}, p. 165.

(3) Liège, 29 janvier 1937, *Belg. jud.*, 1938, col. 161, avec note C. RENARD ; *Chronique de jurisprudence et de législation 1937-1938, Les Personnes, Belg. jud.*, 1938, col. 426 et 427.

(4) La capacité de la femme mariée s'étend donc à tous les engagements qui se rapportent à sa profession commerciale, sans aucune restriction. Traditionnellement, on en excepte cependant la participation à la constitution d'une société commerciale, même si cet acte rentre, en fait, dans l'exercice de la profession : DE PAGE, t. I^{er}, p. 808, n^o 4 ; FREDERICQ, t. I^{er}, n^o 98.

de commerce lui donne le pouvoir d'engager, d'hypothéquer et d'aliéner ses immeubles (1).

125. Sanction de l'incapacité. — En l'absence d'autorisation expresse, la femme n'acquiert pas la qualité de commerçante. Elle ne peut être déclarée en faillite (2). Les actes accomplis par elle dans l'exercice de son commerce ne seront valables, conformément au droit commun, que s'ils ont été autorisés chacun — expressément ou tacitement — par son mari (3). Ses engagements ne seront pas présumés commerciaux en vertu de l'article 2, alinéa dernier, du Code de commerce (4).

Les actes de commerce *par nature* qu'elle aurait accomplis, même s'ils ont été autorisés séparément, ne lui conféreront pas, par leur répétition, la qualité de commerçante. Toutefois, ces actes eux-mêmes conservent le caractère commercial que la loi leur attribue (5), même s'ils n'ont pas été autorisés et sont, de ce chef, annulables (6).

L'autorisation *tacite* d'exercer un commerce demeure désormais sans aucun effet ; elle ne pourrait même pas être invoquée pour valider un acte déterminé accompli par la femme (7).

126. Cas où le mari est également commerçant. — La loi envisage le cas où la femme participe au commerce du mari. Elle édicte, pour ce cas, une *présomption* en faveur de l'exercice du commerce par le mari seul (8). C'est ce qu'expriment les termes, assez archaïques, de l'article 10 du Code de commerce maintenus en 1872, et encore répétés dans la rédaction actuelle de l'article 220 du Code civil (9).

En mentionnant la femme qui « détaille », la loi ne donne

(1) Sous une réserve cependant, en ce qui concerne les biens dotaux (art. 11, al. 2). Rappelons que le mineur commerçant peut librement hypothéquer, mais non aliéner ses immeubles : voy *supra*, n° 118.

(2) Liège, 29 janvier 1937, précité.

(3) Comm. Courtrai, 4 juin 1938, *Jur. com. Fl.*, 1938, p. 78.

(4) Comm. Liège, 17 mars 1951, *Jur. Liège*, 1950-1951, 285.

(5) FREDERICQ, t. I^{er}, p. 162.

(6) *Contra* : FREDERICQ, t. I^{er}, p. 163. La solution contraire est consacrée, dans le cas du mineur, par l'article 6 du Code de commerce (voy. *supra*, n° 119). Mais le caractère exceptionnel de cette disposition empêche toute interprétation extensive.

(7) En ce sens : FREDERICQ, t. I^{er}, p. 163.

(8) Bruxelles, 12 juillet et 17 mai 1933, *Rev. faill.*, 1934, p. 17.

(9) Il s'agissait, dans l'intention du législateur, d'une mesure de protection pour la femme ; mais elle est devenue inutile aujourd'hui, et parfois nuisible à la femme elle-même : cf. RIPERT, n° 249.

qu'un exemple; la même présomption est applicable si l'intervention de la femme dans le commerce a pour objet d'autres activités, telles que la tenue des livres, l'achat et le paiement des marchandises, l'acceptation de traites, et, d'une manière générale, toutes les fois que la femme travaille pour son mari.

La présomption ainsi consacrée s'appliquera dans les cas où le commerce est exploité d'une manière telle que l'on ne puisse discerner avec certitude la personne sur la tête de qui repose l'entreprise : c'est, en principe, le mari qui doit être considéré comme seul commerçant; la femme ne sera que sa préposée ou sa mandataire. Mais la présomption peut être renversée par la preuve que l'entreprise est exploitée par la femme ou par les deux époux agissant ensemble (1).

Il peut se faire, — bien que ce soit assez rare en pratique, — que, le commerce étant exercé au nom de la femme, le mari y participe en qualité de préposé de son épouse (2); il n'aura pas, en ce cas, la qualité de commerçant et, *a fortiori*, la présomption de l'article 10 ne jouera pas.

B. — INCOMPATIBILITÉS ET INTERDICTIONS.

127. Caractère général. — Elles sont inspirées par des considérations diverses, mais qui tiennent toutes à l'intérêt public. Celui qui exerce un commerce en dépit d'une incompatibilité ou d'une interdiction légale, n'en est pas moins commerçant, avec toutes les obligations professionnelles qui en découlent; il pourra, notamment, être déclaré en faillite. Les sanctions qu'il encourt sont exclusivement d'ordre disciplinaire ou pénal.

128. Incompatibilités. — La profession commerciale est incompatible avec certaines autres activités. Ne peuvent faire le commerce : les avocats (décret impérial du 14 décembre 1810, art. 18, 4^o, dont le texte a été modifié par arrêtés royaux des 19 août 1889 et 13 juillet 1912), les notaires (loi du 25 ventôse an XI, art. 6, 6^o, modifié par l'arrêté royal du 13 décembre 1935);

(1) ESCARRA, *Manuel*, t. I^{er}, n^o 171, et les références citées; la preuve est souvent difficile; voy. RIPERT, n^o 249. La nullité de la société existant entre les époux resterait, à notre avis, sans influence sur l'application de l'article 10; elle n'empêcherait point que, si les époux ont, en fait, exercé le commerce ensemble et en leur nom commun, ils soient l'un et l'autre reconnus commerçants. *Contra*, semble-t-il : FREDERICQ, t. I^{er}, p. 180.

(2) La Cour de cassation a reconnu la possibilité, pour un mari, d'être le préposé de sa femme : 15 mai 1939, *Pas.*, 1939, I, 243.

les membres de l'ordre judiciaire (loi du 18 juin 1869, art. 179, modifié par la loi du 29 février 1920, art. 1^{er}); les agents de l'Etat ou d'établissements publics dépendant de l'Etat (arrêté royal du 5 février 1935, art. 1^{er}; voy. pour les détails et pour la situation des agents des provinces et des communes : FREDERICQ, *Traité*, t. 1^{er}, p. 134 à 136).

Parfois, l'incompatibilité n'est que relative, et n'existe que pour certaines activités commerciales : ainsi les architectes ne peuvent exercer la profession d'entrepreneur de travaux publics ou privés (loi du 20 février 1939, art. 6); les agents de l'assistance publique ne peuvent exploiter un commerce de détail (loi du 10 mars 1925, art. 32).

129. Interdictions. — Elles résultent de certaines condamnations pénales et sont limitées à des activités commerciales déterminées : ne peuvent exercer la profession d'agent de change ou de banquier ceux qui ont été condamnés à une peine de trois mois de prison au moins pour l'une des infractions prévues par l'arrêté royal du 24 octobre 1934 (art. 1^{er} : vol, abus de confiance, faux ou usage de faux, banqueroute simple ou frauduleuse, etc.); ceux qui ont été condamnés pour crime ou délit contre la sûreté extérieure de l'Etat ne peuvent participer à l'exploitation ou à l'administration de journaux ou publications, de divertissements publics ni d'une entreprise de théâtre, de cinéma ou de radio-diffusion; ils ne peuvent pas non plus exercer la profession d'agent de change ou de banquier (Code pén., art. 123^{sexies}, litt. e à h). La même interdiction est prévue pour ceux qui, sans avoir été condamnés, sont inscrits sur la liste prévue par la loi du 14 juin 1948, relative à l'épuration civique (art. 1^{er} à 3); voy., en outre, pour l'ouverture d'un débit de boissons fermentées : loi du 29 août 1919, art. 1^{er}.

§ 5. — *La profession de commerçant et les étrangers.*

130. Carte professionnelle. — L'activité professionnelle des étrangers est assez étroitement réglementée (arrêté royal n^o 62 du 16 novembre 1939).

L'étranger ne peut exercer un métier, une profession ou une activité de caractère lucratif sans être titulaire d'une carte pro-

fessionnelle, qui lui est délivrée par le Ministère des affaires économiques (art. 1^{er}) (1).

Ce document spécifie l'activité autorisée et, le cas échéant, les conditions imposées. Il est délivré pour deux ans au maximum, mais peut être renouvelé. Sa validité implique que son titulaire séjourne régulièrement en Belgique, c'est-à-dire qu'il se soit conformé à toutes les prescriptions relatives à la police des étrangers.

Le commerçant demeurant à l'étranger qui sollicite l'autorisation de s'établir ou de voyager en Belgique en vue d'y exercer un métier, une profession ou une activité lucrative, doit avoir sollicité et obtenu la carte professionnelle, avant de pénétrer dans le pays (art. 3 et 4).

L'octroi de la carte professionnelle est, en principe, subordonné à la condition que le requérant ait séjourné en Belgique, d'une manière ininterrompue, pendant cinq ans. A défaut de cette condition, la carte ne sera accordée que sur avis favorable du Conseil d'enquête économique pour étrangers (art. 5). Le séjour de cinq ans doit avoir été continu jusqu'au moment de l'introduction de la demande. En dehors d'un séjour au Congo (art. 5, § 2), aucune autre cause d'interruption n'est admise, fût-elle même constitutive d'un cas de force majeure (2).

L'étranger qui veut changer de profession doit solliciter, dans les mêmes conditions, la modification de sa carte professionnelle (art. 6).

131. Rôle du Conseil d'enquête économique pour étrangers.

— Le Conseil d'enquête économique pour étrangers est une juridiction administrative spéciale, composée de fonctionnaires et présidée par un magistrat (art. 8).

Il donne son avis sur les demandes de carte professionnelle; cet avis peut faire l'objet d'un recours en annulation, devant le Conseil d'Etat, s'il n'a pas été émis conformément à la loi (3).

Il statue, en outre, par voie de sentence, dans les cas qui lui sont déferés,

(1) On peut se demander si l'étranger n'échappe pas à l'obligation légale lorsqu'il existe avec son pays une convention diplomatique donnant aux ressortissants de ce pays — expressément ou non — le droit d'exercer le commerce en Belgique, en vertu de la prééminence des traités sur les lois internes; la question est vivement controversée en France: voy. notes Y. LOUSSOUARN, *Rev. trim. dr. comm.*, 1952, p. 677 et 909.

(2) Conseil d'Etat, arrêt n° 73 (Silbersztejn), 17 juin 1949, *Rec. jur. dr. adm.*, 1949, p. 119.

(3) Cf. arrêt du 17 juin 1949 (Silbersztejn), précité (sol. impl.).

soit par un étranger, soit par le Ministre des affaires économiques. L'étranger dont la demande a été rejetée par le ministre, peut introduire, pendant huit jours francs à compter de la notification du rejet, un recours devant le Conseil d'enquête (pour la procédure, voy. arrêté ministériel du 17 décembre 1945, art. 17). Les sentences sont sans appel et ne sont sujettes à révision que si des éléments nouveaux peuvent être invoqués (art. 11).

L'étranger est, d'autre part, justiciable du Conseil d'enquête dans les cas prévus par les articles 14 à 16 (1) : a) s'il exerce une profession lucrative sans avoir obtenu la carte professionnelle, le Conseil, après avoir constaté les faits, peut enjoindre à l'étranger de quitter le pays dans les vingt jours (art. 17); b) le retrait de la carte professionnelle sera prononcé à charge de l'étranger qui l'a obtenue par des manœuvres frauduleuses ou qui en a abusé (art. 15); c) le retrait pourra être prononcé si l'étranger s'est, par sa conduite, montré indigne de conserver la carte (art. 16 : concurrence illicite, faillite, condamnation pénale ou fiscale).

Le Conseil, lorsqu'il retire la carte professionnelle, peut également enjoindre à l'étranger de quitter le pays dans les vingt jours (art. 17 et 19).

132. Condition du commerçant étranger. — Lorsqu'il est titulaire d'une carte professionnelle, il peut faire le commerce comme un Belge — sauf les restrictions portées sur sa carte même. Il ne jouit pas de l'exercice des droits de nature politique : il n'est ni électeur ni éligible aux tribunaux de commerce.

§ 6. — *Effets de la qualité de commerçant sur l'état de la personne et sur le patrimoine.*

133. Le patrimoine du commerçant. — Dans l'état actuel de notre droit, le principe de l'unité du patrimoine demeure fondamental. Une personne ne peut pas affecter à titre exclusif une partie de ses biens à l'exploitation d'une entreprise commerciale. Elle peut, sans doute, consacrer certains biens à cette exploitation ; ils entreront, le cas échéant, parmi les éléments constitutifs du « fonds de commerce », mais ils ne seront d'aucune manière soustraits à l'action de l'ensemble des créanciers. Réciproquement, les créanciers commerciaux ont un recours sur tous les biens de leur débiteur commerçant ; aussi doit-il les comprendre dans son inventaire et, en cas de faillite, ils seront englobés dans la masse par l'effet du dessaisissement. Le seul moyen

(1) Pour la procédure, voy. article 9 de l'arrêté royal du 16 novembre 1939.

de ne pas engager tout son patrimoine dans une entreprise est de constituer une société commerciale douée de la personnalité juridique, en adoptant l'une des formes permettant aux associés ou à certains d'entre eux de ne s'engager qu'à concurrence d'un apport déterminé.

Il en est autrement en droit maritime, où, depuis longtemps, l'institution de l'abandon permet à l'armateur de séparer sa « fortune de terre » de ses diverses « fortunes de mer » ; cette dérogation à l'unité du patrimoine s'explique par l'énormité des risques courus (voy. sur cette institution, et son évolution, *infra*, t. II).

Le régime actuel a été critiqué ; dans d'autres pays, un commerçant peut, par divers procédés (« sociétés d'une personne », trust), limiter sa responsabilité au capital engagé par lui dans son entreprise. L'avantage de ces procédés, pour ceux qui y recourent, n'est pas niable ; autre chose est de savoir s'il est souhaitable de les voir introduire dans notre droit. (1). Le régime de la libre entreprise ne se justifie que pour autant que l'entrepreneur individuel, se réservant les profits, assume aussi les risques qui en sont la contrepartie. Lui laisser les premiers, tout en lui permettant d'esquiver les seconds, c'est donner une prime à la témérité, sinon à l'esprit de fraude.

A vrai dire, la limitation de la responsabilité est souvent recherchée et obtenue, en pratique, sous le couvert de sociétés commerciales fictives (sociétés anonymes ou sociétés de personnes à responsabilité limitée). Cet abus devrait et pourrait être empêché par un perfectionnement des lois relatives aux sociétés commerciales ; il ne fournit aucun argument valable en faveur des « patrimoines commerciaux » autonomes et limités.

134. Le nom commercial. — Le nom patronymique du commerçant est souvent utilisé par lui pour la désignation de son entreprise ou de ses produits. Il constitue alors un des signes distinctifs de l'entreprise et sert à rallier sa clientèle. Le *nom commercial* — c'est-à-dire le nom patronymique en tant qu'utilisé aux fins ci-dessus — devient un élément du fonds de commerce. Comme tel, il peut faire l'objet d'un droit de propriété incorporelle — cessible avec le fonds ou isolément (2).

En pratique, il est parfois délicat de concilier le droit à l'usage

(1) Cette thèse a été défendue, notamment, à un congrès récent, par M. Massin, président de la Compagnie des agréés près le tribunal de commerce de la Seine : voy. *Rev. trim. dr. comm.*, 1950, p. 199 à 202 ; voy. sur cette question : F. DE SOLA CANIZARES, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », *Rev. trim. dr. comm.*, 1948, p. 376.

(2) *Comm. Verviers*, 20 février 1931, *Pas.*, 1931, III, 181.

du nom commercial avec le droit de chaque personne sur son nom patronymique : le cédant peut exiger que le cessionnaire évite la confusion (« ancienne maison X... », « Maison X..., Y..., successeur ») ; en cas d'homonymie, celui qui, le premier, s'est servi de son nom à des fins commerciales, a un droit de préférence ; si les deux entreprises ont un objet identique, il peut exiger que l'autre adjoigne à son nom des mentions propres à éviter les confusions (voy. *infra*, n° 217).

135. Domicile commercial. — Le commerçant peut acquérir un domicile *commercial* distinct de son domicile civil, lorsque le siège principal de ses affaires n'est pas au lieu de son domicile civil (voy. DE PAGE, t. I^{er}, n° 313bis). Le domicile commercial déterminera la compétence territoriale du tribunal de commerce.

136. Publicité de certains actes relatifs à la vie civile. — La qualité de commerçant oblige celui qui l'acquiert ou la possède à rendre publics certains faits relatifs à sa vie civile. Les tiers ont intérêt à être informés du régime matrimonial du commerçant, ainsi que des faits susceptibles d'influer sur sa capacité ou de modifier, pendant le cours du mariage, les droits de sa femme.

La publication nécessaire est assurée efficacement depuis l'institution du registre du commerce, par l'obligation imposée au commerçant d'indiquer dans sa déclaration immatriculée son régime matrimonial et par la mention au registre, à la diligence des greffiers, des jugements d'interdiction, de mise sous conseil judiciaire, de mainlevée de ces mesures, de divorce, de séparation de corps et de séparation de biens (lois des 30 mai 1924 et 9 mars 1929, art. 2, 7^o, et 4, 1^o et 2^o). Si un commerçant célibataire se marie, il devra faire une déclaration complémentaire (arg. art. 5 ; FREDERICQ, t. I^{er}, p. 265). Dans cette hypothèse, la sanction est particulièrement énergique : c'est l'opposition aux tiers des clauses du contrat de mariage : article 5bis.

Ces mesures ont beaucoup diminué l'utilité pratique des prescriptions antérieures de la loi commerciale (1), qui sont cependant toujours en vigueur.

(1) Sans toutefois la supprimer complètement, car les extraits ou les actes dont le Code de commerce impose la publication sont plus complets et plus précis que les mentions portées au registre : voy. FREDERICQ, t. I^{er}, p. 211.

137. Publication du régime matrimonial. — Un extrait du contrat de mariage de tout commerçant doit être transmis au greffe du tribunal de commerce; ces extraits sont réunis en un volume que le public peut consulter (Code comm., art. 12, modifié par la loi du 30 avril 1929). L'extrait ne doit indiquer que le régime matrimonial et, si c'est un régime de communauté, les dérogations au droit commun.

La transmission de l'extrait incombe soit au notaire, si la profession commerciale est déjà exercée au moment du mariage, soit à l'époux lui-même, s'il devient commerçant au cours du mariage (Code comm., art. 13 et 14).

La loi prévoit, à titre de sanction, l'amende et la responsabilité personnelle du notaire; l'époux négligent pourra, en cas de faillite, être déclaré banqueroutier simple. Les clauses dérogatoires au droit commun seront néanmoins opposables aux tiers, théoriquement tout au moins. En effet, malgré le silence de la loi, on admet la responsabilité personnelle (Code civ., art. 1382) de l'époux commerçant s'il a négligé de se conformer à la loi ou s'il s'est concerté avec le notaire pour ne pas l'observer, ainsi que la responsabilité du conjoint, en cas de collusion des époux. Les tiers préjudiciés pourront, à titre de réparation, obtenir une décision judiciaire déclarant que les clauses du contrat de mariage dérogatoires au droit commun ne pourront pas leur être opposées (1).

138. Publication de certains jugements. — La loi civile organise la publicité, par voie d'affichage dans les prétoires et dans les chambres des avoués et notaires, du jugement de séparation de corps (Code proc. civ., art. 880), ainsi que celle de la demande de séparation de biens et du jugement rendu sur cette demande (2) (Code civ., art. 1445; Code proc. civ., art. 866 et 872).

L'article 15 du Code de commerce, tout en confirmant ces mesures pour le jugement de séparation de corps, impose, en outre, une publication identique pour le jugement prononçant le divorce, et institue, au profit des créanciers, le droit de s'opposer aux jugements non publiés pour ce qui touche leur intérêt et de contredire à toute liquidation qui en aurait été la suite.

SECTION II. — LES PERSONNES MORALES DE NATURE COMMERCIALE OU EXERÇANT UNE ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE.

§ 1^{er}. — *Notions générales.*

139. Importance de la notion de personnalité morale pour les entreprises. — Ainsi que nous l'avons vu, l'entreprise, envisagée en elle-même, n'a pas encore de statut juridique

(1) Voy. sur tous ces points : NOVELLES, t. I^{er}, *Des conventions matrimoniales des commerçants*, nos 25 et 26.

(2) Pour le cas de rétablissement de la communauté, en application de l'article 1451 du Code civil, voy. NOVELLES, *loc. cit.*, n° 42.

autonome et complet. Son régime se confond, partiellement, avec celui du propriétaire auquel appartiennent les biens affectés à l'entreprise et qui l'exploite. La technique juridique a toutefois permis, grâce à la notion de la personnalité civile, de faire exploiter des entreprises par des sujets de droit distincts des personnes physiques. Le procédé a été largement utilisé et il a certainement contribué à détacher l'entreprise de ses « propriétaires ».

a) C'est le mécanisme des sociétés commerciales — principalement des sociétés de capitaux — qui a été l'instrument indispensable. La plupart des grandes entreprises modernes ont pour armature une puissante société anonyme douée de la personnalité juridique. L'entreprise cesse alors de se confondre avec les personnes physiques qui lui consacrent leur activité, sans toutefois acquérir, par ce seul fait, le statut propre qui continue à lui faire défaut.

La création d'une société de personnes fait aussi apparaître, à côté des personnes physiques associées, un commerçant nouveau, sous la forme d'une personne juridique qui s'identifie plus ou moins avec l'entreprise.

b) Le législateur, par une intervention assez maladroite, a utilisé la personnalité juridique des sociétés pour introduire partiellement dans le secteur commercial des entreprises qui, sous l'empire des articles 2 et 3 du Code de commerce, seraient demeurées purement civiles (loi du 14 juin 1926 ; voy. *infra* nos 146 à 148).

c) On a vu se développer enfin, surtout pendant les trente dernières années, la création de multiples entreprises publiques de caractère économique, exploitées par des organismes doués de la personnalité juridique, et dont la nature exacte mérite un examen attentif (voy. ci-après, nos 149 à 153).

140. Plan. — Nous étudierons successivement les règles générales applicables : 1° aux sociétés commerciales proprement dites ; 2° aux sociétés commerciales par extension (ce sont les « sociétés civiles à forme commerciale ») et 3° aux personnes morales chargées d'assurer des services publics de nature économique.

141. Principe de la spécialité des personnes morales. — Toutes ces personnes juridiques sont soumises au régime

ordinaire des personnes morales en droit belge : elles agissent par des organes et le principe de la spécialité leur est applicable : elles ne peuvent accomplir valablement que les actes rentrant dans le cadre de leur objet ; tout acte étranger à cet objet ne peut avoir aucune conséquence juridique pour la personne morale au nom de laquelle il a été prétendument accompli. Si la personne morale a pour objet l'exploitation d'une entreprise commerciale, la preuve qu'un engagement pris par elle est étranger à cette entreprise n'a pas seulement pour effet d'enlever à cet engagement sa nature commerciale (Code comm., art. 2, alinéa dernier), mais, en outre, de le rendre radicalement nul dans le chef de la personne morale elle-même — sous réserve, bien entendu, de la responsabilité civile des organes qui auraient souscrit cet engagement dénué d'efficacité juridique.

A l'inverse, les personnes morales dont l'objet est étranger au commerce (établissements publics ou d'utilité publique, associations sans but lucratif, unions professionnelles) n'ont pas la capacité nécessaire pour exercer une activité commerciale ; les opérations commerciales qu'elles feraient resteraient dénuées d'effet ; *a fortiori*, ne pourraient-elles justifier une déclaration de faillite.

§ 2. — *Les sociétés commerciales proprement dites.*

142. Le critère : l'objet social. — Ce sont les sociétés ayant pour objet l'exercice d'une activité commerciale (« qui ont pour objet des actes de commerce » : article 1^{er} des lois coordonnées, Livre I^{er}, titre IX, du Code de commerce).

Pour apprécier le caractère d'une société, il faut donc uniquement se référer à son objet social et l'appréciation des juges du fond sur ce point est considérée comme souveraine par la Cour de cassation (13 mai 1897, *Pas.*, 1897, I, 185) (1).

L'activité effectivement déployée par la société au cours de son existence est indifférente ; peu importe que l'objet social soit réalisé ou non, en tout ou en partie : c'est toujours sur le pacte social seul que les tribunaux devront se fonder pour apprécier le caractère de la société. L'opposition est donc complète avec la condition de la personne physique : pour celle-ci, la

(1) Cf., pour les personnes physiques commerçantes, *supra*, n° 101.

qualité de commerçant s'apprécie toujours d'après l'activité réelle, d'après les actes effectivement accomplis.

La forme adoptée lors de la constitution de la société ne suffit pas à déterminer sa nature et est même, théoriquement, inopérante à cet égard. Ainsi, la forme coopérative ne confère pas, par elle-même, un caractère commercial à la société (cass., 30 avril 1945, *Pas.*, 1945, I, 150).

L'intention des fondateurs est également indifférente : le mobile (patriotique ou politique, par exemple) qui a inspiré les créateurs de la société est sans effet sur la nature de l'organisme (1).

143. Conséquences. — Le caractère commercial de la société lui est imprimé dès sa création et ne cesse qu'avec sa disparition.

Ici encore se marque une différence notable avec la condition des personnes physiques commerçantes. La société commerciale subsiste, en effet, en tant que personne juridique, jusqu'à la fin de sa liquidation (lois coordonnées sur les sociétés, art. 178) : elle conserve donc nécessairement jusqu'à la clôture de la liquidation la qualité qui lui est imprimée par le pacte social, même si elle n'accomplit plus d'actes de commerce et même si son liquidateur reste entièrement inactif (cass., 5 mai 1911, *Pas.*, 1911, I, 233 ; 8 mai 1930, *Pas.*, 1930, I, 202). Il en est autrement, nous l'avons vu, pour le commerçant qui cesse ses affaires (voy. *supra*, n° 103 ; sur cette différence, voy. cass., 10 novembre 1950, *Jur. com. Brux.*, 1951, p. 138, et la note d'observations J. B.).

144. Objet social mixte. — Lorsque l'objet social est mixte et porte à la fois sur des actes civils et des actes commerciaux, on recherchera quelle est la nature de l'objet principal de la société, si les actes civils ne sont que le moyen de réaliser des actes commerciaux, ceux-ci formant le but principal de la société, ou inversement. Ainsi, une société créée pour exploiter un charbonnage et pour fabriquer des agglomérés au moyen des produits de la mine sera civile, parce que son activité industrielle n'a qu'une importance accessoire par rapport à l'exploitation de la mine.

145. Les « cadres obligatoires ». — En organisant le statut des sociétés commerciales en 1873, le législateur a voulu confirmer que ces sociétés — à la différence des sociétés civiles — ont, comme telles, la personnalité juridique — solution qu'une doctrine unanime déduisait notamment de l'article 529 du Code civil (2). Mais il a précisé, d'une part, que la loi « reconnaît » seulement les cinq (aujourd'hui sept) espèces de sociétés commerciales

(1) FREDERICQ, *Principes*, t. II, n° 599 ; cass., 6 avril 1922, *Pas.*, 1922, I, 235.

(2) Voy. Rapport de M. Pirmez à la Chambre, GUILLERY, *Comment. légial.*, II^e partie, II, n° 6.

énumérées par l'article 2, et, d'autre part, que toute personnalité distincte est refusée aux sociétés (improprement appelées « associations ») momentanées ou en participation.

Ceux qui veulent s'associer d'une manière durable et ostensible pour « faire le commerce » doivent donc constituer une société commerciale conforme à l'un des cadres tracés par la loi, douée de la personnalité juridique et ayant un patrimoine propre. Le domaine de la libre association entre commerçants est ainsi étroitement limité : la liberté des conventions ne reste entière que pour la société momentanée et pour la société occulte, avec des participants ignorés du public (art. 175 à 177 et 197).

Hormis ces deux cas, la société doit nécessairement rentrer dans l'un des cadres établis par la loi et constituer un être juridique distinct. On l'y fera, au besoin, rentrer de force : s'il n'y a pas de convention écrite, ou si le pacte social ne correspond à aucun des cadres prévus par la loi, la société sera considérée comme étant « en nom collectif » — forme de droit commun et la plus favorable aux créanciers ; la société aura donc, même en ce cas, la personnalité juridique (1) (*contra*, mais à tort, selon nous : cass., 20 janvier 1941, *Pas.*, 1941, I, 13, et 1^{er} juin 1937, *Pas.*, 1937, I, 161 : cf. « Les sociétés commerciales, Examen de jurisprudence », *Rev. crit. jur. belge*, 1951, p. 135, n° 12).

§ 3. — *Les sociétés commerciales par extension* (sociétés civiles à forme commerciale).

146. Adoption de la forme commerciale par une société civile. — Aux sociétés « civiles » — c'est-à-dire celles dont l'objet n'est pas l'exercice d'une activité commerciale, au sens des articles 2 et 3 du Code de commerce, — l'article 212 (loi du 14 juin 1926) permet d'« emprunter les formes des sociétés commerciales », sans « perdre » leur caractère civil (2).

147. Caractère hybride de la société civile à forme commerciale. — Cette loi se donnait pour seul objet de per-

(1) Comm. Bruxelles (réf.), 15 décembre 1949, *Pas.*, 1951, III, 87. Sous réserve, bien entendu, de la nullité et de l'inopposabilité organisées par les articles 4 et 11 : voy. *infra*, n° 384 et suivants.

(2) La loi de 1873 comprenait déjà une disposition conçue dans le même sens (art. 136) ; mais elle ne concernait que les sociétés dont l'objet est l'exploitation des mines, et sa rédaction singulière avait, à juste titre, été critiquée au cours des discussions à la Chambre (GUILLERY, *op. cit.*, t. III, n° 611 à 616).

mettre aux sociétés civiles d'acquérir la personnalité juridique au moyen de l'expédient dont elle consacrait la légitimité. Théoriquement, rien ne devait être changé aux limites du secteur commercial du droit privé fixées par les articles 2 et 3 du Code de commerce. Mais le législateur ne semble pas avoir aperçu que si les sociétés civiles faisaient usage de la faculté offerte par la loi de 1926, elles cesseraient nécessairement d'être régies par le droit civil sur des points essentiels (1). Ce résultat est particulièrement frappant lorsqu'une société civile adopte la forme d'une société anonyme : responsabilité limitée des associés, au lieu de la responsabilité illimitée qui est inévitable en droit civil ; règles spéciales en ce qui concerne l'administration, déroatoires aux règles du droit civil ; possibilité de modifier les statuts sans l'accord unanime des associés ; obligations impératives au sujet de l'établissement des comptes sociaux.

De leur nature « civile » ne subsistent que certains effets qui, à vrai dire, apparaissent plutôt comme des anomalies : elles demeurent justiciables des tribunaux civils ; la preuve de leurs engagements ne peut se faire que par les modes admis en droit civil ; elles ne sont pas sujettes à la faillite. Il s'agit, on le voit, d'une œuvre imparfaite, inachevée, peu cohérente.

148. Portée réelle de la loi de 1926 : extension du domaine du droit commercial. — En réalité, — et que le législateur l'ait voulu ou non, — l'article 212 des lois coordonnées donne à certaines entreprises la faculté de se placer volontairement, si elles le désirent, dans le secteur du droit commercial — secteur dans lequel elles ne se trouvent pas automatiquement, parce que la loi ne reconnaît pas le caractère commercial de leur objet.

Il s'agit donc d'une extension facultative du domaine du droit commercial, mais d'une extension incomplète, limitée d'une façon arbitraire à certaines règles seulement.

La loi française du 1^{er} août 1893, beaucoup plus logiquement, décide que « les sociétés en commandite ou anonymes qui sont constituées dans les formes du Code de commerce, quel que soit leur objet, seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce ». Cette loi abandonne, fort à propos, la conception traditionnelle, et reconnaît que le trait caractéristique de l'entreprise commerciale, c'est une certaine orga-

(1) Cette conséquence a été soulignée très nettement par M. DE PAGE, t. V, n^{os} 1 et 10.

nisation, une certaine *forme* (tout comme certains titres négociables sont commerciaux en raison de leur seule forme : voy. *supra*, n° 83) (1).

La jurisprudence française a déduit de cette loi que les engagements de ces sociétés sont commerciaux ; elles sont donc des « commerçants » au plein sens du terme (voy. RIPERT, n° 288).

§ 4. — *Les services publics de nature économique.*

149. Evolution actuelle. — Dans tous les pays d'Europe occidentale, des secteurs entiers de l'activité économique tendent à passer sous la direction plus ou moins exclusive des pouvoirs publics.

Cependant, ni l'Etat, ni les provinces, ni les communes ne sont en mesure d'assumer d'une manière satisfaisante des activités de ce genre ; les règles et les pratiques administratives auxquelles ces pouvoirs publics sont assujettis, ne sont pas compatibles avec la technique des affaires commerciales et industrielles. Ces nouveaux services publics — qu'il s'agisse de crédit, de transports, de travaux ou d'entreprises de distribution — ont donc été confiés à des organismes spéciaux, plus ou moins autonomes, et doués de la personnalité juridique.

A vrai dire, la création de ces organismes, de plus en plus nombreux, s'est faite un peu au hasard, sans plan préconçu ; l'on a eu recours aux procédés techniques les plus divers, et il est impossible, non seulement d'en dégager une notion cohérente, mais même de les classer avec méthode.

150. Sociétés commerciales soumises à un statut particulier. — Dans de nombreux cas, le législateur a pris pour modèle, tout en y apportant les aménagements nécessaires, les sociétés commerciales de droit privé, qui lui offraient un cadre complet tout préparé et particulièrement adapté aux exploitations industrielles et commerciales. L'organisme nouveau apparaît comme une société anonyme ou une coopérative, dans laquelle l'Etat, la province ou les communes prennent des parts d'associés (soit seuls, soit concurremment avec des particuliers) ou se réservent un pouvoir de contrôle, sinon même de tutelle. Nous étudierons ultérieurement les principales variétés de ces sociétés, commerciales par leur forme et par leur objet, mais soumises à un statut particulier, en raison du service public qu'elles sont chargées d'assurer. Citons seulement, à titre d'exemples : la Banque Nationale, la Société anonyme belge pour l'exploit-

(1) Les sociétés congolaises, constituées dans les formes du Code de commerce de la colonie, sont commerciales, quel que soit leur objet : décret du 2 août 1913, article 3. On comprend mal que le législateur de la métropole, en 1926, ne se soit pas inspiré de ce précédent...

tation de la navigation aérienne (SABENA), la Société Nationale des Chemins de fer belges, la Société Nationale de Crédit à l'Industrie — qui constituent des sociétés d'économie mixte; le Crédit communal, la Société nationale des Chemins de fer vicinaux, la Société nationale des distributions d'eau, les associations intercommunales — qui sont des « régies coopératives », ne groupant que des pouvoirs publics.

151. Personnes de droit public. — Parfois, au contraire, le législateur préfère créer une personne juridique de droit public — que le service public nouveau soit détaché de l'Etat sous la forme d'une régie autonome, tout en restant soumis au pouvoir hiérarchique de l'autorité supérieure : Régie des Télégraphes et des Téléphones; Régie des Voies aériennes (1), — ou qu'il soit confié à un établissement public spécialement constitué à cette fin : Office National pour l'achèvement de la Jonction Nord-Midi; Office central du Crédit Hypothécaire, Office National du Ducroire, Institut National de Crédit agricole, Office central de la petite épargne, Caisse nationale de crédit professionnel, Office commercial du ravitaillement.

152. Formules hybrides. — Parfois, enfin, l'on recourt à des formules hybrides : sociétés de pure forme, dont l'existence et l'activité dépendent d'une manière quasi absolue des autorités publiques (exemple : la Société Nationale de Crédit à l'Industrie) (2). On rencontre aussi — chose plus étrange encore — des sociétés commerciales travesties sous l'appellation d' « institution d'utilité publique » — expression d'ailleurs dénuée de toute signification juridique précise (l'Institut de réescompte et de garantie, qualifié « institution d'utilité publique... réputée commerçante », est en réalité, d'après ses statuts, une société commerciale douée d'un statut propre : voy. *infra*, t. II) (3).

153. Nature commerciale de ces organismes. — Les spécialistes du droit administratif ont maintes fois souligné la nécessité d'élaborer un statut d'ensemble des organismes dits « parastataux ». Mais ce serait une erreur grave, à notre avis, de négliger, sous prétexte d'unification, les nécessités propres aux services publics de nature économique (4).

(1) Les régies communales, au contraire, ne sont pas douées de la personnalité juridique : elles impliquent seulement l'affectation spéciale d'une partie du patrimoine général de la commune (arrêté du Régent du 18 juin 1946, art. 1^{er}); mais la gestion interne des régies est organisée sur le modèle des entreprises industrielles, sous réserve de certaines modalités particulières destinées à assurer le contrôle de la gestion par les autorités compétentes.

(2) BUTTGENBACH, *Les modes de gestion des services publics en Belgique*, n° 528.

(3) De même, la Caisse nationale de crédit aux classes moyennes, qualifiée « établissement public autonome » par l'arrêté royal du 14 octobre 1937, est une société de capitaux, qui, normalement, réalisera des bénéfices (art. 22), mais ne comprend d'autres associés que l'Etat et la Caisse d'épargne (art. 8) et est douée d'un statut spécial (art. 11 à 21).

(4) M. BUTTGENBACH (n° 100) oppose exclusivement le service public à l'entre-

Toutes les fois qu'un organisme distinct, créé par la loi pour assurer un service public, a pour objet une exploitation qui, assurée par des individus ou une société privée, serait commerciale, il y a lieu, en principe, de faire entrer cet organisme dans le secteur du droit commercial pour ce qui concerne ses méthodes de fonctionnement et ses relations avec le public. Les lois et les arrêtés organiques ne manquent d'ailleurs pas de le préciser pour la tenue de la comptabilité; parfois même, un caractère commercial est imprimé à tous les engagements de la personne juridique chargée du service public (engagements de la Régie des Télégraphes et des Téléphones : loi du 19 juillet 1930, art. 1^{er}; de la Régie des Voies aériennes : arrêté-loi du 20 novembre 1946, art. 1^{er}; l'Institut de réescompte est « réputé commercial à l'égard des tiers » : arrêté royal du 13 juin 1935, art 1^{er}).

C'est d'ailleurs précisément pour donner au fonctionnement du service public de nature économique toute la souplesse nécessaire, que ce service est confié à un organisme autonome.

Sans doute ne s'agit-il point de personnes juridiques de pur droit privé ou de sociétés commerciales ordinaires. Le statut de leur personnel, les pouvoirs spéciaux qui peuvent leur être reconnus, leurs relations avec les autorités, sont régis par le droit public et par le droit administratif, et, dans bien des cas, leur activité financière est, par une disposition expresse des lois et arrêtés organiques, soumise au contrôle de la Cour des comptes. Mais ce sont au contraire les règles du droit commercial qui, rationnellement, et — très souvent — légalement, doivent être appliquées pour la conduite de l'exploitation (cf. RIPERT, n° 262).

Le régime hybride auquel elles sont soumises correspond donc à une réalité indéniable, que l'on ne saurait méconnaître sans imposer aux organismes chargés de services publics de nature économique des entraves de tout ordre. Dans leurs relations avec les usagers, avec leurs fournisseurs et, en général, avec le public, ils doivent, même lorsque la loi ne le dit pas expressément, être considérés comme des personnes morales

prise privée. Si un service public est confié à une société commerciale, ce n'est là, à ses yeux, qu'une question de forme, sans importance. C'est oublier la nécessité profonde à laquelle le législateur a tenté de répondre, tant bien que mal, en adoptant, pour les services publics de nature économique, le cadre habituel de ces sortes d'entreprises. — Cf. sur ces questions, telles qu'elles se posent en France : CH. BLAUVOET, « Vers les établissements mixtes pour les entreprises publiques », *Dalloz*, 1948, *Chron.*, p. 21; ESCARRA, *Manuel*, t. 1^{er}, n° 152 à 158.

de nature commerciale. Il n'en serait autrement : 1° qu'en présence d'une disposition légale formelle imprimant un caractère civil à l'organisme (1), ou 2° s'il s'agissait d'une entreprise économique à laquelle notre droit actuel ne reconnaît pas le caractère commercial.

Pour refuser tout caractère commercial à ces personnes juridiques de nature hybride, ainsi qu'à leurs engagements, on fait souvent valoir que les personnes de droit public exercent en principe une activité désintéressée, à laquelle on ne peut, dès lors, attribuer un caractère commercial. Cette conception appartient au passé (2); nous avons déjà souligné le caractère suranné de la théorie selon laquelle le droit commercial ne peut s'appliquer qu'aux activités et aux opérations inspirées par l'appât du gain. Ce sont les *méthodes* qui, seules, doivent être prises en considération; les méthodes commerciales sont celles qui permettent de traiter rapidement, suivant une technique simplifiée et standardisée, de nombreuses opérations; ce sont aussi celles qui, au point de vue interne, permettent à une exploitation de couvrir ses charges par ses recettes et de calculer le prix de revient; une entreprise qui fonctionne selon ces méthodes doit normalement être bénéficiaire; elle est organisée d'une manière telle qu'il y ait un excédent de recettes plutôt qu'un déficit.

Or, tel est le cas pour la plupart des organismes doués de la personnalité juridique et chargés d'assurer l'un ou l'autre service public de nature économique. Cela suffit pour que l'on puisse leur reconnaître — dans la mesure et sous les réserves exprimées ci-dessus — un caractère commercial.

SECTION III. — LE RÉGIME JURIDIQUE DES ENTREPRISES EN DROIT POSITIF.

§ 1^{er}. — *Le principe de la liberté du commerce.*

154. Fondement juridique et portée. — L'exercice des activités économiques repose encore, à notre époque, sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, en dépit des restrictions et des limitations qui ne cessent d'y être apportées.

Énoncé par l'article 7 de la loi française des 2-17 mars 1791 (rendue applicable en Belgique et toujours en vigueur : voyez C. DEL MARMOL, « La liberté du commerce en droit belge », *J. T.*, 1953, p. 65), il est confirmé implicitement par le Code

(1) Tel est le cas, notamment, pour les associations de communes : art. 5, 1^{er}, al. 2, de la loi du 1^{er} mars 1922; ce qui n'empêche nullement ces associations d'accomplir des actes de commerce : cf. *supra*, n^o 82, et cass., 17 février 1939, *Pas.*, 1939, I, 52; la situation est la même pour la Société nationale des distributions d'eau (loi du 26 avril 1913; cf. BUTTENBACH, *op. cit.*, p. 551).

(2) Cf. RIPERT, n^o 262; ESCARRA, *Manuel*, t. I^{er}, n^o 149.

de commerce (livre I^{er}, titre I^{er}), par la loi du 21 mai 1918, établissant un droit de patente (voy. conclusions de M. l'avocat général van den Branden de Reeth, *Pas.*, 1950, II, 29 et suiv.), et par la loi du 18 mai 1873, qui, en supprimant l'autorisation préalable pour la création des sociétés anonymes, et en effaçant ainsi une restriction importante au principe, a en même temps confirmé ce dernier. La Cour de cassation a d'ailleurs reconnu qu'il est toujours en vigueur : 8 juillet 1907 (deux arrêts), *Pas.*, 1907, I, 321 et 322.

Sans être comprise expressément par la Constitution parmi les libertés fondamentales, la liberté du commerce est sans aucun doute conforme à leur esprit et elle demeure, au surplus, profondément ancrée dans les mœurs ; elle peut être rangée parmi les règles essentielles de notre organisation sociale et, comme telle, elle touche à l'ordre public : voy., sur ces différents points, CH. DEL MARMOL, *loc. cit.*, et les conclusions précitées de M. l'avocat général van den Branden de Reeth.

Elle permet à tout particulier de créer une entreprise économique, d'en poursuivre l'exploitation ou d'y mettre fin. Elle implique nécessairement, d'autre part, la liberté de la concurrence, mais avec l'obligation corrélatrice de respecter, dans l'exercice de cette liberté, les « usages honnêtes » (voy. *infra*, n° 212).

155. Sanction. — Le pouvoir exécutif et les autorités administratives subordonnées ne peuvent, sous prétexte d'assurer la police du commerce, interdire ou rendre pratiquement impossible l'exercice d'un commerce ou d'une industrie : cass., 8 juillet 1907, précité (1^{er} arrêt) ; Bruxelles, 7 décembre 1949 (motifs), *Pas.*, 1950, II, 20 ; voy., en outre, les nombreux cas d'annulation, par l'autorité de tutelle, de règlements communaux portant atteinte à la liberté du commerce cités par M. l'avocat général van den Branden de Reeth (*loc. cit.*) ; comp., pour la France, RIPERT, n° 88. En revanche, l'exercice du commerce peut être réglementé dans l'intérêt général : voy. ci-après, n° 156.

D'autre part, la liberté du commerce touchant à l'ordre public, elle ne peut être supprimée par des conventions particulières. Il ne faut toutefois pas confondre ces conventions illicites avec celles, librement consenties, qui apportent seulement des restrictions ou des aménagements à cette liberté. La validité de ces dernières est indéniable, sauf dans les cas prévus par la loi (voyez

notamment l'article 20 de la loi du 7 août 1922, relative au contrat d'emploi). Le caractère illicite n'apparaît que si la restriction conventionnelle à la liberté d'exercer un commerce déterminé est illimitée dans l'espace et dans le temps : voy. *infra*, n^{os} 237 et suivants.

156. Limitations et restrictions légales. — La règle n'étant pas inscrite dans la Constitution, des lois particulières peuvent y déroger ; les dérogations sont nombreuses et s'inspirent de considérations fort diverses.

1^o Elles concernent souvent des cas particuliers : ainsi, la création d'une entreprise entrant dans le cadre de l'industrie diamantaire, l'ouverture, l'agrandissement ou la transformation de certains magasins à rayons multiples, sont subordonnés à l'autorisation préalable du Ministre des affaires économiques (lois des 30 décembre 1950, art. 2, et 12 mai 1948, art. 1^{er} et 2) ; le commerce ambulante est étroitement réglementé par l'arrêté royal n^o 82 du 28 novembre 1939, confirmé par la loi du 16 juin 1947 (1) ; les transports de personnes et de choses par véhicules automobiles sont soumis au régime de l'autorisation administrative préalable (arrêté royal n^o 248 du 5 mars 1936 et arrêté-loi du 30 décembre 1946).

2^o L'interdiction d'exercer certaines professions commerciales peut être prononcée à titre de peine par les tribunaux ; l'exploitation d'un commerce est, d'autre part, incompatible avec certaines fonctions ou professions : sur ces points, voy. *supra*, n^{os} 127 à 129.

3^o A la liberté du commerce, la loi substitue parfois le monopole : tel est le cas pour les professions réglementées, comme celle d'agent de change (Code comm., art. 69), celle de courtier ou d'intermédiaire, agréé pour la réception d'ordres relatifs à des marchés à terme (arrêté royal n^o 72 du 30 novembre 1939, art. 15), celle de pharmacien (loi du 19 mai 1949, art. 2).

4^o Depuis la crise économique de 1930, le commerce extérieur — c'est-à-dire l'importation et l'exportation de marchandises — peut être réglementé par voie d'arrêtés royaux : loi du 30 juin 1931, modifiée par la loi du 30 juillet 1934.

5^o Une disposition datant de la dernière guerre, mais toujours

(1) Pour les détails, voy. FREDERICQ, t. I^{er}, n^o 145 ; cf. Conseil d'Etat, 5 mars 1951, *Rec. jur. dr. adm. et Cons. d'Etat*, 1951, p. 185.

en vigueur (arrêté-loi du 22 janvier 1945, art. 3), donne même aux Ministres des affaires économiques et de l'agriculture le pouvoir quasi discrétionnaire de réserver l'exercice de certains commerces aux entreprises qu'ils désignent ou de fermer les établissements qui leur paraissent superflus ou nuisibles. C'est sans doute la dérogation la plus importante; voy., pour un cas d'abus de ce pouvoir exorbitant: cass., 18 janvier 1952, *Pas.*, 1952, I, 277.

157. La police du commerce. — L'exercice des activités commerciales et industrielles peut être réglementé, par mesure de police, dans l'intérêt général. La loi des 2-17 mars 1791 le précisait déjà en termes exprès. Les mesures de police sont, en ce domaine, extrêmement nombreuses et prennent les formes les plus variées; elles peuvent même comporter l'exigence d'une autorisation préalable, mais à la condition de ne pas rendre pratiquement impossible l'exercice d'une profession déterminée: cass., 8 juillet 1907, précité (2^e arrêt). Les mesures en vigueur concernent notamment les conditions imposées aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes (arrêté du Régent du 11 février 1946), les mesures propres à assurer la loyauté des transactions, à protéger la santé des consommateurs, à éviter l'exagération des prix ou les spéculations malsaines (1). D'autres mesures se rattachent à la direction de l'économie: voy. loi du 13 août 1947, instituant le Conseil national des charbonnages.

§ 2. — Organisation et fonctionnement de l'entreprise.

158. Direction de l'entreprise. — La direction de l'entreprise appartient à ceux qui l'ont créée ou acquise. Elle se confond avec l'exercice du droit de propriété: voy. *supra*, n^o 38. On en déduit que les propriétaires-dirigeants peuvent librement modifier l'organisation de l'entreprise, étendre ou restreindre son activité, la transférer à d'autres propriétaires, et même la supprimer.

Cette conception traditionnelle semble vouée à disparaître. L'entreprise se détache progressivement de la personnalité de ceux qui la dirigent: voy. J. RENAULD, « Considérations sur l'entreprise en droit belge », *Annales*

(1) Voy. l'énumération des lois et arrêtés relatifs à ces mesures dans les *Codes Seroais et Mechelynck*, 28^e éd., t. I^{er}, p. 452, et t. II, p. 556, 560 et suivantes.

de sciences économiques appliquées, 1949, p. 5 et suiv. ; P. DURAND, *Droit du travail*, t. 1^{er}, n° 347. On reconnaît, en général, qu'en cas de cession, les contrats de travail en cours ne prennent pas fin, et que le cessionnaire est tenu des engagements pris par le cédant envers les membres du personnel (loi française du 19 juillet 1928 ; RIFERT, n° 352 ; voy. cependant, en sens contraire : cass., 20 juin 1934, *Pas.*, 1934, I, 330). D'autre part, le législateur maintient parfois en vie, par des moyens divers, des entreprises que leurs dirigeants voudraient au contraire liquider : voy., pour les charbonnages, les dispositions de la loi du 13 août 1947.

159. Rôle du personnel. — En principe, les travailleurs occupés par l'entreprise sont liés par des contrats individuels avec les propriétaires-dirigeants. Mais l'évolution actuelle conduit à reconnaître que l'ensemble du personnel est l'un des éléments stables de l'entreprise, considérée comme une institution permanente.

1° Les membres du personnel n'ont pas droit seulement à un salaire, au sens étroit du mot, c'est-à-dire au prix de leur travail, tel qu'il est déterminé par les conditions du marché. L'entreprise doit supporter elle-même, dans une certaine mesure, les dépenses et les charges familiales des hommes qui en font partie : c'est le régime de la sécurité sociale, organisé par l'arrêté-loi du 28 décembre 1944.

2° L'ensemble du personnel se voit reconnaître certains pouvoirs pour déterminer le sort commun des travailleurs de l'entreprise ; et ces pouvoirs seront exercés par des organes nouveaux, dans lesquels le personnel joue un rôle important, sinon prépondérant : comités de sécurité et d'hygiène, créés par l'arrêté du Régent du 3 décembre 1946 ; conseils d'entreprise : voy. ci-après, nos 160 et 161.

3° Il est de plus en plus reconnu, enfin, que la grève ne donne pas aux dirigeants de l'entreprise — sauf dans des cas exceptionnels — le droit de renvoyer les membres du personnel, alors que l'abandon du travail implique cependant le refus d'exécuter les prestations contractuelles. C'est bien la preuve que les relations entre les travailleurs et l'entreprise ne se réduisent pas à une simple juxtaposition de contrats de travail ; le personnel est intégré dans l'entreprise elle-même, et la grève n'est qu'un moyen de pression, reconnu légitime actuellement, destiné à provoquer la révision du régime qui lui est appliqué : cf. G. SCELLE, *Le droit ouvrier*, 1922, p. 117.

160. Organisation des conseils d'entreprise. — L'institution des conseils d'entreprise par la loi du 20 septembre 1948 est l'effort le plus net tenté par le législateur pour donner aux entreprises économiques un statut approprié et pour rompre avec la conception traditionnelle de l'entreprise-propriété.

Le conseil d'entreprise, organe nouveau dans lequel sera représenté le personnel, pouvait être organisé soit au niveau de l'entreprise elle-même, soit au niveau de l'établissement (sur la distinction entre les deux notions, voy. *supra*, n^o 34, et P. DURAND, *Droit du travail*, t. I^{er}, n^{os} 335 à 339). Le législateur a adopté une solution certainement fort regrettable en l'instituant dans l'entreprise, mais en donnant de celle-ci une définition qui correspond à celle de l'établissement (art. 14; voy. sur cette anomalie : M. GRÉGOIRE, « La loi sur les conseils d'entreprise », *J. T.*, 1948, p. 537).

L'institution d'un conseil d'entreprise est obligatoire dans les entreprises occupant au moins cinquante travailleurs (art. 14). Il est composé du chef d'entreprise, d'un ou plusieurs délégués désignés par lui et de délégués du personnel : trois au moins, vingt au plus; leur nombre dépend de l'importance du personnel et les délégués du chef d'entreprise (y compris lui-même) ne peuvent être en nombre supérieur : arrêtés du Régent des 13 juin 1949 et 11 janvier 1950; les élections ont été organisées par les arrêtés du Régent des 13 juillet et 23 novembre 1949. Pour les détails, voy. l'étude de M. GRÉGOIRE, *J. T.*, 1949, p. 473.

161. Fonctions. — La mission du conseil d'entreprise est complexe.

Il doit tout d'abord jouer le rôle d'un organe *d'information* au profit du personnel (art. 15, litt. b) : tous les trois mois, le chef d'entreprise doit communiquer au conseil « des renseignements concernant la productivité ainsi que des informations d'ordre général sur la marche de l'entreprise »; périodiquement, et en tout cas à la fin de l'exercice, le conseil recevra les documents et rapports susceptibles de l'éclairer sur les résultats de l'exploitation (voy. l'arrêté royal d'exécution du 27 novembre 1950). Ces rapports et documents seront, si les représentants des travailleurs le demandent, certifiés exacts et complets par un « réviseur assermenté » — mais la loi organisant cette profession nouvelle vient seulement d'être votée par les Chambres (loi du 22 juillet 1953).

Le conseil jouit de *certaines pouvoirs de décision* :

a) Il gère en principe les œuvres sociales instituées par l'entreprise pour le bien-être du personnel (art. 15, litt. *h*);

b) Il fixe les dates des vacances annuelles et peut établir au besoin un roulement du personnel (art. 15, litt. *g*);

c) Enfin — et ceci est la prérogative la plus remarquable — il dispose d'un véritable pouvoir réglementaire : il élabore et modifie le règlement d'atelier ou le règlement d'ordre intérieur de l'entreprise (art. 15, litt. *d*). Depuis la loi du 20 septembre 1948, il y a donc, au sein de l'entreprise, un véritable partage d'autorité pour ce qui concerne l'élaboration de la « loi du travail » à laquelle le personnel sera soumis.

Pour le surplus, le rôle du conseil d'entreprise est celui, plus effacé, d'un organe consultatif ou de surveillance. Il peut donner des avis, faire des propositions ou formuler des objections sur toutes mesures intéressant l'organisation ou les conditions du travail, le rendement de l'entreprise, le développement de l'esprit de collaboration entre le chef d'entreprise et son personnel (art. 15, litt. *a, e et i*). Il peut être consulté par les Conseils professionnels ou par le Conseil central de l'économie sur toute question d'ordre économique (art. 15, litt. *c*). Il exerce une mission de surveillance sur l'application des dispositions générales intéressant l'entreprise (art. 15, litt. *f et d, in fine*).

§ 3. — *Publicité de l'entreprise.*

162. Rôle du registre du commerce. — La publicité des entreprises est essentiellement assurée par le registre du commerce. C'est un registre ouvert au greffe de chaque tribunal de commerce, dans lequel les commerçants — personnes physiques ou morales — doivent se faire immatriculer, et dans lequel doivent figurer diverses mentions relatives à chacun d'eux. Il a été institué en Belgique par la loi du 30 mai 1924, modifiée par la loi du 9 mars 1929.

Il existe dans la plupart des pays, mais son rôle est d'une importance très variable (1) : en Allemagne et en Suisse (2),

(1) Sur une réforme éventuelle voy. : ROBERT DE LA HAYE, « Le registre du commerce, organe possible de publicité légale en matière commerciale », *Rev. trim. dr. comm.*, 1951, p. 454 et suivantes.

(2) Cf. T. GUHL, *Le droit fédéral des obligations*, p. 573 et suivantes.

il constitue notamment un moyen formel de séparer les non-commerçants des commerçants et un élément de la publicité prescrite pour la constitution des sociétés.

En droit belge, sa fonction est triple : 1^o son utilité principale est de mettre officiellement à la disposition du public des indications précises sur toutes les entreprises commerciales ; 2^o la publication par la voie du registre du commerce est une formalité préalable sans laquelle certaines opérations ou certains actes ne peuvent être opposés aux tiers ; 3^o enfin, seuls les commerçants immatriculés au registre du commerce jouissent de l'électorat aux tribunaux de commerce.

L'inscription au registre du commerce ne confère donc pas la qualité de commerçant (comm. Bruxelles, 30 décembre 1930, *Jur. com. Brux.*, 1931, 408). Elle suppose, au contraire, comme condition préalable, l'existence de cette qualité.

L'inscription constitue donc un simple élément d'appréciation qui, joint à d'autres présomptions, pourra établir qu'une personne a la qualité de commerçant (Bruxelles, 3 juillet 1933, *Pand. Pér.*, 1935, 44). Mais le seul fait de l'inscription ne renverse nullement la charge de la preuve, contrairement à ce qui a parfois été soutenu (Bruxelles, 2^o chambre, 10 avril 1935, *Pas.*, 1935, II, 157 ; comp. Bruxelles, 3^o chambre, 10 avril 1935, *Jur. port. Anv.*, 1935, p. 144).

Pour les mêmes raisons, la déclaration de la cessation du commerce n'enlève pas au commerçant sa qualité, si, en fait, il a continué son exploitation : FREDERICO, t. I^{er}, p. 207.

163. Moyens d'information du public. — Le registre du commerce constitue essentiellement un répertoire public des entreprises commerciales. La loi indique avec précision les renseignements qui, pour chaque entreprise, devront être rendus publics lors de l'immatriculation (voy. *infra*, n^o 166).

La publicité de ce répertoire est assurée par divers moyens :

a) Toute personne peut consulter le registre et s'en faire délivrer à ses frais des extraits sans devoir justifier d'un intérêt (art. 8) ;

b) Tous les actes, factures, lettres, notes de commande et autres pièces analogues de nature commerciale doivent indiquer le lieu et le numéro de l'immatriculation principale (art. 10). La loi n'attache toutefois aucune sanction à la méconnaissance de cette prescription ;

c) Tout *ajournement* signifié à la requête d'un commerçant

ou d'une société de commerce doit faire mention du numéro sous lequel ils sont inscrits au registre, lorsque l'action trouve sa cause dans un acte de commerce (art. 10) — sans toutefois que l'omission de cette indication soit une cause de nullité de l'exploit : voy. ci-après, n° 167.

164. Entreprises obligées de se faire immatriculer. — L'obligation de se faire immatriculer est imposée à tous les commerçants, « particuliers ou sociétés », belges et étrangers (art. 1^{er}). Les sociétés commerciales jouissant d'un statut spécial y sont certainement soumises; en sont au contraire dispensées les sociétés civiles qui ont adopté la « forme » d'une société commerciale, les associations intercommunales, les régies de nature commerciale ou industrielle et les établissements publics exerçant une activité économique : voy. *supra*, nos 147 à 153 (1).

Si une société possède des établissements secondaires, l'immatriculation faite au siège principal, ainsi que les déclarations modificatives, devront être mentionnées et reproduites « dans le ressort où sont situés les établissements secondaires, succursales ou agences » (art. 6), c'est-à-dire dans le registre du commerce local.

L'inscription des associés ne dispense pas de l'obligation de faire immatriculer la société elle-même (comm. Ostende, 20 mars 1930, *Rev. prat. soc.*, 1931, 37); mais l'immatriculation de la société suffit, lorsque les associés eux-mêmes n'exercent aucun commerce distinct : comm. Courtrai, 9 novembre 1929, *Rev. prat. soc.*, 1931, 36.

Les dispositions de la loi semblent présupposer que les déclarants disposent d'un établissement, c'est-à-dire d'une organisation commerciale ayant un caractère de permanence et de fixité; on en déduit que l'obligation de se faire immatriculer au registre n'existe pas à l'égard des colporteurs, des marchands ambulants et, d'une façon générale, de tous les petits commerçants dont l'activité plus ou moins intermittente ne s'exerce pas dans un local agencé en vue du commerce : NOVELLES, n° 528 (2). L'obli-

(1) Le cas de l'Institut de réescompte et de garantie est plus douteux; comme il s'agit, en réalité, d'une société à statut spécial (voy. *supra*, n° 150), réputée commerciale par l'arrêté royal qui l'institue (art. 1^{er}), l'immatriculation paraît s'imposer.

(2) *Contra* : FREDERICQ, t. 1^{er}, n° 109. Pour ce qui concerne les commerçants

gation n'existe pas non plus pour les étrangers ou les sociétés étrangères qui n'ont pas en Belgique un siège permanent d'opérations : comm. Liège, 28 juin 1937, *Jur. Liège*, 1938, 15.

L'immatriculation doit être requise dans les deux mois à compter du début de l'exploitation (art. 1^{er}, al. 3).

165. Tenue du registre. — Les inscriptions sont faites au moyen d'une déclaration en double exemplaire, datée et signée, qui doit être déposée par le commerçant. L'un des exemplaires est restitué au requérant après que le greffe l'a revêtu de son visa et y a inscrit le numéro de l'immatriculation. Les exemplaires retenus sont enliassés pour former le registre.

166. Mentions obligatoires. — La loi indique les renseignements que doit contenir la déclaration lorsqu'elle est faite par un particulier (art. 2) ou par une société (art. 3).

D'autre part, l'article 5 rend obligatoire la déclaration, dans les deux mois, de tout *changement* se rapportant aux faits dont la loi prescrit la déclaration, ainsi que de tout transport, cession ou cessation de l'établissement, même par suite de décès. Ces déclarations modificatives sont mentionnées en marge de l'immatriculation primitive (1). Elles doivent être faites par « l'intéressé ou ses ayants droit », — ce qui permet, notamment, à l'acquéreur d'un établissement commercial de faire mentionner la cession, si le cédant néglige de la déclarer (2).

Enfin, certaines mentions doivent être inscrites *d'office* : les décisions judiciaires relatives à l'interdiction, à la mise sous conseil judiciaire, à la mainlevée de ces mesures, au divorce, à la séparation de corps ou de biens, à la faillite, au concordat judiciaire ou après faillite, au sursis de paiement, doivent être mentionnées dans le mois de leur date, à la diligence du greffier de la juridiction qui a prononcé ces jugements (art. 4, 1^o à 4^o).

ambulants, l'arrêté royal du 28 novembre 1939, qui réglemente ce genre d'activité, est muet. C'est donc uniquement à la loi organique du registre du commerce qu'il faut se reporter pour déterminer si les commerçants ambulants sont tenus de se faire inscrire dans le registre.

(1) Sur l'imperfection et l'insuffisance de la disposition légale relative aux changements, voy. FREDERICQ, t. I^{er}, p. 213 à 215.

(2) *Contra* : FREDERICQ, t. I^{er}, p. 214 ; l'expression « ayants droit », d'ailleurs impropre, semble avoir été utilisée pour celle d'« ayants cause », sans distinction entre les ayants cause à titre universel et à titre particulier. Dès lors, l'interprétation restrictive adoptée par M. Fredericq ne paraît aucunement s'imposer.

Il en est de même des jugements portant rectification de toute mention figurant au registre du commerce (art. 4, 5°).

167. Sanctions. — Les sanctions, en cas d'inobservation de la loi, sont d'ordre divers.

1° Le *retard* dans le dépôt de la déclaration originale ou modificative entraîne l'application d'une amende : arrêté royal n° 64 du 30 novembre 1939, art. 278.

2° L'*absence* de déclaration entraîne diverses conséquences :

a) Aux termes de l'article *1bis*, toute action en justice, principale ou reconventionnelle, intentée par un commerçant non inscrit, devra être déclarée non recevable, même d'office, lorsqu'elle trouve sa cause dans un acte de commerce, quelle que soit la juridiction saisie.

En dépit des termes employés par le législateur, il ne s'agit pas d'une fin de non-recevoir véritable qui, si elle était accueillie, éteindrait l'action. Son unique effet est de *suspendre* l'instance jusqu'au moment où l'intéressé se sera mis en règle, après quoi l'instance pourra être reprise sans nouvelle assignation : cass., 4 mars 1943, *Pas.*, 1943, I, 84. Il s'agit donc, en réalité, d'une « fin de non-procéder ». Le juge du fond n'est d'ailleurs pas obligé de constater d'office, dans sa décision, que l'immatriculation a eu lieu : cass., 22 décembre 1932, *Pas.*, 1932, I, 57.

b) Le commerçant non immatriculé n'est pas électeur aux tribunaux de commerce (loi du 13 juin 1924, sur la formation des tribunaux de commerce, art. 2, modifié par la loi du 10 avril 1934).

c) Il ne pourra faire viser et parapher ses livres de commerce aussi longtemps qu'il ne sera pas immatriculé (loi du 29 mars 1929, art. 11) (1).

3° En cas d'*absence de déclaration modificative*, le commerçant ne pourra se prévaloir, à l'égard des tiers, des modifications se rapportant aux faits qui doivent être déclarés par lui, si ces tiers ont traité avec lui avant que ces modifications aient été déclarées et mentionnées au registre (art. *5bis*) ; mais les tiers pourront s'en prévaloir.

La portée de cette sanction a fait l'objet d'une controverse. Les travaux préparatoires révèlent que l'intention du législateur a été d'instituer

(1) Par suite d'une inadvertance, cette disposition n'a pas été insérée dans la loi organique du registre du commerce.

une sanction parallèle à la « non-recevabilité » des actions judiciaires prévue par l'article 1bis; dans les deux cas, le but recherché est uniquement de contraindre les commerçants et les sociétés à faire les déclarations prescrites. Dès qu'ils se sont conformés à la loi, la sanction cesse, sans que les tiers puissent se prévaloir d'aucun droit qu'ils auraient acquis dans l'intervalle — comme ils le pourraient, au contraire, en cas d'omission des formalités prescrites par l'article 1^{er} de la loi hypothécaire (1). Mais ils seraient éventuellement fondés à réclamer des dommages-intérêts, s'ils subissaient un préjudice : voy. *infra*, 4^e.

4^o Quelles sont les conséquences d'une déclaration *inexacte* ou *incomplète*?

Le greffier n'a pas qualité pour vérifier l'exactitude des déclarations; il ne peut refuser d'opérer l'inscription que lorsque la déclaration ne contient pas toutes les mentions prescrites par la loi (art. 7, al. 2). Les sanctions prévues pour les cas d'absence de déclaration ne sont donc pas applicables, si la déclaration a été faite, mais n'est pas exacte (2).

Mais les tiers peuvent intenter devant le tribunal de commerce une action en rectification ou en suppression de toute mention inexacte qui leur cause injustement préjudice : article 7, alinéa 3. Le jugement ainsi rendu sera mentionné d'office au registre.

D'autre part, la responsabilité du droit commun (Code civ., art. 1382) trouverait éventuellement son application, si la négligence commise par le déclarant avait causé un dommage à une autre personne, car le public est fondé à considérer que la situation de l'entreprise, telle qu'elle est décrite au registre du commerce, est conforme à la réalité; s'il n'en est pas ainsi, le déclarant est en faute pour avoir créé ou laissé subsister une apparence trompeuse.

§ 4. — *Les livres de commerce et la comptabilité commerciale.*

168. Nécessité et importance. — L'entreprise commerciale implique la tenue d'une comptabilité écrite; lorsqu'il s'agit d'une entreprise importante, l'établissement et la mise à jour des comptes prend même un développement considérable.

La transcription des opérations commerciales dans des comptes

(1) En ce sens : FREDERICQ, t. I^{er}, n^o 120, où la controverse est examinée d'une manière approfondie. *Contra* : Bruxelles, 20 novembre 1937, *Belg. jud.*, 1938, col. 149.

(2) Voy. cependant : comm. Bruxelles, 14 juin 1933, *Jur. com. Brux.*, 1933, p. 398; comm. Anvers, 19 avril 1934, *Jur. port. Anvers*, 1934, p. 259.

s'est faite de tout temps et elle a donné lieu à l'élaboration d'une technique de plus en plus compliquée. Cette transposition des opérations de l'entreprise dans un ensemble de comptes n'est pas un simple calcul arithmétique. On peut, à juste titre, y voir au contraire un acte juridique, susceptible d'engendrer des conséquences de droit très importantes (voy. Introduction, n° 27), tant pour l'entreprise elle-même que pour tous ceux qui, à quelque titre que ce soit, sont intéressés à ses résultats, et pour les tiers en général.

Aussi apparaît-il plus nécessaire que jamais, à l'époque actuelle, de dégager les règles selon lesquelles peuvent ou doivent être établis les comptes dressés par les entreprises commerciales.

Sans comptabilité régulière, les dirigeants de l'entreprise ne peuvent se faire une opinion raisonnée de l'état de leurs affaires, du rendement, des prix de revient, de leurs disponibilités. D'autre part, la rapidité des transactions commerciales empêche souvent leur constatation dans un acte écrit; des mentions immédiates et claires dans les livres de commerce y suppléeront. Enfin, en cas de faillite, les livres du failli permettront de retracer l'histoire de l'entreprise et de déterminer si ses dirigeants peuvent être rendus responsables de sa chute, s'ils n'ont commis ni fraude ni négligence.

Telles sont les raisons traditionnelles, d'ailleurs parfaitement valables, par lesquelles on explique les dispositions — devenues à présent tout à fait inadéquates — du Code de commerce en cette matière.

Cependant, les *résultats* de l'activité des entreprises doivent aujourd'hui être produits, non seulement au fisc, mais aux bailleurs de fonds, aux représentants du personnel, et, dans bien des cas, aux autorités publiques. La nécessité d'organiser l'« enregistrement » de toutes les opérations de l'entreprise, pour garantir la valeur et l'authenticité des résultats déclarés, devient donc de plus en plus pressante.

169. Régime actuel et réformes proposées. — Le Code prévoit seulement, en cette matière, quelques règles légales applicables à toutes les entreprises commerciales (à tous les « commerçants »); elles sont des plus sommaires, et correspondent à un stade de l'évolution économique dépassé depuis longtemps; la plupart ne sont même plus observées dans la pratique. L'esquisse

d'une réglementation plus complète a été tentée, pour les sociétés de capitaux, en 1873, mais, de l'aveu unanime, il s'agit aussi d'une œuvre imparfaite, dépassée par les événements et qu'il est urgent d'amender.

Une réglementation unique devrait être élaborée pour l'ensemble des entreprises économiques, suffisamment souple, cependant, pour tenir compte de leur diversité; elle consacrerait, moyennant les garanties indispensables, la légitimité de l'emploi des procédés mécaniques utilisés à notre époque pour l'établissement des documents commerciaux (1). Elle mettrait fin, d'autre part, à la multiplicité des méthodes actuellement employées, en imposant, pour la tenue des livres, pour l'enregistrement des opérations et pour l'ordonnance des différents comptes, les procédés les plus aptes à garantir la sincérité des écritures et à éviter les interprétations erronées.

A. — LES RÈGLES DU CODE DE COMMERCE.

170. Esquisse du régime légal. — Le Code de commerce impose à tous les commerçants la tenue de certains livres, appelés pour cette raison « livres obligatoires » (art. 16 et 17). Il précise comment ces livres doivent être tenus (art. 18 et 19). En contrepartie, la loi reconnaît force probante, dans les conditions qu'elle indique (art. 20 à 24) (2), aux livres « régulièrement tenus ».

Ces dispositions sont tout à fait archaïques et incomplètes. La pratique a fait depuis longtemps adopter la tenue d'autres livres, facultatifs au regard de la loi, mais qui sont beaucoup plus importants (le grand livre, notamment). Le Code de commerce paraît, d'autre part, ignorer complètement l'importance de la comptabilité proprement dite, dont il ne fait aucune mention.

Des obligations spéciales sont imposées aux sociétés commerciales, comme aussi à certaines entreprises déterminées (agents de change, courtiers, banquiers, entrepreneurs de transports terrestres et maritimes, etc.). Elles seront examinées ultérieurement.

171. Domaine d'application. — Les prescriptions du Code de commerce s'imposent à « tout commerçant ». Toutes les entreprises de nature commerciale, y compris les entreprises étran-

(1) Voy. pour l'expérience faite en France : ESCARRA, *Manuel*, t. I^{er}, n^{os} 220 et 225.

(2) La force probante des livres de commerce sera examinée plus loin (livre III, 1^{re} Partie).

gères ayant une exploitation permanente en Belgique, y sont soumises.

Elles s'appliquent notamment aux personnes juridiques ayant un caractère commercial (1) : sociétés commerciales ordinaires ou à statut spécial (2), organismes chargés d'un service public de nature commerciale ou industrielle (3) (sous réserve, pour ces derniers, du contrôle éventuel par la Cour des comptes, souvent prévu expressément par les lois et arrêtés organiques). La loi du 19 juillet 1930, instituant la Régie des Télégraphes et des Téléphones, après avoir exclu l'application des règles relatives à la comptabilité de l'Etat, impose à la Régie la tenue d'une comptabilité en partie double (art. 8), — ce qui implique, ainsi que nous le verrons, la tenue d'un livre journal; on peut logiquement en déduire que le régime ordinaire des livres de commerce lui est, en principe, applicable (4).

Les régies communales tiennent également une comptabilité en partie double (arrêté du Régent du 18 juin 1946, art. 18).

Ce régime demeure au contraire étranger aux sociétés civiles ayant adopté la « forme » commerciale — ce qui est une véritable anomalie (voy. *supra*, n° 147) — ainsi qu'aux personnes juridiques auxquelles la loi elle-même attribue un caractère « civil » (associations intercommunales, par exemple) (5). Les commerçants ambulants sont également dispensés de tenir des livres, suivant la doctrine, et malgré le silence de la loi : LACOUR et BOUTERON, t. 1^{er}, n° 137bis.

172. Les livres obligatoires. — Ils sont au nombre de trois :

1^o *Livre journal* (art. 16). — Il faut y inscrire, jour par jour,

(1) On remarquera que les articles 16 et 17 du Code de commerce sont rédigés en termes plus généraux (« Tout commerçant ») que la loi organique du registre du commerce (« particuliers ou sociétés »). Voy. *supra*, n° 164.

(2) Voy. *supra*, n° 150.

(3) Caisse nationale de crédit professionnel (cf. BUTTENBACH, *op. cit.*, n° 374); Caisse nationale de crédit aux classes moyennes (cf. *ibid.*, n° 384); Office central de crédit hypothécaire (cf. *ibid.*, n° 398); Office national du dueroire (cf. *ibid.*, p. 316 et 317); Institut national de crédit agricole (cf. *ibid.*, n° 441).

(4) La situation de la Régie des Voies aériennes est identique : article 18 de l'arrêté-loi du 20 novembre 1946. Le contrôle administratif auquel ces entreprises sont soumises, permettrait peut-être de soutenir que les prescriptions de forme imposées par l'article 18 du Code de commerce sont sans application à leur égard.

(5) La loi du 1^{er} mars 1922 leur impose l'établissement d'un bilan, d'un compte de profits et pertes, et d'annexes à ces documents, le tout dans la forme prescrite par le gouvernement (art. 11); ces pièces doivent être publiées (art. 11bis). Il s'agit donc d'un régime particulier de comptabilité commerciale.

toutes les sommes reçues ou payées, ainsi que toutes les opérations commerciales d'où résulte une dette ou une créance. Il énonce aussi, mois par mois, les dépenses personnelles du commerçant (dans le cas, jadis le plus fréquent, d'une entreprise commerciale exploitée par une personne physique). En dehors de cette indication expressément prescrite par la loi, le livre journal — livre reflétant l'activité d'une entreprise commerciale — ne doit pas relater les opérations purement civiles, étrangères à l'entreprise et n'exerçant aucune influence sur les capitaux qui s'y trouvent engagés. En ce sens, voy. LACOUR et BOUTERON, *Précis*, t. I^{er}, n^o 139 ; THALLER, 8^e éd. par PERCEROU, t. I^{er}, n^o 196 ; cf. ESCARRA, t. I^{er}, n^o 204 ; *contra* : FREDERICQ, t. I^{er}, p. 239.

L'observation stricte de ces prescriptions n'est pas possible dans les grandes entreprises : les opérations sont inscrites au jour le jour dans plusieurs livres, dont les mentions sont périodiquement transcrites dans un « journal centralisateur ». Cette pratique ne peut raisonnablement être prohibée.

2^o *Livre de copies de lettres* (art. 16, al. 2). — D'après le texte de la loi, toute lettre envoyée et tout télégramme expédié doivent être copiés dans un registre spécial ; les télégrammes et les lettres reçus doivent être enliassés.

L'emploi général de la machine à écrire et l'énorme développement de la correspondance commerciale ont rendu pratiquement impossible la tenue du registre prescrit par la loi ; on se contente de conserver et de classer le double des lettres ; les prescriptions de la loi devraient être amendées pour tenir compte des nécessités actuelles.

La loi n'impose aucun mode spécial d'enliassement de la correspondance reçue ; en général, après avoir été répartie entre les services et les dossiers, elle est placée dans des classeurs.

3^o *Livre des inventaires* (art. 17). — Il faut y porter, tous les ans, l'inventaire — c'est-à-dire un état détaillé avec estimation — de tous les biens et de toutes les dettes du commerçant (1), tels qu'ils existent à la fin de l'exercice.

173. Les livres facultatifs. — La loi fait elle-même allusion aux « autres livres usités dans le commerce » (art. 16). En réalité,

(1) Il s'agit, dit-on parfois, de l'actif et du passif commercial (LACOUR et BOUTERON, t. I^{er}, n^o 141 ; cf. THALLER, t. I^{er}, n^o 200).

la tenue d'une comptabilité suivant les méthodes modernes serait impossible, si l'on se contentait des seuls livres obligatoires.

Dans toute entreprise de quelque importance, il faut utiliser en outre : 1^o le grand livre, dans lequel toutes les opérations sont méthodiquement réparties en une série de comptes distincts ; la comptabilité commerciale tout entière repose sur son emploi, combiné avec celui du livre journal ; 2^o le livre de caisse, qui mentionne les paiements faits ou reçus ; 3^o le livre de magasin, pour les entrées et les sorties de marchandises ; 4^o le livre des effets à payer et des effets à recevoir ; 5^o parfois aussi un « livre brouillard », où sont portées provisoirement les opérations faites, et à l'aide duquel on peut établir ensuite avec plus de soin le livre journal et le grand livre.

Les usages exigent en outre que toutes les pièces justificatives des mentions portées dans les livres (factures acquittées, effets payés, quittances, etc.) soient conservées avec soin (1) pendant un délai raisonnable, qui varie selon la nature de l'entreprise et des pièces dont il s'agit.

174. Tenue et conservation des livres. — Les trois livres obligatoires doivent être cotés, c'est-à-dire que chaque feuillet porte un numéro d'ordre (art. 18, al. 1^{er}). Le livre journal et le livre d'inventaires sont soumis, en outre, avant leur utilisation, à la double formalité du paraphe et du visa (art. 18, al. 2) (2) : chaque feuillet doit porter soit le paraphe d'un juge du tribunal de commerce, du bourgmestre ou d'un échevin, soit le sceau du tribunal ou de l'administration communale ; les mêmes fonctionnaires doivent inscrire en outre, au début ou à la fin du livre, un procès-verbal constatant l'opération faite, sa date et le nombre des feuillets du registre.

Ces formalités, destinées à empêcher la substitution et la suppression d'un feuillet, sont en général mal observées. Mais, comme nous le verrons, l'irrégularité des livres n'entraîne, en pratique, aucune sanction grave.

Les inscriptions doivent être faites par ordre de dates, sans blancs, lacunes, ni transports en marge (art. 19). Les corrections éventuelles se réaliseront par une contrepassation d'écriture, au jour de la découverte de l'erreur (on portera au débit du compte,

(1) FREDERICQ, t. 1^{er}, p. 259.

(2) Ce système a été institué par la loi du 15 décembre 1872, pour remplacer le visa annuel, prescrit par le Code de 1808.

par exemple, la somme erronément inscrite au crédit). Les ratures ne sont tolérées que pour la correction d'une erreur de chiffre ou de calcul, et à condition de ne pas rendre invisible l'inscription primitive (NOVELLES, *Droit commercial*, t. I^{er}, Des livres de commerce, n^o 50).

Malgré le silence de la loi, on admet que les livres facultatifs eux-mêmes ne sont réguliers que s'ils répondent aux prescriptions ci-dessus : NOVELLES, *loc. cit.*, n^o 62 ; FREDERICQ, t. I^{er}, p. 243 ; *contra* : RIPERT, n^o 398. D'autre part, la tenue des livres facultatifs seuls, même s'ils sont réguliers en la forme, ne répondrait pas aux exigences de la loi : FREDERICQ, *loc. cit.*

Les livres de commerce doivent être conservés pendant dix ans (art. 19, al. 2), à dater de leur clôture. Il ne s'agit pas d'un délai de prescription ; les livres conservent leur force probante, même après dix ans ; tant qu'ils existent, ils continuent à faire loi, et leur représentation peut être ordonnée. Mais, après dix ans, le commerçant est présumé ne plus les avoir ; il faut donc, en premier lieu, prouver qu'ils existent encore. Après dix ans, la preuve par les livres de commerce ne pourra toutefois être admise que si les deux parties ont conservé leurs livres : FREDERICQ, t. I^{er}, n^o 128.

175. Sanction des prescriptions légales. — Le Code de commerce n'en prévoit pas, si ce n'est en cas de cessation des paiements. L'absence ou la tenue irrégulière des livres obligatoires, même sans mauvaise foi ni intention frauduleuse (cass., 16 mars 1925, *Pas.*, 1925, I, 177), entraîne une sanction pénale facultative : la peine de la banqueroute simple (Code comm., art. 574, 6^o) ; la négligence grave dans la tenue des livres pourrait empêcher l'obtention d'un concordat judiciaire (FREDERICQ, t. VIII, p. 869). La soustraction des livres ou leur altération frauduleuse sont des cas de banqueroute frauduleuse (art. 577) ; l'altération des livres ou l'inscription d'opérations imaginaires pourraient aussi constituer un faux (matériel ou intellectuel) en écritures (Code pén., art. 196). Le faux commis dans les livres facultatifs est également punissable : cass., 19 avril 1909, *Pas.*, 1909, I, 204.

En dehors de la faillite, l'absence des livres ou leur tenue irrégulière ne sont pas sanctionnées, sauf le cas de faux punissable. Mais elles font perdre le bénéfice d'un mode de preuve spécial ;

l'inconvénient qui en résulte est d'ailleurs fort affaibli, s'il s'agit seulement d'irrégularités de forme, par le principe de la liberté des preuves en matière commerciale (voy. *infra*, t. II).

B. — LA COMPTABILITÉ COMMERCIALE.

176. Notions générales. — Le but de la comptabilité est de déterminer les *résultats* obtenus par l'entreprise, de déceler, en particulier, si son fonctionnement a produit un bénéfice et quel en est le montant ; elle permet aussi de prévoir, dans une certaine mesure, les résultats futurs.

Tout cela implique l'enregistrement de chaque opération faite. Mais toutes les opérations, pour être enregistrées, doivent être *chiffrées* : l'enregistrement a essentiellement pour objet les mouvements de *valeur* ; toutes les fois qu'il ne s'agit pas d'une opération portant directement sur des sommes d'argent, il faudra donc procéder à une *estimation*. Bien que cette estimation aussi doive se faire d'après certaines règles, elle n'en constitue pas moins une opération plus ou moins arbitraire, — les choses étant remplacées, pour l'établissement des comptes, par la valeur conventionnelle ou théorique qui leur est attribuée.

L'enregistrement des opérations et la répartition des écritures dans les multiples comptes de l'entreprise se font d'après les règles de la comptabilité. Technique essentiellement commerciale, la comptabilité est devenue extrêmement complexe, mais le Code de commerce ne s'en occupe guère. Une profession libérale nouvelle, celle de « reviseur d'entreprises », vient toutefois d'être consacrée par la loi (1) : le titre sera réservé, moyennant les garanties indispensables, à tous ceux qui font métier d'exercer le contrôle des comptes.

Les « experts comptables », fort nombreux, sont le plus souvent des personnes qui connaissent les méthodes comptables, mais ne possèdent pas toujours les notions de technique et d'organisation des affaires, ni les connaissances générales, qui sont nécessaires pour émettre un jugement éclairé sur les comptes d'une entreprise importante (RIBERT, n° 406).

Des « sociétés fiduciaires » — très développées en Suisse et en Allemagne — se chargent du contrôle de la comptabilité des entreprises. Bien qu'elles rendent des services certains, elles n'offrent pas toutes les garanties que l'on peut attendre de la profession libérale en voie de création (2).

(1) Loi du 22 juillet 1953.

(2) Voy. J. VAN RYN, *La réforme du contrôle des sociétés commerciales et l'expérience anglaise*, n° 5.

177. Le grand livre. — Aucune comptabilité rationnelle ne se conçoit sans la tenue d'un « grand livre ». Il se compose d'une série de comptes séparés, établis sous des rubriques distinctes et dont chacun occupe deux pages en face l'une de l'autre. La partie gauche représente le côté « Doit » (ou « Débit ») du compte, la partie droite le côté « Avoir » (ou « Crédit »). Ces comptes sont ouverts à tous les correspondants avec lesquels l'entreprise est en rapport d'affaires (comptes particuliers). On peut en ouvrir aussi à des personnages fictifs, qui représentent les différents éléments de l'entreprise elle-même (Caisse, marchandises, etc.) : ce sont les « comptes généraux », pièce essentielle du mécanisme de la comptabilité en partie double.

La règle essentielle, pour les inscriptions à porter dans les comptes, c'est que celui qui *reçoit* quelque chose en doit la valeur (on la porte à son débit) ; au contraire, celui qui *fournit* quelque chose a droit à sa valeur (il en est crédité) : « Qui reçoit doit, qui fournit a » (1).

S'il n'y a que des comptes particuliers, la comptabilité est dite « en partie simple » (2), parce que chaque opération ne donne lieu qu'à une seule écriture, dans l'un des comptes particuliers ; la méthode est rudimentaire (3), et n'est plus pratiquée que dans les petites entreprises de détail.

178. La comptabilité en partie double. — C'est la méthode utilisée aujourd'hui dans toutes les entreprises de quelque importance ; c'est elle aussi que la loi impose aux services publics de nature commerciale ou industrielle. La pratique en est fort ancienne (4). Elle repose sur la personnification, dans les écritures, des divers éléments de l'entreprise, qui sont supposés faire des prestations ou en recevoir, et au nom desquels sont ouverts, dans le grand livre, des comptes appelés « Comptes généraux » : Capital, Caisse, Marchandises ou Magasins, Effets à payer, etc.

(1) Sur les motifs de cette règle, voy. LACOUR et BOUTERON, t. I^{er}, n° 144.

(2) Le mot « partie », dans cette expression, a conservé la signification ancienne d'« article d'écriture », ou « article de compte ». Dans le *Malade imaginaire*, Argan compte avec des jetons les « parties » de son apothicaire (Acte I^{er}, Scène I^{re}).

(3) Sur ses insuffisances, voy. ESCARRA, t. I^{er}, n° 209 ; LACOUR et BOUTERON, t. I^{er}, n° 144. Son inconvénient principal est de ne pas permettre l'enregistrement des opérations au comptant ni, par conséquent, le contrôle réciproque du livre journal et du grand livre ; elle ne fournit, d'autre part, aucune indication sur la situation interne de l'entreprise.

(4) Elle est déjà analysée dans des ouvrages du XV^e et du XVI^e siècle : cf. THALLER, t. I^{er}, n° 199.

Leur nombre est illimité ; ils peuvent être multipliés ou subdivisés, selon les nécessités de chaque entreprise.

Le compte « Capital » est crédité des sommes engagées dans l'entreprise et qui normalement doivent se retrouver intactes à la fin de l'exploitation. Le capital est ainsi assimilé fictivement à un tiers bailleur de fonds, qui le prête à l'entreprise et a le droit d'en obtenir le remboursement.

L'existence simultanée des comptes généraux et des comptes particuliers permet de faire deux écritures pour chaque opération : chaque article est porté deux fois dans la comptabilité, au crédit d'un compte et au débit d'un autre (d'où l'expression « comptabilité en partie double »). Par exemple, si l'on achète une marchandise au comptant, on débite le compte « Marchandises », qui reçoit une valeur, et l'on crédite le compte « Caisse », qui a fourni le prix. Si l'achat est à crédit, le prix sera crédité au compte du fournisseur ; lors du paiement, ce dernier compte sera débité, par le crédit du compte « Caisse ».

Dans la pratique, la tenue du grand livre et celle du journal se combinent. Ainsi, l'achat d'une marchandise à crédit sera porté dans le livre journal de la manière suivante : « Marchandises à fournisseurs (notre achat de ce jour à X... de 100 mètres de tissu de laine) : 20.000 francs ». Corrélativement, l'opération est enregistrée dans les deux comptes spéciaux, au grand livre.

Il n'est pas toujours possible de trouver un compte spécial pour enregistrer la seconde écriture qui doit servir de contrepartie à la première. Le compte « Profits et Pertes » a été utilisé pour remédier à cette difficulté : on y porte, au crédit ou au débit, les différences en plus ou en moins qui ne peuvent être enregistrées par d'autres comptes. Exemples : en cas de réparation d'une machine, la caisse paye, elle sera créditée, mais le coût de la réparation sera porté au débit du compte Profits et Pertes ; il en sera de même si une somme est volée dans la caisse ; inversement, les recettes nettes (loyers, revenus de titres, etc.), dont la caisse est débitée, seront créditées au compte de profits et pertes.

La comptabilité ne peut pas se borner à enregistrer les *déplacements* de valeur ; elle doit aussi, pour refléter fidèlement la situation de l'entreprise, exprimer les *variations* de valeur. Pour obtenir ce résultat, on peut ouvrir des comptes destinés à enregistrer les modifications indispensables : les moins-values des stocks, ou provenant de l'usure du matériel, sont débitées aux comptes Marchandises ou Matériel et créditées à un compte d'amortissement ; si un débiteur devient insolvable, son compte sera crédité par le débit d'un compte d'amortissement de créances douteuses. C'est à l'occasion de l'établissement des comptes annuels que ces écritures sont passées (voy. ci-après, n° 181).

179. Avantages de cette méthode. — Ils sont multiples. Elle permet d'enregistrer aussi bien les opérations au comptant que les autres, et de relever dans les écritures la *cause* des encaissements et des paiements. D'autre part, les comptes se contrôlent les uns par les autres, et, surtout, il est possible, à tout moment, de vérifier la situation d'ensemble de l'entreprise, en faisant la balance des comptes, puis en confrontant les soldes débiteurs et créditeurs.

180. Détermination des résultats : le bilan de l'exercice.

— La tradition, dans les entreprises commerciales, est de « faire le point » périodiquement — chaque année, généralement, — et de dégager des comptes le bénéfice réalisé ou la perte éprouvée.

La vie de l'entreprise est ainsi divisée en périodes égales, d'un an le plus souvent, qui constituent chacune un *exercice* (il ne se termine pas nécessairement le 31 décembre); la perception annuelle des impôts sur les revenus a d'ailleurs rendu cette pratique obligatoire. Mais ce n'est là qu'un procédé comptable; il va de soi que l'exploitation est continue et que, dès lors, la situation à la fin d'un exercice est commandée par celle de l'exercice précédent, comme elle commande celle du suivant; l'observation est importante pour la compréhension de ce qu'il faut entendre par le « bénéfice » de l'entreprise.

Pour faire le point, il faut dresser le bilan de l'exercice. Le bilan est un tableau en deux colonnes (actif et passif), dans lesquelles sont reportés les soldes débiteurs (à l'actif) et créditeurs (au passif) des comptes du grand livre, se faisant « balance » (*bilancio*, en italien, d'où provient le mot « bilan » lui-même). Il résume toute la comptabilité de l'exercice; la balance permet d'apprécier s'il y a un bénéfice ou une perte (voy. ci-après, n^o 183); par la comparaison des bilans successifs, on peut suivre l'évolution de l'entreprise au cours de son existence.

La loi n'impose pas à toutes les entreprises commerciales l'obligation de dresser un bilan; les « commerçants » sont seulement tenus d'établir un inventaire annuel; en pratique cependant, aucun ne peut se dispenser de faire son bilan, à la fin de chaque année, ne fût-ce que pour le calcul des impôts sur les revenus.

Seuls les bilans des sociétés par actions et ceux des banques sont réglementés par la loi et soumis à une publicité obligatoire. Mais il est vraisemblable que, dans un avenir prochain, la comptabilité commerciale fera l'objet d'une réglementation applicable à toutes les entreprises importantes.

181. Confection du bilan. — Avant de dresser le bilan, il faut pro-

céder à la confection de l'inventaire annuel, c'est-à-dire au recensement, avec évaluation, de tous les éléments de l'actif et du passif ; ce travail de vérification permet de constater les erreurs éventuelles, et, surtout, de relever les variations de valeur, en plus ou en moins, des éléments de l'actif ; ses résultats se traduiront par des inscriptions appropriées dans les comptes ; le solde de chacun pourra ensuite être dégagé et porté dans le bilan.

Les dépréciations constatées sont portées au débit d'un compte d'amortissement ou, s'il n'en est pas ouvert, au débit du compte de profits et pertes. Les augmentations de valeur pourraient être portées au crédit de ce dernier compte, mais il est plus sage de ne pas les comptabiliser aussi longtemps qu'elles demeurent à l'état de plus-values non réalisées.

La balance définitive de tous les comptes étant ainsi établie, on porte à l'actif du bilan les comptes qui « doivent » une valeur à l'entreprise, abstraction faite du compte des profits et pertes ; ils représentent ses avoirs réels, immeubles, marchandises, portefeuille de titres, créances sur les clients, caisse. Au passif, se trouveront à la fois les comptes qui représentent un passif réel envers les tiers (dettes envers les fournisseurs, les banquiers, etc.) et ceux qui représentent des dettes fictives : le capital, c'est-à-dire les fonds investis dans l'entreprise par son propriétaire ou par ses créateurs, les réserves mises de côté au cours des exercices antérieurs, les fonds de renouvellement, les fonds d'amortissement (lorsque les amortissements n'ont pas été portés en réduction des actifs correspondants).

182. Interprétation du bilan. — L'état de l'entreprise ressort clairement de ce résumé de la comptabilité : si elle est prospère, le total des soldes débiteurs (actif) dépasse celui des soldes créditeurs (passif). A cet excédent doit correspondre un solde créditeur égal au compte Profits et Pertes. Bien que ce solde représente des bénéfices, on le porte, comme tous les soldes créditeurs, au passif — en sorte que le bilan se trouve nécessairement équilibré. A l'inverse, il se peut que, le compte Profits et Pertes mis à part, le total des soldes créditeurs dépasse celui des soldes débiteurs. L'excédent, qui constitue la perte, doit être égal au solde débiteur du compte Profits et Pertes. Pour faire la balance, on l'inscrira à la suite des autres soldes débiteurs, c'est-à-dire à l'actif. Lorsque, dans un bilan, le solde du compte Profits et Pertes se trouve ainsi à l'actif, c'est un indice que l'entreprise est en déficit, ou, en d'autres termes, que son actif ne suffit pas à couvrir à la fois ses dettes et le montant du capital engagé.

183. La notion de bénéfice. — Le bénéfice de l'entreprise ne dépend donc pas des résultats de l'exploitation au cours d'un seul exercice ; il consiste, au contraire, dans l'excédent des éléments d'actif sur les éléments de passif : c'est l'augmentation de valeur de l'entreprise au cours de l'exercice, et elle se déduit du *bilan*. Le bénéfice, ainsi compris, n'est pas une réalité

tangible, mais la conclusion d'un vaste raisonnement exprimé par les comptes (1) ; il en est évidemment de même de la perte.

Pour les particuliers, cette notion n'a d'intérêt qu'à titre d'information au sujet de la situation de l'entreprise et pour le calcul des impôts. Pour les sociétés, elle a une importance essentielle, car le capital investi doit demeurer intact ; ce sont seulement les bénéfices qui peuvent être répartis aux actionnaires (voy. *infra*, n° 335).

184. Pertes non apparentes et réserves occultes. — Le bilan établi suivant les règles de l'art est censé traduire la situation réelle de l'entreprise. Il se peut, cependant, que l'actif soit surévalué — par suite de l'absence ou de l'insuffisance des amortissements destinés à compenser la dépréciation de certains biens, ou la diminution de valeur des stocks. Il est parfois, au contraire, sous-évalué, si des amortissements excessifs ont été pratiqués pour dissimuler une partie des bénéfices ou encore si certains biens ont augmenté de valeur depuis leur acquisition, et que ces plus-values ne soient pas constatées. Ces sous-évaluations sont des réserves occultes. Si elles résultent de dépréciations monétaires, il arrive un moment où le législateur doit permettre de procéder à une réévaluation, dont il règle les modalités (principalement au point de vue fiscal).

SECTION IV. — LA PROTECTION DES ENTREPRISES.

185. Raisons d'être et modalités de cette protection. — Elle a pour objet d'empêcher que l'entreprise ne soit privée de la clientèle qu'elle s'est acquise, ou de celle qu'elle est susceptible d'attirer à elle par les moyens dont elle dispose. Aussi a-t-on pu dire que c'est essentiellement le « droit à la clientèle » qui est protégé, par des moyens d'ailleurs fort divers.

La protection des entreprises est liée au régime de la liberté économique. Dans les régimes opposés (régime corporatif, socialisme d'État) la concurrence est ralentie, sinon supprimée (2). Par voie de conséquence, la protection des entreprises les unes contre les autres perd toute raison d'être ; ce qui passe au premier plan, sous ces régimes, c'est le souci de stimuler l'esprit inventif et d'assurer la qualité des produits (3).

1° L'entreprise doit être protégée tout d'abord contre les

(1) L. QUESNOT, *Administration financière*, 1933, p. 425.

(2) Cf. P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1^{er}, p. 3 et 4.

(3) P. ROUBIER, *op. cit.*

agissements dommageables de ceux qui font partie de *son personnel* ou qui ont cessé d'en faire partie. Cette protection n'est pas organisée d'une manière systématique. Elle fait l'objet de quelques règles éparses, légales et jurisprudentielles, d'où se dégage une idée susceptible d'un développement fécond, c'est que la participation à l'activité d'une entreprise — comme la participation à toute institution en général — à quelque titre que ce soit, implique un minimum de confiance réciproque, et qu'il n'est pas permis d'en abuser (1).

C'est ainsi que la divulgation méchante des secrets de fabrication ou d'affaires est sanctionnée pénalement (Code pén., art. 309). L'ouvrier a l'obligation, en vertu du contrat de travail, de garder les secrets de fabrication (loi du 10 mars 1900, art. 7). S'il communiquait ces secrets à des tiers, le chef d'entreprise pourrait rompre l'engagement sans préavis (art. 20). L'employé doit aussi s'abstenir de divulguer à un concurrent ou à une autre personne les secrets de fabrication ou d'affaires du chef d'entreprise, tant au cours du contrat qu'après sa cessation (loi du 7 août 1922, art. 20). La jurisprudence admet, d'autre part, que les inventions faites par les membres du personnel, grâce au matériel mis à sa disposition par le chef d'entreprise, et au cours de recherches qui lui ont été confiées, sont acquises à l'entreprise elle-même (voy. à ce sujet, *infra*, n° 201).

2° L'entreprise doit surtout être protégée *contre ses concurrents*. Le principe de la liberté du commerce et de la concurrence reste, sans aucun doute, le fondement de l'organisation actuelle, mais il comporte des limitations et des restrictions très importantes, qui se justifient tantôt par l'intérêt du public, tantôt par celui des entreprises elles-mêmes. Ceux qui les méconnaissent se livrent à de la concurrence illicite, laquelle déclenche la responsabilité civile de ses auteurs.

a) La concurrence ne peut s'exercer qu'en respectant les prérogatives reconnues au profit de certaines entreprises. Ce sont des monopoles partiels et temporaires d'exploitation ou des droits exclusifs à l'utilisation de certains signes distinctifs. Leur ensemble constitue la « propriété industrielle » — expression impropre, à laquelle on a proposé de substituer celle de *droits de clientèle* (ROUBIER, *op. cit.*, p. 105).

(1) Cf. P. DURAND et A. VITU, *Droit du travail*, t. II, n° 318.

b) D'autre part, la liberté de la concurrence — comme toutes les autres libertés — ne peut s'exercer sans égard aucun pour les droits et les intérêts légitimes des autres entreprises. La concurrence est parfois *prohibée*, par l'effet de monopoles qui réservent l'une ou l'autre activité déterminée à certaines entreprises, à titre exclusif. Mais les concurrents doivent surtout s'astreindre à respecter les règles de correction dont la méconnaissance constitue la *concurrence déloyale*.

Envisageant la situation sous un angle différent, on peut dire que chaque entreprise a le droit de défendre sa clientèle contre les agissements illicites des autres : c'est un droit de clientèle qui prend place à côté de ceux que nous venons de mentionner ci-dessus (litt. a). Nous le retrouverons en étudiant la notion du fonds de commerce, qui n'est, en somme, que l'objectivation de ce droit.

3^o Les entreprises peuvent aussi s'assurer des avantages ou une protection particulière dans le champ de la concurrence, par le moyen de *conventions*, dont la validité est parfois d'une appréciation fort délicate.

186. Plan. — Les développements qui suivent seront consacrés à l'étude plus détaillée de la protection de l'entreprise contre ses concurrents. Nous examinerons successivement le régime de la propriété industrielle, les règles de la concurrence illicite (concurrence prohibée et concurrence déloyale) et enfin les conventions particulières relatives à la concurrence.

§ 1^{er}. — La propriété industrielle.

A. — RÈGLES GÉNÉRALES.

187. Sens de l'expression. — L'expression « propriété industrielle » englobe deux groupes de droits privatifs reconnus aux entreprises :

1^o Certains *monopoles d'exploitation* : a) le droit exclusif d'utiliser une invention ; ce droit est temporaire et implique la délivrance préalable d'un titre administratif appelé brevet ; b) le droit exclusif de reproduire les dessins ou les formes qui différencient un objet des autres objets similaires.

2^o Le droit exclusif à l'*usage de signes distinctifs* qui servent de ralliement à la clientèle d'une entreprise ou d'un établissement : a) les marques, c'est-à-dire les signes apposés sur les produits

pour garantir leur provenance et leur qualité; le droit exclusif à la marque de fabrique ou de commerce est subordonné à son dépôt préalable dans les formes légales; b) le nom commercial, la désignation de l'entreprise ou de l'établissement (enseigne); le droit privatif absolu n'est garanti que pour la dénomination des sociétés anonymes, en commandite par actions et de personnes à responsabilité limitée; le nom commercial bénéficie d'autre part d'une protection pénale, mais seulement lorsqu'il est apposé sur les produits (Code pén., art. 191).

Ces droits sont des meubles incorporels; pour les conséquences qui en résultent, voy. RIPERT, n° 423; ROUBIER, nos 38 et suivants. Sur les différences entre les deux catégories de droits industriels, voy. ROUBIER, n° 6.

188. Naissance de ces droits. — La naissance des droits industriels implique la réunion de deux conditions : 1° un élément original ou distinctif (invention, forme, signe, dénomination de fantaisie); c'est la *nouveauté*; 2° *l'appropriation* de cette création ou de ce signe vis-à-vis des tiers, — appropriation manifestée publiquement, par des signes extérieurs.

189. La nouveauté. — Les droits industriels ne protègent que ce qui est nouveau, distinctif, par rapport à ce qui existait précédemment. Si cet élément de nouveauté fait défaut, le droit s'évanouit. L'absence de nouveauté résultera soit de la banalité de l'invention prétendue (Bruxelles, 5 mai 1950, *J. T.*, 1950, 55), soit de la preuve d'une *antériorité*, c'est-à-dire d'un fait révélant que l'invention, la forme, le signe, la dénomination, étaient déjà connus ou employés avant l'acquisition du droit exclusif prétendu.

La nouveauté s'apprécie sous un angle très différent, selon qu'il s'agit d'établir une antériorité susceptible d'invalider le brevet, ou d'apprécier le cas d'un contrefacteur qui prétend avoir fait œuvre originale. L'antériorité sera reconnue, et le brevet sera annulé, toutes les fois qu'il n'y a pas entre l'objet breveté et les connaissances déjà brevetées ou tombées dans le domaine public, des différences suffisantes : voy. notamment civ. Bruxelles, 26 mai 1948, *J. T.*, 1949, 281. Au contraire, la contrefaçon sera établie dès l'instant où l'objet contrefait présenté des ressemblances notables avec l'objet breveté : voy. P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 114.

Pour le caractère distinctif exigé en matière de marques, voy. NOVELLES, *Droits intellectuels*, t. II, *Marques de fabrique et de commerce*, nos 4 à 16, 44 et suivants; Bruxelles, 25 avril 1941, *Pas.*, 1942, II, 2. Dans l'appréciation des contrefaçons de marques, l'on tient compte également des res-

semblances et non des différences : NOVELLES, *op. cit.*, n° 171 ; Gand, 4 juin 1928, *Jur. com. Fl.*, 1929, 345.

190. L'appropriation publique. — Le droit exclusif d'exploitation ou d'emploi ne vaut que par l'appropriation de la création ou du signe manifestée par des actes ostensibles.

Pour les brevets, cette appropriation ne peut se faire que par une *demande de brevet*. En l'absence de cette demande, l'exploitation industrielle de l'invention entraînera des conséquences différentes, selon qu'elle a lieu ouvertement ou en secret. Dans le premier cas, elle rend impossible l'obtention ultérieure d'un brevet valable, puisqu'elle constitue une antériorité. L'inventeur n'aura qu'un droit réduit, portant sur le secret de fabrication dont il est demeuré détenteur (cass., 27 septembre 1943, *Pas.*, 1943, I, 359) ; ce droit n'est protégé que par une sanction pénale contre les divulgations par le personnel de l'entreprise (Code pén., art. 309) et, pour le surplus, par l'action en concurrence illicite ou par la responsabilité du droit commun : voy. *infra*, n° 216. Dans le second cas, l'inventeur sera sans défense contre ceux qui auraient abouti à la même découverte dans l'intervalle et auraient pris soin de la faire breveter.

Pour les dessins ou modèles industriels et les marques de fabrique, comme pour le nom commercial, la désignation de l'entreprise ou l'enseigne, l'appropriation résulte de l'*usage public* qui en est fait. La loi prévoit, il est vrai, la possibilité d'un *dépôt* pour les marques et les dessins ou modèles, mais ce dépôt est seulement *déclaratif* de droit, et non attributif ; il serait inefficace en cas de preuve de l'usage antérieur, par un tiers, de la même marque ou du même dessin. Le dépôt n'en a pas moins des conséquences importantes : il crée une présomption de propriété au profit du déposant et, s'il s'agit d'une marque, il est nécessaire pour que l'action en contrefaçon puisse être intentée et pour que la transmission de la marque puisse être rendue opposable aux tiers : voy. *infra*, nos 205 et 206.

191. Extinction des droits industriels. — Certains droits industriels sont temporaires ; ils cessent d'exister à l'expiration du terme fixé par la loi. La déchéance ou l'abandon du droit peuvent également y mettre fin.

a) *Expiration de la durée légale.* — L'intérêt général exige

que les monopoles privés d'exploitation ne soient pas perpétuels. La durée des brevets est fixée à vingt ans par l'article 3 de la loi du 24 mai 1854. La protection légale des modèles ou dessins industriels a la même durée que celle des droits d'auteur (cinquante ans après le décès de l'auteur), ou, s'il s'agit d'un modèle ou dessin créé pour le compte d'une personne morale, cinquante ans à dater de la création : arrêté royal n° 91 du 29 janvier 1935, art. 1^{er} et 2.

Les droits sur les signes distinctifs, dont le seul objet est d'éviter des confusions dommageables, ont, au contraire, une durée illimitée.

b) *Déchéance*. — Les brevets sont perdus par déchéance si les redevances ne sont pas régulièrement payées ou s'ils ne sont pas exploités conformément à l'article 23 de la loi.

c) *Abandon*. — Pour les dessins ou modèles industriels ainsi que pour les droits exclusifs à l'usage de signes distinctifs, aucune déchéance n'est prévue par la loi, notamment en cas d'absence d'exploitation ou d'usage. Mais ces droits peuvent se perdre par *abandon* : la disparition de l'établissement dont les produits sont protégés par le droit à la marque, ou qui est désigné par le nom commercial ou l'enseigne, entraîne la disparition de ces droits industriels qui, désormais, n'ont plus de raison d'être : NOVELLES, *loc. cit.*, n° 134. D'autre part, le fait que le titulaire du droit s'est désintéressé de ce dernier en le laissant impunément usurper par d'autres pourra, selon les circonstances, s'interpréter comme un abandon de ce droit : ROUBIER, *op. cit.*, p. 164 ; voy. en matière de marques : NOVELLES, *op. cit.*, *Marques de fabrique et de commerce*, n° 43 ; pour une dénomination de fantaisie : Gand, 15 décembre 1947, *R. W.*, 1948-1949, col. 907 ; pour le titre d'un journal : Bruxelles, 5 juillet 1928, *Jur. com. Brux.*, 1928, 463. Mais la simple notoriété d'une marque, devenue ainsi une dénomination générique, ne prive pas son propriétaire de la protection légale, s'il n'a pas toléré l'usage de la marque par un concurrent : Bruxelles, 18 décembre 1950, *Jur. com. Brux.*, 1951, 170 ; civ. Charleroi, 10 janvier 1929, *J. T.*, 1929, 201 ; Paris, 5 février 1929, *D. H.*, 1929, 182.

192. Transmission des droits industriels. — Les droits industriels sont cessibles ; la cession peut être totale ou partielle. Elle a lieu isolément, à titre principal, ou en même temps que

la cession du fonds de commerce, à titre d'élément constitutif de celui-ci (pour les marques, voy. *infra*, n° 194); elle peut aussi n'avoir pour objet que la jouissance des droits (contrat de licence, voy. *infra*, t. II). Ceux-ci peuvent être constitués en gage. Ils sont saisissables.

Bien que ces caractères soient communs à l'ensemble des droits industriels, le régime des cessions diffère pour chacun d'eux.

193. Cession des brevets. — La cession d'un brevet n'est soumise à aucune forme spéciale; c'est un contrat consensuel. La preuve en sera faite, même à l'égard des tiers, par tous les moyens de droit commun (1). Le cessionnaire acquiert tous les droits attachés au brevet, y compris celui de poursuivre les contrefacteurs; mais ceux-ci pourront, s'ils y ont intérêt, faire déclarer la cession inopposable à leur égard lorsqu'elle n'est pas constatée par un acte écrit ayant date certaine : *Rép. prat. dr. belge, v° cit°*, nos 257 et suiv. La cession peut n'être que partielle ou temporaire; il est parfois malaisé, dans ce dernier cas, de la distinguer du contrat de licence, c'est-à-dire de la concession d'un droit personnel d'exploitation (*Rép. prat. dr. belge, v° cit°*, nos 287 et suiv.).

La cession des dessins et modèles est soumise au même régime que celle des brevets : NOVELLES, *loc. cit.*, *Dessins et modèles*, nos 59 et 153.

Le brevet peut être donné en nantissement. Bien que le brevet soit un droit incorporel, il ne s'agit pas d'un droit de créance; dès lors, si le gage est civil, l'on n'observera pas les formalités prescrites par l'article 2075 du Code civil, mais celles de l'article 2074 (rédaction d'un acte enregistré) et, pour assurer dans la mesure du possible la dépossession effective du constituant, le titre de brevet sera remis au créancier gagiste (P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 142; *Rev. prat. dr. belge, v° cit°*, n° 28). Si le gage est commercial, seule la remise du titre sera nécessaire (voy. *infra*, t. II).

On admet communément que les brevets sont saisissables, et en l'absence de toute disposition légale particulière, la doctrine belge se prononce en général en faveur du recours aux formes de la saisie-exécution : NOVELLES, *loc. cit.*, n° 452; *Rép. prat. dr. belge, v° cit°*, n° 29, et les références citées; voy. au contraire, en faveur de la saisie-arrêt : P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 146.

(1) La notification prescrite par l'article 19 de l'arrêté royal du 24 mai 1854 n'a d'autre but que de faciliter la perception des taxes : *Rép. prat. dr. belge, v° Brevet d'invention*, n° 263.

194. Cession des marques de fabrique. — Leur régime est sensiblement différent : tout d'abord, la cession d'une marque ne peut avoir lieu que simultanément avec la cession de l'établissement dont elle dépend ; d'autre part, elle n'est opposable aux tiers que moyennant l'accomplissement de certaines formalités. Quant aux marques collectives (voy. *infra*, n° 207), elles sont intransmissibles.

1° Suivant l'article 7 de la loi du 1^{er} avril 1879, une marque ne peut être transmise qu'avec l'établissement dont elle sert à distinguer les objets de fabrication ou de commerce (1). Cette règle, destinée à empêcher certains abus (voy. NOVELLES, *op. cit.*, *Marques de fabrique et de commerce*, n° 140), doit être entendue très largement et l'expression « établissement » ne doit pas être prise dans le sens particulier qu'on lui donne en l'opposant à l'entreprise (*supra*, n° 34). Ce que la loi prohibe, c'est la cession de la marque isolée, sans le produit qu'elle sert à distinguer. La marque doit suivre le commerce ou l'industrie dont elle est l'accessoire ; elle sera donc cédée simultanément avec les éléments patrimoniaux indispensables pour la fabrication ou la vente des produits qu'elle désigne. Ces éléments peuvent être fort divers : fonds de commerce, installations industrielles, voire même une simple recette ou un secret de fabrication (NOVELLES, n° 141).

La jurisprudence avait décidé que l'inobservation de l'article 7 entraîne la nullité absolue de la cession : Gand, 24 juillet 1913, *Pas.*, 1913, II, 325. La Cour de cassation a consacré une solution plus rigoureuse encore : la marque qui a été transmise en violation de l'article 7 cesse d'être protégée : le cessionnaire n'a pu acquérir sur elle aucun droit privatif, tandis que les tiers peuvent invoquer contre le cédant la perte de son droit en raison de la cession qu'il a consentie : cass., 8 février 1951, *Pas.*, 1951, I, 371 ; voy. la note critique signée R. DEB., sous cet arrêt, *Jur. com. Brux.*, 1952, p. 44.

La cession de l'établissement (au sens large de l'expression : voy. ci-dessus) implique la cession des marques, même si les parties ne se sont pas exprimées à ce sujet : NOVELLES, n° 156 ; toutefois, cette cession implicite est inopposable aux tiers : comm. Bruxelles, 23 octobre 1948, *Jur. com. Brux.*, 1948, 147.

(1) En revanche, il est permis de céder l'établissement, tout en se réservant la propriété de la marque : Bruxelles, 8 janvier 1930, *Jur. com. Brux.*, 1930, 76.

La *licence* de la marque est soumise au même régime : elle doit être l'accessoire d'une licence ou d'une location des éléments patrimoniaux permettant la fabrication ou la vente des produits : NOVELLES, n° 81.

Quant aux marques *non déposées*, elles échappent à la prohibition de l'article 7, mais leur cession et sans valeur à l'égard des tiers (cass., 18 janvier 1900, *Pas.*, 1900, I, 103), ce qui la prive en pratique de toute utilité; le cessionnaire chercherait vainement, d'autre part, à éviter cet inconvénient en déposant la marque lui-même : cass., 29 octobre 1931, *Pas.*, 1931, I, 273 ; 19 novembre 1931, *Pas.*, 1931, I, 289.

2^o Aucune transmission d'une marque — entre vifs ou pour cause de mort (Bruxelles, 26 février 1930, *J. T.*, 1930, 255), en propriété ou en jouissance — n'est opposable aux tiers si un extrait de l'acte constatant la transmission n'a été déposé dans les formes prescrites pour le dépôt de la marque elle-même : loi du 1^{er} avril 1879, art. 7. Si cette formalité n'a pas été remplie, toute action judiciaire intentée par le cessionnaire sera repoussée par une fin de non-recevoir péremptoire : cass., 12 janvier 1905, *Pas.*, 1905, I, 80.

195. Cession du nom commercial, de la raison de commerce et de l'enseigne. — Les dénominations qui servent de raison de commerce peuvent être cédées; normalement, elles ne seront transmises qu'au titre d'accessoire de l'entreprise ou de l'établissement qu'elles identifient; considérées isolément, elles n'auraient aucun intérêt pour l'acquéreur (FREDERICQ, t. II, n° 13). Lorsque la dénomination s'identifie avec celle d'une personne physique ou de plusieurs personnes (raison sociale), l'acquéreur ne peut en user qu'en y ajoutant des mentions propres à éviter toute confusion (il ajoutera, normalement, son propre nom, en se qualifiant « successeur »), et il ne peut s'en servir que pendant le temps nécessaire au ralliement de la clientèle (voy. *infra*, n° 258; *contra* : FREDERICQ, t. II, n° 27). En revanche, la cession d'une dénomination de fantaisie ou d'une enseigne permet à l'acquéreur d'user de l'une et de l'autre à perpétuité.

B. — BREVETS D'INVENTION.

196. Inventions brevetables. — Les inventions exploitées dans le commerce et l'industrie sont protégées par des brevets (loi du 24 mai 1854 et arrêté royal d'exécution de la même date). Suivant l'article 1^{er} de la loi de 1854, « toute découverte ou tout perfectionnement susceptible d'être exploité comme objet d'industrie ou de commerce peut faire l'objet d'un brevet ». La découverte brevetable doit être le résultat de l'activité humaine, cherchant à tirer parti des phénomènes naturels ou des lois

scientifiques. Elle peut avoir pour objet un produit nouveau, l'invention de nouveaux moyens (appareils ou procédés), l'application ou la combinaison nouvelles de moyens connus. En revanche, un résultat n'est pas brevetable en lui-même, pas plus que l'emploi nouveau de moyens connus ou la simple juxtaposition nouvelle de ces moyens : cf. *Rev. trim. dr. comm.*, 1951, 289 et 747 ; civ. Charleroi, 19 mars 1949, *Pas.*, 1949, III, 101.

197. Demande et octroi du brevet. — Le brevet doit être demandé par requête au Ministre des affaires économiques ; la requête, accompagnée d'une description claire et complète de l'objet de l'invention (cf. cass., 15 octobre 1940, *Pas.*, 1940, I, 255), est déposée au greffe d'un des gouvernements provinciaux ou au bureau d'un commissariat d'arrondissement (art. 17). La date légale de l'invention est constatée par le procès-verbal dressé lors du dépôt de la demande (art. 18). Le brevet est accordé pour vingt ans, moyennant le paiement d'une taxe annuelle progressive (art. 3) ; après son expiration, l'invention tombe dans le domaine public. Le brevet consiste en un arrêté ministériel constatant l'accomplissement des formalités prescrites (art. 19) et qui est publié avec les descriptions, à la diligence de l'administration, dans un recueil spécial (art. 20).

En dehors des brevets d'invention proprement dits, ou principaux, il existe des brevets de *perfectionnement* (art. 15 et 16) et des brevets d'*importation* (art. 14 et 16) ; ils sont soumis aux mêmes formalités et confèrent les mêmes droits, mais sont sous la dépendance d'un brevet principal qu'ils complètent, ou d'un brevet étranger ; leur durée est celle du brevet dont ils dépendent.

198. Conditions de validité. — L'octroi d'un brevet se fait sans examen préalable et, par conséquent, sans garantie officielle de sa valeur. Sous cette réserve, le breveté jouit du droit privatif d'exploiter, soit par lui-même, soit par ceux qu'il y autorise, l'objet breveté (art. 4), mais ce droit ne lui est conservé que moyennant le paiement régulier des redevances, à peine de déchéance (art. 22, modifié par arr. roy. n° 85 du 17 novembre 1939), et pour autant que le breveté exploite ou fasse exploiter en Belgique l'objet breveté, un an au plus après la mise en exploitation à l'étranger (art. 23).

La validité du brevet pourra être contestée, et il sera au besoin annulé, s'il existe une ou plusieurs « antériorités ». La loi et la jurisprudence se montrent sur ce point très rigoureuses : le brevet sera nul, non seulement si l'invention a déjà été exploitée dans un but commercial par un tiers en Belgique ou à l'étranger, ou a fait l'objet d'un brevet antérieur, mais aussi lorsque la spécification ou les dessins de l'objet breveté ont déjà fait l'objet d'une publication quelconque, soit par un tiers, soit par l'inventeur lui-même, dans un ouvrage imprimé (art. 24 et 25 ; *Rép. prat. dr. belge*, v° *cit*°, n° 79 à 138).

199. Protection du brevet. — L'atteinte aux droits attachés au

brevet est sanctionnée par l'action en contrefaçon (art. 4 et 5), souvent précédée d'une saisie-description des objets contrefaits (art. 6 à 12). Par interprétation des articles 6 à 13 de la loi, la jurisprudence et la doctrine considèrent que les tribunaux civils sont seuls compétents en cette matière. Il n'y a pas de sanction pénale (voy. au contraire, pour la France : RIPERT, n° 424).

200. Conventions internationales. — Des conventions internationales (Convention de Paris du 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925 et à Londres le 2 juin 1934) ont assuré l'efficacité des brevets étrangers dans chacun des pays appartenant à l'« Union pour la protection de la propriété industrielle » constituée par la convention de 1883 (1). La disposition essentielle est celle qui prévoit pour tous ceux qui ont déposé une demande de brevet dans l'un des pays contractants, un *droit de priorité*, pendant douze mois, pour effectuer le dépôt dans les autres pays (art. 4) (2). Les brevets d'importation prévus par l'article 34 de la loi n'ont donc plus d'intérêt pratique, sauf à l'égard des ressortissants des pays non unionistes, ou lorsque le délai de priorité est expiré. D'autre part, les Belges peuvent revendiquer à leur profit l'application en Belgique de ces règles internationales dans tous les cas où elles sont plus favorables que la loi belge : loi du 2 juin 1939, art. 3.

201. Inventions faites par les membres du personnel de l'entreprise (3). — Des procédés nouveaux sont souvent découverts par des ingénieurs ou par d'autres préposés de l'entreprise au cours de l'exercice de leurs fonctions. Celle-ci peut-elle prendre elle-même un brevet pour se réserver l'exploitation de ces inventions? En principe, c'est l'auteur de la découverte qui, seul, peut la faire breveter. Mais l'inventeur peut céder une invention non encore brevetée (cass., 10 juillet 1890, *Pas.*, 1890, I, 259), et les contrats d'engagement, lorsqu'il s'agit de techniciens qualifiés, imposent souvent à ces derniers l'obligation de céder à l'employeur les droits résultant des découvertes que le préposé ferait à l'occasion de ses fonctions dans l'entreprise. En l'absence d'une clause de ce genre — dont la preuve devra être faite par écrit — le préposé pourrait, même si la découverte a été faite

(1) L'Union constitue une personne juridique à objet spécial : voy. ROUBIER, *op. cit.*, p. 239.

(2) Sur les effets de ce droit de priorité, voy. *Rép. prat. dr. belge*, v° *civ.*, nos 202 à 204.

(3) Voy. NOVELLES, *Droits intellectuels*, v° *Contrefaçon*, n° 694 ; VANDER HAEGHEN, « Les inventions d'employés », *Ing.-Cons.*, 1930, p. 193 ; *Id.*, *Ing.-Cons.*, 1939, p. 145 ; J.-G. RENAULD, « De l'exercice et de la jouissance des droits intellectuels appartenant à des employés ou fonctionnaires », *Ann. dr. et sc. polit.*, t. X, p. 227.

pendant le temps du service et avec les moyens du patron, soit prendre lui-même un brevet, soit revendiquer à son profit le brevet qui aurait été pris par l'employeur et se faire subroger dans les droits de ce dernier (cf. *Rép. prat. dr. belge, v^o civ^o, n^{os} 321 et suiv.* ; Bruxelles, 17 mai 1871, *Pas.*, 1871, II, 325 ; 9 janvier 1889, *Ann. propr. ind.*, 1892, p. 282 ; 22 février 1930, *Ing.-Cons.*, 1930, p. 41 ; Liège, 16 février 1931, *ibid.*, 1932, p. 66 ; voy. cependant, *contra* : Bruxelles, 28 avril 1933, *Ing.-Cons.*, 1933, p. 122). Il n'en serait autrement que si la découverte avait eu lieu au cours de recherches faites sur les instructions de l'employeur ou qui constituaient l'objet même de l'activité du préposé : Bruxelles, 15 juin 1939, *Ing.-Cons.*, 1939, p. 66 ; civ. Namur, 28 juillet 1924, *ibid.*, 1924, p. 195 ; comp. Bruxelles, 30 décembre 1936, *ibid.*, 1936, p. 117.

C. — DESSINS ET MODÈLES INDUSTRIELS.

202. Droit exclusif de leurs créateurs. — Les dessins et modèles industriels sont composés pour donner à un produit connu un aspect nouveau ou une forme originale, par une combinaison de lignes, de figures, de couleurs ou de formes.

Pendant longtemps, leur protection a été organisée différemment, selon que le dessin ou le modèle avait, ou non, un cachet artistique. L'arrêté royal n^o 91, du 29 janvier 1935, a mis fin à ces difficultés en soumettant tous les dessins et modèles industriels, sans distinction, aux dispositions de la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur (voy., pour la durée de ces droits, *supra*, n^o 191).

Le droit exclusif à la reproduction des dessins et modèles appartient donc, comme le droit de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique, à celui qui les a créés le premier, sans que ce droit soit subordonné à un dépôt obligatoire. Néanmoins, l'inventeur a la faculté d'effectuer un dépôt (au greffe du conseil de prud'hommes, en attendant l'organisation d'un dépôt spécial), qui établira d'une manière certaine la date de la création du dessin ou du modèle.

203. Protection de ce droit. — La reproduction ou l'imitation d'un dessin ou d'un modèle faite pour en tirer bénéfice, constitue une contrefaçon, c'est-à-dire une infraction pénale passible, sur plainte de la personne lésée, des peines prévues par les articles 23 à 27 de la loi du 22 mars 1886. L'action civile, si elle n'est pas portée devant la juridiction répressive,

est de la compétence des tribunaux civils (art. 36) ; elle peut être précédée d'une saisie-description dans les formes prescrites par les articles 29 à 35.

Les droits des étrangers sont régis par les Conventions internationales pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Convention de Berne, révisée à Bruxelles le 26 juin 1948 ; en ce sens : NOVELLES, *Dessins et modèles*, n° 132). Les Belges pourront, d'autre part, rendre efficace à l'étranger le dépôt d'un dessin ou d'un modèle, effectué en Belgique, en le faisant suivre d'un dépôt international au Bureau international de la propriété industrielle à Berne (Arrangement de La Haye du 6 novembre 1925).

D. — MARQUES DE FABRIQUE.

204. Notions générales. — Les marques apposées sur les produits fabriqués ou mis en vente servent à les distinguer des produits analogues mis sur le marché par des entreprises concurrentes. L'apposition d'une marque est d'ailleurs purement facultative. On recourt soit au nom même de l'entreprise (marque nominale), soit à des signes ou emblèmes (marque figurative) ; une forme particulière ou un mode spécial d'emballage pourraient également servir de marque.

Le régime des marques est organisé par la loi du 1^{er} avril 1879 (modifiée par l'arrêté royal n° 89 du 29 janvier 1935) et par l'arrêté royal d'exécution du 8 mars 1935.

205. Le dépôt des marques. — L'usage de la marque appartient à celui qui, le premier, l'a employée notoirement en Belgique, mais ce droit ne devient un droit exclusif et n'est assuré d'une protection légale efficace que si la marque a été déposée ; le dépôt lui-même constitue un fait d'usage notoire (art. 2 et 3) ; sur le caractère déclaratif de ce dépôt, voy. *supra*, n° 190.

Si le dépôt n'a pas été fait par le premier usager de la marque, il pourra être judiciairement annulé à la demande de tout intéressé : article 16 ; il en est de même s'il a été fait de mauvaise foi, c'est-à-dire en fraude des droits du véritable inventeur de la marque : même article ; voy. NOVELLES, *op. cit.*, n° 260.

Le dépôt se fait par la remise d'un modèle de la marque et d'un cliché qui en permet la reproduction, au greffe du tribunal de commerce du lieu où l'entreprise est immatriculée au registre du commerce ou, à défaut d'immatriculation, du lieu où est son principal établissement. Le référendaire dresse procès-verbal du dépôt ; les procès-verbaux sont reliés chaque année en un registre spécial, qui est à la disposition du public. Une expédition des procès-verbaux est transmise au Service spécial de la Propriété industrielle (rattaché au Ministère des affaires économiques), qui est également accessible au public. Un recueil officiel des marques déposées paraît en outre tous les six mois.

Le dépôt de la marque donne à son auteur le droit exclusif, sans limite de temps, à l'usage de cette marque, ainsi que le droit de la céder (voy. *supra*, n° 194).

206. Protection des marques déposées. — L'usurpation d'une marque déposée constitue une infraction pénale, qu'il y ait contrefaçon, usage frauduleux, apposition frauduleuse ou vente de produits revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée : article 8 (voy. cass., 23 mai 1945, *Pat.*, 1945, I, 168). Lorsque l'action civile n'est pas portée devant la juridiction répressive en même temps que l'action publique, elle est de la compétence du tribunal de commerce, si le défendeur est commerçant : NOVELLES, *op. cit.*, n° 252.

La protection légale n'est assurée qu'aux entreprises ayant un établissement en Belgique ou, à défaut, à condition que la réciprocité soit accordée aux marques belges dans le pays où l'entreprise exerce son activité : article 6. La Convention d'Union de Paris (1883), modifiée à diverses reprises (*supra*, n° 200), a considérablement diminué l'importance de cette disposition du droit interne belge en décidant que « toute marque régulièrement enregistrée au pays d'origine serait admise au dépôt et protégée telle quelle dans tous les autres pays de l'Union » (art. 6), et en accordant au créateur d'une marque, qui l'a déposée dans l'un des pays de l'Union, un délai de priorité pour le dépôt dans les autres (art. 4 ; cf., en matière de brevets, *supra*, n° 200). Les Belges peuvent invoquer en Belgique le bénéfice de la Convention d'Union toutes les fois qu'elle leur est plus favorable que la loi nationale (loi du 2 juin 1939, art. 3).

Depuis l'arrangement de Madrid, du 14 avril 1891, il n'est plus nécessaire de procéder à des dépôts multiples dans les divers pays : toute marque déposée dans l'un des pays contractants peut être enregistrée au Bureau international de Berne, ce qui lui donnera automatiquement, dans tous les autres pays de l'Union, les effets que la législation de chacun de ces pays attache au dépôt d'une marque.

207. Marques collectives. — En dehors des marques individuelles, il existe des marques collectives, organisées par l'arrêté royal n° 90, du 29 janvier 1935, dont le dépôt peut être effectué par des unions professionnelles, des sociétés coopératives, des associations sans but lucratif, ou même par l'Etat, les provinces, les communes, ainsi que par des groupements de provinces ou de communes et par des institutions d'intérêt général à déterminer par arrêté royal. Leur objet n'est pas de distinguer les produits d'une entreprise déterminée, mais ceux d'une région ou d'un ensemble de producteurs. Leur emploi, réservé aux membres du groupement, est soumis à des conditions spéciales (de contrôle, notamment) fixées par un règlement. Bien que la protection de la marque collective soit assurée par les mêmes moyens que celle de la marque individuelle, il existe entre elles une différence de nature : la marque collective rappelle la marque corporative de l'Ancien Régime : cf. P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 85.

E. — NOM COMMERCIAL. — DÉNOMINATION DE FANTAISIE.
ENSEIGNE.

208. Sanctions diverses. — Les dénominations qui servent de raison de commerce ne sont pas protégées par une action en contrefaçon. Leur utilisation par des tiers n'est sanctionnée que par les règles de la concurrence déloyale (voy. *infra*, n^{os} 217 et 218). Mais lorsqu'il s'agit de la dénomination d'une société anonyme, en commandite par actions ou de personnes à responsabilité limitée, il existe une véritable action en cessation (lois relatives aux sociétés commerciales, art. 28, 107 et 117; voy. *infra*, n^o 460). D'autre part, l'apposition du nom d'un fabricant ou de la raison commerciale d'une entreprise sur des objets qui ne sont pas produits par ce fabricant ou par cette entreprise, constitue une infraction punissable : Code pénal, article 191.

La Convention d'Union (art. 8) assure la protection internationale du nom commercial sans obligation de dépôt ou d'enregistrement.

§ 2. — *La concurrence prohibée.*

209. Sanction des restrictions légales à la libre concurrence. — La concurrence, tout comme le droit de propriété (Code civ., art. 544), ne peut s'exercer librement que dans le cadre des lois et des règlements. Les concurrents doivent respecter, notamment, les prescriptions légales ou réglementaires qui soumettent l'exercice de certaines activités à des conditions particulières ou les réservent aux entreprises désignées par la loi ou par les autorités compétentes.

Les infractions à ces prescriptions sont, en général, passibles de sanctions pénales, mais elles constituent aussi des délits ou quasi-délits civils à l'égard des concurrents qu'elles protègent; ils auront le droit de se faire indemniser du fait d'avoir été privés, même temporairement, de leur clientèle normale. Le transporteur coupable d'avoir effectué des transports routiers irréguliers est responsable du préjudice causé par cette concurrence illégitime à la société concessionnaire des transports par chemin de fer : cass. fr., cr., 26 juin 1952, *D. J.*, 1952, 725. La même solution est admise en Belgique, où les transports de personnes par la route, au moyen de véhicules automobiles, sont réglementés par l'arrêté-roi du 30 décembre 1946, et les transports de choses par l'arrêté royal n^o 248 du 5 mars 1936 (voy. pol. Dinant, 10 novembre 1949, *Rev. gén. ass. resp.*, 1949, n^o 5019; corr. Louvain, 6 janvier 1951, *Pas.*, 1951, III, 32; corr. Liège, 26 mars 1953, *Rev. gén. ass. resp.*, 1953, n^o 5261).

Les autres réglementations restrictives de la concurrence pourraient donner lieu à des recours analogues de la part des concurrents lésés : un détaillant serait qualifié pour les exercer contre l'entreprise exploitant irrégulièrement un grand magasin (les établissements à rayons multiples sont soumis à l'autorisation du Ministre des affaires économiques : loi du 12 mai 1948), ou contre ceux qui se livrent irrégulièrement au commerce ambulancier (soumis à l'autorisation préalable du même Ministre, et interdit pour certaines marchandises : arrêté royal n° 82 du 28 novembre 1939; arrêtés royaux d'exécution du 16 octobre 1951; arrêté ministériel du 20 octobre 1951). Les agents de change (Code comm., livre I^{er}, art. 69 à 71, et 75 à 79; voy. *infra*, t. II), les courtiers pour les marchés à terme sur denrées et marchandises (arrêté royal n° 71 du 30 novembre 1939, art. 12 à 14; voy. *infra*, t. II), disposent certainement d'une action en dommages-intérêts contre les concurrents « marrons » qui les priveraient d'une partie de leur clientèle normale.

Les concurrents doivent aussi s'abstenir de recourir à des procédés qui sont expressément interdits par la loi, par exemple la vente publique en détail de marchandises neuves (loi du 20 mai 1846), ou les ventes avec primes (arrêté royal n° 61 du 13 janvier 1935), ou encore les ventes en soldes, lorsque ne sont pas réunies les conditions exigées (arrêté royal n° 121 du 26 février 1935).

210. Inopérance des usages. — La liberté de la concurrence étant une règle d'ordre public, c'est le législateur seul qui peut y apporter des restrictions par la reconnaissance de monopoles directs ou indirects. Ces derniers ne pourraient être créés par de simples usages, qui subordonneraient, par exemple, l'exercice d'une activité économique déterminée à l'autorisation préalable d'un organisme professionnel (voy. cependant en ce sens, mais à tort selon nous : comm. Bruxelles, 20 mars 1952, *Ing.-Cons.*, 1952, 91; cet usage étant contraire à l'ordre public, on ne pourrait faire grief, comme le fait cette décision, à celui qui ne l'a pas respecté, d'avoir « manqué aux usages honnêtes en matière commerciale et industrielle », et commis ainsi un acte de concurrence déloyale : voy. *infra*, n° 215).

211. Caractère juridique des actes de concurrence prohibée. — Les actes constitutifs de concurrence interdite sont des délits ou des quasi-délits civils, dont la sanction — comme celle de tous les actes dommageables contraires aux lois ou aux règlements — est la responsabilité organisée par les articles 1382 et suivants du Code civil. Ces actes constituent, en effet, des fautes, car il tombe sous le sens que pour se comporter comme le ferait un homme normalement prudent et diligent, il faut en tout pre-

mier lieu respecter les prescriptions légales : voy. DE PAGE, t. II, n^o 941, 1^o.

Mais on ne pourrait, sans verser dans la confusion, y voir *en même temps* des actes contraires « aux usages honnêtes en matière commerciale et industrielle ». L'action spéciale en cessation, qui ne concerne que les actes entrant dans cette dernière catégorie, ne peut donc être utilisée lorsqu'il s'agit d'actes de concurrence interdite. Les commerçants lésés obtiendront néanmoins aisément la cessation de ces actes en les dénonçant au parquet, puisqu'ils sont constitutifs d'infractions pénales.

§ 3. — *La concurrence déloyale.*

A. — RÈGLES GÉNÉRALES.

212. Concurrence correcte et concurrence déloyale. — La liberté, pour les entreprises, de se faire la concurrence — corollaire de la liberté du commerce — est la manifestation, dans le domaine économique, de la liberté d'action que notre droit consacre d'une manière générale. Mais la liberté d'agir n'est jamais absolue (1); si elle était illimitée, elle impliquerait le droit de nuire impunément à autrui.

Même si elle est exercée dans le cadre des lois et des règlements (voy. *supra*, n^o 209), il lui faut encore un contrepois : c'est l'obligation de respecter les situations individuelles que le droit protège. Toute rupture d'équilibre déclenche la responsabilité de celui qui l'a provoquée : en cas de conflit, le juge recherche si l'auteur de l'acte incriminé s'est conduit comme il le devait ou si, au contraire, son adversaire avait le droit de compter qu'il se serait comporté autrement. Dans ce dernier cas, l'acte constitue une faute — c'est-à-dire une erreur de conduite — et son auteur est tenu de réparer le préjudice qui en est résulté.

La tâche du juge est, en général, fort délicate, car il lui faut apprécier si la conduite critiquée par le demandeur en responsabilité était, ou non, celle qu'aurait eue, dans les mêmes circonstances, un « bon père de famille », c'est-à-dire un homme d'une intelligence et d'une prudence moyennes. Il n'en est autrement

(1) Cf. A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, p. 1.

que dans le cas où l'une des parties peut invoquer à son profit un droit précis, lui permettant, soit de nuire impunément à autrui, soit, au contraire, d'être immunisée contre toute atteinte dommageable à sa situation (1).

Dans le domaine de la concurrence économique, la tâche du juge est quelque peu simplifiée : la conduite normale qui doit être observée par les entreprises concurrentes les unes à l'égard des autres, c'est celle qui est conforme « aux usages honnêtes en matière commerciale ou industrielle (arrêté royal n° 55 du 23 décembre 1934, art. 1^{er}), et la loi, en énumérant (art. 2) de nombreux actes contraires à ces usages, permet de dresser une nomenclature — d'ailleurs incomplète — des règles de conduite qui doivent être suivies. Les actes qui contreviennent à ces règles de conduite sont habituellement dénommés « actes de concurrence déloyale ».

L'expression est trompeuse, car elle incite à penser que l'auteur de l'acte, pour être obligé d'en répondre, doit avoir agi avec mauvaise foi, sinon même dans l'intention de nuire, alors qu'il n'en est rien : ce qui est défendu, ce sont les actes tendant à fausser les conditions normales de la concurrence, comme l'indique très exactement le titre même de l'arrêté royal n° 55. Ces actes sont, en somme, des fautes disciplinaires, des manquements à la déontologie professionnelle ; pas plus que les autres fautes de cette nature, elles ne postulent nécessairement l'existence d'un mobile déterminé. L'expression « concurrence illicite », d'autre part, ne convient pas mieux, car elle englobe d'autres cas — la concurrence prohibée, notamment — que la violation des usages honnêtes. Si l'on ne craignait d'augmenter la confusion par un terme nouveau, l'on dirait plus exactement, selon nous, qu'il s'agit de « concurrence incorrecte ».

213. Nature juridique des actes de concurrence déloyale.

— Les règles qui répriment la concurrence déloyale trouvent leur place toute naturelle, ainsi que nous venons de le voir, dans le cadre général de la responsabilité civile délictuelle ou quasi délictuelle (Code civ., art. 1382 et 1383). On l'a toutefois contesté ; l'on a fait valoir (2) que les actions fondées sur la concurrence déloyale ne sont pas seulement destinées à réparer un préjudice, qu'elles sont parfois préventives (action en cessation, voy. *infra*, n° 230). Mais l'action préventive elle-même n'est

(1) Nous avons tenté de montrer ailleurs que cette analyse permet de justifier la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique en matière de responsabilité civile : note sous Bruxelles, 12 avril 1944, *Rev. crit. jur. belge*, 1947, p. 116.

(2) RIPERT, n° 428.

possible que s'il existe un préjudice, sinon réalisé, tout au moins imminent : le demandeur n'a donc pas un droit absolu comparable à un droit de propriété (1). Il ne peut agir que dans la mesure où un dommage lui est causé ou menace de lui être causé (2). L'action préventive n'est, en réalité, qu'un complément de l'action en réparation ; elle a été instituée pour rendre plus efficace la protection des concurrents menacés, sans que le fondement de cette protection s'en trouve modifié (3).

Quoi qu'il en soit de cette discussion doctrinale, la jurisprudence belge considère que l'existence d'un préjudice ou d'une possibilité de préjudice (selon qu'il s'agit de l'action en réparation ou de l'action en cessation) est indispensable pour qu'il y ait concurrence déloyale : NOVELLES, *op. cit.*, *La concurrence déloyale*, nos 12, et 42 à 49 ; cass., 21 octobre 1943, *Pas.*, 1944, I, 16 ; voy. le numéro suivant.

214. Éléments constitutifs de la concurrence déloyale.

— Pour qu'on se trouve en présence d'un cas de concurrence déloyale, trois conditions sont requises :

1^o Un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale ou industrielle : arrêté royal du 23 décembre 1934, art. 1^{er}. En principe, la lutte est libre entre les entreprises économiques : chacune cherche à prendre de l'extension, à développer sa clientèle — ce qu'elle ne peut faire qu'aux dépens de celle de ses concurrents. Le développement de la clientèle s'obtiendra normalement grâce aux qualités propres de l'entreprise, de ses produits ou de sa publicité. En revanche, il y a des procédés considérés comme incorrects, car les concurrents doivent observer entre eux un minimum de « fair play », d'honnêteté et de sincérité. Pour l'étude détaillée des actes incorrects, voy. ci-après, nos 217 et suivants.

(1) Voy. dans notre sens : P. ROUBIER, *op. cit.*, n^o 118. Mais nous ne pouvons nous rallier à l'analyse que fait notre savant collègue des conditions de la responsabilité civile.

(2) Voy. le texte de l'article 1^{er} de l'arrêté n^o 55.

(3) Voy. comm. Bruxelles, 16 février 1950, *R. W.*, 1950-1951, col. 326 ; *contra* : note PHILONENKO, *Belg. jud.*, 1938, 177. La victime d'une faute n'a pas droit seulement à une indemnité compensatoire ; elle peut exiger d'être replacée dans l'état où elle se serait trouvée si la faute n'avait pas été commise, et obtenir, dans ce but, une condamnation en nature, par exemple, lorsqu'il s'agit d'un préjudice futur mais certain, sous la forme d'une injonction donnée par le tribunal à la partie responsable : H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, 4^e éd., t. III, nos 2303 à 2307.

Ces actes ne sont qu'un genre particulier de fautes délictuelles ou quasi délictuelles (voy. *supra*, n° 213). Ils doivent donc répondre aux conditions générales de la responsabilité civile. Ils doivent être imputables à leur auteur (cf. DE PAGE, t. II, n° 914). Les faits des préposés engageront la responsabilité du commettant (Code civ., art. 1384; comm. Bruxelles, 26 décembre 1935, *Rev. gén. ass. resp.*, 1936, 2069). Ni la bonne foi, ni l'existence d'un mobile admissible, ni la provocation par l'adversaire ne permettent d'échapper aux conséquences de l'acte incorrect : Bruxelles, 26 mars 1938, *Rev. gén. ass. resp.*, 1938, 2792; comm. Courtrai, 12 octobre 1929, *ibid.*, 1930, 544; comm. Louvain, 14 juillet 1936, *R. W.*, 1936-1937, 453; comm. Saint-Nicolas, 14 octobre 1941, *Pas.*, 1942, III, 47.

2° Un *dommage réalisé* ou simplement *possible* : cass., 21 octobre 1943, précité. Le dommage ne doit être consommé que si le demandeur poursuit le paiement de dommages-intérêts compensatoires. Pour l'action en cessation, la possibilité d'un préjudice suffit, et elle ne devra pas, en général, faire l'objet d'une preuve distincte, car les actes contraires aux usages honnêtes sont précisément qualifiés ainsi en raison du préjudice qu'ils sont susceptibles de causer aux concurrents. Le préjudice consiste en toute atteinte à la capacité de concurrence d'une ou de plusieurs autres entreprises : arrêté royal du 23 décembre 1934, art. 1^{er}.

3° Il doit y avoir *compétition commerciale* entre l'auteur de l'acte incriminé et celui qui se prétend lésé. On entend par là qu'ils doivent exercer des activités, sinon identiques, tout au moins comparables : Bruxelles, 22 novembre 1929, *Jur. com. Brux.*, 1929, 479; 9 mai 1952, *J. T.*, 1952, 398. Pour qu'ils soient des concurrents, il faut qu'ils s'adressent à la même clientèle.

Cette exigence n'a d'importance, en pratique, que pour l'action en cessation organisée par l'arrêté royal du 23 décembre 1934. D'une nature exceptionnelle, cette action ne peut être intentée que s'il y a concurrence, au sens précis du terme, entre les parties en litige : un fabricant ne peut l'intenter contre l'acheteur-consommateur (Liège, 23 novembre 1937, *Pas.*, 1938, II, 41) ni contre des revendeurs (comm. Bruxelles, 19 juillet 1950, *Pas.*, 1951, III, 85). S'il s'agit, au contraire, d'obtenir la réparation du dommage éprouvé, l'action sera accueillie, même en l'absence de compétition commerciale entre les parties, toutes les fois qu'une faute a été commise par le défendeur. Cette faute ne sera pas un acte de concurrence déloyale, à proprement parler, mais n'en justifiera pas moins, si elle a causé un préjudice, la condamnation de son auteur : voy. Bruxelles,

11 février 1933, *Rev. gén. ass. resp.*, 1934, 1403 ; 16 décembre 1933, *Rev. prat. soc.*, 1934, 110 ; civ. Courtrai, 14 mars 1930 et 19 février 1931, *Jur. com. Fl.*, 1931, 231 (ancien agent d'une société). Ainsi s'explique également l'action d'un fabricant contre les détaillants qui, recevant d'un client la commande d'un produit, en fournissent un autre, plus ou moins semblable : cf. P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 542.

Les entreprises économiques entre lesquelles peut exister la concurrence déloyale sont définies très largement par l'article 1^{er} de l'arrêté royal, qui englobe parmi elles non seulement les commerçants, mais aussi les artisans (traditionnellement exclus du domaine d'application du droit commercial : *supra*, n^o 68). En cas de concurrence déloyale entre artisans, ceux-ci auront accès au tribunal de commerce pour l'action en cessation ; mais leur action en dommages-intérêts reste soumise aux règles ordinaires de la compétence (juge de paix ou tribunal de première instance).

215. Classification des actes contraires aux usages honnêtes. — L'arrêté royal du 23 décembre 1934 contient une énumération purement exemplative d'actes que le législateur considère comme contraires aux usages honnêtes (art. 2). Destinée à faciliter la tâche des tribunaux et à mettre fin à certaines hésitations de la jurisprudence, cette énumération ne couvre pas entièrement le champ de la concurrence déloyale ; on le conçoit aisément, car il n'y a guère de limite à l'ingéniosité des commerçants peu scrupuleux.

Bien que les usages honnêtes prohibent des actes extrêmement variés, l'on peut, semble-t-il, les grouper autour de trois idées essentielles : 1^o il n'est pas permis de créer ou de faciliter la confusion avec une entreprise concurrente ou avec ses produits ; 2^o il est défendu aussi de détourner la clientèle d'entreprises concurrentes par des procédés artificiels, c'est-à-dire autrement que par les qualités ou les mérites réels de sa propre entreprise ; 3^o sont enfin prohibés tous les agissements inspirés par le désir de nuire, frauduleux ou même simplement contraires à la bonne foi — c'est-à-dire contraires à ce que l'on peut appeler la « moralité commerciale » : voy., pour les détails, *infra*, n^{os} 217 et suivants.

216. Actes exclus du domaine de la concurrence déloyale. — Quelque étendu que soit leur domaine d'application, les actions

en concurrence déloyale ne sanctionnent ni les fautes purement contractuelles, ni les atteintes à la propriété industrielle :

a) *Fautes contractuelles.* D'une manière générale, un contractant ne peut pas invoquer les règles de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle pour faire sanctionner la violation d'une obligation purement contractuelle, qui, en l'absence du contrat, n'aurait pas existé (1). Il en est de même dans le cas particulier de responsabilité que constitue la concurrence déloyale : l'acte qui, n'étant pas en lui-même contraire aux usages honnêtes propres au commerce ou à l'industrie, ne se trouve interdit qu'en vertu d'un contrat, ne donne pas lieu aux actions fondées sur la concurrence déloyale : cass., 25 novembre 1943 (1^{re} espèce), *Pas.*, 1944, I, 70 ; Bruxelles, 7 février 1948, *Pas.*, 1948, II, 48 ; prés. comm. Bruxelles, 22 mars 1951, *Jur. com. Brux.*, 1951, 265.

Mais il se peut que l'obligation violée, tout en étant imposée par le contrat, ait existé même sans lui en vertu des règles professionnelles auxquelles le défendeur devait se conformer : en pareil cas, le même acte peut à la fois constituer la méconnaissance d'un engagement contractuel et s'analyser en un acte contraire aux usages honnêtes du commerce ou de l'industrie : cass., 25 novembre 1943 (2^e espèce), *Pas.*, 1944, I, 72 ; Bruxelles, 17 novembre 1936, *Jur. com. Brux.*, 1937, 403 (2) ; Gand, 25 avril 1949, *Rev. gén. ass. resp.*, 1949, 4539, note J. BERTEN. Le demandeur lésé disposera alors de deux actions, l'une contractuelle, l'autre délictuelle ou quasi délictuelle, entre lesquelles il pourra opter (3).

b) La contrefaçon d'une marque ou d'un brevet constitue une atteinte à un droit défini, comparable à un droit de propriété, et protégé par des sanctions spéciales. La jurisprudence, après certaines hésitations, est aujourd'hui fixée en ce sens que cet acte illicite ne rentre pas dans le domaine de la concurrence déloyale proprement dite. Le titulaire du brevet ou de la marque n'aura donc pas le choix entre l'action en cessation et l'action

(1) J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, nos 196 à 212.

(2) L'espèce était la suivante : un industriel reçoit d'un concurrent la commande d'une machine, à construire suivant un modèle qui lui avait été remis. Il s'engage à ne pas construire ce modèle de machine pour d'autres firmes. S'il en fabrique néanmoins pour des tiers, il contrevient à la convention et commet, en même temps, l'acte contraire aux usages honnêtes prévu par l'article 2, littéra f, de l'arrêté royal du 23 décembre 1934.

(3) J. VAN RYN, *op. cit.*, nos 112 à 120.

en contrefaçon ; cette dernière peut seule être intentée : cass., 16 mars 1939 (marque de cirage « Negrita »), *B. J.*, 1939, 208, avec les conclusions de M. l'avocat général L. Cornil ; Bruxelles, 27 octobre 1939, *Pas.*, 1940, II, 38. Voy., pour la contrefaçon d'un modèle : comm. Anvers, 17 janvier 1948, *R. W.*, 1948-1949, 908.

Les actions fondées sur la concurrence déloyale ne peuvent pas davantage assurer la protection d'une marque *non déposée* (arg. loi du 1^{er} août 1879, art. 2 ; cass., 16 mars 1939, précité) ou d'une invention *non brevetée*. Mais ces actions seraient recevables si les faits incriminés n'étaient pas constitutifs d'une véritable contrefaçon (Bruxelles, 17 mai 1949, *Ing.-Cons.*, 1949, 209 ; prés. comm. Bruxelles, 15 février 1951, *Jur. com. Brux.*, 1951, 262) ou si la contrefaçon s'accompagnait d'agissements répréhensibles : Liège, 30 octobre 1936, *Pas.*, 1937, II, 152.

Pour les actes contraires à des interdictions légales ou réglementaires, voy. *supra*, n° 209.

B. — LES ACTES DE CONCURRENCE DÉLOYALE.

1° Actes de nature à créer la confusion.

217. Utilisation ou imitation du nom commercial. —

Il n'est pas permis d'utiliser ou d'imiter le nom commercial d'un concurrent pour désigner un établissement commercial ou des produits. Tout commerçant a, en effet, un droit exclusif, protégé indépendamment de toute formalité, sur son nom commercial, c'est-à-dire sur son nom patronymique en tant qu'il est utilisé à des fins commerciales.

Ce droit n'est pas *absolu*, en ce sens que les tiers peuvent utiliser le nom lorsqu'ils le font pour des raisons acceptables et sans que cet emploi puisse établir une confusion ou la rendre possible : le négociant en pièces de rechange d'automobile peut indiquer le nom sous lequel la voiture à laquelle elles se rapportent est vendue sur le marché : Bruxelles, 3 mars 1938, *Pas.*, 1940, II, 83.

D'autre part, il arrive que deux personnes portent le même nom patronymique et se trouvent être concurrentes sur le terrain commercial. La jurisprudence admet que celle qui s'est installée en dernier lieu doit prendre toutes les mesures nécessaires pour

éviter d'être confondue avec celle qui a commencé les affaires la première. Généralement les tribunaux ordonnent l'adjonction du prénom ou d'une autre qualification de nature à éviter la possibilité d'une confusion.

Quant aux sociétés commerciales, les articles 28 et 117, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales contiennent une réglementation spéciale : la dénomination prise par une société anonyme ou par une société à responsabilité limitée doit être différente de celle de toute autre société ; si elle est identique à celle d'une société existante, ou si la ressemblance peut induire en erreur, tout intéressé peut la faire modifier et réclamer des dommages-intérêts s'il y a lieu. Cette action existe même si les deux sociétés n'exercent pas le même commerce — sauf toutefois si la dénomination, en elle-même, appartient au domaine public (exemple : « La France » : appel Paris, 10 février 1953, *D. J.*, 1953, 272). Mais s'il s'agit de sociétés concurrentes, celle qui a la priorité peut, si elle le préfère, se placer sur le terrain de la concurrence déloyale : voy. *infra*, n° 460.

218. Utilisation ou imitation du nom de fantaisie ou de l'enseigne. — La même interdiction s'applique à l'utilisation ou à l'imitation du *nom de fantaisie* ou de *l'enseigne*, employés pour caractériser un établissement ou ses produits. L'enseigne est, plus spécialement, l'emblème matériel servant à reconnaître l'établissement commercial ou industriel : écriteaux, panneaux, objets divers placés au-dessus de la porte d'entrée d'un magasin.

C'est l'antériorité qui donne un droit exclusif au nom de fantaisie ou à l'enseigne, à l'égard des autres entreprises qui ont le même objet et, fût-ce partiellement, la même clientèle. Cette dernière condition est parfois d'une appréciation délicate : voyez notamment : comm. Bruxelles, 14 octobre 1930, *Ing.-Cons.*, 1931, 181 ; 10 novembre 1949, *Pas.*, 1951, III, 26 ; comm. Namur, 24 janvier 1929, *Jur. Liège*, 1929, 86 ; *Rev. trim. dr. comm.*, 1951, 520.

219. Utilisation ou imitation des autres éléments caractéristiques. — La même interdiction s'applique aussi à l'utilisation ou à l'imitation des *autres éléments servant à caractériser un établissement commercial* : apparence de l'immeuble, aménagement et décor des locaux réservés à la clientèle, uniforme des serveuses, couleur spéciale des véhicules servant à la remise à domicile, forme d'emballage, etc., pour autant qu'il s'agisse d'un élément suffisamment original : comm. Bruxelles, 17 mars 1949, *Jur. com. Brux.*, 1949, 129 ; 4 avril 1950, *Ing.-Cons.*, 1950,

149; Paris, 8 janvier 1952, *Dalloz*, 1952, Sommaires, p. 21. Un garagiste ne peut employer des pompes à essence qui sont, au point de vue de la couleur et de la disposition d'ensemble, une imitation des pompes, notoirement connues par le public, d'un concurrent : comm. Bruges, 23 mai 1935, *Ing.-Cons.*, 1935, 190.

220. Indications inexactes relatives à la provenance. —

Il n'est pas permis, d'une manière générale, d'apposer sur les produits des signes ou d'autres indications de nature à faire croire à une origine ou une provenance inexactes ; l'arrêté royal du 23 décembre 1934 vise expressément cet acte incorrect (art. 2, litt. D et E). L'on ne peut, notamment, substituer sur les produits son propre nom à celui du fabricant, sauf si on y a apporté des modifications essentielles : comm. Bruxelles, 8 mars 1930, *Jur. com. Brux.*, 1930, 49.

L'« appellation d'origine », c'est-à-dire l'indication du lieu (ville, région, pays) où est fabriqué un produit ou d'où il provient, est réservée aux producteurs de la région et à ceux qui s'y approvisionnent, — qu'il s'agisse de produits naturels ou de produits manufacturés : fromage de Herve, tabac de la Semois, par exemple. Ces producteurs ou ces négociants auront un recours contre ceux qui utiliseraient abusivement l'appellation ; voy. pour des parfums qualifiés « de France » ou « de Paris » : Bruxelles, 14 juillet 1951, *Ing.-Cons.*, 1951, 167. L'emploi du mot « genre » n'enlève pas à la qualification son caractère illicite : comm. Bruxelles, 14 avril 1930, *Jur. com. Brux.*, 1930, 98.

Les appellations d'origine des vins et eaux de vie provenant de pays étrangers sont protégées dans les conditions prévues par la loi du 18 avril 1927. Les indications fausses sur la provenance, l'origine, la composition ou la nature des produits sont même sanctionnées pénalement lorsqu'il s'agit de denrées alimentaires (voy. notamment : eaux de boisson : arrêté royal du 7 mai 1936, art. 3, 4 et 25 ; substances proposées pour la préparation ou la conservation des denrées alimentaires : arrêté royal du 27 mars 1939, art. 3 et 7 ; lait : arrêté royal du 31 mars 1925 ; fromage : arrêté royal du 15 décembre 1932, art. 8 et 12 ; beurre et graines : loi du 8 juillet 1935, art. 6 et 23, et arrêté royal du 27 janvier 1936 ; crème : arrêté royal du 23 mai 1934 ; épices : arrêté du Régent du 18 juin 1947, art. 6 et 7 ; féculés : arrêté du Régent du 15 mars 1950, art. 10 et 11 ; etc.). Quant aux marchandises d'origine étrangère, mais revêtues de marques ou inscriptions de nature à faire croire à une origine belge, leur importation et leur commerce sont réprimés pénalement : arrêté royal n° 91 du 30 novembre 1939, confirmé par la loi du 16 juin 1947.

L'appellation d'origine perd son caractère propre et tombe dans le domaine public lorsqu'elle ne désigne qu'un procédé de fabrication et non pas des produits naturels dont les qualités dépendent nécessairement de la région d'où ils proviennent : dentelle de Malines, savon de Marseille, gâteau de Verviers, pastilles de Vichy (dont la recette se trouve dans la pharmacopée) ; fromage Camembert ; pour les eaux minérales, voy. NOVELLES, *Concurrence déloyale*, n° 178 ; indication « Yorkshire's Finish », mode d'apprêt des tissus : comm. Verviers, 18 mars 1950, *J. T.*, 1950, 529.

L'emploi du procédé suffit alors à justifier l'appellation donnée au produit, mais il demeure interdit de faire croire qu'il provient réellement de la région dont le nom est ainsi employé : un fromage fabriqué en Belgique peut être appelé « Camembert », mais l'on ne peut y ajouter « double crème de Normandie » : Bruxelles, 4 mai 1932, *J. T.*, 1932, 545 ; voy., pour le fromage « Emmenthal » : comm. Bruxelles (réf.), 7 mai 1936, *Ing.-Cons.*, 1936, 134.

2° *Détournement de la clientèle par des procédés artificiels.*

221. Principe général. — La concurrence implique nécessairement que les entreprises en compétition se disputent la clientèle du public. Mais dans cette lutte, chaque entreprise ne peut se faire valoir que par ses qualités ou ses mérites réels. Tout autre moyen de détourner la clientèle est considéré comme incorrect.

222. Indication d'une supériorité imaginaire. — L'on ne peut pas donner au public des indications inexactes de nature à faire croire à la supériorité imaginaire de sa personne, de son établissement ou de ses produits : alléguer abusivement que le journal dont on est propriétaire a le plus fort tirage du pays, que l'on est le seul fabricant d'un produit déterminé ; affirmer que les produits vendus ont une qualité qu'ils n'ont pas (comm. Bruxelles, 9 juin 1951, *Jur. com. Brux.*, 1951, 268), que l'on a gagné un procès en contrefaçon encore en cours (comm. Lyon, 15 janvier 1951, *D. J.*, 1951, 657) ou que la maison de commerce que l'on exploite est depuis cent ans spécialisée dans la vente d'un article déterminé, alors qu'il n'en est rien : comm. Bruxelles, 27 avril 1950, *Pas.*, 1950, III, 82.

L'arrêté royal du 23 décembre 1934 (art. 2, litt. c) condamne expressément le fait de donner pareilles indications inexactes : c'est là une réaction salutaire contre l'indulgence excessive que les tribunaux avaient souvent témoignée à l'égard de certains abus de la publicité (voy. notamment : Bruxelles, 25 juillet 1902, *Pas.*, 1903, II, 55, et les critiques de P. VANDER EYCKEN, « La fraude en matière de propriété industrielle », *Revue de droit belge*, 1909, p. 315). Désormais, l'obligation de dire la vérité est consacrée par la loi.

Il semble toutefois que la jurisprudence manifeste une tendance fâcheuse à résister à l'application de la règle nouvelle : voy. notamment un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 14 mai 1936, *Ing.-Cons.*, 1936, p. 150, d'après lequel le législateur n'aurait pas modifié le régime antérieur et n'aurait pas eu l'intention de changer la conception de l'honnêteté commerciale. Cette opinion est peu admissible ; ce qui demeure toléré, ce sont les simples exagérations de la réclame, sans prétention précise : voy. par exemple, comm. Bruxelles, 25 août 1950, *Ing.-Cons.*, 1950, p. 226 ; cf., dans le même sens : P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 565.

223. Dénigrement des concurrents. — Toute allusion destinée à dénigrer un concurrent, son établissement ou ses produits, constitue un acte de concurrence déloyale. L'on ne peut, par exemple, annoncer que tel concurrent paye mal, que ses marchandises sont d'un prix exagéré, qu'elles ne correspondent pas à la qualité qui leur est attribuée, qu'il a des gens peu recommandables à son service, etc.

Le dénigrement est prohibé, non seulement s'il vise un commerçant déterminé, mais même s'il frappe toute une catégorie d'industriels : comm. Bruxelles, 28 mars 1929, *Jur. com. Brux.*, 1929, 10, par exemple lorsqu'il est affirmé que seuls les produits que l'on vend n'ont pas l'influence nocive qu'exercent ceux des concurrents : prés. comm. Bruxelles, 25 août 1950, *Jur. com. Brux.*, 1951, 263.

La manière dont les imputations sont répandues importe peu : circulaires, catalogues, affiches, insertions dans les journaux, lettres particulières ou même communications verbales (si la preuve peut en être rapportée). Le dénigrement *implicite* est lui-même interdit : on ne peut avertir qu'on ne vend pas tel objet déterminé.

Il faut que le ou les concurrents aient été spécialement visés, mais il ne faut pas une désignation nominative : il suffit que

le public n'ait pu se méprendre sur l'identité de la personne ou des produits : comm. Gand, 5 novembre 1930, *Jur. com. Fl.*, 1930, 316 ; comm. Bruxelles, 10 janvier 1930, *Jur. com. Brux.*, 1930, 21. En revanche, la critique générale d'une méthode de vente ou d'un produit naturel ne vise pas un groupe déterminé de concurrents et n'est donc pas répréhensible : P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 552.

L'arrêté royal du 23 décembre 1934 cite expressément le fait de répandre des imputations fausses (art. 2, litt. b). Cependant, doctrine et jurisprudence ont toujours admis que, même si les imputations correspondent à la réalité, elles n'en constituent pas moins des actes illicites : l'accord était fait pour condamner toute citation ou allusion directe de nature à nuire au commerce d'un rival, sans que l'auteur de la citation ou de l'allusion puisse essayer de justifier le dénigrement en offrant de prouver la réalité des circonstances dont il avait fait état : Bruxelles, 22 novembre 1929, *Jur. com. Brux.*, 1929, 479 ; comm. Liège, 17 février 1931, *Jur. Liège*, 1931, 240 ; comm. Ostende, 7 août 1931, *Jur. com. Fl.*, 1931, 300. On ne pourrait, par exemple, discréditer les produits d'un producteur en comparant leur prix à ceux de ses concurrents ou en disant que certains établissements ont quitté tel fournisseur pour prôner tel autre. Ces principes doivent être considérés comme maintenus, malgré le texte apparemment restrictif de l'arrêté royal. Si le législateur s'est abstenu de condamner expressément toute imputation quelconque, c'est sans doute parce qu'il est permis, exceptionnellement, de faire mention du nom d'un concurrent, notamment quand on cherche simplement par là à défendre sa clientèle par des moyens honnêtes : lorsqu'un commerçant demande un concordat judiciaire, son homonyme a le droit d'annoncer que ce n'est pas lui qui a dû solliciter cette mesure (comm. Gand, 16 mai 1894, *P. P.*, 1894, 1461) ; au cours de discussions scientifiques ou artistiques, il est permis de discuter objectivement la valeur comparative de certains produits : comm. Bruxelles, 9 janvier 1936, *Jur. com. Brux.*, 1936, 137.

224. Utilisation du nom des concurrents dans la publicité. — Le seul fait d'utiliser le nom d'un concurrent dans la publicité, même sans intention de le dénigrer, est suspect et, pour cette raison, défendu : un commerçant ne peut pas, dans sa publicité, indiquer la situation de son établissement par référence au nom commercial d'un concurrent voisin, dont le siège d'exploitation est notoirement connu : comm. Bruxelles, 20 février 1936, *Ing.-Cons.*, 1936, 55 ; voy. aussi comm. Courtrai, 12 octobre 1929, *Rev. gén. ass. resp.*, 1930, 529 ; NOVELLES, *op. cit.*, n° 309. Un ancien membre du personnel, devenu concurrent, ne peut rappeler dans sa publicité qu'il a fait partie de l'entreprise, bien que la jurisprudence (en France, tout au moins)

se montre actuellement moins rigoureuse sur ce point : voyez P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 540 et suivantes.

225. Boycottage et mise à l'index. — Sont également prohibés tous les actes de pression directe ou indirecte (boycottage, mise à l'index) sur la clientèle ou sur les fournisseurs d'un concurrent, pour les empêcher de continuer à s'adresser à lui : par exemple, le fait, par un groupement de journaux, d'interdire aux dépositaires ou vendeurs la vente d'un journal déterminé : comm. Seine, 21 janvier 1929, *Rev. trim. dr. civ.*, 1929, p. 109 ; voy., pour un cas de pression indirecte : Liège, 24 novembre 1937, *Pas.*, 1938, II, 41. La mise à l'index n'est licite que lorsqu'elle est faite dans un but d'intérêt général ou lorsqu'elle est décidée régulièrement, au sein d'un groupement, à l'égard d'un des membres, et à titre de sanction de la violation de ses engagements : FREDERICQ, t. II, n° 114 ; cf. *Rev. trim. dr. civ.*, 1929, 109. Peut-elle constituer une mesure de rétorsion en cas de refus d'observer les prix imposés ? La jurisprudence est divisée sur ce point : NOVELLES, *op. cit.*, n° 362.

226. Vente à prix réduit ou à perte. — Elle n'est pas considérée comme un procédé artificiel constitutif de concurrence déloyale (P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 575). La guerre des tarifs et des prix est en principe licite, car la liberté du commerce implique celle d'offrir en vente une marchandise à n'importe quel prix, même à perte, — sauf si le but recherché est d'amener ou de maintenir une baisse *anormale* (loi du 18 juillet 1924).

Un commerçant peut sacrifier certains produits, à titre de réclame, dans l'espoir d'attirer la clientèle et de se rattraper sur d'autres produits. Ce procédé est de nature à nuire aux concurrents, mais il n'est pas prohibé (comm. Liège, 6 août 1951, *J. T.*, 1951, 654), à moins qu'il ne s'accompagne de circonstances spéciales reflétant une intention malveillante, ou de manœuvres dolosives (marchandises mises en vente comme neuves, alors qu'elles sont usagées : voy. NOVELLES, *op. cit.*, nos 345 et suiv. ; voy. en outre, *infra*, n° 227). L'arrêté royal du 23 décembre 1934 n'a pas modifié les principes à cet égard : comm. Bruxelles, 11 avril 1935, *Ing.-Cons.*, 1936, 81 ; voy. cependant Bruxelles, 24 mars 1937, *R. W.*, 1936-1937, col. 1417.

Pour les « prix imposés », voy. *infra*, n° 242.

3° Actes contraires à la moralité commerciale.

227. Actes inspirés par la malveillance. — Le caractère illicite de certains procédés résulte du mobile qui a inspiré leur

auteur. Tel est le cas lorsque le résultat recherché d'une manière immédiate n'était pas d'attirer à soi la clientèle, mais de nuire à un concurrent déterminé : en supprimant méchamment sa publicité, en recouvrant ses affiches, en masquant son enseigne (Bruxelles, 14 avril 1915, *Pas.*, 1915-1916, II, 194), en débauchant systématiquement son personnel pour désorganiser ses services. Tous les actes qui répondent à une intention purement malveillante ou méchante, constituent des actes de concurrence déloyale.

228. Procédés frauduleux. — Il en est de même de certains procédés frauduleux, qui s'apparentent à l'abus de confiance ; l'arrêté du 23 décembre 1934 en donne quelques exemples (art. 2, litt. *f* et *g*) : faire usage, sans y être autorisé, de modèles, échantillons, formules ou autres indications, confiés en vue d'un travail, d'une étude ou d'un devis ; utiliser sans autorisation le matériel, l'emballage, les récipients d'un concurrent. Ce sont parfois d'anciens membres du personnel de l'entreprise, devenus ses concurrents, qui se laissent tenter par ces pratiques peu délicates.

229. Participation à la violation d'engagements contractuels. — Mais la jurisprudence se montre, à juste titre, plus exigeante encore : pour que leur conduite soit conforme aux usages honnêtes, les concurrents doivent s'abstenir de toute pratique incompatible avec la bonne foi. Lorsqu'ils ont connaissance de certaines conventions conclues par leurs concurrents, avec des fournisseurs ou des clients, par exemple, ils doivent en tenir compte, — en ce sens, tout au moins, qu'il ne leur est pas permis de s'associer sciemment à la violation de ces contrats par ceux qui les ont souscrits.

Les conditions requises pour que la responsabilité du « tiers complice » soit engagée ont donné lieu à des controverses auxquelles l'arrêt de la Cour de cassation du 24 novembre 1932 (*Pas.*, 1933, I, 19, avec les conclusions du procureur général P. Leclercq) ne paraît pas avoir mis fin. Selon cet arrêt, « la seule connaissance d'une convention n'engage pas la responsabilité du tiers qui a participé avec le débiteur à son inexécution ; il faut en outre et nécessairement qu'il ait agi en vue d'aider celui-ci à violer ses engagements ». En d'autres termes, il ne suffit pas que le tiers

soit de mauvaise foi ; l'on doit démontrer l'existence, en son chef, d'une intention frauduleuse caractérisée. Les arguments d'ordre juridique ou économique, développés à ce sujet par le procureur général P. Leclercq, et qui ont entraîné la conviction de la Cour, semblent extrêmement discutables (voy. note LIMPENS et VAN RYN sous Gand, 19 avril 1950, *Rev. crit. jur. belge*, 1951, 85) et l'on n'aperçoit aucune raison valable de déroger dans ce cas particulier à la règle générale, admise dans de nombreuses hypothèses par la doctrine et la jurisprudence (voy. note précitée, n^{os} 4, 10 et 11), selon laquelle le fait de prêter sciemment son concours à la violation d'un engagement contractuel constitue une faute.

La jurisprudence actuelle admet très généralement la responsabilité des tiers qui prêtent sciemment leur concours à la violation d'une clause de prix imposé (voy. note précitée, p. 87, n. 7 ; comm. Anvers, 19 juillet 1950, *R. W.*, 1950-1951, col. 886) (1), ou à une clause de non-concurrence (*ibid.*, n. 5). Mais lorsqu'il s'agit d'un contrat obligeant l'une des parties à se fournir exclusivement chez l'autre, l'on trouve des décisions dans les deux sens, même après l'arrêt de 1932 : note précitée, p. 88 et 89 ; voy., dans le sens de l'arrêt de 1932 : comm. Bruxelles, 25 octobre 1951, *Jur. com. Brux.*, 1951, 37.

La responsabilité du tiers complice ne se conçoit que s'il s'agit d'un contrat licite (voy. *infra*, n^{os} 237 et suiv., les conditions requises pour que soient licites des conventions apportant des restrictions à la liberté du commerce).

La responsabilité du tiers ne serait pas engagée non plus s'il avait incité le contractant, non pas à violer ses engagements, mais à faire usage d'une faculté de résiliation (contrat d'emploi ou de travail). Il n'est donc pas illicite d'embaucher des employés ou des ouvriers d'un concurrent, même si le nouvel employeur consent à prendre à sa charge l'indemnité de rupture due par eux ou s'il a usé de promesses pour s'attacher leurs services. En revanche, il y a concurrence déloyale, en raison de l'intention méchante ou frauduleuse, lorsque le but poursuivi est de désorganiser systématiquement les services du concurrent ou de surprendre des secrets de fabrication ou d'affaires.

La bonne foi exige-t-elle que les concurrents, sans participer directement à la violation d'un contrat, s'abstiennent de tout acte qui, à leur

(1) Les autres détaillants, qui avaient respecté la clause, pourraient également agir contre celui qui l'a méconnue : P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 581 ; ils seraient même seuls à pouvoir intenter contre lui l'action en cessation, le fabricant n'étant pas un « concurrent » du détaillant : FREDERICQ, t. II, n^o 199.

connaissance, serait contraire à des conventions valablement conclues? La jurisprudence a paru parfois l'admettre : lorsqu'un fabricant a concédé le monopole de la vente de ses produits à une entreprise déterminée, il n'est pas permis à ceux qui ont connaissance de ce monopole, de se procurer les mêmes produits, pour les vendre, par une voie détournée : Bruxelles, 22 octobre 1947, *Pas.*, 1948, II, 74 ; Liège, 31 mai 1952, *Ing.-Cons.*, 1952, p. 130 ; comm. Bruxelles, 5 novembre 1951, *Jur. com. Brux.*, 1951, p. 22 ; 24 novembre 1951, *Ing.-Cons.*, 1951, p. 255. Mais d'autres décisions font prévaloir, dans des cas de ce genre, le principe de la liberté du commerce : comm. Bruxelles, 4 juin 1948, *Rev. gén. ass. resp.*, 1948, 4396 ; 3 février 1949, *Jur. com. Brux.*, 1949, 132 ; 8 novembre 1951, *Jur. com. Brux.*, 1951, 32. Voy. aussi Bruxelles, 18 novembre 1953, Verhoeven c. Stabil Drake, inédit.

C. — LES ACTIONS FONDÉES SUR LA CONCURRENCE DÉLOYALE.

230. Dommages-intérêts ou réparation en nature. — Comme toute faute délictuelle ou quasi délictuelle, l'acte de concurrence déloyale donne à celui qui en est la victime le droit d'en obtenir due réparation. Le plus souvent, cette réparation s'obtiendra sous la forme d'une indemnité calculée d'après l'importance du préjudice causé ; mais l'estimation en sera souvent malaisée et devra se faire *ex aequo et bono*. L'octroi de dommages-intérêts n'est d'ailleurs pas toujours la forme de réparation la plus appropriée : les dommages-intérêts sont exclus lorsque le préjudice n'est pas encore effectivement réalisé et démontré, même si sa réalisation future est certaine. Le seul mode de réparation adéquat, dans ce cas, est un ordre du juge, adressé à la partie en faute, de cesser telle activité ou de prendre telles précautions qu'il indique. Ce mode de réparation en nature est tout à fait normal en matière de responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle : H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, 4^e éd., t. III, nos 2303 à 2307. Pour être véritablement efficace, il faut toutefois que l'ordre du juge puisse être obtenu rapidement, et que sa méconnaissance soit sanctionnée sévèrement. C'est à cette double préoccupation que répond l'*action en cessation* introduite par l'arrêté royal du 23 décembre 1934. La portée de cette réforme ne doit donc pas être exagérée ; elle n'a apporté aucun changement essentiel aux règles de la concurrence déloyale, qui demeure un cas particulier de responsabilité civile (*supra*, n° 213). Si la partie lésée le préfère, elle peut toujours — comme elle le pouvait avant 1934 — porter directement devant le tribunal

une action tendant à la fois à la réparation du préjudice réalisé et à l'interdiction des actes illicites pour l'avenir : en ce sens, NOVELLES, *op. cit.*, n° 571.

231. Compétence territoriale. — La détermination de la compétence territoriale, en matière de concurrence déloyale, a donné lieu à une jurisprudence peu cohérente : tantôt l'on se réfère au lieu où le préjudice doit être réparé, c'est-à-dire au domicile du commerçant lésé : comm. Bruxelles, 18 mars 1941, *Pas.*, 1946, III, 64 ; tantôt au lieu où le dommage a été causé et où l'obligation de réparation est née : Gand, 7 mai 1949, *R. W.*, 1948-1949, col. 1301. Le juge du domicile du débiteur est en tout cas compétent : comm. Gand, 23 octobre 1948, *R. W.*, 1949-1950, col. 765.

232. Conditions d'exercice de l'action en cessation. — L'action organisée par l'arrêté royal du 23 décembre 1934 a pour seul objet de mettre fin rapidement à l'acte de concurrence illicite. Pour qu'elle puisse être intentée, trois conditions sont requises :

a) L'acte dont la cessation est demandée doit n'avoir pas déjà pris fin, — soit qu'il remonte à une période déjà éloignée (un an : comm. Gand, 24 avril 1937, *Jur. com. Fl.*, 1937, p. 27), soit que, par sa nature même, il ne soit plus susceptible de répétition (réclame insérée dans les programmes d'une fête : civ. Malines, 30 novembre 1936, *R. W.*, 1936-1937, 763). Mais la simple allévation que les agissements ont cessé serait inopérante : comm. Bruxelles, 14 novembre 1935, *Ing.-Cons.*, 1936, 13 ; 10 décembre 1936, *Ing.-Cons.*, 1937, 88. Il en serait de même de la simple promesse de cessation, car la victime du procédé irrégulier doit pouvoir compter d'une manière absolue sur l'absence de récidive et recourir éventuellement à l'application de la sanction pénale : comm. Bruxelles, 27 février 1936, *Ing.-Cons.*, 1936, 82 ; comm. Bruxelles, 26 décembre 1935, *Rev. gén. ass. resp.*, 1936, n° 2069. Toutes les fois que la possibilité d'un renouvellement des mêmes actes n'est pas exclue, l'action est possible : civ. Arlon (réf.), 7 mars 1947, *Pas.*, 1947, III, 85.

b) Il faut que l'acte soit susceptible d'une interdiction efficace.

c) Le demandeur doit avoir un intérêt personnel à la cessation des actes qu'il critique. Toutefois, l'action peut être intentée, non seulement par le concurrent lésé, mais aussi par le groupement professionnel dont il fait partie, à condition que ce groupe-

ment dispose de la personnalité juridique ; une association sans but lucratif n'est pas recevable à agir : comm. Bruxelles, 2 février 1950, *Pas.*, 1950, III, 57.

233. Compétence et procédure. — La demande est portée devant le président du tribunal de commerce ou, éventuellement, devant le président du tribunal civil lorsque ce tribunal fait fonction de tribunal de commerce.

L'action est introduite et le président statue conformément aux règles de procédure en matière de référés (art. 3). C'est uniquement en ce qui concerne la manière de procéder qu'il y a lieu de se conformer aux articles 807 à 811 du Code de procédure civile : la décision que rendra le président n'est pas une ordonnance de référé, au sens habituel de cette expression ; en effet, le président est appelé à trancher au fond le litige qui lui est soumis, alors qu'une ordonnance de référé ne peut statuer qu'au provisoire. Il peut donc ordonner une mesure d'instruction : réf. Bruxelles, 16 juillet 1949, *Rev. gén. ass. resp.*, 1950, 4676.

La compétence ainsi attribuée au président du tribunal de commerce étant exceptionnelle, l'on en déduit qu'elle est de stricte interprétation et, notamment, que le président n'est pas compétent pour connaître d'une action reconventionnelle en dommages-intérêts, du chef de procès téméraire : comm. Bruxelles, 11 avril 1935, *Ing.-Cons.*, 1936, p. 81 ; comm. Bruxelles, 10 novembre 1949, *Pas.*, 1951, III, 25 ; ni d'une action en garantie : comm. Bruxelles, 17 février 1949, *Jur. com. Brux.*, 1949, 177.

234. Pouvoirs du président. — Le président fait les injonctions ou prononce les interdictions nécessaires pour faire cesser l'acte de concurrence illicite : il peut ordonner au défendeur d'ajouter son prénom à son nom de famille pour éviter la confusion avec l'établissement du demandeur, ou interdire l'usage d'une enseigne trop semblable à celle employée par le demandeur.

Le président ne peut prendre aucune autre décision, si ce n'est statuer sur les dépens. Il ne peut pas prescrire l'affichage ou la publication de sa décision ; il ne peut pas non plus ordonner la confiscation des objets imités, ou leur destruction.

235. Voies de recours. — L'arrêté royal contient à cet égard des dérogations au droit commun de la procédure, pour éviter que le défendeur puisse tenir en suspens la solution définitive du litige : l'ordonnance est toujours exécutoire par provision, nonobstant tout recours (art. 3, al. 2) ; aucune opposition n'est recevable contre elle. L'appel est toujours possible, la demande n'étant pas susceptible d'évaluation, mais il doit être interjeté dans la quinzaine de la signification et jugé dans le mois ; l'observation de ce dernier délai n'est toutefois assurée par aucune sanction.

236. Sanction pénale des injonctions ou défenses. — On avait songé à ériger en infraction l'acte de concurrence illicite. Il a paru préférable de laisser aux intéressés eux-mêmes le soin de faire la police de la

concurrence par l'intentement de l'action en cessation. La juridiction répressive ne sera appelée à intervenir que si la protection civile s'est révélée inefficace, l'ordre du juge commercial étant demeuré inopérant.

Suivant l'article 4, dès que la décision n'est plus susceptible d'appel ni d'opposition, tout manquement aux injonctions ou interdictions qui y sont portées est punissable : amende de 100 à 10.000 francs ; affichage éventuel du jugement pendant un délai déterminé, à l'extérieur des installations de vente du contrevenant ; publication éventuelle du jugement par la voie des journaux ou de toute autre manière.

Le tribunal correctionnel sera saisi par la plainte de celui qui a obtenu l'ordre de cessation. La constatation des infractions peut se faire notamment par un procès-verbal dressé par un huissier, ou par l'assistance de deux témoins (art. 5).

En cas de récidive, c'est-à-dire de nouveaux manquements aux injonctions ou interdictions de la même ordonnance ou du même arrêt endéans les cinq ans d'une première condamnation, l'amende est doublée et un emprisonnement de 8 jours à 3 mois peut être prononcé. Il ne suffit donc pas que dans le délai de 5 ans, le contrevenant se rende coupable d'un autre acte de concurrence déloyale, ce qui permettra parfois au défendeur d'échapper aux peines de la récidive ou même à la peine d'amende, par exemple en abandonnant l'enseigne défendue, pour en prendre une autre tout aussi fautive.

§ 4. — *Les conventions relatives à la concurrence.*

237. Conditions de validité. — Il est permis de limiter, par des conventions particulières, le jeu de la libre concurrence. Ces conventions ne seraient cependant pas valables si elles tendaient à des fins illicites ; la loi du 18 juillet 1924 (art. 1^{er}) érige même en infraction le fait de se servir de conventions « ayant pour objet la détermination de prix minima ou maxima de vente », en vue d'opérer ou de maintenir la hausse ou la baisse anormale du prix des denrées ou marchandises ainsi que des papiers et effets publics. Elles ne seraient pas valables non plus si elles priveraient complètement certaines personnes de la possibilité d'exercer une activité commerciale ou d'utiliser leurs aptitudes personnelles.

238. Sanction. — Lorsque ces conventions sont valables, leur violation n'est pas un cas de concurrence déloyale, au sens strict de l'expression, mais elle engage la responsabilité contractuelle de ceux qui manquent à leurs engagements (voy. *supra*, n° 216 ; comp. P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 486 à 491) ; les tribunaux pourront éventuellement ordonner la fermeture de l'établisse-

ment créé au mépris de l'obligation contractée (ROUBIER, *op. cit.*, p. 490 ; RIPERT, n° 440). En revanche, les tiers qui s'associeraient sciemment à la violation de ces engagements, se rendraient coupables de concurrence déloyale (voy. *supra*, n° 229 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 491).

A. — CONVENTIONS RELATIVES A LA CRÉATION DES ENTREPRISES.

239. Objet et modalités. — Elles restreignent la liberté, reconnue à tous en principe, de créer une entreprise économique quelconque. Comme elles dérogent à une règle d'ordre public (*supra*, n° 154), elles sont d'interprétation étroite et ne sont valables que si les restrictions imposées sont limitées et n'équivalent pas à une interdiction totale et absolue.

Elles se rencontrent principalement dans les ventes de fonds de commerce : c'est la « clause de non-rétablissement » imposée au vendeur. Même si elle n'est pas expressément stipulée, elle est de droit, car elle résulte de la garantie de son fait personnel due par le vendeur ; mais il est prudent d'en préciser les modalités (*infra*, n° 260).

Elles se rencontrent aussi dans les contrats de louage de services, qui contiennent souvent des clauses interdisant au préposé de s'engager, après la cessation du contrat, au service d'une entreprise concurrente ou de créer lui-même une telle entreprise. Ces clauses ne sont valables que si elles ne privent pas complètement celui qui les accepte de la possibilité de gagner sa vie en utilisant ses aptitudes et ses connaissances. Les interdictions qu'elles imposent doivent donc être limitées dans l'espace ou dans le temps, et elles ne peuvent porter que sur une activité déterminée (1) : Bruxelles, 30 décembre 1904, *Pas.*, 1905, II, 268 ; 26 janvier 1917, *Pas.*, 1917, II, 222 ; comm. Anvers, 26 mai 1926, *Jur. port Anv.*, 1926, 179 ; app. prud'h. Bruxelles, 11 juillet 1930, *Jur. louage d'ouvrage*, 1931, 83 ; Termonde, 15 novembre 1930, *Pas.*, 1932, III, 84 ; Courtrai, 27 mars 1931, *Jur. com. Fl.*, 1932,

(1) En France, la solution est la même : P. DURAND et A. VITU, *Droit du travail*, t. II, n° 499. Mais la Cour de cassation a précisé qu'en toute hypothèse la clause doit, pour être valable, laisser au salarié la possibilité d'exercer normalement l'activité professionnelle qui lui est propre : cass. soc., 18 octobre 1952, *D. J.*, 1952, 795 ; voy. dans le même sens : note PIC, *D. P.*, 1930, 1, 145.

p. 47 (1). Elles sont prohibées d'une manière absolue dans les contrats d'emploi soumis à la loi du 7 août 1922 (art. 20). En l'absence de clause expresse, le préposé conserve la liberté d'engager ses services où il veut et de créer une entreprise concurrente ; sa responsabilité ne serait engagée que s'il se livrait à des manœuvres déloyales : *Rev. trim. dr. comm.*, 1951, p. 521 ; *ibid.*, 1953, p. 83 ; cf. *Rép. prat. dr. belge*, v^o *Louage de services et contrat d'emploi*, n^{os} 112 et suivants.

L'interdiction de se rétablir ou de créer une entreprise concurrente ne peut être méconnue en recourant à un prête-nom ; la preuve de l'interposition de personnes sera cependant malaisée, sauf si le prête-nom est le conjoint ou un parent proche de celui qui s'est engagé : cf. RIPERT, n^o 439.

**B. — CONVENTIONS RELATIVES A L'EXERCICE
DE CERTAINES ACTIVITÉS COMMERCIALES.**

240. Objet. — Elles restreignent la liberté de l'entreprise de choisir ses fournisseurs ou ses clients, de fixer elle-même ses prix de vente ou l'importance de sa production, de répartir ses débouchés.

241. Conventions relatives aux fournitures. — Il est fréquent qu'une entreprise de vente au détail s'oblige à se fournir chez un fabricant déterminé, qui s'assure ainsi une clientèle (exemple : les contrats « de brasserie », conclus par des cafetiers ; la convention d'exclusivité est généralement la contrepartie de l'octroi par la brasserie de la jouissance d'un local et de certains travaux d'installation dont elle assume la charge). La validité de ces engagements n'est pas contestée, — à moins qu'ils ne tendent à des fins illicites, ce qui est exceptionnel et doit être démontré (note LIMPENS et VAN RYN, *Rev. crit. jur. belge*, 1951, p. 94, n^o 13), et pour autant qu'ils ne soient pas contractés sans limite de temps (voy. note précitée, p. 95, note 2 ; en France, la loi limite leur durée à dix ans au plus : RIPERT, n^o 443). Les tiers qui s'associent sciemment à la violation de ces engagements, lorsqu'ils sont licites, commettent un acte de concurrence déloyale (voy. note précitée et *supra*, n^o 229).

(1) Un arrêt récent paraît même exiger que les effets de la clause soient limités dans l'espace et dans le temps : Bruxelles, 5^e ch., Lefebvre c. Société électromécanique, 5 juillet 1952, inédit.

La situation inverse se présente lorsqu'un distributeur se fait concéder par un fabricant un *monopole exclusif de vente* dans une région déterminée. Ces conventions sont valables : Bruxelles, 5 novembre 1951, *Ing.-Cons.*, 1951, 250 ; mais la responsabilité des tiers qui, tout en en ayant connaissance, se procurent les produits chez d'autres distributeurs, est moins certaine que dans le cas précédent : voy. *supra*, n° 229.

242. Prix imposés. — Certains fabricants imposent à leurs acheteurs l'obligation de ne vendre leurs produits aux consommateurs qu'à un prix minimum ou à un prix fixe imposé. La licéité de ces conventions, destinée à éviter l'avitilissement des prix et des marques, n'est plus contestée aujourd'hui (1), sauf dans les cas exceptionnels où elles seraient faites par un groupe de producteurs en vue de fausser le mouvement normal des prix : cf. FREDERICQ, t. II, n° 192. Le fabricant ne peut toutefois se prévaloir de l'obligation stipulée par lui que s'il a imposé la même charge aux autres acheteurs, concurrents du premier : comm. Bruxelles, 5 mars et 11 juillet 1934, *Jur. com. Brux.*, 1934, 164 et 438.

Ces obligations conventionnelles ne lient pas, comme telles, les sous-acheteurs détaillants. Mais si ces derniers en ont connaissance, ils ne peuvent les méconnaître sans s'exposer à une action en responsabilité quasi délictuelle de la part du fabricant, et à une action en concurrence déloyale de la part de leurs concurrents : voy. *supra*, n° 229.

243. Conventions entre concurrents. — Les entreprises appartenant à une même branche économique concluent parfois entre elles des conventions destinées à éviter les excès de la concurrence. Le caractère licite de ces conventions a été reconnu par l'arrêté royal n° 62 du 13 janvier 1935, qui permet, dans certaines conditions, d'imposer leur extension à toutes les entreprises de la branche considérée : voy. *infra*, t. II.

SECTION V. — LES ÉTABLISSEMENTS COMMERCIAUX.

244. Définition et importance. — *L'établissement commercial*, c'est l'unité technique de production : il comprend tous les éléments nécessaires, sur le plan technique, pour assurer une exploitation déterminée. Logiquement, l'établissement est subordonné à l'entreprise, qui, seule, possède une direction

(1) Voy., sur cette question : J. LIMPENS, *Prijshandhaving buiten contract bij verkoop van merkartikelen*, 1943.

autonome et poursuit un but économique plus lointain (comp., sur ce point : P. DURAND, *Traité du droit du travail*, t. I^{er}, n° 338bis). Mais, dans la pratique, les deux notions n'apparaissent nettement distinctes que lorsqu'une même entreprise possède plusieurs sièges d'exploitation, constituant autant d'établissements séparés. Lorsqu'il n'y a qu'un siège d'exploitation, les éléments qui forment l'établissement coïncident, au moins partiellement, avec ceux de l'entreprise elle-même.

Bien que d'une application parfois délicate (voy. *supra*, n° 34), la distinction entre ces deux notions est cependant indispensable, car certaines institutions — le fonds de commerce et la propriété commerciale sont les plus importantes — sont liées à la notion de l'établissement commercial, et non à celle de l'entreprise.

§ 1^{er}. — *Le fonds de commerce.*

A. — DÉFINITION ET NATURE JURIDIQUE.

245. Théorie classique. — On définit souvent le fonds de commerce « l'ensemble de biens corporels et incorporels, unis par une destination commune : l'exploitation d'un commerce déterminé » (1), — cet ensemble constituant une *universitas*, c'est-à-dire une chose composée d'éléments divers, d'ailleurs fongibles et variables, mais douée d'une existence distincte de celle des éléments eux-mêmes (voy. par exemple : comm. Tournai, 5 juillet 1951, *Rev. de la Banque*, 1951, 652, note 1). Comme il s'agit seulement d'éléments actifs, sans passif correspondant, le fonds de commerce n'a pu être considéré comme une universalité juridique (2), à l'instar du patrimoine, mais seulement comme une universalité de fait : ESCARRA, t. I^{er}, n° 251 ; FREDERICQ, t. II, n° 5.

Cette analyse a fait l'objet récemment de critiques qui paraissent fort pertinentes : voy. notamment RIPERT, n°s 450 à 452 ; J. LIMPENS, *Rev. crit. jur. belge*, 1950, p. 101 et suivantes.

(1) Cf. VAN GINDERACHTER, *De la nature du fonds de commerce*, 2^e éd., n°s 54 et 58.

(2) Voy. cependant, en ce sens : GRÜNZWEIG, *Le fonds de commerce et son passif propre*, 1938, avec préface de M. Philonenko. Cette conception semble avoir été adoptée par la législation fiscale, aujourd'hui abrogée, relative aux ventes de fonds de commerce : voy. *infra*, n° 251 ; cass., 12 mars et 11 juin 1936, *Pas.*, 1936, I, 187 et 288.

246. Nature juridique : droit de clientèle. — Le fonds de commerce doit au contraire être considéré comme une propriété incorporelle comparable à la propriété industrielle (voyez *supra*, n° 187) : c'est un *droit de clientèle* ; plus précisément, c'est le *droit à la clientèle d'un établissement commercial* (1). Cette clientèle est évidemment liée à l'organisation même de l'établissement, qui suppose la coordination d'un ensemble d'éléments corporels et incorporels (2). Elle est, en quelque sorte, le résultat de cette organisation. Elle s'y surajoute et valorise l'ensemble, — les éléments corporels et incorporels dont l'établissement est formé n'étant pris en considération que comme moyens d'attirer ou de conserver une clientèle déterminée, source de richesse pour celui qui les possède : voy., en ce sens : RIPERT, n^{os} 446 et 453 ; LIMPENS, « La notion juridique du fonds de commerce et la subrogation réelle », *Rev. de la Banque*, 1950, p. 342, texte et note 1. Sans doute ce droit de clientèle ne porte-t-il pas sur un objet corporel déterminé, mais sur une richesse potentielle, sur un rendement possible, c'est-à-dire sur une *valeur*, au sens économique du terme ; c'est là une situation de plus en plus fréquente à notre époque : cf. ROUBIER, *op. cit.*, p. 105.

Etre ou devenir propriétaire d'un fonds de commerce, c'est posséder ou acquérir tous les éléments, matériels ou non, propres à retenir la clientèle d'un établissement commercial déterminé. Ces divers éléments sont unis par leur destination commune et, pour cette raison, leur ensemble fait l'objet d'opérations juridiques diverses (vente, location, mise en gage, apport en société). Cette union n'est d'ailleurs qu'un simple fait : chacun des éléments conserve sa nature propre et son régime particulier, et le commerçant peut toujours les séparer ou les disperser (comp. J. LIMPENS, *op. cit.*, p. 326 et suiv.). Mais aussi longtemps qu'ils demeurent unis pour l'exploitation de l'établissement, leur propriétaire est titulaire d'un fonds de commerce, c'est-à-dire d'une propriété incorporelle, ayant pour objet le droit à la clientèle de l'établissement.

Sur les difficultés que peut susciter la propriété en indivision d'un fonds de commerce, voy. Gand, 29 juin 1951, *Pas.*, 1952, II, 70.

247. Précarité du fonds de commerce. — Ce droit est essentiellement précaire : comme c'est généralement le cas pour les propriétés incorporelles, le fonds de commerce ne se conserve que par l'exploitation.

(1) Pour les clientèles civiles, voy. RIPERT, n° 457.

(2) Dans certains cas exceptionnels, l'on voit céder un droit de clientèle sans cession de l'établissement : voy. l'exemple, cité par M. FREDERICQ (t. II, p. 35), de la cession d'une tournée de laitier.

Si elle cesse, la clientèle se perd ; elle peut aussi se perdre par la simple influence de la mode, d'un changement d'habitudes, d'une crise économique ou — plus souvent encore — par la concurrence d'établissements similaires. La seule protection dont jouisse le propriétaire du fonds de commerce est celle qui résulte des actions fondées sur la concurrence illicite (voy. *supra*, n^{os} 212 et suiv.).

248. Nature mobilière et incorporelle du droit. — Le droit au fonds de commerce est un *meuble incorporel* (cf. RIPERT, n^o 456). Il en résulte diverses conséquences : le vendeur du fonds de commerce possède sur le fonds le privilège du vendeur d'effets mobiliers ; si le propriétaire du fonds se marie sous le régime de la communauté légale, le fonds tombe en communauté. D'autre part, l'article 2279 du Code civil est inapplicable, puisqu'il ne concerne que les meubles corporels (cass. fr., civ., 26 janvier 1914, *D. P.*, 1914, 1, 112). En cas de ventes successives du même fonds à deux acquéreurs, l'article 1141 ne serait d'aucun secours : il faudrait donner la préférence à l'acquéreur dont la cession serait antérieure en date.

N'étant pas un meuble corporel, le fonds de commerce ne pourrait, comme tel, faire l'objet d'une saisie-exécution ; mais on ne peut pas davantage y voir une créance, et, partant, la saisie-arrêt est pareillement exclue. Il n'existe donc pas — en dehors du cas spécial du créancier gagiste : voy. *infra*, t. II — de mesure d'exécution susceptible de frapper le fonds de commerce dans son ensemble : civ. Bruxelles, 11 mai 1935, *Pas.*, 1935, III, 136. *Contra* : FREDERICQ, t. II, n^o 8.

249. Chose non consommable. — Le fonds de commerce est une chose *non consommable*, malgré la fongibilité des éléments consommables qui entrent dans la composition du fonds (marchandises, par exemple). Le fonds de commerce fera donc l'objet d'un usufruit et non d'un quasi-usufruit (Code civ., art. 587) ; il peut aussi faire l'objet d'un louage ou d'un prêt à usage.

250. Importance pratique de la notion du fonds de commerce. — L'idée de considérer comme une valeur propre les éléments constitutifs d'un établissement commercial est relativement récente : elle est née au XIX^e siècle et s'est progressivement développée. Le Code de commerce ne fait pas mention du fonds de commerce et il n'en fut pas davantage question au cours des révisions successives des diverses parties de ce Code. Mais les opérations dont les fonds de commerce font l'objet se sont surtout développées depuis que la loi a organisé sa mise en gage et lui a, d'autre part, donné plus de stabilité en consacrant diverses prérogatives au profit des locataires commerçants. Les fonds de commerce,

dont la valeur est souvent très élevée, constituent désormais une forme importante de la richesse mobilière.

251. Législation. — C'est dans la loi fiscale qu'il fut question pour la première fois du fonds de commerce, le législateur ayant soumis les ventes de ces fonds à un enregistrement obligatoire (lois des 25 octobre 1919 et 10 août 1923), d'ailleurs abrogé par l'arrêté royal du 3 juillet 1939 (voy. à cet égard : LIMPENS, *Rev. de la Banque*, 1950, p. 270 à 272) (1).

Pour le surplus, la matière du fonds de commerce n'a fait l'objet que d'une législation tout à fait fragmentaire : la seule loi existant actuellement est celle du 25 octobre 1919, sur la mise en gage du fonds de commerce. Les questions très importantes que soulèvent la vente, la location et la mise en gérance de fonds de commerce ne font donc actuellement l'objet d'aucune réglementation législative (2).

Il faut se référer, pour la solution de toutes les difficultés, aux principes généraux du droit et aux usages du commerce, tels qu'ils sont consacrés par la jurisprudence.

B. — ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU FONDS DE COMMERCE.

252. Variabilité de ces éléments. — Les éléments qui composent le fonds de commerce sont très divers et leur importance relative est très variable. Parfois le facteur essentiel est la valeur personnelle du commerçant lui-même : c'est le cas dans les affaires nouvelles, dont l'essor dépend essentiellement du talent et des qualités de travail, d'intelligence et d'habileté de l'entrepreneur. Il arrive même que lorsque le créateur de l'affaire disparaît, le fonds perde entièrement sa valeur. Parfois, au contraire, le fonds de commerce tire sa valeur de l'exploitation d'un monopole de fait ou de droit (brevet, droit exclusif d'exploitation ou de vente). Dans d'autres cas, sa valeur résulte essentiellement de sa situation, du droit au bail, du local où il est exploité ; d'autres fois, c'est l'existence d'un nom réputé, d'une marque connue, d'un approvisionnement de choix.

253. Éléments susceptibles d'entrer dans la constitution d'un fonds de commerce. — D'une manière générale, le fonds comprend tout ce qui est utile à l'organisation et à l'exploitation fructueuse de l'établissement, ou — mieux encore — tout ce

(1) Désormais, le droit d'enregistrement s'applique aux différents éléments du fonds, selon leur nature : Code des droits d'enregistrement, art. 169.

(2) Le projet de loi du 20 novembre 1946, devenu la loi du 30 avril 1951, organisait à la fois le régime des « baux commerciaux » et celui de la vente et du nantissement du fonds de commerce, mais la première partie seule a été maintenue.

qui est de nature à attirer ou à retenir la clientèle (LIMPENS, *op. cit.*, p. 342).

On distingue traditionnellement les éléments corporels et les éléments incorporels. La loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce, en son article 2, en donne une énumération qui, d'après le texte même de la loi, n'est pas limitative.

Les éléments *incorporels* sont l'enseigne (pour autant qu'elle ne désigne pas l'immeuble plutôt que l'établissement commercial : *Rép. prat. dr. belge*, v^o *Fonds de commerce*, n^o 6), l'organisation commerciale, les marques de fabrique, le droit au bail (sur ce dernier, voy. *infra*, § 2). La loi y ajoute la clientèle, mais celle-ci ne peut être considérée comme un élément constitutif du fonds (voy. ci-dessus, n^o 246; RIPERT, nos 450 et 454), pas plus que l'achalandage, qui n'est en réalité qu'une qualité du fonds : FREDERICQ, t. II, n^o 12. En revanche, on rencontre souvent d'autres éléments incorporels : le nom commercial (1), la raison sociale, les marchés en cours (FREDERICQ, t. II, n^o 20), les contrats de travail et d'assurances, les brevets et licences d'exploitation, les secrets de fabrication, les dessins et modèles, et même les droits de propriété littéraire et artistique, s'il s'agit d'une maison d'édition (ESCARRA, t. I^{er}, n^o 244).

Les éléments *corporels* sont, d'après l'article 2, le mobilier de magasin, l'outillage et les marchandises en stock (à concurrence de cinquante pour cent seulement, si le fonds est constitué en gage). Il convient d'y ajouter les machines, le mobilier industriel ou commercial, les livres de commerce.

Il est rare que tous ces éléments se trouvent réunis dans un fonds de commerce déterminé ; la composition du fonds varie essentiellement suivant la nature et l'importance de l'exploitation : dans un établissement industriel, ce sont les brevets, l'outillage, les machines et les matières premières qui sont les éléments essentiels ; le bureau d'un courtier maritime ne comporte ni marchandises, ni matériel ; dans un magasin de détail, c'est au contraire le droit au bail qui est l'élément important.

254. Éléments considérés comme essentiels. — Rien n'empêche d'ajouter ou de retrancher certains éléments du fonds, en cas de vente. Toutefois, si les éléments exclus ne permettent pas de poursuivre l'exploitation, il n'y a pas cession du fonds, mais de certains biens déterminés. Il faut, en d'autres termes, que l'opération englobe tout au moins les éléments essentiels du fonds. La détermination de ces éléments n'est pas toujours facile ; elle est souverainement faite par les juges du fond : cass. fr., civ., 10 juillet 1953, *D. J.*, 1953, p. 598.

(1) Le titre d'un journal est un nom commercial ; il fait partie du fonds de commerce qui a pour objet la publication du journal qu'il désigne ; la question est cependant controversée : voy. *Rev. trim. dr. comm.*, 1952, p. 829.

La jurisprudence marque une tendance très nette à considérer que les éléments *corporels* présentent, par rapport aux éléments incorporels, un caractère *accessoire*. Elle tend à donner la prépondérance à certains éléments incorporels, comme le nom commercial ou le droit au bail (1). Elle en déduit que le nantissement ou la vente d'un fonds de commerce ne peuvent pas être conventionnellement limités au matériel d'exploitation.

Mais il ne faut pas en conclure que le fonds de commerce puisse se réduire à l'un ou l'autre élément incorporel, ce qui conduirait — erronément, à notre avis — à considérer, par exemple, que la cession d'un bail implique *nécessairement* cession du fonds de commerce.

Le fonds de commerce ne s'identifie jamais à l'un ou l'autre de ses éléments constitutifs, puisqu'il consiste en une chose incorporelle : un droit de clientèle (voy. *supra*, n° 246). L'élément essentiel, dès lors, sera celui qui, dans chaque cas particulier, est déterminant pour l'acquisition ou la conservation de la clientèle : RIPERT, n° 462. Ce sera le local occupé, le nom commercial, un brevet — selon les cas. La cession du droit au bail *peut* donc, suivant les circonstances (quand il s'agit d'une clientèle de quartier, par exemple), s'analyser en une cession de fonds de commerce, mais sans que cette analyse s'impose nécessairement.

255. Éléments traditionnellement exclus. — Ce sont, en premier lieu, les *créances* et les *dettes*, les *espèces* en caisse et les *effets* en portefeuille.

Les opérations juridiques portant sur le fonds de commerce n'englobent ces éléments que si une clause expresse le prévoit; car ils ne constituent pas des éléments de production, indispensables à la continuation de l'exploitation, mais sont au contraire le produit de l'exploitation antérieure du fonds. En cas de vente, notamment, il n'y a aucun intérêt pour les parties, sauf circonstances spéciales, à englober les créances et les dettes dans la cession : le prix de la cession sera, en effet, augmenté ou diminué d'autant : comm. Gand, 2 avril 1950, *J. T.*, 1950, 708.

On enseigne aussi généralement que les *immeubles* ne peuvent être compris dans le fonds, même si les parties en expriment la volonté, sous prétexte que les immeubles échappent traditionnellement à l'application du droit commercial (RIPERT, n° 293),

(1) En revanche, la Cour de cassation a décidé que le bail de la maison dans laquelle le commerce est exploité est un « élément accessoire du fonds de commerce » : arrêt du 5 avril 1951, *Pas.*, 1951, I, 520. Cette appréciation, destinée à justifier le caractère commercial du bail, paraît peu compatible avec la notion même du fonds de commerce.

que la loi n'admet pas qu'un immeuble puisse être « mobilisé » par destination, et enfin que « la tradition veut que l'immeuble soit régi par un statut spécial, formaliste et compliqué » (ESCARRA, t. I^{er}, n^o 232).

Ces raisons paraissent peu convaincantes (voy. dans notre sens : *Rép. prat. dr. belge*, v^o *Fonds de commerce*, n^o 9 ; VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, n^o 68 ; DE PAGE, t. IV, n^o 310 ; FREDERICQ, t. II, n^{os} 6 et 22). Il n'est point question, en effet, de transformer un immeuble en une chose mobilière, mais de reconnaître qu'un immeuble, lorsqu'il est spécialement agencé en vue d'une destination commerciale ou industrielle (hôtel, usine, etc.), doit prendre place parmi les éléments qui composent le fonds de commerce, puisque, sans lui, l'exploitation de l'établissement deviendrait impossible. Pour le surplus, l'immeuble restera régi, notamment en cas de cession, par le droit civil. La jurisprudence tend à s'écarter de l'opinion traditionnelle : Bruxelles, 12 mai 1950, *Jur. com. Brux.*, 1950, 271 ; civ. Anvers, 24 décembre 1936, *B. J.*, 1938, 154 ; civ. Bruxelles, 25 avril 1939, *B. J.*, 1940, 49, et note J. VAN EYLL ; cf. note à la *Pas.*, 1940, I, 269 (1).

En cas de mise en gage du fonds, cependant, l'immeuble ne pourrait être compris parmi les éléments grevés du privilège : la loi du 25 octobre 1919 n'a apporté, en effet, aucune dérogation au régime organique des hypothèques et des privilèges immobiliers. Cette loi ne peut donc s'appliquer qu'aux éléments mobiliers du fonds. La solution est importante en pratique, lorsque le fonds de commerce est installé dans un immeuble dont l'exploitant est propriétaire et que, par conséquent, l'outillage et le matériel sont devenus immeubles par destination : comme tels, ils seront exclus du privilège.

Cette conséquence, généralement admise en France (voy. notamment cass. fr., civ., 27 juin 1944, *D.*, *Rec. crit. jur.*, 1944, 93), est au contraire contestée par la doctrine belge : voy. l'étude de M. LIMPENS, « Des droits respectifs du créancier hypothécaire et du créancier-gagiste sur fonds de commerce », *Rev. prat. not.*, 1952, p. 289, et 1953, p. 210 ; pour les détails, voy. t. II.

En revanche, si le propriétaire vend le fonds, l'immobilisation par destination cesse ; il peut donc englober dans la vente l'outillage et le matériel : cass. fr., civ., 27 juin 1882, *D. P.*, 1883, 1, 169.

(1) Les arrêts de la Cour de cassation, cités par M. LIMPENS (*op. cit.*, p. 327, note 3), des 24 octobre 1940 (*Pas.*, 1940, I, 269) et 27 février 1941 (*Pas.*, 1941, I, 59) ne concernent que l'interprétation des dispositions de la loi fiscale, aujourd'hui abrogée, du 25 octobre 1919 : voy. la note 1, *Pas.*, 1940, I, 269.

C. — OPÉRATIONS PORTANT SUR LE FONDS DE COMMERCE.

256. Critique du régime actuel. — Une seule opération est organisée par la loi : la *mise en gage* du fonds : loi du 25 octobre 1919. Les autres demeurent régies par les principes généraux. Mais l'application de ces derniers conduit à des solutions importantes, qu'il importe d'étudier. Elle ne permet d'ailleurs pas de résoudre toutes les difficultés. Les fonds de commerce, dont la valeur est souvent très élevée, devraient, comme les immeubles, être soumis à un régime de publicité, en cas de cession.

1° La vente du fonds de commerce.

257. Caractère consensuel. — La vente du fonds de commerce n'est assujettie à aucune formalité particulière. Sa preuve peut se faire par tous moyens de droit, comme c'est la règle en matière commerciale (voy. t. II).

258. Eléments englobés dans la cession. — Elle doit porter sur les éléments « essentiels » du fonds (voy. à ce sujet, *supra*, n° 254). Elle comprend en outre, sauf stipulation contraire, toutes les choses qui, se rattachant au commerce du cédant, contribuent à sa prospérité et à son exploitation. Certains de ces éléments peuvent être exclus par l'accord exprès des parties, à condition que les autres choses cédées mettent le cessionnaire en mesure d'exploiter le fonds : voy. note G. LAGARDE, sous Rennes, 4 janvier 1951, *Sirey*, 1952, 2, 145.

La jouissance des lieux où le commerce s'exerce est considérée comme essentielle dans de nombreux cas, sans que les parties aient à s'expliquer expressément sur ce point. Il ne faut cependant pas présumer d'une manière tout à fait générale qu'il en est ainsi : cf. Gand, 11 novembre 1928, *Jur. com. Fl.*, 1929, p. 58. Si le cédant jouissait d'un bail, le droit au bail doit, en principe, être cédé à l'acquéreur du fonds. Si le cédant est propriétaire de l'immeuble où le commerce est exploité, la convention doit prévoir soit le transfert de la propriété de l'immeuble, soit l'octroi d'un bail au cessionnaire, et les clauses essentielles du bail doivent être précisées lors de la cession, sans quoi l'accord des parties serait incomplet et la cession non avenue : *Rép. prat. dr. belge*, v° *Fonds de commerce*, n° 41.

Les marchandises sont normalement comprises dans la cession. Elles sont toutefois souvent vendues à part, pour un prix séparé, fixé au moment de leur délivrance effective et d'après les cours du jour.

L'enseigne est également comprise dans la cession, sauf clause contraire. Il en est de même du *nom commercial*. Le cessionnaire pourra (sauf convention contraire : RIPERT, n° 467) faire usage du nom commercial de son prédécesseur en se qualifiant « successeur ». Il lui est défendu de faire croire que l'exploitant est le même qu'auparavant : comm. Bruxelles,

5 janvier 1910, *Pas.*, 1910, III, 337. Le droit du cessionnaire de se servir du nom du cédant a une durée limitée (*contra* : FREDERICQ, t. II, n° 27) : il ne peut être exercé que pendant la période requise pour permettre au cessionnaire l'acquisition de la clientèle. La durée de cette période, en l'absence de clause expresse, est laissée à l'appréciation des tribunaux. Le droit du cessionnaire est opposable même au cédant : celui-ci ne peut plus se servir de son nom patronymique, devenu le nom commercial de son établissement, pour désigner une maison rivale qu'il viendrait à fonder ultérieurement : *comm. Verviers*, 20 février 1931, *Pas.*, 1931, III, 181.

Les *marques de fabrique* sont également englobées dans la cession, sauf clause contraire. Il en est de même des *récompenses et médailles*, tout au moins si elles ont été accordées à l'établissement lui-même ou à ses produits (médaille d'exposition et de concours) et non à titre personnel au cédant (exemple : « Membre du Jury »). Les *livres de commerce* font aussi partie du fonds cédé.

Sont encore compris dans la cession les *contrats synallagmatiques* conclus pour l'exploitation, — sous réserve de l'accomplissement des formalités nécessaires pour que la transmission de ces contrats soit opposable aux tiers : voy. ci-après, n° 259. La cession ne comprend les autres créances et les autres dettes que moyennant une clause expresse et à condition d'observer les formalités nécessaires à l'égard des tiers : voy. *supra*, n° 255, et *infra*, n° 259 ; comp. FREDERICQ, t. II, n° 30.

259. Obligations du vendeur. — *Le transfert de la propriété* se réalise entre les parties par l'échange des consentements ; dès ce moment, les risques passent à l'acheteur. A l'égard des tiers, aucun des systèmes établis par le droit commun n'est globalement applicable, dans l'état actuel de la législation, au fonds de commerce. Ce dernier, en effet, n'est pas un meuble corporel auquel pourrait s'appliquer l'article 2279 du Code civil, ni une créance, dont la cession pourrait être signifiée comme le prévoit l'article 1690 du Code civil, ni un immeuble, dont la cession pourrait être rendue opposable aux tiers.

Mais pour être opposable aux tiers, la cession doit être « déclarée au registre du commerce » (art. 5bis de la loi du 30 mai 1924 modifiée par la loi du 9 mars 1929 ; sur la sanction de cette prescription, voy. *supra*, nos 166 et 167).

Il faut en outre se conformer, pour chaque élément constitutif du fonds, aux formalités requises par la nature de cet élément : mise en possession pour les marchandises et l'outillage ; signification au débiteur cédé pour les créances (*cass. fr.*, 21 juin 1950, *Rev. trim. dr. comm.*, 1951, p. 45) ; novation pour les dettes (elle pourra se déduire de l'attitude du créancier : FREDERICQ, t. II, n° 31) ; prescription des articles 19 et 21 de l'arrêté royal du

24 mai 1854 pour les brevets ; article 7 de la loi du 1^{er} avril 1879 pour les marques.

L'obligation de *délivrance* n'appelle aucune observation particulière ; elle s'exécute en mettant à la disposition de l'acheteur les éléments constitutifs du fonds.

Le vendeur est tenu à la *garantie des vices cachés*, soit du fonds, soit de certains de ses éléments. Cette garantie jouerait, par exemple, en cas de dissimulation des condamnations encourues par le cédant pour vente frauduleuse.

La *garantie d'éviction* pourrait être invoquée, si le cessionnaire était privé, par la revendication d'un tiers, de l'un des éléments du fonds : droit au bail, brevets. Le cessionnaire pourrait éventuellement postuler la résolution de la vente, si l'élément dont il est évincé était essentiel : voy. pour le cas où le cessionnaire est privé du droit d'occuper les lieux : *Rép. prat. dr. belge*, v^o *Fonds de commerce*, n^{os} 66 à 68 ; cass. fr., civ., sect. comm., 17 juin 1952, *D. J.*, 1952, 616.

Quant à la *garantie du fait personnel*, voy. le numéro suivant.

260. L'interdiction de se rétablir. — La garantie du fait personnel prend ici une grande importance, en raison de la nature même du fonds de commerce : droit de clientèle, il pourrait être anéanti par la création d'un autre établissement s'adressant aux mêmes clients. Le cédant s'oblige donc nécessairement, par le fait de la cession, à ne rien faire pour priver le cessionnaire du bénéfice de la cession du fonds. Pratiquement, cela signifie que le cédant ne peut créer ou acquérir un fonds analogue, dans le voisinage du fonds cédé.

C'est l'application du droit commun : le vendeur doit s'abstenir de tout acte susceptible d'empêcher l'acquéreur de retirer de la chose vendue les profits qu'il en attend. Cette obligation doit cependant être conciliée avec le principe, d'ordre public, de la liberté du commerce.

Le « rétablissement » du cédant est sans aucun doute interdit lorsqu'il a lieu dans des conditions telles que le cédant fera inévitablement la concurrence au cessionnaire et attirera à lui la clientèle du fonds cédé : comm. Bruxelles, 3 juillet 1952, *Jur. com. Brux.*, 1952, 318 ; par exemple, s'il crée un nouveau fonds dans le même rayon de clientèle et avec le même objet, soit pour le tout, soit en partie. L'étendue du rayon de la clientèle dépend d'ailleurs des circonstances : ce peut être le même quartier, la même ville, ou la même région. La durée de l'interdiction est également variable : elle subsiste jusqu'à ce que la clientèle soit fixée : comm. Anvers, 17 mars

1950, *R. W.*, 1950-1951, col. 1662; Gand, 4 janvier 1950, *Rev. crit. jur. belge*, 1950, 273, et note M. GEVERS. La liberté de la concurrence subsiste en dehors du rayon de la clientèle; elle reprend entièrement lorsque la clientèle peut être considérée comme fixée.

L'interdiction s'étend à l'exercice d'un commerce analogue par un prête-nom ou au moyen d'une association, ou d'une participation au commerce du conjoint. Même en dehors du rayon où l'interdiction s'applique, le cédant ne peut, à titre de réclame, rappeler qu'il a lui-même exploité le fonds cédé. En revanche, le cédant peut donner en location à un tiers un immeuble dans lequel le locataire exercera un commerce analogue à celui du fonds cédé, à condition que le bailleur ne prête aucun concours actif à l'entreprise.

La garantie du fait personnel est souvent réglée par des clauses expresses d'« interdiction de se rétablir » : voy. *supra*, n° 239.

261. Situation des ayants cause du cessionnaire et du cédant. — En cas de revente du fonds par le cessionnaire, le sous-acquéreur peut-il se prévaloir de la garantie contre le premier cédant? On l'admet en général : la garantie de non-concurrence existe dans l'intérêt du fonds et la revente par le cessionnaire comprend, sauf convention contraire, tous les droits et avantages attachés au fonds : *Rép. prat. dr. belge*, v° *Concurrence illicite*, n° 99; *ibid.*, v° *Fonds de commerce*, n° 84; Rouen, 15 novembre 1938, *D. H.*, 1939, 141.

L'obligation de non-concurrence passe aux héritiers du cédant, si, au moment du décès de celui-ci, elle n'avait pas déjà pris fin : *Rép. prat. dr. belge*, v° *Fonds de commerce*, n° 85; Gand, 4 janvier 1950, précité; elle constitue une obligation de la communauté et lie donc éventuellement le conjoint du débiteur : FREDERICQ, t. II, n° 37.

262. Sanction. — La sanction de la garantie du fait personnel est, suivant les cas, la résolution ou l'octroi de dommages-intérêts. Le cessionnaire pourrait également, à titre de réparation en nature, faire ordonner la fermeture de l'établissement concurrent.

263. Obligations de l'acheteur. — Son obligation essentielle est de payer le prix.

Lorsque le prix est payable à terme, ses obligations sont plus étendues. Il ne peut, en effet, sous peine d'être déchu du bénéfice du terme (Code civ., art. 1188), « diminuer » les sûretés du vendeur et, en particulier, le privilège de ce dernier. Il doit donc maintenir intacte l'unité du fonds et, dans ce but, continuer son exploitation.

264. Garanties du vendeur. — Le cédant d'un fonds de commerce jouit des garanties ordinaires du vendeur, y compris le privilège institué par l'article 20, 5°, de la loi du 16 décembre 1851. Ce privilège frappera même les éléments nouveaux incorporés au fonds. En cas de revente du fonds, la question de savoir si le vendeur conserve son privilège est

discutée : la solution affirmative se fonde sur l'inapplicabilité de l'article 2279, le privilège étant considéré par certains comme un droit réel qui suit le fonds grevé (*Rép. prat. dr. belge*, v° *Fonds de commerce*, n° 99 ; *contra* : FREDERICQ, t. II, n° 35).

Il a été parfois admis que le défaut de prise de possession par le cessionnaire à la date convenue, entraîne la résolution de plein droit du contrat au profit du cédant, conformément à l'article 1657 du Code civil (comm. Liège, 16 juin 1951, *Pas.*, 1951, III, 6), mais cette thèse paraît fort contestable, le fonds de commerce ne pouvant être considéré comme une « denrée ou marchandise » : cf. FREDERICQ, t. II, n° 34.

2° La location du fonds de commerce.

265. Notion générale. — C'est la convention par laquelle le preneur prend à bail, pour une durée généralement déterminée, un fonds de commerce dont le bailleur resté propriétaire.

Le locataire acquiert le droit de percevoir et de conserver les produits du fonds, à charge de payer au propriétaire un loyer, soit fixe, soit proportionnel au chiffre d'affaires ou aux bénéfices annuels.

Ce contrat est régi par les règles générales des baux mobiliers : les pertes dans la jouissance sont pour le preneur ; ce dernier est obligé de jouir en bon père de famille (il ne peut détourner la clientèle vers un autre fonds de commerce : comm. Liège, 19 janvier 1952, *Jur. Liège*, 1951-1952, 180), et de restituer le fonds dans les conditions prévues par la loi. Le bailleur doit garantir la paisible jouissance du preneur, suivant le droit commun. Il lui est notamment interdit de faire concurrence à son locataire : Colmar, 11 mai 1926, *Gaz. Pal.*, 1926, 2, 303.

3° Contrat de « gérance ».

266. Modalités. — On englobe sous cette expression deux variétés de conventions :

a) Un mandat, donné à un préposé, de gérer le fonds de commerce pour le compte du mandant, à charge de rendre compte et moyennant une rétribution fixe ou proportionnelle. Cette convention est soumise aux règles du mandat : les pertes sont pour le propriétaire, tout au moins dans ses relations avec le mandant ; le propriétaire conserve le droit de créer un fonds similaire.

b) La convention conférant au « gérant » le droit de gérer sous son nom le fonds de commerce et de conserver les produits du fonds, le tout à charge de remettre au propriétaire une redevance ou une part des bénéfices, le gérant étant responsable vis-à-vis des tiers.

Cette convention se confond, en pratique, avec un louage. Généralement, elle prévoit la constitution par le gérant, mandataire ou locataire, d'un cautionnement (1).

4° *La mise en gage du fonds de commerce.*

267. Renvoi. — Les règles applicables à la mise en gage du fonds de commerce seront étudiées en même temps que les autres sûretés commerciales (voy. t. II).

§ 2. — *La propriété commerciale.*

A. — RÈGLES GÉNÉRALES.

268. Origine et définition. — Les établissements commerciaux sont souvent créés ou exploités dans un immeuble dont un tiers a la propriété. Cette situation a suscité un conflit d'intérêts entre, d'une part, les propriétaires d'immeubles — portés à mettre fin au bail dès qu'ils croient y avoir avantage, soit pour l'utiliser eux-mêmes, soit pour le louer à des conditions plus profitables — et, d'autre part, les exploitants d'établissements commerciaux — soucieux d'assurer la stabilité et la permanence de l'exploitation, seul moyen d'amortir leurs frais généraux et de faire fructifier les capitaux investis par eux. Le droit au bail est, nous l'avons vu, un des éléments importants du fonds de commerce. Il paraissait choquant que ce droit, et, par voie de conséquence, le fonds de commerce lui-même, demeurât sous la dépendance absolue du propriétaire de l'immeuble.

Les réclamations des locataires commerçants ont fini par provoquer l'intervention du législateur. Après une première tentative, fort timide et peu efficace (loi du 30 mai 1931), la loi du 30 avril 1951 s'est efforcée de résoudre le conflit en imposant des restrictions très importantes au droit de propriété lorsqu'il porte sur

(1) Voy. M. ROBINAULT, *La location-gérance du fonds de commerce*, Paris, 1953.

un immeuble affecté à l'exercice d'un commerce de détail ou à l'activité d'un artisan directement en contact avec le public. Les avantages qui en résultent pour les exploitants installés dans l'immeuble constituent ce que l'on appelle, improprement d'ailleurs, la propriété commerciale.

269. Nature juridique. — L'expression « propriété commerciale » tend à faire croire que deux droits absolus existent désormais parallèlement sur un seul et même immeuble. Il n'en est rien : les prérogatives reconnues par la loi consistent toutes en des droits personnels à l'égard du bailleur — sauf le droit de préférence institué par l'article 21 en cas d'offre d'un tiers (voyez *infra*, n° 273). Le droit de propriété subsiste, mais il ne peut plus être exercé arbitrairement que dans des cas très limités. Dans les autres, son exercice est soit paralysé ou étroitement circonscrit, soit subordonné au paiement de diverses indemnités.

Le locataire protégé par la loi ne peut donc pas opposer au propriétaire un véritable *droit d'occupation*, valable *erga omnes*, et qui lui permettrait de s'incruster indéfiniment dans les lieux loués (1). Au contraire, le propriétaire peut toujours, à la fin du bail, contraindre le locataire à quitter les lieux ; mais les indemnités qu'il devra lui verser en ce cas seront parfois si onéreuses qu'il préférera sans doute consentir au renouvellement du bail dans les conditions prescrites par la loi. Le législateur a certainement compté sur ce moyen indirect pour assurer la stabilité des établissements commerciaux. Encore cette stabilité ne leur est-elle garantie, par ce procédé détourné, que pour un temps limité : après vingt-sept années (voy. *infra*, n° 273), le propriétaire peut en tout cas reprendre librement, et sans indemnité, la disposition de son bien.

Le droit de propriété commerciale n'est donc, comme en France (RIPERT, n° 373), que le droit d'être indemnisé en cas de défaut de renouvellement du bail. Ce droit, joint aux autres avantages reconnus par la loi au locataire, n'en constitue pas moins une consolidation appréciable des fonds de commerce, dont la valeur se trouve ainsi accrue.

270. Régime mixte des baux commerciaux. — Les dis-

(1) Sur les inconvénients graves que présenterait le « bail perpétuel », voyez DE PAGE, *Compl.*, vol. III, p. 144 et 145.

positions de la loi du 30 avril 1951 ont été insérées dans le Code civil, au titre du contrat de location, mais sous la rubrique « Des règles particulières aux baux commerciaux ». Cette antinomie souligne le caractère mixte de la nouvelle réglementation. Les obligations nées du bail d'une maison de commerce ont indiscutablement un caractère commercial dans le chef du locataire commerçant. En revanche, elles auront le plus souvent un caractère civil dans le chef du bailleur. Le régime des obligations du locataire — notamment les règles de la preuve — sera déterminé par le droit commercial; toutefois, une disposition particulière de la loi (art. 29) attribue uniformément compétence au juge de paix pour toutes les contestations relatives à un bail dit « commercial » (voy. DE PAGE, *loc. cit.*, n° 795).

Les nombreuses questions que suscite l'examen de cette loi ont fait l'objet de multiples études spéciales (1), ainsi que d'un examen doctrinal très approfondi par M. De Page (2). Nous nous bornerons ici à un exposé succinct, en renvoyant le lecteur, pour l'analyse détaillée de cette législation complexe, aux ouvrages précités. Nous laisserons de côté, notamment, les dispositions transitoires (3) et celles dont l'objet est d'assurer la coordination entre la loi du 30 avril 1951 et la dernière législation relative à la prorogation temporaire des baux à loyer.

271. Définition du bail commercial et champ d'application de la loi. — Les baux soumis au régime spécial des baux commerciaux sont ceux qui ont pour objet des immeubles ou des parties d'immeubles qui, soit de manière expresse ou tacite dès l'entrée en jouissance, soit de l'accord exprès des parties en cours du bail, sont affectés principalement à l'exercice d'un commerce de détail ou à l'activité d'un artisan directement

(1) LA HAYE et VANKERCKHOVE, *Le statut des baux commerciaux*; W. PATERNOSTRE, *Baux commerciaux et protection du fonds de commerce*; REYNENS et VAN REEPINGHEN, *Précis de propriété commerciale*; TSCHOFFEN et DUBRU, *Les baux commerciaux*.

(2) *Complément*, vol. III, nos 778 à 795.

(3) La loi est applicable aux baux en cours (art. 33); mais ils viendront néanmoins à échéance « à leur terme contractuel » (sur le sens de cette expression, voy. cass., 6 février 1953, *Pas.*, 1953, I, 431), sans que le temps restant à courir soit jamais inférieur à dix-huit mois à dater de l'entrée en vigueur de la loi. Elle s'applique aussi aux baux légalement prorogés, aux baux à durée indéterminée ainsi qu'aux baux ayant fait l'objet d'une reconduction tacite. Mais le bailleur peut, dans les trois mois de l'entrée en vigueur de la loi, mettre fin à ces baux, moyennant congé de six mois, en vue d'occuper lui-même les lieux ou de les faire occuper dans les conditions prévues aux articles 16, I, 1^o, et 17 (voy. *infra*, n° 292); le locataire n'a droit à aucune indemnité, sauf dans le cas, prévu par l'article 25, 2^o, où le nouvel occupant exercerait un commerce similaire : cass., 15 janvier 1953, *Pas.*, 1953, I, 327.

en contact avec le public (art. 1^{er}). Le bail commercial s'étend aux locaux destinés à l'habitation qui font partie de l'ensemble contenant l'établissement commercial (si le bailleur est le même) ainsi qu'aux locaux accessoires nécessaires à l'exercice du commerce (voy., pour les détails, l'article 4 de la loi).

Le trait le plus remarquable est la limitation du régime spécial au commerce de détail et aux artisans directement en contact avec le public (1). Nous y retrouvons la manifestation de deux tendances générales relevées précédemment : la spécialisation croissante du droit commercial et l'assimilation progressive des artisans aux petites entreprises commerciales (voy. *supra*, nos 28 et 68). La loi ne régit que les établissements commerciaux qui ont une clientèle de consommateurs, — sans d'ailleurs que l'existence d'un magasin soit indispensable, — c'est-à-dire une clientèle qui normalement s'attache au local dans lequel l'établissement est installé.

L'article 2 — qu'il a fallu modifier et compléter par la loi du 22 décembre 1951 — exclut du domaine d'application de la loi les baux qui, en raison de leur caractère particulier, de la personnalité du bailleur ou de la valeur modique de l'immeuble, ne peuvent s'accommoder du régime de la durée et du renouvellement obligatoires.

272. Caractère impératif de la loi. — On a longuement discuté, au cours des travaux préparatoires, le caractère des dispositions nouvelles : étaient-elles d'ordre public, impératives, ou simplement supplétives ? Fallait-il leur attribuer à toutes un caractère identique ? M. DE PAGE a su clarifier parfaitement ce débat confus, et nous ne pouvons que résumer ici les conclusions judicieuses de son exposé très complet (*op. cit.*, n° 782).

1° La loi nouvelle n'est *pas d'ordre public*. Elle ne concerne, en effet, que des intérêts privés. La nullité des conventions contraires aux dispositions nouvelles, lorsqu'elle est encourue (voy. *infra*, sub 2°), ne peut donc être soulevée d'office ; elle peut faire l'objet d'une confirmation expresse ou tacite (celle-ci résultera, notamment, de l'exécution que les parties auront elles-

(1) Ni le commerce de détail ni l'artisan n'ont été définis par la loi ; on en conclut que le juge statuera souverainement en fait à cet égard (en ce sens : DE PAGE, p. 156). C'est exact, mais sous cette importante réserve qu'il appartiendra à la Cour de cassation de vérifier si le juge du fond a donné à ces deux expressions leur sens normal, compte tenu des circonstances de fait dont la constatation et l'interprétation relèvent de son appréciation souveraine.

mêmes donnée à la clause, tout en ayant connaissance de la nullité qui l'entachait). Les contestations auxquelles la loi donnerait lieu pourraient valablement faire l'objet d'un arbitrage ou d'une clause compromissoire insérée dans le bail : DE PAGE, *op. cit.*, n° 795.

2° Mais les dispositions de la loi du 30 avril 1951 sont, en principe, *impératives*. Les parties ne peuvent y déroger que lorsque cette faculté leur est expressément ou implicitement reconnue : cass., 23 avril 1953, *J. T.*, 1953, 322. L'autorisation implicite de déroger à la loi sera admise dans des cas relativement nombreux, car la loi n'est impérative que dans la mesure où elle tend à protéger l'une des parties contre l'autre. Les conventions qui vont au delà de la protection légale sont évidemment licites (voy., pour les détails, DE PAGE, *op. cit.*, p. 173 et 174). En revanche, l'autorisation expresse de déroger à la loi est souvent subordonnée à l'observation de certaines conditions de forme (art. 3, al. 4, et art. 13), ou au fait que la dérogation convenue ne soit consentie *qu'après* l'ouverture du droit qui en fait l'objet (art. 25), — le tout en vue d'éviter les conventions imposées par le bailleur au preneur (DE PAGE, *op. cit.*, p. 174).

La loi n'étant pas d'ordre public, les conventions contraires à ses dispositions impératives sont frappées d'une nullité relative, que la partie protégée, seule, peut invoquer, qui se prescrit par dix ans et qui peut être confirmée (voy. ci-dessus, *sub* 1°).

273. Résumé de l'économie de la loi. — Les baux commerciaux se différencient des baux à loyer ordinaires par les droits spéciaux que la loi consacre au profit du locataire. Pour le surplus, ils demeurent régis par le droit commun du louage de choses et par les dispositions que le Code civil consacre aux baux à loyer en général : DE PAGE, *op. cit.*, n° 778.

Les droits spéciaux reconnus au locataire, en cas de bail commercial, peuvent être résumés comme suit :

1° La durée du bail est obligatoirement de neuf années au moins (art. 3) ; compte tenu de cette longue durée, le loyer peut faire l'objet, tous les trois ans, d'une révision dont la loi règle les modalités (art. 6).

2° Le locataire a le droit d'effectuer, dans les conditions prévues par la loi, les travaux de transformation utiles à son entreprise (art. 7 à 9).

3° Il peut, nonobstant toute convention contraire, céder le bail ou sous-louer l'immeuble, lorsque cette cession ou cette location ont lieu en même temps que la cession ou la location du fonds de commerce (art. 10 et suiv.).

4° La loi reconnaît au preneur le droit à deux renouvellements successifs, chacun pour neuf années, du bail originaire, sauf le droit de reprise du propriétaire, — droit de reprise qui, dans de nombreux cas, ne peut s'exercer que moyennant le paiement d'indemnités plus ou moins élevées (art. 13 à 28).

5° En cas de vente de l'immeuble, le droit du preneur est renforcé à l'égard de l'acquéreur (art. 12).

B. — DURÉE DES BAUX COMMERCIAUX.

274. Terme de neuf années. — La règle fixant la durée minimum du bail commercial à neuf années est essentielle pour la stabilité que la loi a voulu assurer aux établissements commerciaux ; elle est donc impérative, mais rien n'empêche évidemment de donner au bail une durée plus longue : voy. *supra*, n° 272. Elle s'applique, dans les conditions indiquées par l'article 4, aux locaux d'habitation et aux locaux accessoires de l'établissement commercial.

Si le preneur est laissé dans les lieux, après l'expiration du bail, les règles de la tacite reconduction s'appliqueront, mais le délai de congé du bail « tacite » est fixé uniformément à dix-huit mois (art. 14, al. 2).

275. Exceptions et dérogations. — La loi elle-même prévoit cependant que l'occupation du locataire ne se prolongera pas toujours pendant neuf ans :

a) Si les parties sont d'accord, elles peuvent mettre fin au bail à tout moment, mais cet accord doit être constaté par un acte authentique ou par une déclaration devant le juge de paix (art. 3, al. 4) ; la sanction de l'inobservation de ces formes serait la nullité de l'accord, mais la nullité relative seulement : DE PAGE, *op. cit.*, p. 177.

b) Le preneur a toujours le droit, en vertu de la loi elle-même (art. 3, al. 3), de mettre fin au bail à l'expiration de chaque période de trois ans, moyennant un congé de six mois, par exploit d'huissier ou lettre recommandée.

c) Le bailleur n'a ce droit que s'il se l'est expressément réservé dans le bail, et il ne peut l'exercer, en donnant un préavis d'un an, que pour exploiter lui-même dans l'immeuble un établissement commercial, ou pour permettre cette exploitation, soit à l'un de ses proches, soit à une société de personnes dans laquelle ces proches ont la majorité (art. 3, al. 5).

Si le commerce exercé est le même que celui de l'ancien locataire, celui-ci a droit à une indemnité d'éviction égale à deux années de loyer (art. 26 et 25, 2^o).

D'autre part, le bail pourrait être résolu en justice à la demande du bailleur, en cas d'inexécution de ses obligations par le preneur, ou déclaré résilié en cas de force majeure : c'est l'application du droit commun (Code civ., art. 1722 et 1741 ; cf. DE PAGE, *op. cit.*, p. 179).

C. — REVISION DU LOYER (art. 6).

276. Modalités. — La durée relativement longue du bail commercial rendait nécessaire la faculté, pour chacune des parties, de faire modifier périodiquement le loyer en fonction des variations de la valeur locative des immeubles. La réadaptation du loyer peut être sollicitée, dans les trois mois qui précèdent la fin de chaque période de trois ans, si la valeur locative normale de l'immeuble est supérieure ou inférieure d'au moins 15 p. c. au loyer convenu ; elle sera décidée par le juge, qui statuera en équité, sans avoir égard aux variations de valeur dues à l'activité du locataire, mais en tenant compte de toutes les autres « circonstances nouvelles » : dépréciation de la monnaie, plus-value générale des immeubles dans le même quartier, etc. C'est le loyer fixé dans le contrat qui sera, selon les cas, augmenté ou diminué d'une quotité correspondant à la variation de la valeur locative normale de l'immeuble : DE PAGE, *op. cit.*, p. 181.

La question de savoir si l'article 6 est impératif ou supplétif est délicate et controversée (voy. DE PAGE, *op. cit.*, p. 182 et 183 ; dans le sens de la validité des clauses d'échelle mobile, pour autant qu'elles n'empêchent pas la revision triennale prévue par la loi, voy. *J. T.*, 1953, p. 288, n^{os} 25 et 26).

D. — DROIT DU PRENEUR D'EFFECTUER CERTAINS TRAVAUX (art. 7 à 9).

277. Intérêts à concilier. — Les besoins de l'établissement commercial exigent souvent des travaux d'aménagement ou de transformation. Il est peu admissible que le propriétaire puisse arbitrairement s'opposer à leur exécution ou exiger leur disparition à la fin du bail, mais il est normal que leur accomplissement ait lieu sous son contrôle et dans des conditions telles qu'ils ne mettent pas l'immeuble en danger ou n'en diminuent pas la

valeur. Le législateur s'est efforcé de concilier les intérêts divergents qui s'opposent en pareil cas, et il semble y avoir réussi.

278. Droit du locataire. — Désormais, le preneur a le droit d'effectuer les travaux *de transformation* utiles à son entreprise, lorsque leur coût n'excède pas trois années de loyer et qu'ils ne compromettent ni la sécurité, ni la salubrité, ni l'esthétique du bâtiment : article 7, alinéa 1^{er}. Cette disposition est impérative ; mais les *autres* travaux (soit moins importants, comme les simples aménagements, soit plus coûteux ou plus importants, comme les constructions nouvelles) restent sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire de la liberté contractuelle : DE PAGE, *op. cit.*, n° 786bis.

279. Conditions d'exercice de ce droit. — Le droit du preneur n'est d'ailleurs pas absolu. Avant de l'exercer, il doit avertir le bailleur de son intention et lui communiquer plans et devis ; le bailleur a le droit de s'opposer à l'exécution des travaux « pour de justes motifs », mais s'il ne le fait pas dans les trente jours, il est réputé y consentir. Le mérite des motifs de l'opposition est apprécié par le juge de paix, saisi de la contestation par une citation du preneur. D'autre part, la loi prévoit diverses garanties au profit du bailleur : droit de faire ordonner par le juge de paix l'arrêt des travaux entrepris sans autorisation ou sans s'y conformer, d'avoir accès aux travaux, d'exiger que le preneur assure sa responsabilité et celle du bailleur, tant à l'égard des tiers qu'entre eux, du chef des travaux entrepris ; obligation, pour le preneur, de supporter les risques des travaux.

280. Sort des travaux à la fin du bail. — Le sort, à la fin du bail, des travaux ainsi exécutés, peut être librement déterminé par les parties. A titre supplétif, l'article 9 le règle comme suit : si les travaux ont été exécutés avec le consentement exprès ou tacite du bailleur, ou autorisés par le juge, le bailleur ne peut exiger leur suppression ; le preneur ne peut les enlever si le bailleur s'y oppose ; s'il y consent, l'enlèvement et la remise en état seront aux frais du preneur. Lorsque les travaux sont maintenus, le bailleur devra, à son choix, soit rembourser la valeur des matériaux et le coût de la main-d'œuvre, soit payer la plus-value donnée à l'immeuble. Lorsque les travaux n'ont pas été autorisés, le bailleur a le droit d'exiger leur suppression ; s'il les conserve, il ne doit aucune indemnité.

Pendant le cours du bail, le preneur ne peut supprimer les transformations faites par lui sans se conformer aux dispositions de l'article 7, car il s'agit, en réalité, d'un nouveau travail de transformation : voy. DE PAGE, *op. cit.*, p. 189.

E. — LE DROIT DE CÉDER LE BAIL ET DE SOUS-LOUER (art. 10).

281. Portée du régime spécial. — Suivant les règles générales en matière de louage de choses (Code civ., art. 1717), le preneur a, en principe, le droit de sous-louer ou de céder son bail. Tel est également le régime applicable aux baux commerciaux : si rien n'a été stipulé sur ce point, la faculté de céder le bail ou de sous-louer est de droit, sans qu'aucune formalité soit requise ni que le bailleur puisse s'y opposer.

Mais l'article 1717 laisse au bailleur la possibilité d'insérer dans le bail l'interdiction de céder le bail ou de sous-louer. Voulant protéger le fonds de commerce et, en particulier, permettre à son exploitant de le vendre ou de le louer sans le déprécier, le législateur ne pouvait admettre pareille interdiction conventionnelle dans les baux commerciaux, puisqu'elle aurait rendu incessible le fonds lui-même, qui, bien souvent, dépend de l'occupation d'un local déterminé. L'article 10 dispose que l'interdiction de céder le bail ou de sous-louer « ne peut faire obstacle à la cession ou à la sous-location faite ensemble avec la cession ou la location du fonds de commerce et portant sur l'intégralité des droits du locataire principal ». Les alinéas suivants du même article organisent la procédure qui se déroulera si le preneur veut passer outre à l'interdiction insérée dans le bail ; celle-ci n'en demeure pas moins utile pour le bailleur, puisque, sans elle, le preneur disposerait d'une liberté complète : voy. DE PAGE, *op. cit.*, n° 789 ; d'autre part, elle conserve son efficacité lorsque le bailleur ou sa famille habite une partie de l'immeuble (art. 10, al. 2).

282. Procédure imposée au preneur. — Le preneur ne peut recourir à la procédure de l'article 10, alinéa 3, que si la cession du bail ou la sous-location font partie, en quelque sorte, de la cession ou de la location du fonds de commerce lui-même (art. 10, al. 1^{er}).

Le preneur doit signifier tout d'abord au bailleur, par lettre recommandée ou par exploit d'huissier, le projet d'acte de cession ou de sous-location. Le bailleur peut, dans les trente jours, notifier au preneur, par les mêmes voies, une opposition motivée ; s'il s'en abstient, il est réputé donner son agrément au projet. A son tour, le preneur, s'il persiste dans ses intentions, doit « se pourvoir » (c'est-à-dire assigner le bailleur) dans les quinze jours de l'opposition, faute de quoi il perdra le bénéfice de la

cession envisagée (1). L'opposition ne sera admise que si elle est fondée sur « de justes motifs », laissés à l'appréciation du juge (la loi se borne à en donner deux exemples, qui concernent des cas où la cession projetée aurait un caractère spéculatif : art. 10, al. 4 ; voy. pour les détails : DE PAGE, *op. cit.*, p. 191).

283. Caractère de ces dispositions. — La disposition qui frappe d'inefficacité, dans certains cas, l'interdiction conventionnelle de céder le bail ou de sous-louer, est évidemment impérative (voy. *supra*, n° 272). Pour le surplus, l'article 10 prévoit diverses mesures qui tendent à protéger les intérêts légitimes du bailleur (chose exceptionnelle en matière de baux commerciaux). Ont-elles aussi un caractère impératif ? Sans doute, mais en ce sens seulement que le preneur ne peut se dispenser de s'y conformer ; s'il y manquait, le bailleur pourrait, en se fondant sur l'interdiction insérée dans le bail, faire constater la nullité à son égard de la cession ou de la sous-location conclues par le preneur en dehors des conditions imposées par l'article 10 ou faire prononcer la résolution du bail : *J. T.*, 1953, p. 288, n° 29. Rien n'empêche cependant le bailleur, soit de ratifier après coup cette opération irrégulière (pour autant que sa volonté soit certaine ; la simple connaissance de l'opération ne suffirait point), soit même d'y donner son consentement à l'amiable et sans formalité, ce qui implique la dispense accordée au preneur de recourir à la procédure prévue par l'article 10.

La protection que la loi lui accorde, en effet, n'est pas fondée sur la crainte d'une violence morale que le preneur exercerait sur lui, mais sur le fait que la loi elle-même fait échec à la force obligatoire du contrat ; il est évidemment permis au bailleur d'aller au delà et de renoncer plus complètement encore à l'application de l'interdiction conventionnelle.

284. Conséquences de la cession et de la sous-location autorisées. — La loi, dans un but de simplification, déroge aux effets normaux de la cession et de la sous-location qu'elle autorise. En cas de cession du fonds de commerce, le cessionnaire du bail devient de plein droit le locataire direct du bailleur, prenant la place du cédant. D'autre part, dans le même cas, la loi assimile à la cession du bail la sous-location totale : le sous-locataire devient donc aussi locataire direct. En revanche, s'il y a seulement location du fonds de commerce, avec sous-location des lieux loués, le sous-locataire ne devient pas, en principe (voy. *infra*, n° 299), le locataire direct du bailleur.

Toutefois, le preneur originaire reste, dans tous les cas, tenu des obligations qui dérivent du bail initial solidairement avec le

(1) Il paraît être le sens des mots « à peine de forclusion », dans l'article 10, alinéa dernier : voy. DE PAGE, *op. cit.*, p. 191, note 3.

cessionnaire ou le sous-locataire (sur la comparaison de ce régime avec celui du droit commun, voy. DE PAGE, *op. cit.*, n^o 790).

F. — LE DROIT AU RENOUVELLEMENT DU BAIL.

285. Caractères de ce droit. — Ce droit n'est qu'*éventuel*, puisque la loi réserve toujours au bailleur le droit de reprendre l'immeuble, soit en payant une indemnité, soit — dans des cas plus limités — sans cette condition. Seul le droit de préférence du preneur, en cas d'offre de location par un tiers, est un droit pur et simple.

L'exercice du droit au renouvellement — qui peut avoir lieu deux fois seulement — conduit en réalité à la conclusion d'un bail *nouveau*, puisque ses conditions seront en général différentes de celles du bail précédent. L'originalité du système est que le preneur a le droit d'imposer au bailleur — si ce dernier n'exerce pas son droit de reprise — la conclusion de ce nouveau bail. Il s'agit donc d'un contrat dont la conclusion est, pour le bailleur, légalement *obligatoire*. Si le contenu de ce nouveau contrat — dans la mesure où il n'est pas déterminé impérativement par la loi elle-même (quant à sa durée, notamment) — n'est pas arrêté de commun accord par les parties elles-mêmes, c'est le juge qui tranchera ; invité à sortir de sa mission traditionnelle, qui est de décider les contestations relatives à des droits existants, il devra se substituer aux parties, élaborer à leur place un statut qui leur tiendra lieu de contrat de bail.

Le droit au renouvellement ne peut être ni écarté, ni limité par des conventions particulières. La loi permet seulement, lorsque ce droit vient à s'ouvrir (c'est-à-dire à l'expiration du bail précédent), de convenir de donner au bail nouveau une durée inférieure à neuf ans, pour autant que l'accord des parties soit constaté par un acte authentique ou par une déclaration faite devant le juge (cf. DE PAGE, *op. cit.*, p. 200).

286. Conditions légales du renouvellement. — Le nouveau bail peut être imposé pour une durée de neuf années (art. 13 ; voy. cependant le numéro précédent). Il s'appliquera aux locaux qui avaient fait l'objet du bail originaire (cf. art. 15), sauf ceux que le locataire aurait, au cours de ce bail, donnés en sous-location « à usage non commercial » (art. 16, II ; comp. au sujet

de l'imperfection de cette disposition : DE PAGE, *op. cit.*, p. 202 et 203).

Mais la condition essentielle est que le renouvellement ne peut être obtenu que « pour la continuation du même commerce » (art. 13). La règle se comprend d'elle-même, puisque la loi entière n'a d'autre but que de protéger les établissements commerciaux installés dans des immeubles loués.

Elle entraîne des conséquences très importantes :

1^o Le locataire ne peut obtenir le renouvellement du bail que pour autant qu'il soit propriétaire ou locataire d'un fonds de commerce exploité dans l'immeuble : cass., 30 avril 1953 (deux arrêts), *J. T.*, 1953, 408. Les baux conclus par des entreprises industrielles (des brasseries, par exemple), dans le seul but de sous-louer l'immeuble à des détaillants qui se fourniront chez elles, ne peuvent donc faire l'objet d'un renouvellement (pour la situation du sous-locataire, voy. *infra*, n^o 299).

2^o Le « même commerce », dont fait mention l'article 13, est celui qui a été exploité précédemment avec l'autorisation du bailleur ; le renouvellement ne peut donc être obtenu pour continuer soit un commerce que le bailleur n'avait pas autorisé, soit un commerce différent. Si le preneur, après avoir obtenu le renouvellement, modifiait son activité commerciale ou y mettrait fin, il s'exposerait à une action en résolution du bail, avec dommages-intérêts : DE PAGE, *op. cit.*, p. 201.

287. Mécanisme du renouvellement. — Le nouveau bail, dont la conclusion est imposée par la loi au bailleur, si le preneur en exprime la volonté, est en quelque sorte un contrat « mécanisé ». Au libre jeu des négociations et à l'autonomie de la volonté, la loi substitue un mécanisme rigide et formaliste, que le preneur peut mettre en marche et qu'il peut, comme le bailleur, arrêter (cf. art. 20), mais dont, pas plus que le bailleur, il n'est le maître.

Le preneur déclenche le mécanisme par une demande de renouvellement, qu'il doit faire dans les délais et dans les formes que la loi lui prescrit. Le bailleur dispose d'un délai pour y opposer un refus, dont les conséquences varieront suivant le motif invoqué. S'il laisse passer le délai sans réagir, il est légalement présumé consentir au renouvellement du bail aux conditions proposées : article 14.

La suite de la procédure dépend du motif invoqué par le bailleur à l'appui de son refus.

288. Refus non motivé. — Le bailleur peut exprimer un *refus catégorique*, pur et simple, sans en exprimer la raison : article 16, IV. C'est

l'exercice de son droit de propriété; s'il y recourt, il arrête immédiatement le mécanisme du renouvellement, mais il payera pour obtenir cette satisfaction un prix qui pourra s'élever fort haut : il doit en effet au preneur une indemnité égale à trois années de loyer, majorée éventuellement des sommes suffisantes pour assurer la réparation intégrale du préjudice causé : même article.

L'article 16, III, prévoit un cas particulier dans lequel le bailleur peut opposer un refus pur et simple sans devoir aucune indemnité : le mineur, l'interdit, le nu propriétaire, la femme mariée, l'absent ou leurs héritiers ont ce droit lorsque le bail primitif avait été consenti sans leur intervention et qu'ils ont repris la libre administration de leurs biens au moment de la demande de renouvellement (cf. DE PAGE, p. 210 et 211; voy. cependant l'article 25, 2^o, et *infra*, n^o 296).

289. Offre d'un tiers. — Le bailleur peut justifier son refus en excipant de l'*offre d'un tiers*, qu'il notifiera au preneur dans les formes et les délais prescrits. Pour déjouer les fraudes et les simulations, la loi multiplie ici les précautions en faveur du preneur : articles 21 à 23.

L'offre du tiers ne sera prise en considération que si elle mentionne toutes les conditions du bail proposé (exigence qui résulte implicitement de la loi : DE PAGE, p. 222), si elle comporte l'engagement du tiers de payer l'indemnité d'éviction qui serait due au preneur en vertu de l'article 25, 4^o et 5^o, et si le tiers a déclaré s'engager, par son offre, pour une durée de trois mois au moins (sur la nature et les conséquences de ce double engagement du tiers, voy. DE PAGE, p. 219 à 222). Le preneur qui a reçu cette notification dispose d'un délai soit pour exercer son droit de préférence, soit pour saisir le juge d'une contestation de la validité ou de la sincérité de l'offre (ce délai est, dans les deux cas, celui de l'article 21 : DE PAGE, p. 224). S'il ne prend aucun de ces deux partis, le tiers lui sera préféré, mais il conserve son droit à l'indemnité d'éviction (un an ou deux ans du loyer stipulé dans le nouveau bail, selon que le tiers exerce dans l'immeuble un commerce différent ou similaire : art. 25, 4^o et 5^o).

Quand le preneur exerce son droit de préférence, il peut *soit* offrir les mêmes conditions que le tiers (et il est alors, « sans autres enchères », préféré à ce dernier : art. 21, al. 4), *soit* discuter ces conditions; dans ce cas, le juge convoque le bailleur, le preneur et le tiers et décide à qui la préférence doit être accordée (art. 21, al. 5). Si l'offre est déclarée non valable ou non sincère, le bail est renouvelé, et l'on applique au besoin la procédure prévue par les articles 18 et 19 (voy. ci-après, n^o 290).

Lorsque l'offre a été déclarée non valable pour une cause autre que l'absence de sincérité, le bailleur peut encore, dans le mois de la signification du jugement, exciper d'une autre offre (art. 22); si elle est déclarée non valable à son tour, le renouvellement du bail au profit du preneur ne peut plus être évité.

290. Désaccord sur les conditions proposées. — Le bailleur peut aussi, sans rejeter le principe du renouvellement, se déclarer en *désaccord* au sujet des conditions proposées par le preneur, — notamment au sujet

du loyer. Si les parties ne s'entendent pas amiablement, le preneur doit, dans un délai fort bref à compter de la réponse du bailleur, « se pourvoir devant le juge », faute de quoi il sera déchu du droit au renouvellement (DE PAGE, *op. cit.*, p. 207; civ. Bruxelles, 14 janvier et 22 janvier 1953, *J. T.*, 1953, p. 294, n° 57) (1).

Le juge, après avoir entendu les parties, fixe lui-même les conditions du nouveau bail, sous réserve de celles au sujet desquelles les parties sont d'accord : civ. Bruxelles, 25 octobre 1952, *J. T.*, 1953, p. 295, n° 63. Il statue en équité, c'est-à-dire qu'il doit s'efforcer d'élaborer un contrat sainement et objectivement équilibré (DE PAGE, p. 207 et 208), — sans pouvoir faire preuve de charité à l'égard de l'une ou de l'autre des parties, et sans tenir compte ni du rendement favorable ou défavorable de l'entreprise, résultant du seul fait du preneur (art. 19), ni du prix anormalement bas ou élevé prévu par le bail primitif (DE PAGE, *op. cit.*, p. 209). Le loyer du nouveau bail doit être normal, par comparaison avec celui d'immeubles analogues : article 19.

291. Refus fondé sur un motif légal. — Les articles 16, I (1°, 2°, 3°, 4° et 6°) (2) et 25, 1°, énumèrent différents motifs que le bailleur peut invoquer à l'appui de son refus. Lorsque le refus est justifié par l'un de ces motifs, le bailleur y trouvera l'avantage de ne pas devoir payer d'indemnité d'éviction ou de ne devoir qu'une indemnité réduite, mais sa situation peut se trouver compromise si le motif est reconnu mal fondé.

Quand le preneur acquiesce, le mécanisme du renouvellement est arrêté ; seul reste éventuellement en discussion le calcul de l'indemnité. Mais le preneur peut contester le motif invoqué, à condition de porter la contestation devant le juge dans le délai prescrit (*voy. infra*, n° 294), à peine d'être forclo de son droit au renouvellement. Si le motif invoqué par le bailleur est reconnu non fondé ou manifestement non sincère (cf. civ. Bruxelles, 4 avril 1952, *J. T.*, 1952, p. 284, n° 60 ; 7 février 1953, *J. T.*, 1953, p. 292, n° 51), le bail doit être renouvelé, mais le bailleur dispose alors d'un délai pour ouvrir la discussion sur les conditions du bail nouveau ou faire état de l'offre d'un tiers : article 24. En revanche, il ne peut plus invoquer un nouveau motif de refus, ni faire usage de la faculté de reprise pure et simple que lui réserve, moyennant une indemnité onéreuse, l'article 16, IV. Rien n'empêche cependant le bailleur de justifier son refus, dès l'origine, par plusieurs motifs — pour autant qu'ils ne soient pas contradictoires et que l'intention qu'ils expriment soit ensuite réalisée (*voy. infra*, n° 296 ; cf. *J. T.*, 1952, p. 538, n° 41) (3).

(1) Si le preneur se décide à accepter les contre-propositions du bailleur, il agira prudemment en lui confirmant cet accord par écrit avant l'expiration du délai (30 jours), pour éviter la forclusion.

(2) L'article 16, I, 5°, prévoit le cas de l'offre d'un tiers, qui fait l'objet d'une procédure spéciale : *voy. supra*, n° 289.

(3) Pourrait-il, en cours d'instance, modifier l'intention exprimée par lui dans sa réponse à la demande du preneur ? Nous ne le pensons pas, car, dans le mécanisme rigide institué par la loi, les droits de chacune des parties sont déterminés par la position qu'elles doivent prendre toutes deux au moment où le mécanisme est mis en marche : cf. *J. T.*, 1952, p. 288, n° 90, et p. 537, n° 33 ; comp., en sens opposé : *J. T.*, 1952, p. 538, n° 42.

292. Motifs de refus sans indemnité. — Les motifs qui permettent, en principe (voy. ci-après, n° 296), d'éviter le paiement d'une indemnité d'éviction (sous réserve de ce que nous avons vu *supra*, n° 288, au sujet de l'article 16, III) sont les suivants :

1° Le bailleur désire occuper personnellement et effectivement le bien loué (au besoin par un gérant qui est son préposé : civ. Bruxelles, 11 juillet 1952, *J. T.*, 1952, p. 539, n° 44), ou le faire occuper par ses proches (indiqués par la loi) ou par une société de personnes dans laquelle ses proches possèdent une majorité incontestable (voy. le texte de l'article 16, I, 1°). Si le bailleur est une société de capitaux, celle-ci doit exprimer l'intention de transférer son siège principal d'exploitation dans les lieux loués, ou d'y installer des agrandissements de ce siège, s'il est voisin : article 17 (destiné à contrecarrer les achats d'immeubles commerciaux par les entreprises à succursales multiples).

2° La démolition ou la reconstruction de l'immeuble sont rendues nécessaires par son état de vétusté, par la force majeure ou par des dispositions légales ou réglementaires : article 25, 1°.

3° Le preneur s'est rendu coupable d'un manquement grave aux obligations du bail ou d'un fait illicite rendant impossible la continuation des rapports contractuels entre les parties : article 16, I, 4°. La gravité des faits invoqués sera plus facilement admise que s'il s'agissait de prononcer la résolution d'un bail existant : DE PAGE, *op. cit.*, p. 211 ; civ. Bruxelles, 1^{er} avril 1952, *J. T.*, 1952, p. 284, n° 61. La loi en donne elle-même quelques exemples : dépréciation de l'immeuble, modifications « substantielles » apportées sans l'accord du bailleur à la nature ou au mode d'exploitation du commerce. On peut y ajouter la faillite du preneur : civ. Bruxelles, 1^{er} avril 1952, précité.

4° L'absence d'intérêt légitime dans le chef du preneur, résultant du fait qu'il a commencé l'exploitation d'un commerce similaire dans le voisinage immédiat, ou du fait qu'il dispose, dans le même voisinage immédiat, d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble où il pourrait continuer son exploitation commerciale (art. 16, I, 6°).

293. Refus de renouvellement avec indemnité limitée. — Les motifs qui permettent de ne devoir qu'une indemnité limitée sont les suivants :

1° Le bailleur veut affecter l'immeuble à une destination exclusive de toute entreprise commerciale (art. 16, I, 2°), sans distinction entre commerce de gros et de détail. L'indemnité est d'une année de loyer (art. 25, 1°).

2° Le bailleur veut, sans y être contraint cependant par des événements qui lui seraient étrangers (cas prévu *supra*, n° 292), reconstruire l'immeuble, c'est-à-dire y faire des transformations précédées d'une démolition, affectant toutes deux le gros œuvre, et dont le coût dépasse trois années de loyer (art. 16, I, 2°). L'indemnité est, comme dans le premier cas, d'une année de loyer (art. 25, 1°).

294. Formalités et délais. — Toutes les notifications prévues par la loi se font par exploit d'huissier ou par lettre recommandée à la poste.

La signature de la lettre est évidemment une formalité substantielle ; une lettre non signée équivaut au néant, car elle laisse au preneur la faculté de renier son contenu : civ. Bruxelles, 12 mars 1952, *J. T.*, 1952, 267 ; 1^{er} juillet 1952, *J. T.*, 1952, 538, n° 40 ; 27 décembre 1952, *J. T.*, 1953, 289, n° 33. Le preneur, en recourant à l'exploit d'huissier, évitera des contestations ultérieures sur la date certaine de l'acte (voy. par exemple : *J. T.*, 1953, p. 289, n° 32 ; p. 290, n° 43).

1° La demande de renouvellement (art. 14) doit être faite dix-huit mois au plus et quinze mois au moins avant l'expiration du bail en cours ; pour le cas de tacite reconduction, voy. article 14, alinéa 2, *supra*, n° 274, et DE PAGE, p. 204. Elle doit, à peine de nullité (1), indiquer les conditions du nouveau bail proposé, et mentionner qu'à défaut de notification par le bailleur, suivant les mêmes voies et dans les trois mois, de son refus motivé (2) de renouvellement, de la stipulation de conditions différentes ou d'offres d'un tiers, il sera présumé consentir au renouvellement du bail aux conditions proposées (3).

En cas de pluralité de preneurs, même solidaires, la notification doit être faite par chacun, sauf si l'un d'eux demande le renouvellement pour lui seul : DE PAGE, *op. cit.*, p. 204. En cas de pluralité de bailleurs, la demande doit être adressée à tous : *ibidem*.

2° Le bailleur doit notifier son refus dans les trois mois de l'introduction de la demande de renouvellement. S'il y a plusieurs bailleurs, le refus notifié par un seul suffira à faire échec — provisoirement, tout au moins, — au renouvellement : DE PAGE, *op. cit.*, p. 216.

3° En cas de refus du bailleur ou de désaccord sur les conditions, le preneur doit assigner dans les trente jours de la communication reçue par lui du bailleur : articles 18 et 16, I, 4°, alinéa 3 (comp. DE PAGE, p. 217 ; on soutient parfois que ce délai ne concerne que le cas où le bailleur invoque

(1) Sans que le bailleur doive démontrer que l'irrégularité lui a porté préjudice. L'application extensive ou analogique de l'article 173 du Code de procédure civile, relatif aux nullités d'exploits, est inadmissible. Elle heurte le texte de l'article 14 et en contredit l'esprit : il s'agit d'un contrat « mécanisé » (voy. *supra*, n° 287) ; les formalités rigides qu'il comporte sont des garanties essentielles pour les parties en présence — surtout pour le bailleur, sans cesse exposé à se trouver engagé malgré lui et par son silence : cf. civ. Bruxelles, 7 avril 1952, Jansin c. Grunenwald, *J. T.*, 1952, p. 282, n° 45 ; voy. aussi civ. Bruxelles, 25 avril 1952, *ibid.*, n° 43.

(2) En dépit des termes de l'article 14, le refus ne doit pas nécessairement être motivé : voy. art. 16, IV, et *supra*, n° 288.

(3) Il semble que, logiquement, la nullité prévue par le texte doit sanctionner toute omission des indications prescrites par l'article 14 ; en ce sens : DE PAGE, *op. cit.*, p. 204. Néanmoins, la jurisprudence, s'en tenant strictement au sens grammatical (« La notification doit indiquer, à peine de nullité, les conditions... et mentionner... »), refuse d'appliquer la nullité en cas d'absence de la mention obligatoire ; cette omission, en revanche, empêcherait d'appliquer la présomption légale selon laquelle le bailleur serait réputé consentir aux conditions proposées : civ. Bruxelles, 22 décembre 1952, et civ. Anvers, 14 juillet 1952, relatés dans *J. T.*, 1953, p. 290, n° 40 et 41. Cette interprétation, trop asservie peut-être au sens grammatical, prend en revanche une grande liberté à l'égard de la volonté du législateur et semble en opposition flagrante avec l'article 1352, alinéa 2, du Code civil.

des manquements graves ou un fait illicite : civ. Bruxelles, 4 avril 1952, *J. T.*, 1952, p. 285, n° 67 ; 10 juillet 1952, *ibid.*, p. 539, n° 47).

4° Si le refus est déclaré injustifié, le bailleur a un mois, à compter de la signification du jugement, pour proposer des conditions différentes ou notifier l'offre d'un tiers : article 24.

5° En cas de notification de l'offre d'un tiers, le preneur doit, dans les trente jours, faire une offre égale (art. 21, al. 2) ou saisir le juge de paix de la contestation (1) — dont l'objet sera, soit les conditions de l'offre (art. 21), soit sa sincérité ou sa validité (art. 22). Si l'offre est déclarée non valable pour une cause autre que l'absence de sincérité, le bailleur a un mois, à partir de la signification du jugement, pour exciper d'une autre offre : article 22.

295. L'indemnité d'éviction. — Les articles 25 à 28, qui contiennent le régime de cette indemnité, sont les plus compliqués et les moins clairs de la loi. En principe, le preneur a droit à une indemnité forfaitaire (art. 25), qui, dans chaque cas, se calculera d'après le barème légal. Mais le régime est différent lorsque le bailleur a donné en location au preneur, en même temps que l'immeuble, le fonds de commerce dont il a la propriété : le bailleur ne doit alors une indemnité que si le preneur démontre qu'il a augmenté l'importance du fonds de commerce d'au moins quinze pour cent ; elle sera fixée par le juge, en équité, d'après la plus-value qui en est résultée pour le bailleur : article 25, alinéa dernier. D'autre part, la loi apporte au régime forfaitaire des dérogations si nombreuses que les avantages de ce régime s'en trouvent compromis (cf. DE PAGE, *op. cit.*, p. 228).

L'indemnité forfaitaire est égale à un an ou à deux ans de loyer, selon les cas : voy. article 25, 1°, 2°, 4° et 5° ; elle se calcule sur la base du loyer stipulé dans le nouveau bail, lorsqu'un tiers surenchérisseur a été préféré : article 25, 4° et 5°. Elle est égale à trois années en cas de refus non motivé (art. 15, IV) et, dans ce cas, elle ne constitue qu'un minimum (voy. *supra*, n° 288). Du loyer de base, le juge peut toujours déduire le montant des loyers rapportés par les sous-locations : article 25, alinéa 8.

La loi permet de déroger, par des conventions particulières, au montant de l'indemnité, pour autant que l'accord intervienne seulement après l'ouverture du droit à indemnité (art. 25, al. 1^{er}),

(1) La loi ne prévoit pas de délai en ce cas ; mais on doit, semble-t-il, suppléer ici le même délai que celui prévu par l'article 21 : cf. DE PAGE, *op. cit.*, n° 224.

c'est-à-dire à compter du moment où le refus de renouvellement est acquis : DE PAGE, *op. cit.*, p. 226.

Pour garantir le paiement des indemnités « non sérieusement contestées », la loi permet au locataire d'exercer un droit de rétention sur les lieux loués : il peut s'y maintenir, sans payer aucun loyer, jusqu'au moment où ces indemnités lui auront été versées : article 27.

Les actions en paiement de l'indemnité d'éviction doivent être intentées endéans l'année à dater du fait donnant ouverture à l'action : article 28.

296. Indemnités exceptionnelles dues après l'éviction. — Même si le motif invoqué dispensait de toute indemnité, ou si celle qui était due a été payée, le preneur peut parfois, après l'éviction, se faire indemniser. Il s'agit alors de sanctionner des faits postérieurs à la sortie du locataire, ou qui lui avaient été cachés :

a) Si le bailleur ou un des occupants énumérés par l'article 16, I, 1^o, même dans le cas prévu par l'article 16, III (voy. *supra*, n^o 288), exerce un commerce similaire dans l'immeuble : deux ans de loyer (art. 25, 2^o).

b) Si le bailleur ne réalise pas, dans les six mois, et pendant deux ans au moins, l'intention qu'il avait annoncée, sauf motif grave (c'est-à-dire exclusif de toute fraude) : deux ans de loyer (art. 25, 3^o).

c) Si le bailleur ou le nouveau preneur, sans qu'il en ait été donné connaissance au preneur sortant lors de son éviction, ouvre avant deux ans un commerce similaire, le bailleur et le tiers nouvel occupant sont solidairement tenus des indemnités : article 25, 6^o (1).

297. Augmentations ou diminutions éventuelles (art. 25, al. 9 et 10). — Le forfait n'est pas absolu. Le preneur peut faire augmenter l'indemnité si elle apparaît « manifestement insuffisante en raison du profit que le bailleur a retiré de l'éviction, dans les cas de non-réalisation du motif invoqué pour justifier le refus et d'exercice d'un commerce similaire par le tiers surenchérisseur » (art. 25, 2^o, 3^o et 5^o). Dans les mêmes hypothèses (en ce sens, malgré le silence du texte : DE PAGE, *op. cit.*, p. 228 et 229), le bailleur peut faire diminuer l'indemnité si elle apparaît manifestement exagérée en raison de l'état d'abandon ou de déclin du commerce au moment de la reprise.

298. Situation du locataire en cas de vente. — Selon le droit commun, la situation du locataire, en cas d'aliénation de l'immeuble par le bailleur, est très forte si le bail a date certaine (ce qui le rend opposable à l'acquéreur : Code civ., art. 1743), à moins que le contrat n'ait réservé la faculté d'expulsion au profit de l'acquéreur éventuel (même article) ; dans cette dernière hypothèse, le locataire a droit, en cas d'expulsion, à des dommages-

(1) Telle paraît être la seule portée véritable de cette disposition passablement obscure : DE PAGE, *op. cit.*, p. 227 et 228.

intérêts à charge du bailleur-vendeur : Code civil, articles 1744 à 1747. En revanche, le locataire dont le bail n'a pas date certaine peut être expulsé sans congé ni indemnité (Code civ., art. 1750).

La faculté d'expulsion ne pouvait être maintenue telle quelle dans les baux commerciaux, sans exposer l'établissement commercial à un risque très grave en cas d'aliénation de l'immeuble. L'article 12 apporte, à cet égard, deux correctifs importants au régime du droit commun :

1^o La faculté d'expulsion réservée à l'acquéreur par le bail ne peut être exercée que pour l'un des motifs indiqués par l'article 16, I, 1^o, 2^o, 3^o et 4^o (occupation personnelle, suppression de la destination commerciale, reconstruction de l'immeuble, manquement grave du preneur à ses obligations). Elle doit, à peine de déchéance, être exercée dans les trois mois de l'acquisition, moyennant un préavis d'un an minimum, et en énonçant « clairement » le motif du congé. Le preneur évincé a droit, le cas échéant, aux indemnités prévues aux articles 25 et 27 (art. 26) ; lorsque ces indemnités ne sont pas dues, le locataire a droit aux dommages-intérêts à charge du bailleur conformément aux articles 1744 à 1747 du Code civil : DE PAGE, *op. cit.*, p. 198.

2^o La situation du preneur est la même lorsqu'il n'a pas de bail ayant date certaine, pour autant qu'il occupe le bien loué depuis six mois au moins.

Il se peut que le cédant ait déjà notifié son refus au moment de la cession. L'acquéreur succède à ses droits et obligations ; il est donc lié par le motif invoqué, et ne peut en invoquer un autre (DE PAGE, *op. cit.*, p. 218). Mais la validité du motif s'appréciera nécessairement dans le chef de l'acquéreur, sauf le cas où il serait démontré que le cessionnaire n'est qu'un prête-nom ou une personne interposée.

Si, au moment de la cession, la demande de renouvellement a déjà été faite, mais sans que le droit de refuser le renouvellement ait été exercé et ne soit périmé, ce dernier droit passe à l'acquéreur. La validité des motifs de son refus éventuel, et les indemnités dues par lui, s'apprécieront d'après sa situation personnelle, et non d'après celle du cédant, — mais, encore une fois, sous réserve du cas où le cessionnaire ne serait qu'un prête-nom ou une personne interposée.

299. Situation du sous-locataire. — Les sous-locations sont également protégées par la loi (voy. notamment, quant à la durée : art. 3, al. 2) ; le sous-locataire peut toujours invoquer la loi

à l'égard de son propre bailleur. Il n'en est pas de même à l'égard du bailleur principal ; il ne pourrait pas davantage exercer contre celui-ci les droits du locataire principal, par la voie de l'action subrogatoire : civ. Bruxelles, 6 décembre 1952, *J. T.*, 1953, p. 291, n° 44.

L'article 11 établit un régime particulier pour les sous-locations accompagnées soit de la cession du fonds de commerce, soit de la location de ce fonds.

Les premières sont assimilées à des cessions de bail ; le sous-locataire devient locataire direct du bailleur (art. 11, I, al. 2). Sur la nature de cette assimilation, voy. DE PAGE, *op. cit.*, n° 790, E.

Les secondes ne perdent pas leur caractère de baux distincts, subordonnés au bail principal, sauf dans le cas où il serait mis fin prématurément à ce dernier par le locataire principal ou avec son accord : le sous-locataire devient alors locataire direct du bailleur aux conditions du bail initial (art. 11, II, al. 2) (1). Sous cette réserve, les deux baux restent distincts : le locataire principal aura droit au renouvellement à l'égard de son bailleur, puisqu'il reste propriétaire du fonds exploité dans l'immeuble (voy. *supra*, n° 286). Quant au sous-locataire, il a droit au renouvellement à l'égard de son propre bailleur (le locataire principal), mais seulement si et dans la mesure où le locataire principal l'obtient lui-même, et encore sous réserve de l'exercice du droit de reprise personnel à ce locataire principal. Dans tous les cas où il n'obtient pas le renouvellement, le sous-locataire a droit à l'indemnité d'éviction : art. 11, II, al. 1^{er} (elle sera calculée conformément à l'article 25, alinéa dernier : voy. *supra*, n° 295).

Dans tous les cas, le preneur originaire « demeure solidairement tenu de toutes les obligations qui dérivent du bail initial » : article 11, III. Il en devient, en réalité, *caution* solidaire : DE PAGE, *op. cit.*, n° 790, D.

En cas de sous-location simple, les deux baux restent entièrement distincts : le sous-locataire, même s'il exploite un fonds de commerce créé par lui, n'a aucun droit à faire valoir à l'égard du bailleur principal : DE PAGE, *op. cit.*, n° 781bis, A.

Il se peut, d'autre part, que le locataire principal soit sans droit à l'égard

(1) Sur le caractère singulier de cette construction juridique, voy. DE PAGE, *loc. cit.*

du bailleur, tandis que le sous-locataire peut exiger du locataire principal le renouvellement du bail : c'est le cas si le locataire principal n'est pas propriétaire ni locataire du fonds de commerce exploité dans l'immeuble (voy. *supra*, n° 286). En pareil cas, le locataire principal, acculé au refus, devra payer au sous-locataire l'indemnité la plus élevée (art. 16, IV); cf. DE PAGE, *op. cit.*, p. 162 et 163.

300. Procédure. — La procédure en conciliation n'est prévue qu'à titre facultatif (art. 30), mais la requête en conciliation est considérée comme une demande au même titre que la citation, au point de vue des délais impartis par la loi, à la condition que la citation soit donnée dans les trente jours à compter de la non-conciliation (art. 30, al. 5).

Les jugements sont toujours susceptibles d'appel; ils sont de plein droit exécutoires par provision et sans caution, sauf dans les cas indiqués par l'article 31.

DEUXIÈME PARTIE. — LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

TITRE PREMIER. — RÈGLES GÉNÉRALES

CHAPITRE PREMIER.

ÉVOLUTION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

301. Du contrat à l'institution. — Le domaine des sociétés commerciales est l'un de ceux où se marque le plus nettement l'oscillation qui porte le droit commercial du « pôle » contractuel au « pôle » institutionnel (1).

Le droit régissant les sociétés commerciales était, à son premier stade, le droit des contrats ; la société commerciale n'était qu'une espèce dont le contrat de société reconnu par le droit civil était le genre. Le contrat de société porte toutefois en lui, en vertu de sa nature même, le germe d'une institution permanente, dont la fonction est de réaliser l'activité collective en vue de laquelle les associés se sont groupés avec l'intention d'en partager les bénéfices ; aussi, la jurisprudence française a-t-elle pu, en se fondant sur certaines dispositions du Code civil (voy. notamment les articles 1845, 1847, 1850, 1852, 1856 et 1859, 2^o), reconnaître aux sociétés civiles une personnalité juridique distincte. Les nécessités du commerce avaient conduit beaucoup plus rapidement au même résultat pour les « compagnies de finance, de commerce ou d'industrie » (cf. Code civ., art. 529).

Les avantages pratiques de la personnalité distincte sont évidents ; elle facilite l'activité en vue de laquelle la société a été créée ; elle est indispensable pour permettre aux tiers d'exercer un recours contre la société, dès que le nombre des associés est élevé ; elle leur évite, en outre, le concours avec les créanciers personnels des associés.

Le développement des sociétés commerciales, telles que nous

(1) Voy. Introduction, n^o 5.

les connaissons aujourd'hui, aurait même été impossible, en pratique, s'il n'avait pas été permis aux associés ou à certains d'entre eux de limiter leur responsabilité personnelle. Les capitaux nécessaires ne pouvaient être recherchés dans le public que si cette garantie était donnée aux apporteurs. Elle impliquait naturellement l'affectation exclusive des apports au désintéressement des créanciers sociaux, c'est-à-dire la constitution d'un patrimoine social distinct, — faute de quoi les tiers auraient refusé de traiter avec la société. Mais, dans les systèmes juridiques issus du droit romain, un patrimoine ne se conçoit point sans un sujet de droit qui en est le titulaire. La reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés commerciales était, dès lors, inévitable.

L'institution permanente s'est dégagée de plus en plus complètement du contrat qui lui avait donné naissance. Le contrat de société est devenu ainsi, en matière commerciale, un procédé commode pour créer des « mécanismes » susceptibles de servir d'armature à toute entreprise économique. Ces mécanismes sont actuellement codifiés : la loi prévoit différentes formes ou « cadres » juridiques pour les sociétés commerciales, et chaque société est obligée d'adopter l'un de ces cadres.

A mesure que les mécanismes ont été perfectionnés et que les dimensions des entreprises se sont accrues, le caractère contractuel, personnel, de la société s'est estompé, pour finir, dans les formes les plus évoluées, par disparaître presque complètement en ne laissant subsister qu'une institution douée d'une vie propre.

302. Situation actuelle. — Le simple contrat de société commerciale existe encore aujourd'hui : c'est l'association en participation ou l'association momentanée, — sociétés de personnes à l'état pur, conventions ordinaires, sans création d'une personne juridique. Mais ces conventions ne sont pas fréquentes. En effet, la société commerciale, lorsqu'elle est formée *intuitu personae*, comme la société civile, prend le plus souvent la forme de la société en nom collectif ; une personne juridique s'ajoute alors à celle des associés. Elle n'élimine cependant pas le contrat proprement dit : ce sont toujours les associés qui font ensemble le commerce sous le vêtement de la société.

Au contraire, dans les sociétés anonymes, c'est l'institution,

née du contrat, qui prend toute la place. Le contrat (1) a été seulement l'acte créateur de la personne juridique; il lui a donné en même temps son statut. Mais une fois créée, la société anonyme vit de sa vie propre, et non, comme la société en nom collectif, de celle que continuent à lui insuffler les associés : « L'être moral agit pour lui-même en vue de développer sa substance, c'est-à-dire la valeur mise en commun » (conclusions du procureur général P. Leclercq, *Pas.*, 1928, I, 34). Les souscripteurs des actions n'ont pas d'obligations les uns envers les autres; ils n'ont que des droits et des obligations à l'égard de l'être moral. Les intérêts des associés sont subordonnés au développement et à la prospérité de l'institution, ce qui explique notamment que la majorité de l'assemblée générale puisse décider une modification des statuts lorsque cette modification est utile à la prospérité de la société (*ibid.*, p. 36) (2).

On a souligné le caractère étrange de ces mécanismes « sans âme », de ces « machines à gagner, érigées en personne civile » (3), douées d'une force parfois gigantesque. « Il n'est pas sans danger », écrit fort justement M. Ripert (4), « de lancer dans la vie, à côté des êtres humains, des personnes d'une grande force qui sont uniquement guidées par l'esprit de lucre. » On a insisté aussi, à juste titre, sur la nécessité de ne pas confondre, comme c'est trop souvent le cas, la société anonyme — mécanisme permettant la réunion de capitaux — et l'entreprise, institution distincte, dont la société anonyme n'est, en général, qu'un élément (5).

Quel que soit le jugement que l'on porte sur la valeur sociale ou morale du procédé (6), il est certain qu'il est impossible de le réduire à un ensemble de rapports obligatoires de nature contractuelle (7).

(1) Ce contrat n'est plus un contrat de société du type classique, puisque l'*intuitus personae* ne joue aucun rôle dans les sociétés de capitaux : voy. *infra*, n° 306; comp. aussi notes 4 et 5, *Pas.*, 1928, I, 29; dans ces sociétés, « la qualité des personnes est indifférente; on ne leur demande que leur argent » (PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. II, n° 1935). On peut se demander même s'il s'agit encore d'un « contrat » quelconque : RIPERT, nos 584, 906 et 907; voy. *infra*, n° 460.

(2) M. P. Leclercq montre fort clairement que cette faculté serait inexplicable si l'on s'en tenait à une conception purement contractuelle de la société anonyme : *Pas.*, 1928, I, 29, notes 3 et 6.

(3) Conclusions du procureur général P. Leclercq, *Pas.*, 1928, I, 36.

(4) N° 591. Voy. aussi : RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n° 20 et suivants.

(5) RIPERT, n° 586.

(6) L'on pourrait difficilement se montrer plus sévère, à ce point de vue, que M. P. Leclercq : voy. conclusions précitées, *Pas.*, 1928, I, p. 36 et p. 34, note 1.

(7) En ce sens : RIPERT, n° 907.

CHAPITRE II.

CARACTÈRES JURIDIQUES
DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

303. Définition et régime actuel. — Les sociétés commerciales se distinguent des sociétés civiles par leur objet : ce sont celles qui sont créées en vue d'exercer une activité commerciale (Code comm., liv. I^{er}, tit. IX, art. 1^{er} ; voy. pour les détails, *supra*, n^o 142). La plupart des sociétés commerciales jouissent aujourd'hui de la personnalité juridique. Le mot « société » qui, en premier lieu, est la dénomination du contrat défini par l'article 1832 du Code civil, est employé aussi pour désigner la personne morale à laquelle la volonté des fondateurs donne naissance. Cette ambiguïté n'est pas sans inconvénient : cf. RIPERT, n^o 564.

Les sociétés commerciales douées de la personnalité jouent un rôle essentiel dans l'économie moderne. Elles assurent la direction et l'exploitation de la plupart des entreprises importantes ou moyennes ; les sociétés de capitaux, qui sont les plus puissantes, sont la pièce essentielle du régime capitaliste.

Elles sont régies, en ordre principal, par les lois et usages du commerce (Code civ., art. 1873). C'est seulement à titre supplétif, et en l'absence de règles spéciales dans le droit commercial, que les dispositions du Code civil leur sont applicables : Code civil, même article, et Code de commerce, livre I^{er}, titre IX, article 1^{er}, alinéa 2. Aux termes de cette dernière disposition, les sociétés commerciales sont régies en premier lieu par les conventions des parties, mais ce n'est là qu'un simple rappel de l'article 1134 du Code civil. En réalité, le régime légal des sociétés commerciales est très souvent impératif ; lorsqu'il s'agit d'une société de capitaux, en particulier, la volonté des fondateurs ne fait que s'insérer dans un cadre réglementé par la loi.

Le régime ordinaire des sociétés commerciales, tel qu'il était prévu assez sommairement par le Code de commerce de 1807, a été remanié par la loi du 18 mai 1873 ; celle-ci, qui demeure la loi de base, a été successivement modifiée ou complétée par de nombreuses lois ultérieures. Voici les principales : lois des 26 décembre 1881 (faux dans les bilans),

22 mai 1886 (responsabilité des fondateurs), 25 mai 1913 (formalités imposées pour la constitution des sociétés anonymes et les augmentations du capital), 30 octobre 1919 (régime des obligations), 28 septembre 1932 (modifiant le régime des sociétés coopératives); arrêté royal n° 26 du 31 octobre 1934 (réglementation du droit de vote dans les assemblées générales d'actionnaires); loi du 9 juillet 1935 (sociétés de personnes à responsabilité limitée).

L'ensemble a été coordonné par l'arrêté royal du 30 novembre 1935, dont les 218 articles forment actuellement le titre IX du livre I^{er} du Code de commerce.

En dehors de ces lois, qui sont en quelque sorte le droit commun des sociétés commerciales, et qui organisent les principaux « types » suivant lesquels elles peuvent se constituer, il existe, pour certaines sociétés, des statuts spéciaux, en raison de leur caractère semi-public (voy. *infra*, t. II).

SECTION I^{re}. — DIVISION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

§ 1^{er}. — Sociétés de personnes (ou par intérêts) et sociétés de capitaux (ou par actions).

304. Notions générales. — C'est la division essentielle.

Les sociétés *de personnes* se rapprochent des sociétés civiles : les associés se connaissent ; la société se forme *intuitu personae*, en considération de la confiance que les contractants s'accordent mutuellement. Ce sont des sociétés « dans lesquelles l'associé et sa personnalité sont tout ; cette personnalité est l'élément fixe, permanent ; le capital est l'élément accessoire et changeant » (conclusions P. Leclercq, *Pas.*, 1928, I, 37, à propos des sociétés coopératives).

Les sociétés de personnes sont essentiellement : 1° la société en nom collectif (à laquelle on peut joindre l'association momentanée, qui n'est pas douée de la personnalité juridique) ; 2° la société en commandite simple (à laquelle on peut joindre l'association en participation).

La société *en nom collectif* est la forme la plus simple et la plus ancienne : elle groupe des commerçants qui exercent leur activité ensemble ; ils sont tenus solidairement, sur tous leurs biens, des engagements sociaux. La société est *en commandite simple* quand un ou plusieurs des associés n'engagent dans l'affaire qu'un capital limité ; ce sont les commanditaires. La gestion est réservée aux autres associés, les commandités, qui sont dans la même situation que des associés en nom collectif.

Les sociétés *coopératives* (ainsi que les *unions de crédit*, qui n'en sont qu'une variante) et les sociétés *de personnes à responsabilité limitée* — plus malaisées à définir — sont au contraire d'une nature hybride : bien que l'élément personnel soit considéré comme prédominant dans ces sociétés, elles s'écartent, sur divers points, du régime ordinaire des sociétés de personnes et se rapprochent ainsi, à certains égards, des sociétés de capitaux.

Les sociétés *de capitaux* comprennent : 1^o la société *anonyme*, qui en est l'expression parfaite et constitue la forme la plus importante ; elle ne comprend qu'une seule espèce d'associés, les actionnaires, qui ne sont tenus que sur leurs apports ; 2^o la société *en commandite par actions*, qui comprend deux catégories d'associés, comme la commandite simple ; mais les parts d'associés sont représentées par des actions et la loi soumet ces sociétés, en principe, au même régime que les sociétés anonymes (art. 107).

305. Caractères communs des sociétés de personnes. — La circonstance qu'il s'agit d'une convention conclue *intuitu personae* explique les caractères communs des sociétés de personnes :

1^o Les *parts* d'associés, appelées souvent « intérêts », sont en principe *incessibles* sans le consentement unanime des associés, même au profit d'un coassocié (RIPERT, n^o 671).

L'incessibilité est de droit commun dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple. Elle est beaucoup plus réduite dans les sociétés de personnes à responsabilité limitée (art. 126) : les parts peuvent être librement cédées ou transmises à cause de mort à un associé, au conjoint du cédant ou du testateur, à des ascendants ou descendants en ligne directe ; elles peuvent l'être à toute autre personne avec l'agrément de la moitié au moins des associés, possédant les trois quarts au moins du capital. Dans les sociétés coopératives, l'incessibilité est absolue à l'égard des tiers, puisqu'elle résulte d'une disposition légale impérative (art. 141) ; mais les parts sont cessibles entre associés, aux conditions prévues par les statuts (art. 142, modifié par la loi du 28 septembre 1932).

2^o Comme dans toutes les conventions conclues *intuitu personae*, le *décès*, l'*interdiction*, la *faillite* ou la *déconfiture* de l'une des parties entraînent la *dissolution* du contrat (voy., pour les sociétés : Code civ., art. 1865, 3^o et 4^o).

Telle est, en principe, la règle applicable aux sociétés en nom collectif et en commandite simple. Mais la solution est différente pour les sociétés

de nature mixte : dans les coopératives et les unions de crédit, ces événements donnent lieu seulement au remboursement à l'associé (ou à ses représentants), de la valeur de sa part (art. 154). La société de personnes à responsabilité limitée n'est pas non plus dissoute par l'interdiction, la faillite, la déconfiture ou la mort d'un des associés ; la loi est muette sur ce point, mais les travaux préparatoires sont formels (J. VAN HOUTTE, *Sociétés de personnes à responsabilité limitée*, n° 231) ; les articles 126 à 128 impliquent d'ailleurs cette solution en cas de décès, puisqu'ils règlent les droits des héritiers à l'égard de la société.

3° Si le *consentement* de l'un des associés est entaché d'un *vice* (erreur substantielle, dol, violence), le contrat de société lui-même est frappé de nullité à l'égard de tous les participants.

Cette conséquence, conforme aux principes du droit civil, est certaine dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple. La loi n'y dérogeant pas pour ce qui concerne les coopératives, la même solution doit être adoptée pour elles. Mais le régime applicable aux sociétés de personnes à responsabilité limitée est différent : comme dans les sociétés de capitaux, seul l'engagement de l'associé dont le consentement était vicié sera annulable ; la société subsiste (J. VAN HOUTTE, *op. cit.*, n° 115 ; pour autant que le nombre des associés restants réponde aux prescriptions de l'article 119 ; voy. *infra*, t. II), et les fondateurs seront tenus au lieu et place de l'associé dont l'engagement n'est pas valable (art. 123, 2°).

4° Le *pacte social* ne peut être *modifié*, comme tout autre contrat, qu'avec l'accord *unanime* des associés (arg. Code civ., art. 1134).

La règle ne fait aucun doute pour les sociétés en nom collectif et en commandite simple ; elle s'applique aussi aux sociétés coopératives, parce qu'elles sont des sociétés de personnes (cass., 1^{er} décembre 1927, *Pas.*, 1928, I, 29). Mais, sur ce point également, la loi soumet les sociétés de personnes à responsabilité limitée au régime des sociétés de capitaux : l'assemblée générale des associés a les mêmes pouvoirs que l'assemblée générale des actionnaires dans la société anonyme ; elle peut donc modifier les statuts en observant les conditions prescrites par l'article 70 (art. 136).

5° Les associés doivent s'abstenir de toute *activité personnelle* qui serait *contraire à l'intérêt de la société* ; cette obligation, que l'on déduit de l'article 1850 du Code civil, leur interdit notamment de lui faire la concurrence, même sans intention frauduleuse : FREDERICQ, t. IV, p. 290 et 291 ; PIC et KRÉHER, t. I^{er}, n° 376 ; civ. Liège, 7 juin 1912, *Pas.*, 1912, III, 269. Cette opinion rigoureuse, dont le fondement légal est assez discutable, n'est pas unanimement admise et l'obligation de non-concurrence est

souvent limitée aux associés qui ont fait apport de leur *industrie* : LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n^o 249 ; voy. Liège, 11 juin 1913, *Jur. Liège*, 1913, 241 ; sent. arb., 29 juillet 1914, *Pas.*, 1917, III, 300.

306. Caractères communs des sociétés de capitaux. — Ils s'opposent, trait pour trait, à ceux des sociétés de personnes. Dans les sociétés de capitaux, seuls les apports ont de l'importance ; c'est un groupement de capitaux plutôt qu'un groupement de personnes ; « l'associé, élément temporaire, changeant, sans personnalité constante, est, dans la pensée du législateur, l'accessoire de son argent » (conclusions P. Leclercq, *Pas.*, 1928, I, 36 et 37). Il n'est tenu qu'à concurrence de l'apport qu'il fait, et il reçoit, en échange, des actions négociables par les modes spéciaux du droit commercial, qui passeront de main en main et se transmettront, en cas de décès, à ses héritiers.

La société, une fois créée, subsiste et fonctionne toute seule ; si le consentement d'un associé était vicié, la société n'en subsistera pas moins (voy. *infra*, n^o 318) ; les associés conservent leur entière liberté et peuvent exercer une activité concurrente à celle de la société.

L'assemblée générale des associés est « le pouvoir souverain... d'une institution dans laquelle le capital est tout et où la personnalité de l'associé n'est rien » (conclusions P. Leclercq, précitées, p. 36) ; aussi la loi lui permet, à certaines conditions qu'elle prescrit, de modifier les statuts et d'imposer à la minorité ce que la majorité estime conforme à l'intérêt de l'institution.

Encore faut-il qu'il s'agisse véritablement d'une modification des règles de fonctionnement de la société : la majorité ne pourrait imposer aux associés des engagements nouveaux, grevant leur patrimoine personnel : Bruxelles, 29 avril 1950, *Rev. prat. soc.*, 1951, p. 190 ; cf. cass. fr., 9 février 1937, *D. P.*, 1937, 1, 73.

307. Modifications conventionnelles au régime légal des sociétés. — Bien que les sociétés commerciales doivent se conformer à l'un des « types » que la loi définit ou organise, il est loisible aux fondateurs de modifier, par des clauses particulières, les règles générales que nous venons d'analyser, et de rapprocher ainsi des sociétés de personnes une société qui, en principe, appartient au groupe des sociétés de capitaux ; l'inverse est possible également. Mais il faut que ces clauses n'aillent pas

jusqu'à dénaturer complètement la société, sans quoi elles demeureraient sans effet.

La *cession des parts* peut être autorisée par les statuts, dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, aux conditions qu'ils déterminent. La solution résulte de l'article 24 pour les commandites, et, *a contrario*, de l'article 1861 du Code civil pour les sociétés en nom collectif. Lorsqu'elle est permise, la cession est soumise aux règles prescrites par l'article 1690 du Code civil. En aucun cas, les parts ne pourraient être représentées par des titres négociables (RIPERT, n^{os} 615 et 674).

Mais dans la société de personnes à responsabilité limitée, dont le régime légal se rapproche fort de celui des sociétés de capitaux, la loi ne permet guère d'aller au delà de ce qu'elle prévoit elle-même : les statuts peuvent seulement se montrer *plus* restrictifs que la loi (art. 126) ; il est toutefois loisible aux fondateurs d'indiquer dans les statuts les personnes auxquelles des parts pourront être cédées librement (art. 126, al. 2 et suiv.).

La *négociabilité des titres*, dans les sociétés par actions, peut être limitée (mais non abolie) par des clauses statutaires réservant au conseil d'administration le droit d'agréer le cessionnaire, ou attribuant aux autres associés un droit de préemption (voy. *infra*, n^{os} 545 à 548).

La *continuation de la société*, malgré le décès ou l'incapacité d'un ou de plusieurs associés, peut être prévue dans les statuts d'une société en nom collectif ou en commandite simple, — soit que la société soit maintenue entre les autres associés, soit qu'elle se poursuive avec les héritiers de l'associé décédé. Les statuts des sociétés de personnes à responsabilité limitée peuvent prévoir, au contraire, la *dissolution* en cas de décès ou d'incapacité d'un associé.

La *modification des statuts* fait aussi l'objet de clauses particulières. Les statuts peuvent-ils donner à la majorité des associés, dans les *sociétés de personnes*, le pouvoir de modifier le pacte social ? Nous ne le croyons pas : les sociétés en nom collectif et en commandite demeurent des contrats (1), et l'on ne peut attribuer à une partie des contractants le droit de modifier les droits des autres sans ruiner la convention elle-même (notes 3 et 6 sous cass., 1^{er} décembre 1927, *Pas.*, 1928, I, 29 ; RIPERT, n^o 687 ; *contra* : ESCARRA, t. I^{er}, n^o 635).

Les *sociétés coopératives*, étant des sociétés de personnes, sembleraient, en l'absence de dispositions dérogatoires dans la loi, devoir être soumises à la même règle (en ce sens : cass., 1^{er} décembre 1927, précité ; le sommaire de cet arrêt, dans la *Pasicrisis*, ne traduit pas la portée réelle de la décision, telle qu'elle résulte de son texte). Mais les coopératives ont un caractère *mixte* ; elles comptent normalement un grand nombre d'associés ; ce sont des sociétés « ouvertes », que leurs membres peuvent quitter et dans lesquelles de nouveaux associés peuvent entrer. Leur durée n'est donc pas normalement liée à la vie des premiers associés, comme c'est le cas dans les autres sociétés de personnes. La clause permettant à la majorité

(1) La personnalité juridique, dans ces sociétés, est surtout un procédé technique de séparation des patrimoines : RIPERT, n^o 565.

de modifier les statuts se justifie, dès lors, par les mêmes nécessités pratiques que dans les sociétés anonymes, et l'on comprend que la jurisprudence en reconnaisse la validité : Bruxelles, 29 avril 1950, *Rev. prat. soc.*, 1951, 190.

Dans les sociétés *par actions*, les statuts pourraient exiger, pour les modifications des statuts, des conditions plus rigoureuses que celles de l'article 70 ; ils pourraient même être déclarés intangibles. Cette solution ne fait aucun doute en droit belge (voy. *infra*, n° 794) ; la loi française (1) interdit au contraire les clauses restreignant le pouvoir modificateur de l'assemblée générale — marquant ainsi la prédominance, dans les sociétés de capitaux, de l'élément institutionnel sur l'élément contractuel (voy. *infra*, n° 311).

§ 2. — Classification d'après l'étendue de la responsabilité des associés.

308. Répartition des sociétés d'après ce critère. — Il n'y a qu'une forme de société à responsabilité *illimitée* : c'est la société en nom collectif, dans laquelle les associés sont tenus personnellement et solidairement de tout le passif social (2).

Il y a deux formes de sociétés à responsabilité *limitée* :

1° La société anonyme, qui est la plus utile pour les grandes entreprises.

2° La société de personnes à responsabilité limitée, instituée récemment, qui convient à des entreprises modestes, dont les participants, en nombre restreint, ne désirent pas s'exposer aux risques de la société en nom collectif.

Deux formes de sociétés présentent un caractère mixte :

1° La société coopérative, dans laquelle les associés sont en principe tenus solidairement et sur leurs biens personnels, à moins que les statuts n'en disposent autrement. Le régime est le même pour les unions du crédit, qui sont en réalité des coopératives ayant pour objet de procurer des capitaux à leurs membres.

2° Les sociétés en commandite : elles comprennent deux catégories d'associés. Les uns (les commandités) sont responsables indéfiniment comme les associés d'une société en nom collectif ; les autres (les commanditaires) ne sont tenus que jusqu'à concurrence de l'apport qu'ils ont fait ou promis de faire.

309. Situation des créanciers sociaux. — Contre les associés

(1) ESCARRA, t. I^{er}, n° 850 et suivants.

(2) Dans les sociétés momentanées, tous les associés et, dans les sociétés en participation, les associés gérants sont tenus personnellement et sans limitation des engagements sociaux.

qui sont obligés personnellement et solidairement avec la société, les créanciers disposent d'une action directe, mais ils doivent cependant faire condamner préalablement la société : article 189 (voy., pour les détails, *infra*, n° 409).

S'il s'agit au contraire d'associés qui ne sont obligés qu'à concurrence de leur apport, les créanciers sociaux ne peuvent exercer contre eux aucune action directe en paiement (rapport Pirmez à la Chambre, GUILLERY, *Commentaire législatif*, II^e partie, t. II, n° 182). Ils peuvent seulement, conformément à l'article 1166 du Code civil, exercer les droits de la société, leur débitrice, contre ses actionnaires. L'article 190 confirme ce droit, et, pour lui donner plus d'efficacité, confère en outre aux créanciers la faculté de faire décréter par justice les versements nécessaires à la conservation de leurs droits (voy., pour les détails, *infra*, n° 534). La situation des créanciers d'une commandite simple est un peu différente ; ils disposent d'une action directe contre les commanditaires, mais les effets en sont très limités : voy. *infra*, n° 441.

L'article 190, d'après son texte, concerne « toutes les sociétés ». Il va de soi, cependant, qu'il est sans intérêt pratique lorsque le créancier dispose d'une action directe et personnelle contre les associés — ce qui est toujours le cas dans les sociétés en nom collectif, par exemple. En réalité, les articles 189 et 190 forment un tout : le premier article concerne les droits des créanciers à l'égard des associés tenus personnellement des dettes sociales, le second règle leurs droits à l'égard des autres : le rapport de Pirmez, cité ci-dessus, fait clairement la distinction.

310. Intangibilité du capital. — Dans les sociétés à responsabilité limitée, le capital initial, dans la mesure où il est constitué par les apports des associés qui n'engagent qu'une mise déterminée, est intangible. On entend par là que la société ne peut, par des distributions ou des restitutions aux associés, faire descendre la valeur de son actif net au-dessous du montant du capital social : voy. *infra*, n° 335. C'est la contrepartie indispensable de la responsabilité limitée.

SECTION II. — L'ÉLÉMENT CONTRACTUEL ET L'ÉLÉMENT INSTITUTIONNEL DANS LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

311. Leur importance respective. — En laissant de côté les sociétés sans personnalité juridique qui, par définition même, demeurent purement contractuelles, le régime des sociétés com-

merciales doit être envisagé à deux points de vue : contractuel et institutionnel. Leur importance respective varie, selon les divers types de sociétés ; on peut dire que l'élément contractuel domine dans les sociétés de personnes, tandis que l'élément institutionnel l'emporte dans les sociétés de capitaux ; il est difficile de se prononcer aussi nettement à l'égard des sociétés d'un type intermédiaire, dans lesquelles les deux éléments jouent un rôle sensiblement équivalent.

Mais l'élément institutionnel ne peut être négligé même dans les sociétés de personnes, puisque le contrat y donne naissance à un être juridique distinct. Ainsi s'explique le pouvoir reconnu en général à la *majorité* des associés de prendre des décisions au nom de la société, tout au moins si elles rentrent dans le cadre des actes d'administration et n'emportent pas de modification aux statuts (PLANIOL et RIPERT, t. XI, n^o 1029 et les références citées ; *contra*, mais à tort, selon nous : DE PAGE, t. V, n^o 80) ; ce pouvoir est pratiquement indispensable pour assurer le fonctionnement de l'institution ; mais il n'est pas admis dans les sociétés civiles, qui n'ont pas la personnalité juridique (cf. civ. Ypres, 24 février 1932, *R. W.*, 1931-1932, col. 606).

L'élément contractuel, d'autre part, ne peut être complètement écarté dans les sociétés de capitaux, puisque l'institution a son origine, sinon dans un contrat proprement dit, tout au moins dans un acte juridique strictement réglementé, qui doit être l'œuvre de plusieurs personnes (RIPERT, n^o 570). Pendant le cours de l'existence de l'institution, le contrat originaire continue d'ailleurs à jouer un certain rôle (ESCARRA, t. I^{er}, n^o 442).

On peut dire aussi que le point de vue contractuel ne doit jamais être perdu de vue quand il s'agit de la vie interne de la société, des rapports des associés entre eux, de leurs droits respectifs (1) — tandis que le point de vue institutionnel l'emporte pour tout ce qui concerne l'activité externe de la société, ses rapports avec les tiers ou avec les autres éléments de l'entreprise (le personnel, par exemple). La distinction, parfois délicate, est importante, toutes les fois qu'il s'agit d'interpréter l'une ou l'autre clause obscure des statuts ou de combler une lacune de ces derniers (cf. sur ce point, LACOUR et BOUTERON, t. I^{er}, n^o 197, et *supra*, Introduction, n^{os} 21 à 23).

(1) Ces rapports, dans les sociétés de capitaux, sont soumis, il est vrai, à un régime très particulier, qui s'écarte sensiblement de celui de la société civile :

312. Le contrat de société. — Comme, à l'origine de toute société commerciale, se trouve soit un contrat de société, soit un acte juridique qui y est traditionnellement assimilé, il convient de préciser les conditions de validité de ce contrat ou de cet acte. Ce sont, en principe, celles qu'imposent les règles générales en matière de conventions et, plus spécialement, celles que prévoit le Code civil au titre « Du contrat de société », mais sous réserve de quelques observations essentielles.

1^o Le contrat de société, s'il s'agit d'une société commerciale, donne presque toujours naissance à une personne juridique nouvelle; lorsqu'il en est ainsi, la loi commerciale impose, comme un élément essentiel de la validité du contrat, l'observation de certaines formes (rédaction d'un acte écrit et publication de cet acte).

2^o Dans les sociétés de capitaux, la personnalité des associés n'a aucune importance — au point qu'ils perdent même le nom d'associés pour n'être que des « actionnaires ». L'acte juridique qui donne naissance à ce groupement de capitaux doué de la personnalité civile, s'écarte sensiblement du contrat de société traditionnel, et cesse même parfois d'être une convention; mieux vaudrait le reconnaître franchement et donner à l'acte créateur du nouvel organisme son statut propre; le maintien partiel des règles contractuelles n'est ici qu'un pis aller, en attendant une réforme législative: cf. RIPERT, n^o 953.

Dès à présent, la loi, dans l'intérêt des tiers, qui n'ont pour gage que le patrimoine de l'être moral, empêche que l'existence de la personnalité juridique, celle-ci une fois créée, demeure complètement tributaire de la validité du « contrat » originaire: la société de capitaux est souvent maintenue en vie en dépit de causes de nullité qui, en droit commun, devraient faire disparaître à la fois le contrat et la personne juridique qui en est issue (1).

313. Plan. — Nous examinerons successivement:

1^o Les règles générales du *contrat de société*, telles qu'elles sont appliquées aux sociétés commerciales;

2^o La nature et les conséquences de la *personnalité morale* des sociétés commerciales;

3^o Les *règles de forme* imposées par la loi pour la constitution des sociétés commerciales douées de la personnalité juridique.

ainsi le contrat de mandat des administrateurs n'intervient pas entre eux et les associés *ut singuli* mais avec l'assemblée générale (voy. *infra*, n^o 585).

(1) Le procédé technique utilisé à cette fin est la responsabilité personnelle des fondateurs: voy. *infra*, n^o 500 et suivants.

CHAPITRE III.

LE CONTRAT OU L'ACTE CONSTITUTIF.

314. Caractères. — C'est, en principe, un « contrat de société ». Lorsqu'il s'agit des sociétés de capitaux, l'acte juridique par lequel la personnalité juridique nouvelle est créée s'écarte sensiblement de la notion classique du contrat. Cependant, à défaut d'autre solution possible dans l'état actuel du droit, ce sont toujours les principes généraux des contrats et les règles spéciales du contrat de société (en droit civil) qui sont appliqués à l'acte constitutif d'une société commerciale, — pour autant que la loi commerciale elle-même n'y déroge pas (voy. *supra*, n^o 303 ; cf. Code comm., livre I^{er}, titre IX, art. 1^{er}).

Le contrat de société, en matière commerciale, peut être librement formé ; aucune autorisation administrative n'est requise. Toutefois, certaines *formes* doivent être observées — sauf s'il s'agit d'associations en participation ou momentanées — pour que le contrat soit inattaquable ; il n'est donc pas, comme en droit civil, un contrat purement consensuel (1).

Le contrat doit remplir, en premier lieu, les conditions générales de validité des contrats (n^{os} 316 et suiv.). Il doit, en outre, présenter les caractères spécifiques du contrat de société (n^{os} 327 et suiv.).

315. Nécessité de deux contractants au moins. — Comme toute convention, le contrat de société implique, pour sa formation, le concours de deux personnes au moins. La règle est absolue : elle s'applique à toutes les formes de sociétés commerciales, et pendant tout le cours de leur existence (2) ; elle fait obstacle, dans notre droit, à l'existence de « sociétés d'un seul homme » (3).

(1) Est-il, au contraire, un contrat « solennel » ? La question — sans grande importance en pratique — sera examinée ultérieurement : voy. *infra*, n^o 381.

(2) Il ne faut pas confondre cette exigence d'ordre général, qui tient à la nature contractuelle de la société, avec le nombre minimum d'associés que la loi requiert, à titre de condition spéciale, dans certaines formes déterminées de sociétés commerciales (dans les sociétés anonymes et coopératives, il faut sept associés au moins ; il en faut parfois trois dans les sociétés de personnes à responsabilité limitée).

(3) Cf. sur ce point, RIPERT, n^o 571.

Si un seul associé devient titulaire de l'ensemble des parts ou actions, les obligations nées du contrat de société s'éteignent par confusion, et, par voie de conséquence, le contrat lui-même se trouve dissous (1). On a tenté de soutenir que cette solution était inapplicable à la société anonyme, mais cette thèse a été rejetée par un arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 1911 (*Pas.*, 1911, I, 68 ; voy. également cass., 31 mai 1951, *Pas.*, 1951, I, 665) : lorsque toutes les actions sont concentrées entre les mains d'un seul associé, la société est dissoute de plein droit ; la personnification civile, « que le législateur a uniquement accordée en considération du pacte social et de l'unité d'action indispensable au groupement d'intérêts divers, n'a plus de raison d'être » ; la personne morale n'existe plus, dès ce moment, que pour les besoins de sa liquidation (art. 178).

Sur ce point important, la jurisprudence fait donc prévaloir nettement la nature contractuelle de la société commerciale sur sa nature institutionnelle — et ce pour des raisons d'ordre public : toute autre solution aurait permis, « grâce à la formation d'une société, bientôt absorbée par son créateur..., de se créer une ou plusieurs personnalités distinctes » (conclusions de l'avocat général Terlinden, *Pas.*, 1911, I, 70).

SECTION I^{re}. — CONDITIONS GÉNÉRALES DE VALIDITÉ DES CONTRATS.

§ 1^{er}. — *Consentement des associés.*

316. Le concours des consentements. — Comme toute convention, le contrat de société implique le concours des consentements. Ce consentement doit porter sur les clauses essentielles du contrat et sur sa nature.

Le consentement peut être exprimé par un mandataire ou par un porte-fort, conformément au droit commun. Toutefois, si le mandat n'est pas valable et qu'aucune ratification n'intervienne, le contrat ne se forme pas — puisque l'une des parties n'y a pas consenti.

Cette solution est cependant écartée dans les *sociétés de capitaux* :

(1) C'est l'application des principes généraux du droit civil : DU PAGE, t. II, n° 753.

dès que l'acte constitutif a été publié, la société existe, non seulement à l'égard des tiers, mais même entre associés : le mandataire sans pouvoir régulier et le porte-fort dont l'engagement n'a pas été ratifié seront « réputés personnellement obligés » (art. 35, alinéa dernier, et 107). En d'autres termes, la loi leur impose à eux-mêmes la qualité d'associés qu'ils n'avaient prise que pour le compte d'autrui. La nature institutionnelle de la société de capitaux l'emporte ici nettement : les consentements exprimés sont des actes d'adhésion à l'institution, et c'est la loi qui en règle les effets. Les sociétés de personnes à responsabilité limitée sont, à ce point de vue, assimilées aux sociétés de capitaux (art. 123, alinéa dernier).

317. Les vices du consentement. — La théorie des vices du consentement, telle qu'elle résulte des articles 1109 à 1118 du Code civil, est, en principe, applicable au contrat de société commerciale. Le consentement sera vicié pour cause d'*erreur* sur la substance de la chose, si l'un des contractants s'est trompé sur la forme juridique de la société (1), ou sur son objet. L'erreur sur la personne d'un des associés constituera toujours un vice du consentement dans les sociétés de personnes, qui sont contractées *intuitu personae* (2), mais elle demeure sans effet dans les sociétés de capitaux (3), sauf dans le cas exceptionnel où il serait démontré, en fait, que l'erreur sur l'identité de l'un des autres associés a été la cause déterminante de l'engagement (4). Le vice de *violence* (sous la forme d'une contrainte morale, par exemple) pourrait également être invoqué dans les conditions prévues par le Code civil (art. 1111 à 1115), bien qu'il n'y en ait point d'exemple en jurisprudence. Le *dol* vicie le consentement s'il a exercé une influence déterminante sur ce dernier (Code civ., art. 1116) et pour autant qu'il émane d'autres associés.

Suivant M. FREDERICQ (*Traité*, t. IV, n° 354), le dol pratiqué par un autre associé n'entraînerait pas la nullité de la souscription (dans le même sens : Bruxelles, 20 janvier 1905, *Pas.*, 1905, II, 153). A l'appui de cette opinion, l'on fait valoir que le cocontractant de l'associé trompé est la société elle-même. N'est-ce pas perdre de vue que la société n'existe, comme personne juridique distincte, que par l'effet d'une convention conclue *entre les associés* ? Il n'y a donc aucune raison d'écarter en cette matière l'application de l'article 1116 du Code civil : voy., en ce sens : RESTEAU, t. I^{er}, n° 522 ; cf. RIPERT, n° 624. Pour le cas d'augmentation du capital d'une société par actions, voy. *infra*, n° 819.

(1) RIPERT, n° 624.

(2) et (3) *Rép. prat. dr. belge, v° Société (Contrat de)*, nos 561 et 563, ainsi que les références citées.

(4) RESTEAU, t. I^{er}, n° 515.

318. Conséquences. — Les vices du consentement entraînent des conséquences fort différentes, selon que la société est de personnes ou de capitaux.

1^o Dans les *sociétés de personnes*, le vice du consentement est une clause de nullité du contrat. Nullité *relative*, sans doute, en ce sens que seul le contractant dont le consentement a été vicié peut s'en prévaloir, mais, s'il s'en prévaut, la nullité sera prononcée à l'égard de toutes les parties. Le contrat étant conclu *intuitu personae*, la disparition du consentement de l'un des contractants doit nécessairement faire tomber le contrat tout entier. La personne juridique à laquelle le contrat avait donné naissance disparaîtra avec lui, car elle ne joue qu'un rôle accessoire dans ces sortes de sociétés (1).

Mais la nullité de la société ne libérera pas les associés en nom collectif ou commandités — même celui ou ceux dont le consentement avait été vicié — des engagements qu'ils ont pris envers les tiers. Les créanciers sociaux auront, en outre, une action directe contre les associés commanditaires, à concurrence de leur apport en commandite (voy. *infra*, n^o 441). D'autre part, la disparition de l'être moral ne peut nuire aux tiers de bonne foi qui ont contracté avec la société : les associés (ainsi que leurs créanciers personnels) ne pourront disposer de l'actif social qu'après avoir désintéressé les créanciers sociaux (2).

2^o Le caractère institutionnel des *sociétés de capitaux* a conduit le législateur à limiter très strictement, dans ces sociétés, l'effet des vices du consentement. A l'encontre du droit commun, ils n'entraînent pas la nullité de la personne juridique, ni même celle du « contrat » de société, mais seulement la nullité de l'obligation assumée, envers la société, par l'associé dont le consentement a été vicié. Cet associé disparaissant, il sera remplacé, aussi bien *inter partes* qu'à l'égard des tiers, par les fondateurs — qui seront tenus en ses lieu et place (art. 35). Les sociétés de personnes à responsabilité limitée sont soumises au même régime (art. 123, 2^o).

Libéré envers la société, l'associé dont le consentement a été vicié reste-t-il tenu envers les tiers, et ceux-ci pourraient-ils, en se fondant sur la publication que l'associé avait laissé faire de sa souscription (désormais annulée), le contraindre à les payer, dans les limites de l'apport qu'il avait

(1) Voy. *supra*, n^o 302.

(2) Sur l'autorité de la chose jugée du jugement prononçant la nullité, voy. *infra*, n^o 389.

promis (1)? Par un arrêt de principe solidement motivé (2), la Cour de cassation s'est prononcée pour la solution négative : la publicité prescrite par la loi informe les tiers de l'existence de l'obligation souscrite par chacun des actionnaires, mais ne leur en garantit pas la validité. La responsabilité légale des fondateurs assure d'ailleurs aux tiers, en pareil cas, la protection nécessaire.

319. Les sociétés fictives ou simulées. — Si le contrat est fictif et ne correspond pas à l'intention réelle des participants, il y a simulation. Les sociétés commerciales fictives ne sont pas rares : la création d'une société apparente permet de dissimuler une exploitation personnelle et d'échapper à la responsabilité illimitée que cette exploitation comporte normalement pour celui qui s'y consacre ; parfois, la société fictive est destinée à soustraire les biens d'un apporteur aux poursuites de ses créanciers personnels (3). Les praticiens paraissent cependant ignorer les conséquences de cette situation, ce qui explique la rareté des décisions judiciaires en cette matière.

Sans qu'il soit question d'étudier ici, dans son ensemble, la théorie de la simulation dans les actes juridiques (4), il convient d'examiner les conséquences qu'entraîne entre les parties, d'une part, et, d'autre part, à l'égard des tiers, le caractère fictif d'une société commerciale.

La jurisprudence française, ainsi que nous le verrons ci-après, applique volontiers les règles de la simulation au cas des sociétés commerciales. Il ne suffit pas, cependant, pour qu'il y ait simulation véritable, que l'un des associés — souvent une autre société — se soit réservé, par une participation prépondérante, la maîtrise effective de l'affaire. La société, bien qu'existante, sert alors de *prête-nom* à celui qui en est le maître : cf. COULOMBEL, *op. cit.*, p. 56 et suivantes, et les références citées par l'auteur. Celui qui s'est ainsi servi de la forme juridique de la société pour exercer

(1) En ce sens : RESTAUX, t. I^{er}, n^{os} 517 à 521.

(2) 4 mars 1887, *Pas.*, 1887, I, 119. Dans le même sens : Bruxelles, 22 janvier 1930, *B. J.*, 1930, col. 250 ; comme le souligne une note sous ce dernier arrêt, la solution serait évidemment différente si l'associé dont il s'agit avait lui-même la qualité de fondateur, puisqu'il demeurerait alors obligé en cette dernière qualité, par application de l'article 35.

(3) Voy. sur les mobiles divers qui incitent à la création de sociétés commerciales fictives : P. PIC, « De la simulation dans les actes de société », *Dall. hebdom.*, 1935, *Chron.*, p. 33 ; P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, p. 63 et suivantes. Comp. Gand, 17 mai 1952, *Rev. prat. soc.*, 1953, p. 42.

(4) Cette théorie est exposée très complètement dans les *Traité*s de M. DE PAGE (t. II, n^{os} 617 à 646, et t. III, n^{os} 257 à 260) et de DEMOGUE (*Obligations*, t. I^{er}, n^{os} 159 à 172, et t. VII, n^{os} 1140 à 1144).

une activité à son profit personnel n'en sera pas moins exposé à la faillite : voy. RIPERT, n° 2538 (la jurisprudence, sur ce point, a été consacrée par le décret-loi du 8 août 1935, dont le législateur belge pourrait utilement s'inspirer). La même situation se présente si, au cours de l'existence d'une société régulièrement constituée, un des associés acquiert une influence prépondérante.

Selon certains auteurs (voy. note H. ROUSSEAU, *Sirey*, 1929, 1, 289), le caractère institutionnel des sociétés commerciales, ou, tout au moins, de la société anonyme, s'opposerait à toute application, en cette matière, de la théorie de la simulation ; il n'y aurait donc jamais de société commerciale fictive. Mais, comme nous l'avons vu, la société commerciale, malgré le caractère institutionnel qu'elle a pris, tire son origine d'un ensemble de volontés sans lesquelles elle ne peut se constituer (*supra*, n° 311). D'autre part, à défaut d'intention réelle, il n'y a point d'intérêts distincts susceptibles de justifier la personnalité juridique (cf. *infra*, n° 352 et suiv. ; voy., dans notre sens : COULOMBEL, *op. cit.*, p. 67).

320. Situation des associés en cas de simulation. —

Chacune des parties au contrat peut faire constater judiciairement, à l'égard des autres, la simulation. Mais, sauf le cas de fraude, le demandeur ne pourra faire la preuve de cette simulation que par la production d'un écrit. En effet, le contrat apparent aura nécessairement fait l'objet d'un acte spécial, comme l'exige l'article 4 ; or, dans les cas exceptionnels où la loi commerciale impose la rédaction d'un acte écrit, la preuve par témoins ou par présomptions n'est pas admise contre et outre le contenu de l'acte (1). Il en serait autrement si la société apparente était une association en participation ou momentanée, pour lesquelles tous les modes de preuve commerciaux sont admissibles (cf. art. 5).

Les associés ne pourraient cependant jamais opposer *aux tiers* le caractère fictif de la société : RIPERT, n° 625, et les références citées.

321. Droits des tiers. — a) Les tiers peuvent intenter contre la société et les associés *l'action en déclaration de simulation*. Pour que leur action soit recevable, ils ne doivent pas nécessairement établir qu'ils ont éprouvé un préjudice ; il suffit qu'ils justifient d'un intérêt ; il ne faut pas non plus que le titre invoqué par eux soit antérieur à l'acte simulé (2).

(1) Cf. *infra*, t. II ; voy. NOVELLES, *Droit commercial*, t. I^{er}, De la preuve des engagements commerciaux, n° 17.

(2) Sur ces différents points, voy. DE PAGE, t. II, n° 642 ; DEMOGUE, t. I^{er}, n° 162 ; *caes. fr., civ.*, 11 avril 1927, *D. P.*, 1929, 1, 25.

En pratique, ce sont souvent les créanciers personnels des associés qui ont intérêt à faire constater le caractère fictif de la société : voy., par exemple, Aix, 14 mai 1934, *D. P.*, 1934, 2, 57 et note PIC ; si l'un des associés est en faillite, le curateur s'efforcera, par la voie de l'action en déclaration de simulation, de faire rentrer dans la masse l'actif prétendument apporté par le failli à la pseudo-société : voy., par exemple, Req., 13 mai 1929, *D. P.*, 1930, 1, 128. Ceux qui ont contracté avec la société apparente peuvent aussi avoir intérêt à démasquer les personnes physiques qui se dissimulent sous son couvert (voy., par exemple, comm. Bruxelles, 27 janvier 1940, *Rev. prat. soc.*, 1940-1946, 346).

Différente de l'action paulienne, l'action en déclaration de simulation n'exige point la preuve d'une fraude dans le chef des contractants apparents ; il suffit de prouver le caractère fictif de l'acte, et les tiers peuvent administrer cette preuve par toutes voies de droit (1).

L'action tend-elle à faire prononcer la nullité de la convention fictive, ou à faire constater son inexistence, comme on l'enseigne parfois (2) ? Il semble plutôt qu'elle ait pour objet de faire déclarer la convention *inopposable* au demandeur (3) ; les droits de ce dernier seront donc appréciés comme si la convention n'existait pas : s'il est créancier d'un associé, il pourra se payer sur les biens que son débiteur a apportés à la société fictive ; s'il a traité avec la société fictive, il pourra s'en prendre aux associés eux-mêmes, qui ont fait le commerce sous le couvert d'un être moral purement factice.

b) Le jugement rendu sur la demande d'un tiers et déclarant l'acte simulé n'aura d'effet qu'entre les parties, par application de l'article 1351 du Code civil (4). Entre les contractants et à l'égard de tous les autres intéressés, l'acte apparent subsistera, tout au moins provisoirement (5).

c) Jamais *les tiers* qui ont traité *de bonne foi* avec la société fictive, sur le vu des statuts publiés, ne pourront être lésés par un jugement, rendu à la requête d'un autre intéressé, et qui déclarerait la société simulée ; il en serait ainsi même si ces tiers

(1) DE PAGE, t. II, nos 642 et 645 ; DEMOGUE, t. I^{er}, n° 170. *Contra* : PIC, *loc. cit.* ; cet auteur enseigne à tort, selon nous, que seule la simulation *frauduleuse* peut être déclarée judiciairement.

(2) Action en nullité : RIPERT, n° 625 ; en constatation d'inexistence : PIC, *Dall. hebdom.*, 1935, Chron., p. 37.

(3) Cf. DE PAGE, t. II, n° 640.

(4) PLANIOL et RIPERT, t. VII, n° 974.

(5) DEMOGUE, t. VII, n° 1143 ; PLANIOL et RIPERT, *loc. cit.*

avaient été mis en cause pour que le jugement leur fût commun. Les créanciers sociaux seront donc payés en premier lieu à l'aide de l'actif apparent de la société simulée ; le demandeur en simulation ne pourra exercer ses droits que sur le solde éventuel (1). Les tiers acquéreurs de bonne foi ne pourront être inquiétés.

Cette solution, fondée sur la théorie de l'apparence, l'emporte en doctrine et est consacrée par une partie importante de la jurisprudence. Elle est la plus rationnelle et la plus juridique (2). Elle s'impose tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'un acte juridique qui donne naissance à une institution, comme la société anonyme, dont les statuts sont rendus publics et dont le caractère factice ne peut normalement être soupçonné par les tiers.

L'action en déclaration de simulation risque donc de rester sans effet utile, lorsque le patrimoine apparent de la société fictive est entièrement absorbé par l'apurement de son passif, ou s'il a été dissipé. Le demandeur pourrait, en pareil cas, réclamer, en vertu de l'article 1382 du Code civil, à tous ceux qui ont participé à la création de la société fictive, la réparation du préjudice éprouvé par lui (3).

322. Déguisement de la forme juridique. — Si le déguisement avait porté seulement sur la *forme* de la société, tout intéressé pourrait, par l'action en déclaration de simulation, faire restituer à la société la forme juridique correspondant à la volonté réelle des fondateurs. La société déguisée pourrait alors être déclarée nulle si elle n'était pas régulière (si, par exemple, une société en nom collectif constituée sans acte spécial avait été déguisée sous l'apparence d'une association en participation).

§ 2. — Capacité des contractants.

323. Capacité requise. — Toute personne ayant la capacité de contracter peut être partie à un contrat de société. La participation à ce contrat (4) est un acte de disposition ou un acte

(1) Note A. C., *Dall. pér.*, 1930, 1, 128.

(2) DEMOGUE, t. I^{er}, nos 163 et 165 et les références citées ; AUBRY et RAU, t. IV, § 313, texte et note 53 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. I^{er}, n^o 740 ; GROUBER, *De l'action paulienne en droit civil français*, n^o 340 ; cass. fr., Soc., 14 décembre 1944, *Sirey*, 1946, I, 105, note R. PLAISANT. *Contra* : DE PAGE, t. III, n^o 260 ; PLANIOL et RIPERT, t. VII, n^o 975.

(3) Voy. par exemple : Bruxelles, 4 avril 1936, *Belg. jud.*, 1937, col. 149 ; comm. Bruxelles, 25 novembre 1950, *Jur. com. Brux.*, 1952, 80, et DEMOGUE, t. VII, n^o 1143.

(4) Il s'agit, bien entendu, de la *conclusion* même du contrat — et non de l'acquisition de parts ou d'actions dans une société existante ; les conditions dans lesquelles un incapable peut procéder à une telle acquisition sont étrangères à la question traitée ici.

d'administration, selon que l'apport promis a pour objet la propriété de certains biens ou seulement leur jouissance. Les formalités à observer pour que le consentement d'un incapable soit valablement exprimé et pour que l'apport promis ne puisse être contesté, seront principalement déterminées d'après cette distinction (1). On admet, toutefois, que les formalités spéciales de la loi de 1816 ne s'appliquent pas à l'apport d'un immeuble en société par un mineur (2).

Si la société est *commerciale*, les règles sont-elles différentes? La réponse dépend de celle que doit recevoir une question préalable : la participation à une telle société est-elle, en soi, un acte de commerce? En général, non (3). Mais il peut en être autrement dans deux cas :

1^o Si, en raison de la forme juridique de la société et des obligations personnelles qu'assume l'associé, ce dernier acquiert la qualité de commerçant. Telle est la situation des associés en nom collectif, des commandités, des associés momentanés, des associés gérants d'une participation ou encore des coopérateurs — dans le cas, exceptionnel en pratique, où ils sont responsables solidairement et indéfiniment des engagements sociaux (4).

Les conditions spéciales requises pour l'accomplissement d'un acte de commerce par un mineur devront alors être remplies (5); d'autre part, la participation à la constitution de la société ne sera pas possible pour les incapables qui ne peuvent exercer de profession commerciale (le prodigue (6), par exemple).

2^o Si l'associé était déjà commerçant, et si sa participation à la constitution de la société n'est pas étrangère à l'exercice de son commerce.

(1) Elle nous paraît plus rationnelle que celle proposée par M. FREDERICQ (*Principes*, t. II, n^o 574) et fondée sur l'étendue de la responsabilité de l'associé. Voy., dans le même sens : DE PAGE, t. V, n^o 51. Pour l'application : *Rép. prat. dr. belge*, v^o *Société (Contrat de)*, n^{os} 78 à 84 (mineur non émancipé); n^{os} 89 à 95 (mineur émancipé); n^{os} 99 et 100 (interdit judiciaire); n^o 105 (prodigue); n^o 106 (interdit légal); n^{os} 110, 128 et 137 (femme mariée).

(2) *Rép. prat. dr. belge*, v^o *Minorité*, n^o 1248.

(3) NOVELLES, *Des commerçants*, n^o 395; le seul fait que, dans une société commerciale quelconque, l'associé a la qualité de fondateur, ne donne pas un caractère commercial à ses engagements : NOVELLES, *op. cit.*, n^o 396; J. VAN HOUTTE, *op. cit.*, n^o 69.

(4) NOVELLES, *op. cit.*, n^{os} 391 à 394bis.

(5) Cf. *Rép. prat. dr. belge*, v^o *Société (Contrat de)*, n^o 98.

(6) *Rép. prat. dr. belge*, v^o *cit.*, n^o 104.

Lorsqu'il s'agit d'un incapable, régulièrement autorisé à faire le commerce, pourra-t-il prendre part seul, sans nouvelle autorisation ni formalité, à la constitution d'une société commerciale? On l'admet généralement pour le mineur (1). Mais le même droit est traditionnellement refusé, au contraire, à la femme mariée (2); toutefois, ce refus ne semble justifié que dans le cas où il s'agit d'une société de personnes (3), voire même au seul cas où, dans une telle société, la femme mariée assumerait des obligations qui lui conserveraient la qualité de commerçante pendant toute la durée de la société (4).

324. Effets de l'incapacité d'un associé. — Elle entraîne la nullité relative du contrat, comme les vices du consentement (voy. *supra*, n° 318). Dans les sociétés de capitaux, la nullité affecte seulement les engagements de l'incapable; le contrat subsiste entre les autres participants, et les associés fondateurs seront tenus aux lieu et place de l'associé dont l'engagement est annulé; ce régime, organisé par la loi en matière de sociétés anonymes (art. 35, 5^o), est applicable aussi à la commandite par actions (art. 107 et 108) et à la société de personnes à responsabilité limitée (art. 123, 2^o) (5).

325. Les sociétés entre époux. — La doctrine, en Belgique comme en France (6), enseigne généralement qu'aucun obstacle légal n'empêche, *a priori*, deux époux de constituer, soit avec d'autres, soit même entre eux seuls, une société commerciale, ou de devenir l'un et l'autre associés ou actionnaires pendant le cours de l'existence de la société. La jurisprudence est, cependant, fort divisée sur cette question (7).

Le principe de la licéité des sociétés entre époux comporte d'ailleurs une restriction essentielle, qui, dans bien des cas, conduira en pratique à la solution inverse : il faut que les clauses

(1) *Rép. prat. dr. belge*, v^o *cit*^o, n^{os} 96 et 97, ainsi que les références citées; FREDERICQ, *Principes*, t. II, n^o 575.

(2) DE PAGE, t. I^{er}, p. 661, note; *Rép. prat. dr. belge*, v^o *cit*^o, n^{os} 130 à 136; FREDERICQ, *Principes*, t. II, n^o 576; *contra* : NOVELLES, *op. cit.*, n^o 682.

(3) *Rép. prat. dr. belge*, v^o *cit*^o, n^o 135 et les références.

(4) *Cf. Rép. prat. dr. belge*, v^o *cit*^o, n^o 133; J. VAN HOUTTE, *op. cit.*, p. 143, note 1.

(5) J. VAN HOUTTE, *op. cit.*, n^{os} 115 et 118.

(6) Voy. l'étude très complète de M. R. PIRET, « De la validité des sociétés entre époux », *Rev. prat. not.*, 1939, p. 593 et suivantes; FREDERICQ, t. I^{er}, n^o 96; *Rép. prat. dr. belge*, v^o *Société (Contrat de)*, n^{os} 138 à 157; DE PAGE, t. V, n^o 52; voy. cependant RIPERT, n^o 631. Pour la France : voy. J. RAULT, *Rev. trim. dr. comm.*, 1951, p. 769.

(7) Voy. les références citées par M. Piret. La jurisprudence française reste, dans l'ensemble, hostile aux sociétés entre époux : voy. RIPERT, n^{os} 630 et 631.

du pacte social ne fassent pas obstacle à l'application des dispositions légales, d'ordre public, touchant l'autorité maritale, les pouvoirs du mari comme chef de la communauté et l'immutabilité des conventions matrimoniales. Le législateur lui-même, en autorisant expressément la participation simultanée de deux époux dans une société de personnes à responsabilité limitée, a pris soin de consacrer la restriction admise par les auteurs (art. 119, al. 2).

Cette exigence, à laquelle il n'est pas aisé de se conformer (1), fera souvent planer sur la société un risque grave, car s'il apparaît que la condition n'est pas remplie, la sanction sera la nullité absolue. Il n'est pas possible d'entrer ici dans l'examen détaillé des difficultés multiples que peut soulever ce problème particulièrement ardu, qui relève principalement du droit civil. S'il s'agit d'une société de capitaux ou d'une société mixte (société de personnes à responsabilité limitée ou société coopérative), et que les statuts ne confèrent à aucun des époux des fonctions de gestion ou de contrôle, la validité de la société ne pourra faire l'objet d'aucune contestation sérieuse. Les décisions qui admettent la nullité concernent au contraire toujours des sociétés de personnes.

§ 3. — *Objet et cause licites.*

326. L'objet et la cause dans le contrat de société. — Comme dans toutes les conventions, les obligations auxquelles donne naissance le contrat de société doivent avoir un objet et une cause licites (Code civ., art. 1108).

Les deux notions sont étroitement liées lorsqu'il s'agit d'un contrat de société. L'objet s'entend ici, en effet, en un double sens. Il désigne tout d'abord les apports que les associés s'engagent à mettre en commun. Il serait illicite, si l'on mettait en commun une chose contraire aux bonnes mœurs (une maison de tolérance, une maison de jeux de hasard) ou une chose hors du commerce, ou une chose que la loi interdit de mettre en société.

Mais l'objet du *contrat* de société — auquel fait allusion l'article 1833 du Code civil — c'est l'activité économique que les associés se proposent d'exercer en commun en vue d'en partager les bénéfices, et la considération de cette activité future est la *cause* des engagements qu'assument les associés (RIPERT, n° 633; cf. CAPITANT, *De la cause des obligations*, n° 19) (2).

(1) Cf. *Rép. prat. dr. belge*, v° *civ*, n° 155 et les références.

(2) Comme le fait observer H. CAPITANT, la « cause » de l'engagement de chaque associé est plus complexe dans les sociétés de personnes : elle comprend à la fois

L'exploitation envisagée doit être possible; elle doit également être licite (c'est-à-dire n'être contraire ni à la loi, ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public), faute de quoi les obligations nées du contrat auraient une *cause* illicite et seraient nulles (Code civ., art. 1133; RIPERT, n° 644).

L'objet — pris dans les deux sens que nous venons d'indiquer — doit être « déterminé » (cf. Code civ., art. 1129). Le contrat doit indiquer tout au moins le genre de commerce ou d'industrie que les associés se proposent d'exercer en commun: RIPERT, n° 642.

SECTION II. — CARACTÈRES SPÉCIFIQUES DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

327. Enumération. — La convention par laquelle plusieurs personnes se groupent en vue de l'exercice d'une activité déterminée ne constitue un contrat de société que si trois conditions spéciales sont remplies :

1° L'activité projetée doit être exercée en vue de réaliser et de partager les *bénéfices* qui pourront en résulter (Code civ., art. 1832).

2° Chacun des associés doit faire un *apport* (Code civ., art. 1833).

3° Les associés doivent avoir l'intention de se traiter comme des égaux, comme des collaborateurs (*jus fraternitatis*).

§ 1^{er}. — *L'intention de réaliser des bénéfices et de les partager.*

328. L'intention lucrative. — Pour qu'il y ait société, il faut un accord entre les parties en vue de réaliser un bénéfice. L'intention lucrative distingue les sociétés des autres groupements conventionnels et les oppose aux associations, dont l'activité, tout en étant souvent inspirée par un mobile intéressé, ne peut avoir pour but principal la recherche du gain: tel est le cas, notamment, des unions professionnelles.

la volonté d'obtenir la réalisation des apports promis par les autres et l'intention de réaliser l'exploitation projetée; dans les sociétés de capitaux, au contraire, le premier élément passe à l'arrière-plan: si l'un des adhérents ne fournit pas son apport, le contrat ne sera pas nécessairement résolu.

La terminologie est d'ailleurs incertaine, et le législateur ne se soucie pas toujours de la distinction que nous venons de rappeler : les « associations » momentanées et en participation, prévues par les articles 3 et 5 du titre IX du Code de commerce, sont incontestablement des sociétés ; les mêmes confusions sont faites en France : RIPERT, n^o 578.

Lorsque la société a un objet commercial, l'intention de réaliser un bénéfice est présumée, puisque, selon la théorie classique, les actes de commerce sont « réputés », sauf preuve contraire, inspirés par un mobile spéculatif. Mais la circonstance que la société a seulement la *forme* commerciale est, à cet égard, indifférente (voy. *supra*, n^o 142).

329. Les bénéfiques : avantages matériels de nature patrimoniale. — Par « bénéfice », on entend un avantage patrimonial. Il ne suffit donc pas que le groupement soit inspiré par un mobile intéressé (la défense des intérêts matériels de ses membres, par exemple). Sur ces différents points, voy. : FREDERICQ, *Traité*, t. IV, n^o 44 ; RIPERT, n^o 579 ; DE PAGE, t. V, p. 16 et 70 ; cass. fr., ch. réunies, 11 mars 1914, *D. P.* 1914, 1, 257.

Selon l'opinion dominante, l'avantage ne peut consister qu'en un *gain* matériel, en un *accroissement* du patrimoine. Cette interprétation restrictive est la source de nombreuses difficultés et de distinctions arbitraires, — nouvelle manifestation du caractère désuet et du rôle stérilisant que joue souvent en droit commercial la notion du « but de lucre ». Incorporée par le Code civil dans la définition du contrat de société, elle doit permettre de distinguer, parmi les groupements conventionnels, ceux qui se rattachent à l'activité économique. Mais elle ne remplira utilement cette fonction que si elle est entendue raisonnablement, c'est-à-dire dans un sens large. L'intention de réaliser un bénéfice existe dès l'instant où le but recherché est d'obtenir un avantage matériel, patrimonial, sans que cet avantage doive se traduire nécessairement par un gain. Tout comme le dommage, au sens large, peut résulter de la privation d'un gain, le bénéfice, entendu largement, peut consister à neutraliser une perte ou à éviter une dépense.

L'interprétation large que nous proposons évite bien des difficultés. Elle permet, notamment, de reconnaître que la convention d'assurance mutuelle est une société (elle sera commerciale s'il s'agit d'assurances maritimes : voy. *supra*, n^o 56). Elle supprime l'« anomalie » que constitue, selon l'opinion que nous combattons, le fait que les coopératives de consommation constituent des sociétés commerciales (DE PAGE, t. V, p. 23 et 24, texte et note 5 de la page 24). Les arguments d'autorité que l'on invoque contre elle sauraient d'autant moins prévaloir qu'ils sont eux-mêmes fort contestables et qu'on peut leur opposer la tradition la plus ancienne (*Rép. prat. dr. belge*, v^o *Société (Contrat de)*, n^o 320).

§ 2. — *Nécessité d'un apport par chaque associé.*

330. Principes. — La nécessité des apports résulte de l'article 1833, alinéa 2, du Code civil : chaque associé doit apporter à la société soit de l'argent, soit d'autres biens, soit son industrie, c'est-à-dire son activité. Tout bien quelconque peut faire l'objet d'un apport en société, à la condition d'avoir une valeur appréciable en argent : Liège, 2 mai 1933, *Pas.*, 1933, II, 215.

Si les contractants n'effectuent aucun apport, il n'y a point de société, faute d'un élément essentiel. D'autre part, celui qui ne contribue pas à la mise en commun des apports n'est pas un associé, même si le contrat lui octroie une part des bénéfices : FREDERICQ, t. IV, n° 33.

331. Les diverses espèces d'apports. — L'article 1833 du Code civil en distingue trois :

1^o Apport *en argent* : Lorsque l'apport promis consiste en une somme d'argent, les intérêts sont dus de plein droit à compter du jour où la somme devait être versée, et l'apporteur peut être condamné, en outre, à des dommages-intérêts compensatoires, s'il est démontré que la société a subi un préjudice qui dépasse le montant des intérêts de retard. Cette double dérogation au droit commun résulte de l'article 1846 du Code civil.

On admet en général qu'une somme d'argent peut être apportée en jouissance seulement ; les droits de l'apporteur, en ce cas, sont parfois malaisément déterminables (cf. FREDERICQ, t. IV, n° 40 ; note J. LIMPENS, *Rev. crit. jur. belge*, 1947, 251).

2^o Apport *en nature* : C'est celui qui a pour objet tous les biens, corporels et incorporels, autres que l'argent : immeubles, marchandises, mobilier, créances, brevets, marques, fonds publics, concessions administratives, fonds de commerce. Il peut être fait en propriété ou en jouissance ; dans ce dernier cas, la situation de la société est comparable à celle d'un usufruitier ou d'un locataire ; l'apporteur demeure propriétaire et conserve les risques à sa charge, — sous réserve de l'application des règles du quasi-usufruit (lorsque l'apport consiste en choses consommables et dans les autres cas prévus par l'article 1851, alinéa 2, du Code civil).

3^o Apport *en industrie* : Il consiste en l'engagement d'exercer

une activité personnelle au profit de la société. Il est fréquent dans les sociétés de personnes, mais il n'est pas compatible avec les règles organiques des sociétés de capitaux : voy. *infra*, n^o 334. La prestation promise se réalisera d'une manière successive; elle s'exercera à l'échelon supérieur de la direction, faute de quoi on serait en présence, non d'un associé, mais d'un employé rémunéré par une part de bénéfices (RIPERT, n^o 635; comm. Alost, 20 janvier 1931, *Jur. com. Fl.*, 1931, p. 164).

L'engagement de l'apporteur implique l'interdiction d'exercer la même activité pour son profit personnel ou au profit d'autres entreprises : il doit compte à la société de tous les gains qu'il fait « par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société » (Code civ., art. 1847). Mais l'apporteur peut exercer une activité différente, en dehors du cadre de la société, si la convention ne le lui interdit pas et si cette activité parallèle ne l'empêche pas de consacrer aux affaires de la société le temps nécessaire (ESCARRA, t. I^{er}, n^o 522).

L'apport en industrie peut-il consister en un travail déjà accompli (recherches, démarches, études) ou en un « crédit personnel » que l'associé met à la disposition de la société en lui permettant, par exemple, de faire usage de son nom commercial (1)? On l'enseigne souvent : DE PAGE, t. V, p. 82; FREDERICQ, t. IV, n^o 38; ESCARRA, t. I^{er}, n^o 522; PIC et KRÉHER, t. I^{er}, p. 38, note 2. A s'en tenir aux principes, on devrait distinguer selon que le résultat des recherches ou des travaux faits représente, ou non, une valeur estimable en argent. Dans l'affirmative, c'est ce résultat qui est apporté à la société, et il s'agit d'un apport en nature, non en industrie. Dans le cas opposé, il n'y a pas, à proprement parler, d'apport mis en commun; toutefois, comme un service a été rendu aux associés et que ceux-ci le rémunèrent généralement par l'octroi d'une participation bénéficiaire (représentée par des « parts de fondateur », s'il s'agit d'une société anonyme), on assimile, en pratique, les services ainsi rendus à un apport en industrie (assimilation critiquée à juste titre par RIPERT : n^o 635); ce n'est là qu'un artifice.

L'apport du droit au nom commercial constitue toujours un apport en nature; ce droit, qui a une valeur marchande, deviendra l'un des éléments du fonds de commerce de la société.

332. Nature de l'apport en société. — L'apport est l'opération par laquelle les biens mis en commun sont placés à la dis-

(1) La promesse d'apporter un crédit *politique* serait un trafic d'influence, contraire à l'ordre public.

position de la société. L'apporteur doit donc *transférer* à la société *ses droits* sur le bien constituant son apport.

Lorsque l'apport est fait en propriété, il ressemble à une vente ; l'assimilation permet d'appliquer à l'apporteur les mêmes règles qu'au vendeur pour l'acquisition de la propriété, le transfert des risques, la garantie. Mais elle n'est pas complète : l'apporteur ne reçoit pas de prix, en contrepartie de son apport, mais seulement une part d'associé (1), et l'on a pu soutenir que la mutation de propriété n'est pas définitive, puisque, à la dissolution de la société, le bien pourrait être restitué à l'apporteur, s'il était placé dans son lot. Aussi l'apport en société n'est-il pas soumis au droit de mutation, mais à un droit d'enregistrement spécial, beaucoup moins élevé (Code des droits d'enregistrement, art. 115 et suiv.).

Pour rendre opposable aux tiers l'entrée de l'apport dans le patrimoine de la société, il faut accomplir les formalités prévues par la loi, selon la nature des biens apportés : Code civil, article 1690, pour les créances, transcription pour les immeubles, etc.

Si l'apport est fait en jouissance, c'est l'usage de la chose qui doit être transféré à la société, comme s'il s'agissait d'un bail (lorsque l'apport consiste en un corps certain) ou d'un quasi-usufruit (lorsqu'il consiste en choses consommables) : Code civil, article 1851 ; PIC et KRÉHER, t. 1^{er}, nos 41 et 42.

333. Garantie de l'apport. — L'apporteur garantit l'existence de l'apport qu'il fait. Si l'apport est inexistant, ou fictif (étant, par exemple, grevé de charges réelles qui en absorbent toute la valeur), les engagements des associés sont nuls, celui de l'apporteur pour défaut d'objet, celui des autres pour défaut de cause (voy. *supra*, n° 326). Le contrat de société demeurera donc sans effet, s'il s'agit d'une société de personnes ; s'il s'agit d'une société de capitaux, la responsabilité des fondateurs (pour défaut de souscription intégrale du capital social) entrera en jeu ; les engagements des autres associés demeureront valables (sauf s'ils étaient viciés par dol ou par l'effet d'une erreur substantielle). L'inexistence de l'apport pourrait même rendre impossible la réalisation de l'objet social (s'il s'agit d'un brevet, par exemple), ce qui rendrait la société nulle, faute d'objet (voy. *supra*, n° 326).

(1) Si un prix était stipulé, il y aurait vente, et non apport en société : RIPERT, n° 637.

L'apporteur est tenu de la garantie d'éviction, « de la même manière qu'un vendeur » (Code civ., art. 1845); mais, suivant l'opinion dominante, l'éviction, même complète, *d'un seul apport* n'entraînera jamais que les conséquences attachées par la loi à l'éviction partielle, puisque la société conserve les autres apports : PIC et KRÉHER, t. I^{er}, n^o 29; cf. Bruxelles, 16 janvier 1885, *Pas.*, 1885, II, 301. On étend aussi à l'apporteur la garantie des vices, telle qu'elle est régie par les articles 1641 et suivants du Code civil.

334. Capital social et évaluation des apports. — Le capital initial d'une société, ou *capital social*, ne se confond pas avec l'ensemble des apports. Il comprend seulement les apports estimables en argent et susceptibles d'être réalisés, s'il y a lieu, soit volontairement, soit sur la poursuite des créanciers. Il est constitué, en d'autres termes, par les éléments du patrimoine social originaire, qui forme le gage commun des créanciers de la société, lorsqu'elle est douée de la personnalité juridique.

Les apports *en industrie* n'en font point partie, puisqu'ils ne sont pas susceptibles de réalisation forcée et ne représentent donc aucune garantie tangible pour les créanciers sociaux. Dans les sociétés de capitaux, il serait d'ailleurs impossible d'englober parmi les éléments du capital la promesse d'un concours actif, c'est-à-dire de prestations successives, puisque la loi exige que le capital de ces sociétés soit immédiatement libéré dans la mesure qu'elle indique. Les parties peuvent néanmoins attribuer une valeur à l'apport en industrie; elles devront même le faire pour déterminer la part de l'apporteur dans les bénéfices (cf. Code civ., art. 1853) ou la part qui lui sera attribuée lors du partage après la dissolution de la société. Mais jamais cette valeur ne pourra être comprise dans le capital social; dans les sociétés anonymes, les apports de ce genre ne peuvent donc être rémunérés par des actions « représentatives du capital », mais seulement par des titres bénéficiaires (voy. *infra*, n^o 512 et suiv.). Leur rémunération est impossible dans les sociétés de personnes à responsabilité limitée, et dans les sociétés coopératives, qui ne peuvent créer de titres « non représentatifs du capital » (art. 124, al. 2, et 141, modifié par la loi du 28 septembre 1932).

Les apports faits sous forme de « démarches, recherches, études » (voy. *supra*, n^o 331) ne peuvent pas non plus être englobés dans le capital; on ne peut, en effet, les considérer comme un actif susceptible de réalisation forcée.

La *valeur* des apports qui constituent le capital originaire est, en principe, estimée librement par les associés eux-mêmes, et l'évaluation faite dans l'acte de société les lie définitivement

— sauf s'ils ont été frauduleusement induits en erreur. Il ne peut donc être question, si l'apport consiste en un immeuble, d'une action en rescision pour cause de lésion (cf. RIPERT, n° 640). L'exagération de la valeur attribuée aux apports n'ouvre aucun recours aux associés entre eux ou contre la société, sauf le cas de fraude, ou encore si la valeur réelle de l'apport était pratiquement nulle — ce qui permettrait de soutenir que l'apport lui-même est inexistant (voy. *supra*, n° 333).

335. Importance du capital social. — Dans toutes les sociétés, la comparaison entre la valeur du capital social (c'est-à-dire du patrimoine initial), et celle de l'avoir social net, à un moment quelconque de la vie de la société, permet d'apprécier si celle-ci est en bénéfice ou en perte. Mais dans les sociétés où la responsabilité de tous les associés, ou de certains seulement, est limitée à leur mise, la valeur du capital social exprime en outre la limite au-dessous de laquelle il est interdit de ramener l'avoir social net par des distributions de dividendes ou par des remboursements aux associés. La société doit conserver en un avoir réel, pour la garantie de ses créanciers, un actif net au moins égal au capital originaire. C'est le principe de l'*intangibilité du capital social* : cass., 1^{er} mars 1928, *Pas.*, 1928, I, 89 ; 30 janvier et 12 mai 1939, *Pas.*, 1939, I, 48 et 254 ; 14 juillet 1941, *Pas.*, 1941, I, 301.

§ 3. — *L'esprit de collaboration et d'égalité*
(Jus fraternitatis).

336. Son importance. — Les mots *jus fraternitatis* traduisent plus exactement que l'expression traditionnelle (*affectio societatis*) l'esprit de collaboration et d'égalité qui doit régner entre les associés (1).

Il sert tout d'abord de critère pour distinguer la société d'autres contrats (prêt ; ouverture de crédit : Bruxelles, 19 mai 1951, *Rev. prat. soc.*, 1951, p. 296 ; vente ; louage de services : voy. cass., 25 septembre 1947, *Pas.*, 1947, I, 381 ; mandat : voy. CAR-

(1) Les deux expressions sont empruntées au *Digeste* : voy. RIPERT, n° 622 et 623 ; DE PAGE, t. V, p. 14, note 1 ; « collaboration active, consciente et égalitaire », écrivent MM. PIC et KRÉMER (t. I^{er}, n° 72 ; comp. n° 90) ; THALLER et PERCEBROU, t. I^{er}, n° 220.

BONNIER, *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, p. 124), lorsqu'ils sont assortis d'une clause de participation aux bénéfices.

Il permet, d'autre part, de justifier et de comprendre certaines règles importantes du fonctionnement des sociétés. Son rôle n'est pas limité, à cet égard, aux sociétés de personnes. Sans doute semble-t-il, à première vue, un peu dérisoire de faire appel à cette idée ancienne lorsqu'il s'agit des sociétés anonymes, souvent gigantesques, que nous connaissons aujourd'hui. Cependant, en dépit de la métamorphose de ces grandes sociétés commerciales en institutions autonomes, l'esprit de collaboration et d'égalité qui doit régner entre les associés, demeure une règle féconde, même pour ces créations modernes, car elle tient à l'essence de tout groupement humain constitué en vue d'une fin commune (1). Elle permet de réprimer les abus ; elle empêche que les intérêts des uns soient illégitimement sacrifiés pour le profit des autres.

337. La participation aux bénéfices et aux pertes. —

L'esprit de collaboration et d'égalité exige que les clauses de l'acte de société permettent la participation de tous les associés aux bénéfices et imposent la contribution de chacun aux pertes.

Le Code civil laisse aux associés, il est vrai, toute liberté pour régler la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes ; elles ne doivent pas être égales pour tous les associés, ni proportionnelles aux apports (l'article 1853, qui prévoit cette proportionnalité, est purement supplétif) ; il ne faut pas non plus que les proportions soient les mêmes pour la répartition des bénéfices et pour celle des pertes. Un associé peut n'être tenu des pertes qu'à concurrence de son apport (s'il s'agit d'une société à responsabilité illimitée, la clause n'aura d'effet qu'entre les associés ; elle sera naturellement inopposable aux tiers). Le droit à une part des bénéfices peut aussi être subordonné à une condition.

Mais la loi déclare *nulle* la clause qui attribuerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, et celle qui affranchirait un associé de toute contribution aux pertes (Code civ., art. 1855). Ce sont les clauses *léonines*. L'une et l'autre seraient contraires au *jus fraternitatis*, incompatibles avec la nature même du contrat

(1) Le principe de l'égalité devant les charges publiques en est la manifestation sur le plan politique et administratif.

de société, — sans distinction entre sociétés de personnes ou de capitaux : voy. RIPERT, n^o 680.

Toutes les combinaisons imaginées pour aboutir au résultat que la loi prohibe sont implicitement frappées de la même sanction : clause privant l'un des associés de toute part dans les bénéfices, convention particulière par laquelle un associé garantit à un autre qu'il ne devra supporter aucune perte : RIPERT, n^o 681 ; ESCARRA, t. I^{er}, n^o 531 ; civ. Seine, 9 février 1950, *Sem. jur.*, 1950, *J.*, 5799 ; ou lui promet la restitution intégrale de son apport (Gand, 22 janvier 1944, *Rev. crit. jur. belge*, 1947, 241, note LIMPENS).

La loi édicte la nullité de la clause, mais la nullité du contrat de société lui-même en résulte nécessairement, car il s'agit d'une clause essentielle : cass. fr., civ., 23 mars 1931, *D. H.*, 1931, 285 ; req., 9 avril 1941, *D. H.*, 1941, 275 ; Gand, 22 janvier 1944, précité ; Bruxelles, 19 mai 1951, *Rev. prat. soc.*, 1951, p. 296. La double nullité ne joue, cela va de soi, que pour autant que soient réunis, par ailleurs, tous les éléments qui caractérisent le contrat de société : mise en commun d'apports, collaboration active, intention de réaliser et de partager les bénéfices (cf. RIPERT, n^o 682 ; comm. Bruxelles, 8 février 1950, *Jur. com. Brux.*, 1951, 174).

338. L'exclusion d'un associé. — Le *jus fraternitatis*, sans lequel il n'existe pas de société, permet de préciser dans quelles conditions il est licite de réserver aux associés, statuant à l'unanimité ou même à la majorité, le droit de prononcer l'exclusion de l'un d'eux. L'exclusion n'est possible qu'en cas de faute, et sauf recours de l'associé exclu aux tribunaux (RIPERT, n^o 695 ; cf. LACOUR et BOUTERON, t. I^{er}, n^o 330 ; ESCARRA et RAULT, t. I^{er}, n^o 269 ; comp. PLANIOL et RIPERT, t. XI, n^o 1067). Il s'agit alors d'une adaptation, au cas particulier de la société, du pacte commissoire exprès, dont la licéité n'est pas douteuse.

Le pouvoir *discretionnaire* de prononcer l'exclusion d'un associé serait au contraire injustifiable, même dans les sociétés de personnes (*contra* : sent. arb., 2 juillet 1921, *Pas.*, 1922, III, 138) : *Intuitus personae* permet sans doute de provoquer la dissolution de ces sociétés lorsqu'un motif sérieux la justifie, mais il n'autorise pas les décisions arbitraires. Il ne suffit pas qu'un associé ait cessé de plaire pour que les autres puissent le mettre à la porte. C'est seulement dans les coopératives, en raison de leur caractère de société ouverte, que la loi reconnaît aux rédacteurs des statuts

le droit de régler librement les conditions d'exclusion des associés (art. 145 ; cf. PIC et KRÉHER, t. I^{er}, n^o 570).

En revanche, dans les sociétés de capitaux, les statuts peuvent prévoir le rachat annuel de certains titres désignés par le sort : conclusions Picard sous req., 15 novembre 1943, *Sirey*, 1944, I, 15 ; pour les parts de fondateur, note BASTIAN, *Sem. jur.*, 1948, II, 4144.

339. Dissolution pour justes motifs. — Une règle traditionnelle, consacrée déjà par l'Ancien Droit et reprise par l'article 1871 du Code civil, permet à tout associé de demander en justice la dissolution de la société avant l'arrivée de son terme, lorsqu'il peut invoquer de « justes motifs » à l'appui de sa demande. Cette faculté ne se confond pas avec le droit de poursuivre la résolution du contrat pour cause d'inexécution des obligations (Code civ., art. 1184).

Cette inexécution serait certes un « juste motif » de dissolution, mais il en est d'autres : le plus remarquable est la mésintelligence entre les associés, lorsqu'elle rend impossible la collaboration. La faculté reconnue ainsi très largement à chaque associé se justifie par le *jus fraternitatis* (RIPERT, n^{os} 692 et 693) : lorsque les associés ne peuvent plus ou ne veulent plus se comporter comme des collaborateurs égaux, la société ne peut être maintenue.

Aucune clause des statuts ne peut priver les associés du droit de demander la dissolution pour justes motifs (PLANIOL et RIPERT, t. XI, n^o 1065), car ce droit se rattache à un élément essentiel du contrat de société.

340. Conséquences du « jus fraternitatis » dans les sociétés de capitaux. — 1^o Le *jus fraternitatis* éclaire la règle, consacrée par l'article 74, selon laquelle tous les actionnaires ont, nonobstant disposition contraire, le droit de voter dans les assemblées générales. Ce droit de vote représente le minimum de collaboration personnelle qui doit être permis aux membres d'une société commerciale, même lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, dans laquelle ce sont essentiellement les capitaux mis en commun qui comptent. L'esprit d'égalité se traduit encore par la prohibition du vote plural (art. 74, al. 3 et 4).

2^o Le *jus fraternitatis* explique aussi, comme nous le verrons, les limites apportées au pouvoir de la majorité dans les sociétés

anonymes, et, en particulier, la règle importante de l'égalité de traitement ou de l'« égalité des actionnaires » : *infra*, n^o 706.

SECTION III. — DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ.

341. Règles générales. — La société doit son existence à un acte juridique initial, auquel on persiste à reconnaître le caractère d'un contrat, même lorsqu'il s'agit d'une société de capitaux. Quand cet acte juridique cesse d'exister ou de produire ses effets, la société disparaît nécessairement. Les causes de dissolution du contrat de société mettent donc fin simultanément à la vie de l'institution à laquelle il avait donné naissance.

La dissolution ne produit tous ses effets qu'après une phase transitoire, celle de la liquidation : il faut procéder au règlement du passif, à la réalisation de l'actif, et à la répartition entre les associés du produit net de cette réalisation. Pendant cette période, la personnalité juridique subsiste encore, mais limitée aux besoins de la liquidation — dont la loi règle le mécanisme par une série de dispositions applicables aux sociétés commerciales personnalisées (art. 178 et suiv. ; voy. *infra*, t. II).

Certaines causes de dissolution sont communes à toutes les sociétés commerciales ; d'autres sont propres aux sociétés de personnes ; il en est, enfin, qui ne s'appliquent qu'aux sociétés de capitaux. La faillite de la société n'entraîne pas sa dissolution (FREDERICQ, t. IV, n^o 256).

Lorsque la dissolution se produit de plein droit, par suite d'un événement étranger à la volonté des associés, elle ne doit pas être publiée. La publicité est obligatoire, au contraire, si la dissolution est le résultat d'une convention, d'une décision majoritaire, ou — ajoute-t-on parfois — d'un jugement (n^o 402).

§ 1^{er}. — Causes de dissolution communes à toutes les sociétés commerciales.

A. — DISSOLUTION DE PLEIN DROIT.

342. 1^o Arrivée du terme fixé par l'acte de société (Code civ., art. 1865, 1^o). — La société finit par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée. En pratique, les sociétés commerciales sont toujours des sociétés « à temps limité ».

La loi interdit même de constituer une société de capitaux pour une durée supérieure à trente ans (art. 102 et 107), et la règle a été étendue aux sociétés mixtes (coopératives : art. 145, 1^o ; sociétés de personnes à responsabilité limitée : art. 139).

Mais il est loisible aux associés de proroger la société, avant son expiration, pour une nouvelle période. C'est une modification conventionnelle des statuts, qui devra, selon les cas, être décidée à l'unanimité ou par la majorité, et faire l'objet de la publication prescrite par la loi.

343. 2^o La disparition ou l'impossibilité de l'objet social.

— Suivant l'article 1865, 2^o, du Code civil, la société finit « par l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation ». Ces expressions un peu désuètes comprennent les différents cas dans lesquels, le contrat n'ayant plus d'objet, les associés sont libérés de leurs engagements, devenus sans cause, et la société prend fin (1). L'« objet » doit être pris ici successivement dans les deux sens que nous avons indiqués (n^o 326).

a) Il se peut que les apports mis en commun viennent à disparaître ; mais pour que la dissolution de la société commerciale s'ensuive, il faudrait que tout l'actif social fût anéanti — ce qui suppose un concours de circonstances vraiment exceptionnel, puisque le développement des assurances permet aujourd'hui de se prémunir contre la plupart des risques (cf. RIFERT, n^o 690 ; comp. PIC et KRÉHER, t. I^{er}, p. 590). L'on peut citer, cependant, le cas de la société qui aurait fait abandon de son actif aux créanciers.

b) L'article 1865, 2^o, s'appliquera souvent, au contraire, par suite de l'impossibilité de l'*objet social*, — que l'exploitation entreprise soit achevée (épuisement de la mine, réalisation des travaux ou du lotissement de terrains en vue desquels la société était constituée, etc.) ou qu'elle se heurte à des obstacles insurmontables : interdiction légale, suppression d'une concession administrative, destruction irrémédiable des éléments essentiels de l'entreprise (usine ou navire exploité par la société ; il sera

(1) L'article 1867 prévoit également la dissolution de plein droit de la société par suite de la perte d'une chose apportée en propriété, survenue « avant que la mise en soit effectuée », et par suite de la perte de la chose dont la jouissance seule a été mise en commun. Sur la portée de cette disposition, qui ne semble guère trouver d'application en pratique, voy. DE PAGE, t. V, n^o 67.

généralement possible de les reconstituer grâce aux indemnités d'assurance ; en ce cas, la société ne sera évidemment pas dissoute).

Le seul fait que l'avoir social est contrebalancé par un passif équivalent — le capital social initial étant ainsi perdu — n'entraîne pas la dissolution de la société ; il n'en résulte pas, en effet, que l'« objet » ait disparu, ni que l'activité sociale soit devenue impossible (PIC et KRÉHER, t. I^{er}, n^o 573 ; *contra* : Bruxelles, 28 mai 1946, *J. T.*, 1947, 199 ; voy. *Rev. crit. jur. belge*, 1951, « Examen de jurisprudence », n^o 49, p. 155). Mais ce fait pourrait être un « juste motif » permettant la dissolution judiciaire (voy. *infra*, n^o 346).

344. 3^o Réunion de tous les droits sociaux dans le chef d'une seule personne. — Lorsqu'une seule personne acquiert toutes les parts ou toutes les actions d'une société commerciale, celle-ci se trouve dissoute de plein droit et il doit être procédé à sa liquidation (*supra*, n^o 315). On se l'explique aisément pour les sociétés civiles : les obligations nées du contrat s'éteignent par confusion (Code civ., art. 1300). L'explication peut, à la rigueur, être étendue aux sociétés de personnes, dans lesquelles, en dépit de la personnalité juridique de la société, les associés ont des droits et des obligations les uns à l'égard des autres. Mais elle est difficilement concevable dans les sociétés de capitaux, puisque les actions donnent à leur titulaire des droits contre l'être moral, et non contre les autres porteurs de titres. La jurisprudence, depuis un arrêt de principe de la Cour de cassation (5 janvier 1911, *Pas.*, 1911, I, 68), leur applique néanmoins la même règle, en considérant que l'existence de deux associés au moins constitue une nécessité primordiale, à défaut de laquelle une société commerciale ne peut se concevoir (voy. cass., 31 mai 1951, *Pas.*, 1951, I, 665 ; Liège, 24 juin 1948, *Pas.*, 1948, II, 111 ; comm. Bruxelles, 4 février 1938, *Rev. prat. soc.*, 1940-1946, p. 27 ; 2 février 1950, *Jur. com. Brux.*, 1950, p. 180).

La solution est la même en France : civ., 12 mai 1926, *Sirey*, 1926, I, 295 ; pour les sociétés de personnes à responsabilité limitée : Besançon, 26 avril 1951, *Dall*, 1951, *J.*, p. 636.

La redistribution des actions, par celui qui les possède toutes, ne pourrait faire renaître la société dissoute : BASTIAN, *Journ. des soc.*, 1933, p. 97.

B. — DISSOLUTION PAR LA VOLONTÉ DES PARTIES OU PAR DÉCISION JUDICIAIRE.

345. 1^o Résiliation anticipée du contrat de société. — Les associés peuvent convenir de mettre fin à la société avant

l'arrivée du terme prévu. Dans les sociétés de personnes, la décision doit réunir l'adhésion unanime des associés, comme toute modification du pacte social. Dans les sociétés de capitaux, elle se prend par l'assemblée générale dans les conditions et à la majorité prescrites pour les modifications des statuts. La société coopérative ne pourra être dissoute anticipativement par une décision de la majorité que si les statuts permettent expressément la modification des statuts sans l'accord unanime des associés : cf. n^o 305.

346. 2^o Dissolution pour justes motifs (Code civ., art. 1871). — La faculté, pour tout associé, de demander en justice la dissolution de la société avant l'arrivée de son terme, lorsqu'il existe de justes motifs, se rattache au *jus fraternitatis* propre à toutes les sociétés (voy. *supra*, n^o 339). Cette cause de dissolution peut donc être invoquée non seulement dans les sociétés de personnes, mais aussi dans les sociétés de capitaux.

La doctrine et la jurisprudence françaises sont en ce sens (RIPERT, n^{os} 692 et 1425 ; PLANIOL et RIPERT, t. XI, n^o 1065 ; ESCARRA, t. II, n^o 604 ; cass., req., 9 mars 1903, *D. P.*, 1904, 1, 89, note PERCEROU). La solution adoptée en Belgique est différente (*Rép. prat. dr. belge*, v^o *Sociétés anonymes*, n^o 2419 et les références citées ; voy. également celles que cite FREDERICQ, t. V, n^o 610). Pour la justifier, on allègue que l'assemblée générale, statuant à la majorité prescrite par la loi ou les statuts, serait seule compétente pour décider la dissolution anticipée de la société. Ce raisonnement nous paraît peu convaincant : la faculté réservée par l'article 1871 du Code civil à tout associé n'a rien de commun avec le pouvoir de modifier les statuts qui appartient à l'assemblée générale. Il ne peut donc être question de les remplacer l'un par l'autre ni de les mettre en conflit : la décision que prendrait l'assemblée serait certes souveraine, ne devrait être appuyée d'aucun motif, et ne pourrait être tenue en échec par l'un ou l'autre associé, *si elle avait pour objet la dissolution anticipée de la société*. Mais aucune disposition légale ne donne à l'assemblée générale le pouvoir de *s'opposer* à la dissolution de la société, quand elle est demandée par un associé pour un motif légitime (comp. dans notre sens : FREDERICQ, t. V, p. 844, note 3).

Il est exact, cependant, qu'en pratique la situation prévue par l'article 1871 du Code civil se rencontre rarement dans les

sociétés anonymes qui comptent d'innombrables actionnaires ; elle peut exister, cependant, lorsque la société de capitaux se compose d'un petit nombre d'associés et que les titres ne sont pas librement négociables, ce qui est assez fréquent, ou dans les sociétés en commandite par actions : voy. comm. Anvers, 12 octobre 1900, *Pas.*, 1901, III, 123.

La jurisprudence belge tend, d'autre part, à admettre l'application de l'article 1871 aux sociétés de personnes à responsabilité limitée (Bruxelles, 2 juin 1944, *Rev. prat. soc.*, 1948, 59) ; son application aux sociétés coopératives ne paraît pas contestée (RESTEAU, *Sociétés coopératives*, n° 362 ; FREDERICQ, t. V, n° 712).

Les justes motifs invoqués relèvent de l'appréciation souveraine des tribunaux (cass. fr., req., 3 février 1930, *Sirey*, 1930, 1, 131), dont la décision produit ses effets à partir du jour où elle est rendue.

Ils peuvent être rangés dans trois catégories :

a) *Inexécution* par un associé de ses engagements. Le cas est expressément prévu par l'article 1871 ; dans cette mesure, la règle consacrée par cette disposition se confond avec celle, plus générale, de l'article 1184 du Code civil. Le cas se présente, notamment, lorsque l'associé gérant, désigné par les statuts, s'acquitte mal de ses fonctions ou manque à ses obligations légales (Gand, 19 mars 1930, *Jur. com. Fl.*, 1930, 105). L'inexécution doit avoir une certaine gravité pour justifier la résolution du contrat.

b) La *difficulté de continuer l'exploitation*, lorsqu'elle met en péril les intérêts des associés : si l'un des associés, qui avait promis son concours actif à la société, est empêché de le fournir par suite de son état de santé (situation mentionnée par l'article 1871), ou si le capital initial est englouti (voy. *supra*, n° 343), ou encore si l'exploitation est devenue déficitaire sans espoir de relèvement ultérieur. Encore faut-il que les difficultés ne soient pas imputables à la faute personnelle de l'associé qui demande la dissolution.

c) La *mésintelligence* entre les associés, si elle rend impossible la collaboration ou compromet la réalisation de l'objet social (Liège, 31 janvier 1928, *Rev. prat. soc.*, 1928, 127). Dans les sociétés de capitaux, il arrive que l'opposition de deux groupes d'actionnaires, de force égale, paralyse l'activité de la société.

Mais il faut que l'opposition porte sur des questions importantes et non de pur détail (Bruxelles, 22 mars 1947, *Rev. prat. soc.*, 1947, 333). L'associé qui, par sa propre attitude, aurait provoqué la mésintelligence, ne pourrait s'en prévaloir pour obtenir la dissolution (voy. les deux arrêts précités).

347. 3° Absence d'acte écrit. — Lorsque la société n'a pas été constituée par un acte écrit régulier, chaque associé peut en demander la nullité, mais celle-ci n'opérera qu'à dater de la demande (art. 4). Il s'agit donc, en réalité, d'une action en réso-

lution, plutôt que d'une action en nullité (voy. *infra*, n^o 388 ; au contraire, lorsque ce sont des tiers qui se prévalent de l'irrégularité, c'est bien la nullité qui sera prononcée : voy. *infra*, n^o 387).

§ 2. — *Causes de dissolution propres aux sociétés de personnes.*

348. Renonciation notifiée par l'un des associés (Code civ., art. 1865, 5^o). — Elle n'est possible que dans les sociétés dont la durée est illimitée (Code civ., art. 1869), ce qui l'exclut pour les sociétés de capitaux et les sociétés mixtes, dont la durée ne peut jamais excéder le maximum fixé par la loi (voy. *supra*, n^o 342).

La renonciation doit être « de bonne foi et non faite à contre-temps » (art. 1869 et 1870). Comme les sociétés de personnes sont généralement formées pour un temps limité, — sauf, dans certains cas, les sociétés en participation —, ces dispositions sont rarement applicables.

349. Causes personnelles à l'un des associés (Code civ., art. 1865, 3^o et 4^o). — Les sociétés de personnes sont formées *intuitu personae* et impliquent une confiance réciproque des associés. Cette confiance ne peut plus exister quand un associé est frappé d'*interdiction*, est en *déconfiture* ou, s'il est commerçant, est déclaré en *faillite*.

A l'interdiction, on doit assimiler le retrait de l'émancipation ou de l'autorisation de faire le commerce, s'il s'agit d'un mineur auquel sa qualité d'associé donnait celle de commerçant, ainsi que l'incapacité d'être gérant (par suite d'une condamnation pénale), s'il s'agit d'un gérant statutaire. Faut-il y assimiler également la mise sous conseil judiciaire et le placement dans un établissement d'aliénés ? La question est controversée ; elle doit recevoir une réponse affirmative lorsqu'il s'agit d'un associé qui, comme tel, était commerçant (associé en nom collectif, commandité) : voy. FREDERICQ, t. IV, p. 396. Mais la requête en concordat judiciaire et la demande d'un sursis de payement, qui supposent toutes deux que le requérant est un commerçant de bonne foi, ne mettent pas fin à la société (*ibid.*, p. 397).

On admet généralement qu'une clause des statuts peut déroger aux dispositions supplétives de l'article 1865, et prescrire au contraire le maintien de la société entre les autres associés, la part de l'incapable ou du failli lui étant remboursée (PIC et KRÉHER, t. I^{er}, n^o 607).

Le décès d'un associé constitue une modification fondamentale

qui met fin au contrat. La personnalité de chacun des associés originaires ayant été prise en considération par tous les autres, la loi présume que la société n'aurait pas été formée si l'un d'eux n'en avait pas fait partie. La règle ne s'applique pas aux sociétés mixtes (voy. *supra*, n° 305) (1). Dans les sociétés de personnes proprement dites, elle n'est que supplétive et il peut y être dérogé par diverses clauses que nous étudierons plus loin (*infra*, n°s 411 et suiv.). Si l'un des associés est une autre société, la dissolution de celle-ci doit être assimilée au décès : Bruxelles, 23 mars 1923, *Jur. com. Brux.*, 1923, 374.

Les causes de dissolution personnelles aux associés opèrent de plein droit; si l'exploitation est continuée, il se forme entre les associés qui la poursuivent une société nouvelle, — irrégulière, à défaut d'acte écrit spécial qui en constate les clauses (voy. *infra*, n°s 383 et suiv.).

§ 3. — Causes de dissolution propres aux sociétés de capitaux.

350. Aperçu général. — Elles tiennent aux règles de fonctionnement de ces sociétés et seront étudiées avec elles.

1° La *perte du capital* peut entraîner la dissolution (art. 103 et 140).

La loi oblige les administrateurs de la société anonyme et les gérants de la société de personnes à responsabilité limitée à soumettre à l'assemblée générale, délibérant dans les formes prescrites pour les modifications aux statuts, la question de la dissolution de la société, dès que la perte atteint la moitié du capital (art. 103).

Si la perte atteint les trois quarts, la dissolution aura lieu dès que la volonté en est exprimée par les associés possédant un quart des actions représentées à l'assemblée (dans la société anonyme : art. 104), ou un quart des parts (dans la société de personnes à responsabilité limitée : art. 140).

Lorsque l'*avoir social* (et non le capital au sens propre du terme : cf. n° 335) d'une société de personnes à responsabilité limitée ne représente plus qu'une valeur inférieure à 40.000 fr., tout intéressé peut faire prononcer la dissolution.

(1) Sauf convention contraire, la mort de l'associé-gérant d'une société en commandite par actions met fin à la société, bien qu'il s'agisse d'une société de capitaux : article 115.

Dans les sociétés coopératives, la dissolution pourra être demandée en justice si le capital social tombe au-dessous du minimum statutaire : FREDERICQ, t. V, n^o 712.

2^o *L'insuffisance du nombre des associés.*

Quand le nombre des associés, dans une société anonyme, est réduit à moins de sept, et que cette situation s'est maintenue sans interruption pendant six mois, tout intéressé peut faire prononcer la dissolution de la société (art. 104).

Aucune disposition analogue n'existe pour les sociétés coopératives ; mais comme la loi exige (art. 143) que la société soit composée de sept associés au moins, on en déduit que, dès l'instant où ce nombre n'est plus atteint, tout intéressé peut faire prononcer la dissolution de la société (comm. Bruxelles, 22 novembre 1945, *Rev. prat. soc.*, 1948, 86 ; comp. RESTEAU, *Sociétés coopératives*, n^o 357) ; suivant une autre opinion, cette situation provoquerait la dissolution de plein droit : voy. la note sous le jugement précité.

SECTION IV. — LA PREUVE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

351. Application limitée du principe de la liberté des preuves. — Lorsque la société est commerciale, la preuve du contrat qui lui donne naissance est soumise à un régime complexe. En principe, comme toute opération commerciale, il peut se prouver par toutes voies de droit : actes écrits, correspondance, livres de commerce, voire même, si le juge estime pouvoir les admettre, témoins et présomptions (1). Mais la loi exige, à peine de nullité, un acte écrit spécial et publié dans les formes légales pour toutes les sociétés commerciales douées de la personnalité juridique (n^o 381). Or, ces sociétés sont l'immense majorité ; elles constituent le droit commun, sous le régime actuel (n^o 145).

Le principe de la liberté des preuves en matière commerciale ne sera donc appliqué, en pratique, que dans des cas assez rares :

1^o Les sociétés momentanées et en participation, dont la loi consacre la licéité et qui n'ont pas la personnalité juridique, peuvent être prouvées

(1) Pour autant, bien entendu, que les engagements qui en résultent aient un caractère commercial dans le chef de la partie contre laquelle la preuve doit être faite : voy. n^o 94, et t. II.

par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale si le tribunal juge qu'elle peut être admise (art. 5). Elles ne sont pas soumises, d'autre part, aux formalités de publicité prescrites par les articles 6 à 10 (art. 14).

La règle de la liberté des preuves reçoit même ici une extension : elle s'applique dès que l'objet de la société est commercial, sans égard à la nature des engagements pris par les associés ; or, les participants sont souvent des personnes étrangères au commerce et dont l'engagement social est de nature civile (NOVELLES, *Droit commercial*, t. I^{er}, Des commerçants, n^{os} 394 et 833). Néanmoins, même contre eux la preuve écrite ne sera pas requise, — le texte de l'article 4 ne comportant aucune distinction.

2^o Entre associés, la preuve du contrat peut toujours se faire par toutes voies de droit, même s'il s'agit d'une société douée de la personnalité juridique, ou que les tiers peuvent considérer comme telle. La société est exposée à la sanction de la nullité, mais aussi longtemps que la nullité n'est pas demandée, le contrat existe entre les associés ; la nullité demandée par l'un d'eux ne produira, d'autre part, ses effets que pour l'avenir ; dans l'intervalle, la société peut être prouvée, entre associés, par tous les moyens de droit : cass., 4 décembre 1924, *Pas.*, 1925, I, 54.

Il va de soi, enfin, que les *tiers* sont toujours admis à prouver, par toutes voies de droit, l'existence du contrat de société, lorsqu'ils y ont intérêt.

CHAPITRE IV.

LA PERSONNALITÉ MORALE
DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.SECTION I^{re}. — NOTIONS GÉNÉRALES.

352. Nature de la personnalité juridique. — Le mot « personne » n'a pas le même sens en termes de droit et dans le langage courant. Au sens juridique, est une personne tout être capable de devenir le support de droits subjectifs, de rapports de droit (M. WALINE, *Traité de droit administratif*, 6^e éd., p. 170). Ainsi comprise, la notion peut s'appliquer à des êtres de raison (personnes dites « juridiques », « morales » ou « civiles ») aussi bien qu'à des êtres humains. Ce fait une fois reconnu, la controverse traditionnelle au sujet de la réalité ou de la « fictivité » des personnes morales perd tout intérêt. Les deux théories anciennes renferment chacune une part de vérité, et l'effort actuel de la doctrine tend à en faire la synthèse (cf. note Ad. G., *Pas.*, 1937, I, 108).

Ainsi que l'a montré GÉNY (*Science et technique*, t. III, p. 218 et suiv.), la notion de la personnalité juridique, — comme celles de « sujet de droit » et de « droit subjectif », qui sont en connexion étroite avec elle, — est du ressort de la technique juridique. Elle ne se rencontre pas dans la nature des choses ; elle n'a de valeur que comme moyen artificiel de l'élaboration juridique. Mais la personnalité morale, dans toutes les applications que nous lui connaissons, sert à traduire en termes juridiques d'incontestables réalités : elles sont — suivant la définition de Michoud — des « centres d'intérêts légitimes organisés ».

353. Conditions de son acquisition. — Pour que l'existence d'une personne juridique soit reconnue, il faut que soient réunies, en fait, trois conditions : 1^o des intérêts, distincts d'intérêts purement individuels (1), jugés dignes de protection sociale ; 2^o un

(1) Cf. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, p. 67 et 68. La preuve de ces intérêts distincts résultera de l'existence du contrat de société originaire, pour autant qu'il soit sincère et sérieux (non simulé) : cf. n^o 319.

lien logique permettant de rattacher ces intérêts à un même centre, de leur donner pour support un « sujet de droit » unique ; 3^o une organisation qui rende possible l'expression de ces intérêts, leur manifestation extérieure sous la forme d'actes volontaires, accomplis par des individus qualifiés pour « représenter » le groupe. Sur tous ces points, voy. : MICHOU, *Théorie de la personnalité morale*, t. 1^{er}, n^{os} 52 à 54 ; WALINE, *op. cit.*, p. 172 à 174.

Ces conditions ne suffisent pas pour qu'un centre d'intérêts organisés constitue *en droit* une personne. Il faut, en outre, que le milieu juridique accepte cette personnalité, — ce qui nous ramène, à nouveau, dans le plan de la « fictivité » des personnes morales. La personnalité juridique doit, en d'autres termes, recevoir une sorte de consécration par le droit objectif (MICHOU, *op. cit.*, t. 1^{er}, n^{os} 56 et suiv.), — consécration qui, de plus en plus, se réalise d'une manière indirecte par des réglementations générales, surtout de forme : l'observation des règles prescrites entraîne alors, *de plano*, ou après une vérification préalable, la reconnaissance de la personnalité juridique. Tel est le cas pour les associations sans but lucratif, les sociétés commerciales et à forme commerciale, les sociétés mutualistes, les unions professionnelles.

354. Application aux sociétés commerciales. — Toutes les sociétés commerciales constituées suivant l'un des types prévus par la loi ont la personnalité juridique (art. 2) ; d'autre part, comme nous l'avons déjà indiqué, la société doit nécessairement rentrer dans l'un de ces cadres, sauf s'il s'agit d'une société en participation ou d'une société momentanée (n^o 145).

Ce système répond à une double préoccupation pratique : assurer la séparation du patrimoine social, ce qui permet d'éviter le concours des créanciers de la société avec les créanciers personnels des associés ; d'autre part, permettre le fonctionnement plus aisé de l'organisation mise sur pied par les fondateurs.

On peut se demander cependant si la personnalité juridique complète doit être reconnue à toutes les sociétés commerciales, sans exception. Elle s'impose, certes, pour les sociétés dont le *personnel social* est *variable* (sociétés de capitaux et sociétés coopératives), car cette variabilité même révèle que les intérêts de la société ne se confondent pas avec ceux des associés et qu'il leur faut donc un support distinct (MICHOU, *op. cit.*, t. 1^{er}, n^{os} 73 et 74, *in fine*). Mais elle convient mal aux sociétés de per-

sonnes, dans lesquelles ce sont les associés (ou certains parmi eux) qui font le commerce sous la raison sociale. La personnalité juridique n'a d'autre but, pour ces sociétés, que d'assurer la séparation des patrimoines ; or, on a soutenu que ce résultat pouvait être obtenu sans personnaliser la société, par un régime de « propriété en main commune avec administration unifiée » (MICHOU, *loc. cit.* ; cf. PIC et KRÉHER, t. I^{er}, n^o 168). C'est la solution consacrée par le droit suisse : GUHL, *Le droit fédéral des obligations*, Zurich, 1947, p. 319 et 414.

L'attribution de la personnalité juridique aux sociétés de personnes n'est pas sans inconvénient : elle conduit notamment à conserver la qualité de commerçant à des personnes qui, normalement, ne devraient plus l'avoir (cas des associés en nom collectif pendant la liquidation de la société : voy. *supra*, n^{os} 103 et 143).

355. La spécialité des personnes morales. — La notion même de la personne morale implique nécessairement sa *spécialisation*. « On ne conçoit pas », écrit fort justement M. WALINE (*op. cit.*, p. 172), « une personne morale qui se donne à la fois plusieurs buts sans aucun lien logique entre eux, parce qu'il lui manquerait cette unité qui permet de rattacher les intérêts défendus par elle à un même centre. » Le principe de la spécialité des personnes morales, unanimement reconnu (MICHOU, t. II, n^{os} 243 et suiv. ; DE PAGE, t. I^{er}, n^o 510) et qui limite leur capacité (elles ne peuvent agir que pour atteindre le but que leurs fondateurs lui ont assigné : voy. *infra*, n^o 364), tient donc à l'essence de la personnalité morale elle-même.

356. Impossibilité de la « transformation » d'une société commerciale. — Selon le système de la loi belge, la personnalité juridique est reconnue aux sociétés commerciales en raison de leur *forme*. Le statut juridique qu'elles adoptent (société en nom collectif, société anonyme, etc.) est donc un élément essentiel de leur personnalité. Dans ce système, l'on ne conçoit pas que la société puisse abandonner sa forme juridique sans perdre sa personnalité. L'adoption d'une forme nouvelle implique la création d'un être juridique nouveau. Telle est la solution consacrée par la Cour de cassation : 13 février 1890, *Pas.*, 1890, I, 92 ; 13 juin 1950, *Pas.*, 1950, I, 726 ; GILSON, *Modifications aux statuts*, n^o 220 ; FREDERICQ, t. V, p. 726 ; comp., en sens opposé : J.-G. RENAULD, « Considérations sur la transformation des sociétés commerciales », *Rev. prat. soc.*, 1953, p. 65.

La règle n'est écartée que dans les cas spéciaux où, pour des raisons d'opportunité, la loi autorise expressément certaines sociétés à modifier leur forme juridique sans perdre leur personnalité (art. 218, qui permet à toute société antérieure à la loi du 9 juillet 1935, d'adopter la forme de la société de personnes à responsabilité limitée).

La solution contraire prévaut en France (RIPERT, n° 593; ESCARRA et RAULT, t. I^{er}, n° 55), parce que la personnalité juridique y est reconnue à toutes les sociétés, sans distinction. La forme qu'elles adoptent n'est alors qu'un vêtement juridique et l'on comprend qu'elles puissent en changer sans perdre leur individualité.

SECTION II. — NAISSANCE ET DISPARITION DE LA PERSONNALITÉ.

357. Naissance de la personnalité et opposabilité aux tiers. — Les sociétés commerciales, lorsqu'elles rentrent dans l'un des cadres énumérés par l'article 2, ont la personnalité juridique du jour où leur acte constitutif a été dressé dans la forme légale (art. 4; voy. ci-après, n° 382) (1), — à moins que l'acte ne fixe une date ultérieure pour le commencement de la société; on ne pourrait, en revanche, fixer la naissance de la société à une date antérieure et donner ainsi un effet rétroactif à la personnalité juridique. S'il n'y a point d'acte, les sociétés ont la personnalité dès qu'elles manifestent extérieurement leur activité (sous réserve de leur annulation ultérieure : art. 4).

La publication de l'acte, dans les formes et délais prescrits par les articles 6 à 10, est destinée à révéler cette « naissance » aux tiers. L'existence de la société ne leur sera *opposable* que le cinquième jour après la date de l'insertion aux annexes du *Moniteur* (art. 10, al. 4).

Elle suppose, d'autre part, que l'acte traduise la réalité des faits et ne soit pas purement fictif (voy. *supra*, n° 319).

Est-il possible d'engager la société ou de lui faire acquérir des droits pendant qu'elle est *en formation*? La doctrine française l'admet et considère que la société a, pendant cette période, une « personnalité embryonnaire » (ESCARRA, t. I^{er}, n° 555; RIPERT, n° 592). La question ne semble pas s'être posée en Belgique; elle pourrait, semble-t-il, y être résolue sans difficulté, au moyen de la stipulation pour autrui et de la convention de porte-fort, qui permettent, en pratique, d'acquérir des droits ou d'assumer des obligations au profit d'un bénéficiaire futur (pour la stipulation pour autrui, voy. DE PAGE, t. II, n° 674 et 675; pour la convention de porte-fort : DEMOGUE, *Obligations*, t. VII, n° 896). La société, une fois constituée, acceptera les stipulations et ratifiera les engagements (2).

(1) La publication de l'acte n'est pas une condition indispensable pour l'acquisition de la personnalité : voy. *infra*, n° 398, et la suite du texte ci-dessus.

(2) L'acte constitutif précise parfois que les actes accomplis antérieurement, en leur nom personnel, par les fondateurs ou par une autre société, dont l'actif

358. Disparition de la personnalité. — La personnalité de la société disparaît par l'effet des causes de dissolution que nous avons étudiées précédemment. Cette disparition n'est toutefois pas immédiate : la société doit être « liquidée », et pendant cette phase transitoire, son patrimoine doit demeurer le gage exclusif de ses créanciers. Pour obtenir ce résultat, la personnalité de la société dissoute est maintenue, mais seulement pour les besoins de la liquidation (art. 178).

La société en liquidation conserve ainsi son domicile, son nom, son patrimoine distinct, ses organes qui la représentent (les liquidateurs), son caractère commercial. Elle pourra éventuellement être déclarée en faillite. Mais elle n'a plus la capacité d'entreprendre des affaires nouvelles (voy., pour plus de détails, *infra*, t. II).

C'est seulement à la clôture de la liquidation que la personnalité de la société disparaît complètement, pour ne laisser place — s'il subsiste un actif en nature — qu'à une simple indivision entre les associés, auxquels le patrimoine de la société est automatiquement transféré à ce moment : cass., 2 décembre 1952, et note J. HEENEN, *Rev. crit. jur. belge*, 1953, p. 291.

SECTION III. — CONSÉQUENCES DE LA PERSONNALITÉ.

359. Énumération. — La personnalité des sociétés commerciales entraîne des conséquences très importantes : 1^o elles ont un patrimoine distinct de celui de leurs associés ; 2^o ces derniers ne sont pas toujours liés entre eux par un réseau d'obligations réciproques ; ils ont aussi des droits contre la société et des obligations envers elle ; 3^o les sociétés sont capables d'acquiescer et de s'obliger, mais cette capacité n'est pas aussi étendue que celle des personnes physiques ; 4^o elles agissent par des représentants qui sont leurs organes, et non leurs mandataires ou leurs préposés ; 5^o elles ont un nom, un domicile, une nationalité.

Reprenons successivement ces différents points.

est apporté à la société nouvelle, seront considérés comme faits pour le compte de cette dernière — celle-ci reprenant par exemple l'actif et le passif résultant d'une situation comptable arrêtée à une date antérieure. C'est là une convention valable entre les associés et la société, mais qui ne peut être opposée aux tiers.

§ 1^{er}. — *Le patrimoine de la société.*

360. Effets de la distinction des patrimoines. — La société, étant une personne distincte, a un patrimoine. Ce patrimoine comprend l'ensemble de ses biens et de ses droits, avec les obligations et les charges qui en sont la contrepartie ; il demeure complètement séparé de celui des associés.

1^o Les biens de la société sont le gage exclusif de ses créanciers. Ceux qui lui ont été apportés lors de sa création sont définitivement sortis du patrimoine des apporteurs pour passer dans le sien. Cette séparation des patrimoines consolide le crédit des sociétés commerciales — à condition que leur capital soit suffisant — puisqu'elles n'ont pas à redouter les conséquences de l'insolvabilité des associés : si l'un d'eux est déclaré en faillite, la situation de la société n'en sera pas affectée, — sauf si l'apport promis par l'associé failli n'a pas été entièrement effectué ; les créanciers personnels d'un associé ne peuvent jamais saisir que la part sociale de leur débiteur.

Réciproquement, la faillite de la société n'exerce, en principe, aucune influence sur la situation personnelle des associés. Mais il en est autrement dans les sociétés de personnes, dont la personnalité n'est pas complètement indépendante, ainsi que nous le verrons : les dettes de ces sociétés sont aussi les dettes personnelles des associés indéfiniment responsables.

Quoi qu'il en soit, la faillite de la société ne se confond jamais avec celle des associés. Si ces faillites existent simultanément, elles demeureront distinctes et donneront lieu chacune à une liquidation séparée.

2^o Lorsqu'un tiers est à la fois créancier d'un associé et débiteur de la société, il ne pourra opposer la compensation à cette dernière.

§ 2. — *Situation des associés.*

361. Analyse de leur situation. — Dans les sociétés civiles, les associés sont copropriétaires des apports mis en commun et n'ont que des droits personnels les uns contre les autres. Il n'existe pas d'indivision, au contraire, entre les associés d'une société commerciale personnalisée ; ils n'ont aucun droit réel sur les biens sociaux. S'ils cèdent leurs droits dans la société, l'on ne peut donc en conclure — même si l'opération est faite par tous

les associés — qu'ils vendent ainsi à l'acquéreur les biens de la société (son fonds de commerce, par exemple : Gand, 24 mai 1933, *Rev. prat. soc.*, 1936, n^o 3552 ; voy. cependant, pour les sociétés de personnes, *infra*, n^o 414).

A leurs droits personnels les uns contre les autres, s'ajoutent des droits contre la société elle-même. Dans les sociétés de capitaux, les droits et les obligations qui dérivent normalement du contrat pour chacun des associés, sont même intégralement remplacés par un réseau de prérogatives (participation à la gestion), d'obligations envers la société (effectuer ou « libérer » les apports promis) et de droits contre elle (quote-part des bénéfices ; après la dissolution, restitution de la valeur des apports et part proportionnelle dans le surplus éventuel de l'actif). Si un associé veut provoquer la dissolution, c'est contre la société qu'il doit diriger son action, sans même devoir mettre en cause les associés : PIC et KRÉHER, t. I^{er}, n^o 213.

362. Caractère mobilier de leurs droits. — Le « droit » (d'une nature fort complexe, puisqu'il comprend des prérogatives et comporte des charges corrélatives) de chaque associé contre la société (1), dépend de l'importance de l'intérêt qu'il a dans celle-ci ou du nombre de ses actions. Il s'identifie en quelque sorte avec la part d'intérêt ou avec les actions, et le Code civil précisait déjà que « les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie », sont « meubles par la détermination de la loi » (Code civ., art. 529), — quelle que soit la nature des biens sociaux, puisque les associés n'en sont pas propriétaires. Le caractère mobilier ainsi reconnu aux droits des associés les soumet au régime des biens meubles au point de vue des conventions matrimoniales et des successions.

Les droits des associés sont des meubles corporels, lorsqu'ils sont constatés par des titres négociables au porteur. Dans les autres cas, ce sont des meubles incorporels, assimilés, par une approximation assez contestable, mais pour des motifs purement pratiques (2), à des droits de créance purs et simples : leur cession ne sera opposable à la société et aux tiers que dans les conditions prescrites par l'article 1690 du Code civil (cf. art. 24) ; ils seront constitués en gage dans les mêmes formes qu'une créance et pourront servir de base à une saisie-arrêt (voy. RIFERT, n^o 669). Les titres nominatifs des sociétés de capitaux (voy. *infra*, t. II)

(1) et (2) Voy. note J. HEENEN, sous cass., 2 décembre 1952, *Rev. crit. jur. belge*, 1953, p. 291.

et des sociétés de personnes à responsabilité limitée (voy. *infra*, t. II) sont toutefois soumis à un régime propre qui les rapproche des titres au porteur.

363. Durée de leurs droits contre la société. — Les droits des associés contre la société subsistent et conservent la même nature jusqu'à la fin de la liquidation. Si, à ce moment, tout l'actif n'a pas été réalisé, et que le surplus doit faire l'objet d'un partage (art. 185, al. 1^{er}, *in fine*), le droit de l'associé contre la personne juridique, désormais disparue, fait place à un droit de propriété indivise, dont la nature dépendra de celle des biens à partager.

§ 3. — *Capacité de la société.*

364. Pleine capacité dans le cadre de l'objet social. — La société personnifiée jouit d'une capacité complète : elle peut, par ses représentants qualifiés, accomplir tous actes, acquérir tous droits et assumer toutes obligations. Mais cette capacité ne lui est reconnue que pour le développement ou la défense des intérêts collectifs qui sont incorporés en elle : c'est le principe de la spécialité des personnes morales. La personnalité juridique a été imaginée pour donner une armature juridique à un ensemble d'intérêts déterminés. L'activité de la personne morale est donc nécessairement limitée par ces intérêts eux-mêmes ; dans le cas des sociétés commerciales, ils sont exprimés par l'objet social, c'est-à-dire par le genre d'activité que la société se propose de poursuivre, la nature de l'entreprise qu'elle va faire fonctionner.

Au delà de ces limites, la capacité de la personne morale n'existe plus (1) : l'acte qui serait accompli en son nom par ses organes en dehors du cadre tracé par l'objet social statutaire, tomberait dans le vide, ne lierait pas la société, ne lui serait pas opposable, et ne pourrait être invoqué par elle à son profit (voy. SIVILLE, *Sociétés anonymes belges*, t. I^{er}, n^o 18 ; RESTEAU, *Sociétés anonymes*, t. I^{er}, n^o 33 ; THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire*, t. I^{er}, n^{os} 289 et suiv.). Aucune approbation par les associés ne pourrait empêcher cette conséquence ; cf. cass., 12 mai 1864, *Pas.*, 1864, I, 264. Sur les effets de pareils actes, voy. comm. Bruxelles, 12 janvier 1938, *Rev. prat. soc.*, 1940-1946, p. 95 ; *Pas.*, 1938,

(1) Voy. cependant la distinction faite par MICHOUX t. II, n^{os} 255 et 256.

III, 174; *Rev. crit. jur. belge*, « Examen de jurisprudence », 1951, p. 132; cf. Bruxelles, 8 juin 1935, *Rev. prat. soc.*, 1935, p. 237; cass. fr., 5 novembre 1951, *D. J.*, 1952, Sommaires, p. 64.

Tout intéressé peut faire constater la nullité ou l'inexistence, à l'égard de la société, des actes étrangers à l'objet social. Ce droit a parfois été refusé, mais à tort selon nous, aux associés agissant individuellement : comm. Gand, 6 janvier 1943, *Pas.*, 1944, III, 49.

Les administrateurs utilisent parfois les fonds sociaux à l'achat de valeurs de bourse, non point pour éviter de laisser ces fonds improductifs, mais à titre de placement permanent, transformant ainsi l'entreprise en « société à portefeuille » (voy., à cet égard, le Rapport de la Commission Bancaire, 1951, p. 63 et 64). Ces actes engagent assurément la responsabilité des administrateurs s'ils causent préjudice à la société; mais, de plus, ils ne lient pas cette dernière; elle pourrait donc réclamer aux vendeurs le remboursement du prix d'acquisition des titres.

365. Applications diverses. — Dans les limites que nous venons d'indiquer, la société est pleinement capable : elle peut acquérir, aliéner, contracter, ester en justice.

Elle peut devenir actionnaire ou associée dans une autre société (FREDERICQ, *Traité*, t. IV, n° 75); ainsi se forment les « groupes » unissant par des liens de participation un nombre parfois considérable de sociétés commerciales (voy. *infra*, t. II). Ces liens de participation peuvent donner lieu à des abus; le législateur a voulu éviter leur extension aux sociétés de personnes à responsabilité limitée, en prescrivant que ces sociétés ne peuvent compter comme membres que des personnes physiques (art. 119). Mais rien n'empêche ces mêmes sociétés de devenir actionnaires d'une société anonyme, par exemple (FREDERICQ, *Traité*, *loc. cit.*).

La société peut aussi exercer les fonctions de gérant ou d'administrateur d'une autre société : voy. *infra*, n° 371.

Elle peut réclamer la réparation du préjudice causé par toute atteinte à ses droits — y compris le dommage moral, si, par exemple la considération dont elle jouit a été ébranlée par la faute d'un tiers : cf. cass., 9 février 1948, *Pas.*, 1948, I, 88; FREDERICQ, *Traité*, t. IV, n° 81; cf. MICHOU, *Personnalité morale*, t. II, n° 215.

366. Libéralités. — Une société commerciale peut aussi recevoir des libéralités, bien que ce droit lui ait jadis été contesté (voy., dans le sens de notre opinion : FREDERICQ, *Traité*, t. IV, n° 77; PIC et KRÉHER, t. I^{er}, nos 199 et 200; RIPERT, n° 602).

Mais elle ne peut disposer de ses biens à titre purement gratuit, car elle s'écarterait sans conteste, en agissant ainsi, de son objet social, qui, pour toute société commerciale, se ramène à l'exercice

d'une activité intéressée (RESTEAU, *Sociétés anonymes*, t. II, n° 1346).

Encore l'incapacité n'existe-t-elle que pour les libéralités pures. Si la donation répond à un mobile intéressé, est faite avec l'espoir d'en recueillir la contrepartie dans l'avenir, sous une forme plus ou moins précise, elle est valable (cas des dons au Fonds national de la Recherche scientifique; cf. Bruxelles, 20 juin 1936, *Rev. prat. soc.*, 1938, 169).

Si la prestation constitue l'exécution d'une obligation naturelle, elle n'excède pas non plus la capacité de la société. L'on peut justifier, par ce moyen, les pensions ou les rentes que certaines sociétés, sans y être juridiquement obligées, accordent à des membres de leur personnel ou à d'anciens administrateurs qui, pendant toute leur existence, ont consacré leur activité aux affaires sociales : Bruxelles, 31 mai 1952, *Jur. com. Brux.*, 1952, p. 245. Mais l'obligation naturelle ne peut être admise que si, d'après les circonstances, il existait pour la société un devoir moral ou de conscience envers le bénéficiaire de la pension (cf. note sous Paris, 25 juin 1947, *D. J.*, 1948, p. 429), compte tenu, par exemple, de l'insuffisance des rémunérations antérieures par comparaison avec les services rendus, de la situation de fortune ou des charges du bénéficiaire.

367. Responsabilité civile et pénale. — Les sociétés commerciales peuvent encourir une responsabilité civile, lorsque, agissant par l'intermédiaire de leurs organes (voy. ci-après, n° 369), elles commettent une faute, soit contractuelle, soit délictuelle ou quasi délictuelle. Elles doivent aussi répondre du dommage causé par leurs préposés, par le vice des choses qu'elles ont sous leur garde, par la ruine des bâtiments dont elles sont propriétaires (Code civ., art. 1384 et 1386).

Peuvent-elles encourir une responsabilité pénale? La question se pose pour elles comme pour toutes les autres personnes morales. Selon l'opinion dominante, elle doit être résolue négativement, sauf dans les cas exceptionnels où une disposition légale particulière prévoit expressément une sanction pénale à charge de la société elle-même (voy. au sujet de la responsabilité pénale des personnes morales : J. VAN HOUTTE, « La responsabilité des sociétés de commerce », *Belg. jud.*, 1933, col. 129; cass., 16 décembre 1948, *Journ. trib.*, 1949, 148, avec les conclusions de M. Hayoit de Termicourt, premier avocat général, et une note de M. CYR CAMBIER; *Rev. crit. jur. belge*, 1949, 97, avec une note de M. J. DABIN).

La justification du principe est malaisée. On fait valoir généralement, d'une part, que l'infraction pénale suppose un être doué de volonté, ce qui,

dit-on, n'est pas le cas des personnes morales, et, d'autre part, que les peines sont personnelles ; l'on en déduit que si une infraction a été commise par les organes de la personne morale, la peine qui la sanctionne ne peut retomber sur cette dernière (J. VAN HOUTTE, étude précitée, n^{os} 2, 7 et 8). Ces arguments sont loin d'être péremptoires, et l'on a pu soutenir, au contraire, que la responsabilité pénale des personnes morales n'a en elle-même rien d'impossible (MICHOUX, *Théorie de la personnalité morale*, t. II, n^o 280 ; conclusions de M. Hayoit de Termicourt, *Journ. trib.*, 1949, p. 149), ce que confirment d'ailleurs les exceptions que la loi admet.

Par son arrêt du 16 décembre 1948, la Cour de cassation paraît avoir abandonné le premier des deux motifs traditionnels, pour ne conserver que le second : suivant cet arrêt, l'acte accompli dans la sphère de ses attributions par l'organe d'une personne morale est l'acte de la personne morale elle-même ; s'il est, par lui-même, illicite, constitutif d'infraction, il conserve ce caractère dans le chef de la personne morale ; mais cette dernière ne pourra être l'objet d'une sanction pénale et ne sera tenue que des réparations civiles (voy. la critique de cet arrêt par MM. DABIN et CYR CAMBIER, dans les notes précitées). L'intérêt pratique de la solution nouvelle est que l'action civile intentée à la personne morale, du chef de l'infraction, sera soumise à la même prescription que l'action publique (loi du 17 avril 1878, art. 22).

Les infractions commises par les organes sociaux entraînent toujours la responsabilité pénale personnelle de ces derniers (cass., 8 avril 1946, *Pas.*, 1946, I, 136 ; sur les difficultés propres au cas de la banqueroute, voy. J. VAN HOUTTE, *loc. cit.*). La loi en dispose expressément ainsi pour toutes les sanctions pénales attachées à l'inobservation des règles organiques des sociétés commerciales (art. 201, 204 à 207).

368. Délation du serment. — On enseigne généralement que le serment, qui doit être prêté personnellement par la partie, ne peut, pour cette raison, être déféré à une personne morale, et, notamment, à une société anonyme : FREDERICQ, t. IV, n^o 205.

§ 4. — *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes.*

369. La théorie de l'organe appliquée aux sociétés commerciales. — Les personnes morales agissent par l'intermédiaire de personnes physiques qui sont leurs organes, qui s'identifient avec elles. La *théorie de l'organe*, proposée par les publicistes pour expliquer le fonctionnement des personnes morales, a recueilli l'adhésion de la doctrine et de la jurisprudence, en dépit des critiques dont elle a fait parfois l'objet. La loi l'a consacrée,

dans le domaine des sociétés commerciales, en disposant (art. 13) que « les sociétés agissent par leurs gérants ou administrateurs, dont les pouvoirs sont déterminés par l'acte constitutif » ; ces gérants ou administrateurs sont donc les représentants « directs et nécessaires » de la société (Rapport Pirmez, GUILLERY, II^e partie, t. II, n^o 174 ; observations de Pirmez à la séance de la Chambre du 20 novembre 1872, *ibid.*, t. III, n^o 525). Ils expriment la volonté de la société sans interposition d'un mandat, d'une manière immédiate (voy. DE PAGE, t. I^{er}, n^o 509, litt. B).

370. Conséquences. — 1^o A l'égard des tiers, les organes sociaux ne doivent pas produire une procuration pour établir leurs pouvoirs ; il leur suffit de prouver leur qualité, dont ils peuvent se prévaloir si leur nomination a été régulièrement publiée (art. 12).

2^o Les actes qu'ils accomplissent en tant qu'organes obligent directement la société envers les tiers, à condition qu'ils n'excèdent pas leurs pouvoirs (Bruxelles, 8 juin 1935, *Rev. prat. soc.*, 1935, p. 237), faute de quoi ils demeurent sans effet à son égard ; il en est de même des actes qui constituent un abus ou un acte de détournement de pouvoir : cf. PIRET, *Evolution de la législation belge sur les sociétés anonymes*, p. 217 ; Bruxelles, 21 février 1931, *Pas.*, 1932, II, 55 ; comm. Bruxelles, 16 novembre 1950, *Jur. com. Brux.*, 1951, 276.

Si les actes accomplis par un organe sont illicites, la responsabilité de la société est directement engagée envers les tiers lésés, par application de l'article 1382 du Code civil, à la seule condition que l'acte rentre, par sa nature, dans la « sphère des attributions » de l'organe : cass., 16 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, 723. La société n'est pas tenue en qualité de commettant (cass., 15 janvier 1946, *Pas.*, 1946, I, 25) ; elle est appelée, au contraire, à répondre de son fait propre. Les critères qui servent à fixer les limites de la responsabilité du commettant sont donc ici sans application : il ne suffit pas que l'acte ait été accompli à l'occasion des fonctions ; il doit, sinon constituer lui-même un acte de la fonction (1), se rattacher tout au moins à celle-ci par un lien direct, rentrer dans leur cadre.

(1) Cette interprétation rigoureuse conduirait à exclure dans tous les cas la responsabilité de la société, puisque celle-ci pourrait toujours soutenir que la mission de ses organes ne comportait l'accomplissement d'aucun acte illicite et que, si un tel acte a été commis, ce ne peut être que par suite d'un abus de pouvoir dont la société ne doit pas répondre lorsque c'est l'article 1382 qui est invoqué contre elle.

3^o Les organes sociaux ont seuls qualité pour représenter la société dans les actions judiciaires qu'elle intente ou qui sont dirigées contre elle. Les actes de procédure faits à la requête de la société doivent nécessairement indiquer les noms et qualités de ces organes, faute de quoi ils ne pourraient être considérés comme émanant de la société ou accomplis en son nom : cass., 13 avril 1905, *Pas.*, 1905, I, 187 et la note ; 12 novembre 1923, *Pas.*, 1924, I, 22. L'exception de non-recevabilité déduite de cette omission n'est pas une simple nullité d'exploit, à laquelle s'appliquerait l'article 173 du Code de procédure civile : Bruxelles, 16 décembre 1950, *J. P. A.*, 1951, 344 ; comm. Liège, 13 mars 1951, *Rev. prat. soc.*, 1951, 180.

Un exploit destiné à la société peut être valablement signifié à la personne qualifiée pour la représenter en justice (cf. pour le cas d'une société en commandite simple : cass., 29 septembre 1930, *Pas.*, 1930, I, 311).

4^o Les actes conclus valablement par les organes de la société pour le compte de celle-ci n'entraînent aucune obligation personnelle pour eux (art. 61), à moins qu'ils ne soient tenus des engagements sociaux en leur qualité d'associés.

371. Capacité requise. — En principe, toute personne peut être gérant ou administrateur d'une société commerciale. Même, suivant l'opinion dominante, une personne morale (en ce sens : FREDERICQ, t. IV, n^o 75, et t. V, n^o 417 ; PIC et KRÉHER, t. II, n^o 2042 ; HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n^o 1034 ; *contra* : LACOUR et BOUTERON, t. I^{er}, p. 399, note 2) ; mais elle ne pourra exercer ses fonctions (purement personnelles) que par l'intermédiaire de ses propres organes, ce qui sera pratiquement difficile si ces derniers forment un collège (conseil d'administration d'une société anonyme, par exemple) : cf. WAUWERMANS, n^o 297. On peut même se demander si la notion de l'organe n'est pas incompatible avec celle de personne morale : comp. *supra*, n^o 369.

Un incapable, tel qu'un mineur émancipé ou une personne mariée, peut être gérant ou administrateur, car l'article 1990 permet de lui confier un mandat : en ce sens, FREDERICQ, t. V, n^o 416.

La loi n'oblige pas à justifier d'une compétence ou d'une qualification particulière ; elle n'exige aucune garantie d'ordre moral.

Les abus qui ne pouvaient manquer de se produire sous ce régime de liberté sans contrôle ont motivé certaines *interdictions*, d'un caractère limité et exceptionnel :

1^o Les fonctions d'administrateur, gérant ou commissaire dans les sociétés par actions, coopératives et unions de crédit sont interdites : a) aux faillis non réhabilités ; b) à ceux qui ont été condamnés à une peine de trois mois de prison au moins, même conditionnellement, comme auteur ou complice de certaines infractions particulièrement graves (fausse monnaie, contrefaçon d'effets publics, faux en écritures, corruption de fonctionnaires, vol, extorsion, détournement, escroquerie, recel, banqueroute, infraction aux dispositions sur la provision de chèques) : arrêté royal du 24 octobre 1934 (1).

L'interdiction s'applique de plein droit : cass., 13 juillet 1936, *Pas.*, 1936, I, 351. Elle concerne aussi, en dehors des fonctions d' « organe » proprement dit, les fonctions conférant le pouvoir d'engager la société, à titre de mandataire.

2^o La même interdiction s'applique à ceux qui ont été condamnés à une peine criminelle pour infraction (ou tentative d'infraction) contre la sûreté de l'Etat ou aux articles 17 et 18 du Code pénal militaire, commise en temps de guerre (Code pén., art. 123*sexies*). Ces condamnés ne peuvent, d'autre part, participer d'aucune manière à l'administration d'une société, quelle qu'en soit la forme, ayant pour objet l'édition d'un journal ou d'autres publications, les spectacles de théâtre, la cinématographie ou la radiodiffusion. L'interdiction prévue par l'article 123*sexies* du Code pénal s'applique d'office, sans devoir être expressément prononcée : cass., 13 novembre 1944, *Pas.*, 1945, I, 32.

La nature et les effets de ce régime exceptionnel prêtent à discussion. Celui qui, au mépris de l'interdiction édictée par la loi, exerce les fonctions défendues, n'échappera pas lui-même aux conséquences civiles ou pénales des actes qu'il a accomplis dans le cadre de sa gestion illégale (banqueroute, par exemple : cass., 19 février 1940, *Pas.*, 1940, I, 56). Mais ces actes devraient être considérés, pour le surplus, comme entachés de nullité (en ce sens : note DE HARVEN, *Rev. crit. jur. belge*, 1948, 295 ; FREDERICQ, t. IV, n^o 69 ; *contra* : cass., 19 février 1940, précité ; cf., en France, note D. BASTIAN sous Paris, 21 janvier 1948, *J. C. P.*, 1948, II, 4407).

Il existe, d'autre part, certaines *incompatibilités* : les membres de l'ordre judiciaire (loi du 18 juin 1869, art. 179), les membres du Conseil d'Etat (loi du 23 décembre 1946, art. 54), les notaires (loi du 25 ventôse an XI, art. 6, 7^o, modifié par l'arrêté n^o 213 du 13 décembre 1935, art. 1^{er}), les militaires de tout grade (circ. min. du 14 juillet 1888), les agents de l'Etat (arr. roy. du 2 octobre 1937, art. 50), ne peuvent accepter aucun mandat dans une société commerciale. La méconnaissance de ces règles

(1) Lorsqu'il s'agit d'une banque, l'interdiction est étendue à toutes les formes de sociétés ; si la peine appliquée est inférieure à trois mois, les fonctions d'administrateur, gérant ou commissaire ne peuvent être exercées qu'après autorisation par la Commission bancaire : arrêté royal du 9 juillet 1935, art. 7 ; voy. *infra*, t. II.

constituerait seulement une faute disciplinaire, qui n'enlèverait pas leur validité aux actes que ces personnes auraient accomplis dans l'exercice de leurs fonctions d'administrateur ou de gérant. Quant aux avocats, il n'y a point d'incompatibilité légale, et la jurisprudence des conseils de discipline est à la fois disparate et controversée.

372. Statut des organes dans le cadre intérieur de la société. — Les sociétés de capitaux et les sociétés mixtes (sociétés de personnes à responsabilité limitée et sociétés coopératives) comportent plusieurs organes : l'un chargé de la gestion (conseil d'administration, gérants), l'autre du contrôle (collège des commissaires), et un troisième — l'assemblée générale des actionnaires ou des associés — que l'on peut qualifier d' « organe délibérant » (MICHOUX, *op. cit.*, t. II, p. 43), auquel les deux premiers sont hiérarchiquement subordonnés.

Les organes d'exécution et de contrôle sont personnellement responsables de la manière dont ils exercent leurs fonctions. Ils sont assimilés, à ce point de vue, à des mandataires salariés : tenus de faire preuve d'une diligence normale dans l'accomplissement de leur mission, et responsables seulement des suites directes et prévisibles de leurs fautes éventuelles. Ce n'est là, cependant, qu'une fiction, puisque les administrateurs et gérants ne tiennent pas leurs pouvoirs d'un véritable mandat, mais d'une nomination faite dans les statuts ou par un autre organe social, statuant le plus souvent à la majorité (cf. RIPERT, n^o 603). Mais cette fiction traduit d'une manière commode, en assimilant les gérants et administrateurs à des mandataires, la situation qui leur est faite dans le cadre interne de la société.

Les organes de gestion sont responsables envers la personne morale qu'ils représentent, c'est-à-dire envers la société et non envers les associés individuellement, lorsqu'il s'agit d'une société de capitaux ou mixte. Mais il en est autrement dans les sociétés de personnes, où la notion du contrat l'emporte encore sur celle de l'institution, et pour lesquelles la personnification juridique n'est qu'un procédé de séparation des patrimoines : les gérants y apparaissent comme les mandataires véritables et directs des associés eux-mêmes, et chacun de ceux-ci peut, dans la mesure de ses droits, exercer une action individuelle en responsabilité (FREDERICQ, *Traité*, t. IV, n^o 212).

§ 5. — *Nom des sociétés commerciales.*

373. Dénomination particulière ou raison sociale. — Comme les personnes physiques, la personne morale est identifiée par un *nom* qui lui est propre.

Le nom de la société commerciale est indiqué dans ses statuts. Le choix du nom n'est pas abandonné à la libre appréciation des fondateurs. Ceux-ci doivent s'abstenir d'adopter une dénomination identique ou analogue à celle d'une autre personne morale — celle-ci fût-elle même une association sans but lucratif : comm. Bruxelles, 30 mars et 11 mai 1951, *Jur. com. Brux.*, 1952, p. 54.

D'autre part, la loi institue un régime différent, selon qu'il existe ou non des associés personnellement responsables :

1^o S'il n'y en a point, la société ne peut être désignée par le nom d'aucun associé ; elle ne peut être qualifiée que par une dénomination de fantaisie ou par l'objet de son entreprise. Telle est la règle pour les sociétés anonymes (art. 27 et 28) ; comme la loi n'a prévu aucune sanction spéciale, elle est souvent méconnue, soit indirectement (« Anciens établissements X », par exemple), soit même directement.

Telle est aussi la règle pour les sociétés coopératives (art. 143), sans que la loi distingue selon que les associés sont, ou non, personnellement tenus. Mais, par une faveur souvent critiquée, la loi de 1935, en instituant les sociétés de personnes à responsabilité limitée, leur a permis d'opter entre le régime des sociétés anonymes et l'emploi d'une « raison sociale » comprenant le nom d'un ou de plusieurs associés (art. 117).

2^o Si la société comprend des associés personnellement responsables des dettes sociales, seuls les noms de ces associés (ou de certains d'entre eux, suivis des mots « et compagnie ») peuvent entrer dans la raison sociale qui désignera la société (société en nom collectif : art. 16 ; en commandite simple : art. 19 ; dans la commandite par actions, l'article 106 permet toutefois d'adjoindre à la raison sociale une dénomination particulière ou la désignation de l'objet de l'entreprise).

Le nom de la société est protégé comme le nom commercial d'une personne physique : voy. *supra*, n^o 134, et article 28, alinéa 3 (voy. *infra*, n^o 464).

§ 6. — *Siège social des sociétés commerciales.***374. Définition et détermination du siège social.** —

Toute société commerciale a un « siège social », qui correspond au domicile des personnes physiques.

Le siège social, comme le domicile, est au lieu du principal établissement, c'est-à-dire à l'endroit où se trouve la *direction administrative* de la société, où se tiennent les réunions du conseil d'administration et où se concentre la conduite des affaires sociales ; les assemblées générales s'y tiennent souvent aussi. Il ne coïncide donc pas nécessairement avec le siège d'exploitation, où s'exercent les activités d'ordre technique (industrielles ou commerciales). C'est le siège de la direction centrale qui, seul, sera déterminant. Les sièges secondaires (succursales) ne sont toutefois pas sans importance, car on admettra facilement que la société, en les créant, a fait tacitement élection de domicile en chacun de ces sièges pour les affaires qui y sont traitées.

Le siège social est normalement indiqué dans les statuts ; il doit l'être lorsqu'il s'agit d'une société coopérative (à peine de nullité : art. 144 ; comm. Courtrai, 20 janvier 1940, *Rev. prat. soc.*, 1947, 127) ou d'une société de personnes à responsabilité limitée (arg. art. 7, litt. b, 3^o, et 138, al. 2). Mais ce n'est là qu'une indication ; si la direction effective ne se trouvait pas au lieu indiqué par les statuts comme étant le siège social, c'est le siège réel qui l'emporterait sur le siège nominal, purement fictif : cass. fr., 5 mai 1952, *D. J.*, 1952, 507.

375. Déplacement du siège social. — Le siège social peut être déplacé, mais seulement après modification régulière des statuts, à moins que le déplacement ne se fasse dans les limites prévues par les statuts eux-mêmes : RIPERT, n^o 598. Pour être opposable aux tiers, ce déplacement doit être publié (qu'il y ait, ou non, modification des statuts), dans les sociétés anonymes (art. 81 ; la sanction n'est pas expressément prévue, mais ne fait aucun doute : civ. Bruxelles, 22 avril 1902, *Rev. prat. soc.*, 1902, p. 219), dans les sociétés en commandite par actions (art. 107) et dans les sociétés de personnes à responsabilité limitée (art. 138). Il doit, en outre, correspondre à un transfert réel du siège de la direction : cass. fr., 5 mai 1952, précité.

Le siège social ne pourrait être transféré à l'étranger, car le

déplacement entraînerait alors un changement de nationalité qui, lui-même, impliquerait disparition de l'être moral et constitution d'une société nouvelle : voy. ci-après, n^o 377.

376. Importance du siège social. — La détermination du siège social d'une société présente le même intérêt que celle du domicile d'une personne physique, au point de vue de la signification des actes de procédure et de la compétence des tribunaux.

Mais elle présente en outre une importance particulière, car c'est le lieu du siège social qui commande la nationalité de la société : voy. ci-après, n^o 377.

§ 7. — *Nationalité des sociétés commerciales.*

377. Sens de l'expression. — On admet en général que les sociétés possèdent une « nationalité » ; mais il faut se garder de les assimiler, sur ce point, aux personnes physiques. Non seulement la « nationalité » belge d'une société ne lui confère aucun droit politique — ce qui va de soi — mais elle ne lui donne pas non plus, sauf disposition légale expresse, les autres prérogatives qui, normalement, dériveraient de cette qualité, s'il s'agissait d'une personne physique.

L'expression est prise dans un sens très limité : elle signifie que les sociétés se rattachent nécessairement à la législation d'un pays déterminé — législation qui déterminera les conditions de leur existence et de leur fonctionnement. C'est ce lien que, faute de mieux, l'on désigne par le mot « nationalité ». Il est d'ailleurs essentiel, au point qu'une société ne pourrait changer de nationalité sans se dissoudre (WAUWERMANS, n^o 1097).

378. Comment se détermine la nationalité d'une société. Ainsi entendue, la nationalité d'une société se détermine par le lieu de son principal établissement, de son siège social : si le siège est en Belgique, la société est belge et, comme telle, soumise à la loi belge (art. 197) ; si le siège est à l'étranger, la société est régie par la loi locale étrangère pour tout ce qui concerne les conditions de son existence et l'étendue de sa capacité (cass., 12 avril 1888, *Pas.*, 1888, I, 186 ; 13 mai 1897, *Pas.*, 1897, I, 185). Les sociétés étrangères sont toutefois soumises à certaines dis-

positions de la loi belge si elles fondent en Belgique une succursale ou un siège d'opérations : article 198 ; voy. *infra*, t. II.

Peu importe le lieu où se trouvent les sièges d'exploitation. Peu importe aussi l'endroit où est passé l'acte constitutif : la loi locale régira les formes de cet acte, mais non le statut de la société elle-même (cf. art. 197).

Peu importe enfin la nationalité de la majorité des actionnaires ou celle des dirigeants ; mais ces deux derniers éléments, s'ils sont indifférents au point de vue de la législation régissant le fonctionnement de la société, ont été souvent retenus à d'autres fins : soit pour soumettre des sociétés « belges » au régime de rigueur applicable aux entreprises « sous le contrôle de l'ennemi » (loi du 14 juillet 1951, art. 1^{er}), soit pour soumettre ces sociétés au régime applicable aux étrangers (adjudication de travaux publics : arrêté-loi du 3 février 1947, art. 1^{er}), ou pour leur refuser le bénéfice de la loi sur la réparation des dommages de guerre (loi du 1^{er} octobre 1947, art. 3, § 2) ; cf., en droit fiscal : appel Alger, 13 juillet 1951, *D. J.*, 1951, 629.

379. Régime des sociétés coloniales. — La règle selon laquelle la nationalité de la société dépend du lieu où se trouve le siège social, comporte une exception importante : les sociétés constituées soit en Belgique, soit au Congo, sous le régime de la législation en vigueur dans la colonie, sont soumises exclusivement aux lois coloniales, même si elles ont en Belgique leur principal siège administratif et que leur conseil d'administration et leur assemblée générale s'y réunissent (loi du 21 août 1921, art. 2).

Les prescriptions, même d'ordre public, des lois belges ne leur sont pas applicables, sauf disposition contraire et expresse de la loi : Bruxelles, 9 janvier 1924, *Rev. prat. soc.*, 1924, n^o 2537 ; comm. Bruxelles, 8 décembre 1927, *Rev. prat. soc.*, 1929, n^o 2924 ; comm. Anvers, 6 octobre 1930, *Rev. prat. soc.*, 1931, p. 69. Le droit pénal belge sanctionne les infractions commises en Belgique à l'occasion de la constitution de ces sociétés, de leur gestion ou de leur activité en général : cass., 30 juin 1936, *Pas.*, 1936, I, 326 ; Bruxelles, 4 décembre 1934, *Rev. doctr. et jur. col.*, 1935, p. 19. Encore faut-il qu'il ne s'agisse pas d'infractions impliquant l'existence d'une société soumise aux lois belges (exemple : art. 200 des lois belges relatives aux sociétés commerciales).

CHAPITRE V.

LES RÈGLES DE FORME.

380. Sens du formalisme imposé par la loi. — Toute société commerciale sera rangée dans l'une des catégories prévues par la loi (art. 2), à moins qu'elle ne soit une association momentanée ou une association en participation (voy. *supra*, n° 145). D'autre part, la loi confère la personnalité juridique à toutes les catégories de sociétés commerciales énumérées par l'article 2. Le contrat qui leur donne naissance est donc l'acte constitutif d'une personne nouvelle, d'une institution dont il organise le fonctionnement.

Cet acte important est soumis à un régime particulier, nettement formaliste. La société commerciale douée de la personnalité juridique n'existera et ne fonctionnera légalement que moyennant la réunion de deux conditions de forme : 1° le contrat de société doit être constaté par un acte écrit « spécial », dressé, selon les cas, dans la forme authentique ou sous signature privée ; 2° cet acte doit être rendu public dans les conditions prescrites par la loi.

Si ces conditions sont remplies, la teneur de l'acte ne pourra être contestée même dans les relations entre les associés ; d'autre part, les tiers auront la faculté d'en prendre connaissance, s'ils le jugent utile, et les dispositions statutaires qu'il contient leur seront opposables.

Cette double obligation, imposée lors de la constitution de la société, à la fois dans l'intérêt des contractants et dans celui des tiers, doit être observée, pendant son existence, pour tout changement apporté aux clauses des statuts (art. 12).

SECTION I^{re}. — NÉCESSITÉ D'UN ACTE ÉCRIT SPÉCIAL.

381. Condition de la validité du contrat. — Pour les sociétés civiles, l'écrit n'est exigé que dans la mesure où il est requis par les règles sur la preuve. Pour les sociétés commerciales, au contraire, la rédaction de l'écrit est nécessaire non seulement comme mode de preuve, mais comme *condition substantielle de la*

validité du contrat; l'article 4 prévoit expressément la sanction de la nullité.

L'acte doit être *spécial*, afin de pouvoir être publié. Il ne suffit donc pas que l'existence de la société puisse être établie par des écrits quelconques (lettres missives, par exemple); il faut qu'un acte distinct soit dressé pour constater les clauses du contrat.

La société commerciale n'est cependant *pas un contrat solennel*, en dépit de ce qui a été affirmé au cours des travaux préparatoires (Rapport Pirmez, GUILLERY, *Commentaire législatif*, t. II, n° 18; Rapport Van Humbeeck, *ibid.*, n° 98; note explicative du Gouvernement, *ibid.*, n° 108).

L'opinion ainsi exprimée se fondait essentiellement sur l'impossibilité de réparer par un acte *confirmatif* le vice d'une société dépourvue d'acte constitutif; or, c'est là un trait commun à toutes les nullités absolues, qui sanctionnent la violation des règles d'ordre public (DE PAGE, t. I^{er}, n° 97); on ne peut donc en déduire qu'il s'agit d'un acte solennel (FREDERICQ, *Traité*, t. IV, n° 98; *contra*: RESTEAU, *Sociétés anonymes*, t. I^{er}, n° 182). Le contrat solennel, en effet, est celui qui n'a d'existence que s'il a été dressé dans les formes indiquées par la loi (contrat de mariage, donation entre vifs); si la solennité imposée n'a pas été observée, le contrat demeure sans effet; il n'existe pas légalement, même s'il est reconnu entre parties (DE PAGE, t. II, n° 454). Or, l'absence d'un acte écrit n'entraîne pas la nullité *radicale* de la société commerciale: le contrat produit au contraire tous ses effets entre les associés, aussi longtemps qu'aucun d'eux n'en poursuit l'annulation, et celle-ci, lorsqu'elle est prononcée entre parties, n'opère que pour l'avenir (art. 4, *in fine*; voy. *infra*, n° 384 et suiv.).

Les sociétés commerciales forment ainsi une catégorie intermédiaire entre le contrat consensuel ordinaire et le contrat solennel proprement dit: la rédaction d'un écrit est ici une condition de forme imposée pour des raisons d'ordre public, et dont l'omission, sans priver nécessairement l'acte de tout effet, est sanctionnée par la nullité.

§ 1^{er}. — *Formes de l'acte.*

382. Distinction entre les sociétés de personnes et de capitaux. — Les règles varient selon qu'il s'agit d'une société de personnes ou d'une société de capitaux.

a) Les sociétés de *capitaux* (sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions) doivent toujours être formées par des actes *publics*. Dans ces sociétés, les associés sont souvent très nombreux et l'anéantissement de la société pour vice de forme

entraînerait des conséquences d'autant plus graves que l'actif de la société répond seul des dettes contractées en son nom. Il faut donc que la teneur de l'acte constitutif soit incontestable et que la conservation de cet acte soit assurée.

b) Les sociétés de personnes peuvent se constituer indifféremment par acte *public* ou par acte *sous seing privé*. Les associés sont en principe responsables du passif social; ils sont peu nombreux; ils ne font pas appel au public pour la formation du capital. La stabilité de l'être moral n'a donc pas la même importance que dans les sociétés de capitaux; son annulation éventuelle entraînerait un trouble moins considérable.

Les fondateurs n'auront cependant pas le choix si les apports comprennent des biens immobiliers; l'acte constitutif étant alors sujet à transcription, doit nécessairement être passé en forme authentique. Ils auront intérêt, d'autre part, à recourir à la même forme si, en raison de liens de famille, ils sont appelés à hériter l'un de l'autre: ils bénéficieront ainsi de la dispense de rapport prévue par l'article 854 du Code civil.

La règle comporte une double dérogation:

1^o La société coopérative peut être constituée par acte sous seing privé, même lorsque ses statuts limitent la responsabilité des associés, — ce qui s'explique par la faveur témoignée aux coopératives, dont les associés sont généralement peu fortunés, par le législateur de 1873: il a voulu leur épargner des frais. La solution est d'ailleurs regrettable; le grand nombre des annulations judiciaires, en matière de sociétés coopératives, en fournit la démonstration.

2^o La société de personnes à responsabilité limitée, qui présente un caractère mixte, est soumise, pour la forme de l'acte, au même régime que les sociétés de capitaux: elle doit être formée par acte authentique. Cette solution a précisément été inspirée par l'expérience désastreuse qui avait été faite en matière de sociétés coopératives.

L'acte sous seing privé doit être dressé « en se conformant à l'article 1325 du Code civil » (art. 4). Il sera fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct; leur nombre sera donc égal à celui des associés, — sauf pour les sociétés coopératives, dont l'acte peut être établi en deux originaux seulement (art. 4, al. 1^{er}, *in fine*); cette faveur s'explique par le nombre généralement élevé des associés dans ces sociétés; elle est compensée par l'obligation de publier l'acte entier (art. 9) et d'en reproduire le texte complet dans le titre nominatif remis

à chaque associé (art. 156). Chaque exemplaire portera la mention du nombre des originaux de l'acte.

Pour éviter que la constitution des sociétés commerciales ne donne lieu à des « trafics d'influence », la loi du 6 août 1931 interdit aux ministres, anciens ministres, ministres d'Etat, membres et anciens membres des Chambres, de faire mention de ces qualités dans les actes ou publications relatives à des sociétés à but lucratif. Mais la méconnaissance de cette prescription n'entache pas la régularité des actes (cf. FREDERICQ, t. IV, n^o 106).

383. Nécessité d'un acte régulier et complet. — Pour que la société soit valable, l'acte spécial qui en constate les statuts doit être *régulier*. S'il ne l'est pas, la nullité de la société est encourue comme s'il n'y avait point d'acte. Il ne pourrait être question d'invoquer l'écrit irrégulier comme un commencement de preuve par écrit, et de le compléter à l'aide de présomptions ou de témoignages : l'écrit n'étant pas requis *ad probationem*, mais comme une condition de validité de la société, il ne peut être suppléé d'aucune manière à son absence ou à son irrégularité.

Les mêmes raisons doivent, à notre avis, faire rejeter toute application aux actes constitutifs des sociétés commerciales, du tempérament qu'apporte le dernier alinéa de l'article 1325 du Code civil aux règles prescrites par les trois alinéas précédents (« le défaut de mention que les originaux ont été faits en doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte »). Cette atténuation s'explique fort bien, lorsque l'acte sous seing privé n'est qu'un instrument de preuve auquel il peut, au besoin, être suppléé par d'autres éléments ; elle est inadmissible, au contraire, lorsque la rédaction d'un écrit spécial est une condition de validité de l'acte juridique. Bien que l'article 4 des lois sur les sociétés renvoie aux dispositions de l'article 1325 sans exclure expressément le dernier alinéa de cet article, l'exclusion résulte implicitement du caractère essentiellement formaliste de l'article 4 lui-même (en ce sens : RESTEAU, *Sociétés coopératives*, n^o 12 ; Pirmez, à la séance de la Chambre du 19 novembre 1872, GUILLERY, *Commentaire législatif*, t. III, n^o 499 ; *contra* : FREDERICQ, t. IV, n^o 103, et les références citées).

Il faut, d'autre part, que l'acte soit *complet* ; il doit contenir « tout ce qui est de l'essence du contrat de société » (déclaration Pirmez, GUILLERY, *Commentaire législatif*, t. III, n^o 28 ; voy. ci-dessus, n^{os} 327 et suiv.). Mais les dispositions supplétives de la loi elle-même dispensent de régler en détail, dans l'acte, le fonctionnement et l'organisation de la société.

§ 2. — *Nullité des sociétés commerciales pour irrégularité de forme.*

384. Caractères de cette nullité. — L'absence d'acte écrit spécial, l'irrégularité de l'acte, ou l'omission, dans cet acte, d'un élément essentiel du contrat de société, entraînent la nullité de la société (art. 4). Rare pour les sociétés constituées par acte authentique, la nullité est assez fréquente pour les sociétés de personnes.

C'est, en principe, une nullité absolue, puisqu'elle sanctionne l'inobservation d'une règle d'intérêt général (voy. au sujet des caractères propres aux nullités absolues : DE PAGE, t. I^{er}, n^o 97), mais elle est soumise à un régime complexe et original, qui oblige à la placer en marge des catégories traditionnelles ; elle pourrait être rangée parmi les « nullités d'intérêt privé général » (cf. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, p. 611 et suiv.).

Les traits suivants permettent de la rattacher, dans une certaine mesure, aux nullités absolues :

1^o La nullité est de droit (cass., 2 février 1891, *Pas.*, 1891, I, 78), mais il faut cependant qu'elle soit prononcée par le juge sur la demande d'un intéressé. On voit ainsi que la société commerciale n'est pas un contrat solennel (n^o 379) : elle produit ses effets aussi longtemps que la nullité n'a pas été prononcée en justice. La demande d'annulation doit être dirigée contre l'être moral, puisque celui-ci existe aussi longtemps qu'il n'a pas été déclaré nul.

2^o Elle ne peut se couvrir par une confirmation quelconque ; par sa nature même, un vice de forme ne peut être réparé rétroactivement. Le seul moyen de régulariser la situation est de dresser un acte conforme aux prescriptions légales. La société n'aura d'existence régulière qu'à compter de la publication de cet acte ; toutes ses opérations antérieures peuvent être déclarées non avenues, et l'on ne saurait y parer au moyen d'une cession de droit par la société de fait à la société régularisée : « Les sociétés commerciales, Examen de jurisprudence », *Rev. crit. jur. belge*, 1951, p. 136, n^o 14.

3^o Elle peut être soulevée en tout état de cause, — à moins, cependant, qu'il n'y ait été renoncé (n^o 386).

Mais, à la différence des nullités absolues en droit civil :

1^o Elle n'est pas d'ordre public : les tribunaux ne peuvent la prononcer d'office ; elle doit être invoquée par ceux au profit desquels elle est instituée, et ceux-ci peuvent y renoncer.

2^o Ses effets varient selon qu'elle est invoquée par un tiers ou par un associé : voy. ci-après, nos 387 et 388.

385. Situation et droits des tiers. — Les tiers peuvent se prévaloir de la nullité ; mais les associés ne peuvent la leur opposer (art. 4), car il serait inadmissible qu'ils tirent avantage d'un fait imputable à leur négligence pour se soustraire à leurs obligations.

Un tiers quelconque peut donc intenter contre la société constituée sans acte écrit régulier une action judiciaire tendant à en faire prononcer la nullité ; il peut aussi former cette demande en termes de défense à une action qui serait dirigée contre lui par la société. En pratique, il se contentera, en ce cas, d'invoquer l'absence de *publication* de l'acte constitutif et opposera de ce chef la fin de non-recevoir édictée par l'article 11, alinéa 3 (nos 396 et 397).

Faut-il, pour obtenir l'annulation, justifier d'un intérêt particulier ? On l'a soutenu, en précisant, tantôt que cet intérêt devait être « juridique », tantôt qu'il devait être « patrimonial » ou « légitime » (FREDERICQ, t. IV, n^o 111 ; *Rép. prat. dr. belge*, v^o *Sociétés à forme dite commerciale*, nos 134 et 135). Ces distinctions doivent, à notre avis, être abandonnées. La loi ne reconnaît comme valables que les sociétés dont il existe un acte constitutif (cf. Rapport Pirmez, GUILLERY, *Commentaire législatif*, t. II, n^o 18) ; elle a même voulu assimiler la société commerciale aux actes solennels, et ce dans l'intérêt des associés et des tiers. La nullité qui sanctionne cette prescription est donc d'intérêt général. Dès lors, l'action en nullité appartient, en vertu de la loi même, à tous, sans que le demandeur doive invoquer un intérêt personnel, qui lui serait propre ; de leur côté, les associés ne peuvent jamais opposer à l'action un intérêt légitime au maintien de la situation illégale qu'ils ont créée (RESTEAU, *Sociétés anonymes*, t. I^{er}, n^o 189). Les distinctions proposées sont d'ailleurs purement arbitraires : la notion de l'intérêt « juridique » est peu claire (LACOUR et BOUTERON, t. I^{er}, n^o 264) ; celle de l'intérêt « légitime » ne l'est pas davantage.

La nullité pourra être invoquée, notamment, par les créanciers personnels d'un associé (cass., 11 mars 1886, *Pas.*, 1886, I, 103), par les créanciers de la société, par ses débiteurs, par ceux d'un associé, par le fisc.

Seul l'*abus* du droit de provoquer la nullité de la société pourrait entraîner le rejet de l'action — si, par exemple, celle-ci n'était intentée que dans une intention malicieuse. Mais l'hypothèse semble purement théorique.

Le concurrent qui exerce l'action pour se débarrasser d'un compétiteur gênant commet-il un abus de droit? Nous ne le croyons pas (1); il fait seulement usage de son droit et ce dans un intérêt personnel, en provoquant la disparition d'une société que la loi, dans l'intérêt général, déclare « non valable »; les associés ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes des inconvénients qui en résulteront pour eux.

386. L'option accordée aux tiers. — Comme la nullité n'est pas d'ordre public, les tiers disposent d'une option : ils peuvent *accepter* l'existence de la société ou la *rejeter*.

S'ils la rejettent, ils agiront comme s'ils avaient traité avec des commerçants qui se sont engagés solidairement envers eux ; ils invoqueront au besoin la nullité de la société et pourront la faire prononcer par voie d'action principale ou à titre de demande reconventionnelle.

S'ils l'acceptent, ils ont encore le choix entre deux attitudes : ils peuvent l'accepter telle qu'elle est formée entre les associés, ou, au contraire, « 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 (*sic*) gestion » (Rapport Pirmez, GUILLERY, *Commentaire législatif*, t. II, n° 19); en d'autres termes, ils peuvent la considérer, nonobstant toute convention contraire entre les associés, comme une société *en nom collectif*.

Les tiers peuvent donc *renoncer* à invoquer la nullité, et s'ils y ont renoncé au cours d'une contestation, il ne leur est plus loisible de se raviser au cours du même procès. Mais il n'est pas permis d'y renoncer d'avance, et l'on ne saurait déduire pareille renonciation du seul fait que le tiers a consenti à traiter avec la société (civ. Bruxelles, 1^{er} mars 1893, *Rev. prat. soc.*, 1893, p. 311), même s'il avait eu dès ce moment connaissance de l'irrégularité.

(1) Les auteurs qui lui refusent l'action (FREDERICQ, t. IV, n° 111), admettent au contraire celle du débiteur qui cherche à échapper au paiement de sa dette : l'attitude de ce dernier est-elle vraiment plus digne d'encouragement? Il est permis d'en douter.

La renonciation faite au cours d'un procès ne vaut que pour ce dernier ; elle doit s'interpréter restrictivement et ne peut donc empêcher le tiers d'invoquer la nullité au cours d'une action ultérieure ; cependant, le tiers qui a provoqué la faillite de la société ne pourrait ensuite en poursuivre l'annulation : en pareil cas, il a définitivement opté pour la validité et renoncé à se prévaloir de l'article 4.

387. Effets de la nullité invoquée par un tiers. — Lorsqu'elle est demandée, la nullité doit être prononcée même si un autre intéressé (un associé ou même un tiers) s'y oppose, même si la société est déjà dissoute et en liquidation, ou en faillite (cass., 25 mars 1880, *Pas.*, 1880, I, 108).

Si la nullité est prononcée à la requête d'un tiers, elle opère rétroactivement au jour de la constitution de la société : celle-ci est considérée comme n'ayant jamais existé.

Le tiers qui a obtenu gain de cause pourra donc, s'il est créancier d'un associé, exercer ses droits sur les biens apportés par son débiteur à la société annulée ; s'il avait contracté lui-même avec cette dernière, les opérations faites seront non avenues et demeureront sans effet ; s'il est créancier de la société, il pourra prendre jugement contre les associés sans devoir requérir la condamnation préalable de la société.

Les conséquences rigoureuses de l'annulation seront parfois tempérées par l'application des règles de l'enrichissement sans cause : les associés pourraient, par exemple, intenter l'action *de in rem verso* contre le tiers contractant à qui la société annulée aurait fourni des marchandises sans en recevoir le prix.

A l'égard du tiers, la nullité est imprescriptible. L'article 194, en apportant une exception à la règle, en confirme l'existence.

L'exception concerne le cas, rare en pratique, des sociétés par actions et des coopératives (ce sont celles qui comptent normalement un nombre élevé d'associés), constituées, non point sans acte écrit, mais par un acte *irrégulier*. Si cet acte a été publié et que le contrat ait reçu son exécution pendant cinq ans au moins à partir de la publication, l'action en nullité, fondée sur l'irrégularité de l'acte, est prescrite.

388. Effets de la nullité entre associés. — La loi leur interdit d'opposer la nullité aux tiers, mais chacun des associés peut l'invoquer contre son coassocié (art. 4).

Chaque associé peut aussi diriger contre la société (comm. Gand, 19 juin 1924, *Pas.*, 1925, III, 103) une action tendant à faire prononcer la nullité (arg. art. 4), car il serait injuste de

contraindre les associés à demeurer engagés dans une société irrégulière, qu'un tiers peut à tout moment faire disparaître.

Toutefois, l'annulation prononcée dans ces conditions ne produit ses effets qu'à dater du jour de la demande (art. 4). Elle ressemble donc à une dissolution : la société a existé dans le passé, et les opérations qu'elle a effectuées jusqu'à la demande d'annulation demeurent valables entre associés. La ressemblance n'est pas complète cependant, car la personnalité juridique de la société ne subsistera pas pour les besoins de la liquidation, comme ce serait le cas après une dissolution véritable (art. 178).

La nullité régit au contraire les opérations et les faits postérieurs à la demande (voy. notamment : cass., 26 février 1891, *Pas.*, 1891, I, 78).

Entre associés, la nullité est considérée comme une nullité relative. L'action en nullité est donc soumise à la prescription du droit commun, soit trente ans, sauf dans le cas prévu par l'article 194 (n° 387).

389. Autorité relative du jugement d'annulation. — Selon l'opinion dominante en Belgique, le jugement qui accueille une demande de nullité fondée sur l'article 4 n'a d'autorité qu'entre les parties au litige (1) ; il est inopposable aux tiers, qui peuvent donc ignorer la nullité prononcée et se comporter comme si la société continuait au contraire à subsister : FREDERICQ, t. IV, n° 121 ; *Rép. prat. dr. belge*, v° *Sociétés à forme dite commerciale*, nos 169 et 170, avec de nombreuses références ; RESTEAU, *Sociétés anonymes*, t. I^{er}, n° 197.

La situation qui en résulte est évidemment incohérente et les conflits qu'elle engendre peuvent placer les tribunaux en présence de difficultés insurmontables.

390. Examen critique et solution proposée. — La solution traditionnelle, dont les conséquences regrettables sont unanimement reconnues, s'impose-t-elle néanmoins ? Nous ne le croyons pas (en ce sens : HOUFIN et BOSVIEUX, n° 545 ; LACOUR et BOUTERON, t. I^{er}, n° 271 ; cass. fr., 2 juillet 1873, *D. P.*, 1874, 1, 49 ; cf. WAUWERMANS, n° 33). Dès le lendemain de la promulgation

(1) La question ne se pose évidemment que si la nullité a été demandée et prononcée ; elle serait sans objet si le défendeur s'était borné à invoquer l'absence d'acte pour faire déclarer l'action non recevable (nos 396 et 397).

du Code civil, doctrine et jurisprudence ont reconnu que la règle édictée par l'article 1351 du Code civil, en dépit de ses termes généraux, n'avait point pour effet de priver *tous* les jugements de *tout* effet à l'égard des tiers étrangers à l'instance (cons., à cet égard : L. BOYER, « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, p. 163). Les jugements ne se bornent pas toujours à constater et à sanctionner les droits respectifs des parties. La fonction du juge consiste souvent, au contraire, à prendre une décision qui, par sa nature et son objet, crée un état de droit nouveau : l'état de faillite, par exemple.

Lorsqu'il en est ainsi, la situation juridique nouvelle créée par le jugement s'impose logiquement à tous, et non pas seulement aux parties en cause ; elle est indivisible (LACOUR et BOUTERON, t. I^{er}, n^o 271). Les tiers qui se prétendent lésés par la décision judiciaire intervenue sans qu'ils aient été entendus, disposent d'un recours : la tierce opposition — ce qui, comme on l'a fait observer, ne se concevrait pas si le jugement demeurerait sans effet à leur égard (sur tous ces points, cf. L. BOYER. *op. cit.*, n^{os} 19 et 23 et suiv.).

De nombreux systèmes ont été échafaudés pour maintenir dans des limites raisonnables le domaine d'application de l'article 1351 du Code civil. Il ne peut être question de les examiner ici en détail ; il suffit de constater que le jugement annulant une société commerciale, mettant fin (avec ou sans effet rétroactif, selon les cas) à son existence juridique, doit logiquement prendre place parmi les décisions judiciaires qui créent un état de droit nouveau.

La loi elle-même le reconnaît, puisque le jugement qui prononce la nullité peut déterminer le mode de liquidation et nommer les liquidateurs (art. 179, al. 2). La nullité prononcée par le tribunal donne donc ouverture à une liquidation, comme la dissolution de la société. Au même titre que celle-ci, elle doit être opposable à tous : on ne concevrait pas qu'une société fût simultanément en liquidation à l'égard des uns, et en activité à l'égard des autres ; « la personne morale, pas plus que la personne physique, ne peut à la fois être et ne pas être » (Bruxelles, 2 mars 1892, *Pas.*, 1892, II, 304 ; dans le même sens, et en termes très nets : cass. fr., req., 16 mai 1938, *Rev. prat. soc.*, 1947, 271).

Sans doute conviendrait-il d'assurer la publicité du jugement

d'annulation, par sa mention au registre du commerce, au même titre que celle des jugements d'interdiction ou déclaratifs de faillite, et comme le prescrit la loi française; c'est là une lacune qui devrait être comblée — mais dont l'on ne pourrait, certes, déduire aucun argument en faveur de l'opinion traditionnelle.

Le jugement qui *repousse* la demande de nullité reste soumis au principe de l'autorité relative, car il ne crée pas de situation nouvelle : un autre tiers ou un autre associé pourra donc introduire à son tour une action tendant aux mêmes fins.

Les régimes juridiques différents prévus par la loi suivant que la nullité est invoquée par des tiers ou par des associés ont été parfois invoqués pour soutenir que la solution traditionnelle aurait été, malgré ses inconvénients graves, consacrée implicitement par la loi (en ce sens : FREDERICQ, t. IV, n° 121). Nous ne le pensons pas, et il nous paraît aisé, au contraire, de résoudre les difficultés qui peuvent se présenter :

1° Si la demande émane d'un associé, le jugement opère dissolution de la société *erga omnes* à compter du jour de la demande. Les tiers ne pourraient s'y opposer; mais le jugement ne les empêche pas de former à leur tour une demande de nullité qui, si elle est accueillie, fera disparaître — *erga omnes* — la société *ex tunc*, c'est-à-dire rétroactivement, au jour de sa constitution : la société, dissoute pour l'avenir par le premier jugement, est mise entièrement au néant par le second.

2° Si la demande émane d'un tiers, l'annulation opère *ex tunc* et *erga omnes* — sauf tierce opposition éventuelle de la part d'autres intéressés (à la condition qu'ils ne doivent pas être considérés comme représentés par la société, en leur qualité d'ayants cause de celle-ci : tel est le cas des créanciers chirographaires, par exemple : voy. L. BOYER, *op. cit.*, nos 32 et suiv.; cf. cass. fr., 16 mai 1938, précité).

391. Conséquences de la nullité prononcée. — 1° La suppression de l'être moral que constituait la société n'efface pas son activité passée; il faut inévitablement procéder à une *liquidation*. Les tribunaux peuvent déterminer le mode de liquidation et nommer les liquidateurs (art. 179); la loi a ainsi coupé court à de nombreuses controverses suscitées par la liquidation des sociétés nulles.

Le tribunal pourra, en vertu de l'article 179, et par une décision souveraine (cass., 11 mars 1886, *Pas.*, 1886, I, 103), déterminer les pouvoirs des liquidateurs et régler les modalités de la réalisation de l'actif et du paiement du passif; il s'inspirera éventuellement des clauses de la convention annulée : cass., 11 mars 1886, précité.

Mais la loi ne lui donne pas le pouvoir de fixer les droits des associés : cass., 11 mars 1886, précité. Si la nullité, demandée par un associé, opère *ex nunc*, les droits des associés les uns vis-à-vis des autres seront réglés conformément à leur volonté commune exprimée dans la convention : cass., 4 décembre 1924, *Pas.*, 1925, I, 54. Si elle a été demandée par un tiers, et si, par conséquent, elle opère avec effet rétroactif, la convention, entièrement abolie, ne peut produire aucun effet : les droits des associés sur l'actif net seront déterminés par les principes généraux en matière d'indivision, sans que l'application de ces principes puisse être modifiée par les clauses du pacte social anéanti ; les associés ne pourraient donc être contraints par le liquidateur de satisfaire à des appels de fonds : cass., 12 mars 1903, *Pas.*, 1903, I, 126 ; chaque associé reprendra ses apports s'ils subsistent en nature ; les règles de l'enrichissement sans cause pourront éventuellement être invoquées : conclusions de M. Mesdach de ter Kiele, *Pas.*, 1889, I, 93.

2^o Lorsque la nullité rétroagit au jour du contrat, les créanciers sociaux seront considérés comme ayant traité avec les associés qui se sont occupés de la gestion (Liège, 6 avril 1933, *Pas.*, 1933, II, 145), ou qui étaient obligés solidairement avec la société. Ils viendront en concours avec les créanciers personnels de ces associés, sur les biens de ces derniers ainsi que sur les biens sociaux demeurés indivis.

Les associés sont-ils tenus solidairement envers eux ? La question est controversée (voy., pour l'affirmative, FREDERICQ, t. IV, n^o 115, dont l'opinion nous paraît fondée, pour autant que les opérations faites par les associés aient bien, dans leur chef, la qualité d'actes de commerce, ce qui ne sera pas toujours le cas s'ils n'avaient pas eux-mêmes la qualité de commerçants).

3^o La nullité pour défaut d'acte pourrait donner lieu à la responsabilité des fondateurs dans les sociétés anonymes (article 35, 4^o), en commandite par actions (art. 105) et de personnes à responsabilité limitée (art. 123), envers toute personne à qui elle aurait porté préjudice.

SECTION II. — PUBLICATION OBLIGATOIRE.

392. Principe. — L'acte constitutif doit être *publié* dans les conditions prescrites par la loi (art. 6 à 12). Cette publication, prévue dans l'intérêt exclusif des tiers, doit leur permettre de connaître les statuts de la personne morale avec laquelle ils contractent, son objet, sa capacité, ses représentants, et, s'il s'agit

d'une société à responsabilité limitée, son capital et les apports dont il est formé.

393. Etendue et modalités de la publication. — La publication se fait essentiellement dans un Recueil spécial qui paraît sous la forme d'annexes au *Moniteur belge*; ces annexes, que chacun peut recevoir en souscrivant un abonnement, sont adressées, en outre, aux greffes des cours et tribunaux où chacun peut en prendre connaissance gratuitement (art. 10, al. 2).

a) Les actes constitutifs des sociétés anonymes en commandite par actions et coopératives (lorsque la responsabilité des coopérateurs est limitée, ce qui est le cas le plus fréquent) doivent être publiés *en entier* : article 9. Les tiers, n'ayant pour gage que le patrimoine de l'être moral, doivent être renseignés d'une manière détaillée sur les ressources de la société et sur son organisation intérieure.

Les mandats annexés aux actes doivent être déposés en expédition ou en original en même temps que l'acte lui-même, mais ne doivent pas être publiés; les tiers peuvent cependant en obtenir communication (art. 9 et 10).

b) Pour les sociétés en nom collectif et en commandite simple, l'acte est publié *par extraits*. La publication d'un extrait est suffisante, puisque les associés sont tenus personnellement des obligations sociales; les tiers n'ont donc pas un intérêt majeur à connaître toutes les clauses des statuts.

L'article 7, *littera a*, indique les mentions que l'extrait doit contenir; il doit être signé par le notaire si l'acte est authentique; s'il est sous seing privé, par tous les associés solidaires ou par l'un d'eux, investi à cette fin d'un mandat spécial (art. 8); si l'un des associés refuse de signer, les autres peuvent se faire autoriser par le tribunal à signer seuls (FREDERICQ, t. IV, n° 132; Bruxelles, 21 juin 1938, *Rev. prat. soc.*, 1947, 263).

L'extrait contiendra : 1° la désignation précise des associés solidaires; 2° la raison de commerce de la société; 3° la désignation des associés ayant la gestion et la signature sociale (ou du gérant non associé), en précisant, s'il y a lieu, les restrictions apportées à leurs pouvoirs; 4° l'époque où la société doit commencer et celle où elle doit finir. Pour les commandites, l'extrait mentionnera aussi les valeurs fournies ou à fournir en commandite, ainsi que les commanditaires qui n'ont pas versé intégralement leurs apports, avec l'indication des obligations de chacun. La loi

n'impose pas l'indication du siège social, ni celle de l'objet de la société, mais ces mentions seront rendues publiques par le registre du commerce.

Si les statuts contiennent des dispositions dérogoires au droit commun, elles doivent, pour être opposables aux tiers, être mentionnées aussi dans l'extrait, en même temps que les indications prescrites par l'article 7 : FREDERICO, t. IV, n^o 126.

c) Un régime spécial est prévu pour les sociétés de nature hybride : sociétés de personnes à responsabilité limitée et sociétés coopératives à responsabilité solidaire et illimitée : les actes constitutifs de ces sociétés sont publiés *par extraits* (contenant les mentions indiquées par l'article 7, littéra *b*, et signés comme le prévoit l'article 8), mais une *expédition* de l'acte entier doit être *déposée* en même temps que l'extrait et avec les procurations (en expédition ou en original) ; les tiers pourront en prendre connaissance gratuitement, ou s'en faire délivrer copie sur papier libre (art. 6 et 10).

Ce régime mixte a été imaginé pour permettre aux tiers, qui n'ont de recours que contre la société, de connaître le texte complet des statuts, sans imposer à ces sociétés, présumées peu importantes, la charge onéreuse d'une publication de l'acte entier dans les annexes du *Moniteur*.

L'extrait doit énumérer avec précision tous les associés, indiquer le siège de la société, son objet, son nom, sa durée, le nom et les pouvoirs de ceux qui sont autorisés à la gérer et à signer pour elle. Il mentionne en outre : le montant du capital, la manière dont le fonds social sera formé, le début et la fin de chaque exercice social, les jours et heure de l'assemblée ordinaire des associés appelée à statuer sur l'approbation du bilan.

394. Mécanisme de la publication (art. 10 du titre IX et arrêté royal du 21 mai 1873). — Le dépôt doit se faire entre les mains du greffier du tribunal de commerce (arrêté royal du 21 mai 1873) dans la quinzaine de la date des actes ; le délai n'est pas franc, et, par conséquent, le *dies ad quem* est compris (Code proc. civ., art. 1033).

Le dépôt doit être fait par le notaire, s'il s'agit d'un acte authentique, sinon par les associés solidaires ou, à défaut, par les associés fondateurs (tel sera le cas pour les coopératives à responsabilité limitée).

L'écrit déposé doit être préalablement enregistré (Code des droits d'enreg., art. 27) ; il faut y joindre une copie libre que le greffier transmettra à la direction du *Moniteur*, en vue de la publication dans les quarante-huit heures du dépôt.

La publicité n'a d'effets que le cinquième jour après la date de l'insertion au *Moniteur* ; celle-ci doit être faite dans les dix jours du dépôt effectué au greffe, à peine de dommages-intérêts contre les fonctionnaires auxquels l'omission ou le retard serait imputable (art. 10, al. 1^{er}).

395. Absence de publication ou publication tardive. — La sanction du défaut de publication a été modifiée en 1873; sous l'empire du Code de commerce de 1807, il entraînait la nullité de la société, et cette conséquence rigoureuse est maintenue par la loi française (RIPERT, n° 661).

Elle a paru excessive et injuste au législateur en 1873 (Rapport Pirmez à la Chambre, GUILLERY, *Commentaire législatif*, t. II, n° 25). La publication n'étant prescrite que dans l'intérêt des tiers, l'article 11 leur donne deux moyens de défense, qui remplacent l'ancienne nullité et suffisent à protéger leurs droits : 1° l'irrecevabilité de toute action judiciaire intentée par une société dont l'acte constitutif n'a pas été publié conformément à la loi ; 2° l'inopposabilité des dispositions non publiées, à l'égard des tiers qui ont traité avant la publication.

La société *non publiée* n'est donc pas nulle ni annulable ; elle existe, mais aussi longtemps que la publication requise n'a pas eu lieu, les associés ne peuvent se prévaloir à l'égard des tiers des clauses de ses statuts, ni exercer ses droits en justice.

396. Irrecevabilité des actions intentées par les sociétés non publiées. — Si la société non publiée intente un procès, le défendeur peut, en vertu de l'article 11, lui opposer une fin de non-recevoir péremptoire. La publication faite en cours d'instance serait inopérante, car le droit d'opposer la fin de non-recevoir est acquis à la partie défenderesse dès que l'action est introduite. La société devra donc réassigner, après avoir fait publier son acte constitutif.

Sa nouvelle action sera alors recevable, même si les faits qui donnent lieu au procès sont antérieurs à la publication ; mais le défendeur pourra, le cas échéant, faire déclarer que l'acte constitutif, n'étant pas publié au moment des faits, ne peut lui être opposé (art. 11 ; voy. *supra*, n° 384, et *infra*, n° 398 ; FREDERICQ, t. IV, n° 151).

Le moyen n'intéresse pas l'ordre public ; il ne peut donc être soulevé d'office : Bruxelles, 22 mars 1922, *Jur. com. Brux.*, 1922, 419 ; RESTEAU, *Sociétés anonymes*, t. I^{er}, n° 346.

397. Conditions de cette irrecevabilité. — 1° La fin de non-recevoir peut être opposée, non seulement si l'acte constitutif n'a pas été publié, mais aussi *lorsqu'il n'existe pas d'acte écrit*.

L'article 11 ne le dit pas expressément, mais la solution s'impose *a fortiori* (FREDERICQ, t. IV, n^o 148).

S'il n'y a pas d'acte écrit, les tiers disposent donc de deux moyens : une exception de procédure et, en outre, — à supposer qu'ils aient accepté le débat au fond, — le droit de faire prononcer la nullité de la société pour défaut d'acte régulier (art. 4).

La fin de non-recevoir est-elle opposable en cas de publication *incomplète* de l'acte, ou si la publication faite contient des *erreurs*? La question est controversée (FREDERICQ, t. IV, n^o 149); elle doit être résolue par l'affirmative, à notre avis : la loi sanctionne le fait que l'acte n'a pas été publié « conformément » à ses dispositions, et, d'autre part, le tiers qui oppose la fin de non-recevoir ne doit pas justifier d'un intérêt déterminé (cass., 7 mars 1895, *Pas.*, 1895, I, 117; en ce sens : RESTEAU, *Sociétés commerciales*, t. 1^{er}, n^o 352).

2^o La fin de non-recevoir n'est opposable qu'aux actions intentées par la société et dirigées contre des tiers.

Si l'action est intentée par des personnes physiques agissant conjointement, en leur nom personnel, on ne peut invoquer l'irrecevabilité prévue par l'article 11 : cass., 17 mai 1923, *Pas.*, 1923, I, 316; 10 novembre 1927, *Pas.*, 1928, I, 3. Mais, en pareil cas, le défendeur pourra faire échouer l'action en faisant valoir (dès le seuil du débat, pour éviter de nouer le contrat judiciaire : cf. Gand, 18 décembre 1930, *Pas.*, 1931, II, 151) que l'action intentée appartient en réalité à la société, et qu'il n'existe aucun lien de droit entre les demandeurs et lui. Il incomberait aux demandeurs d'administrer la preuve du contraire (cf. « Les sociétés commerciales », Examen de jurisprudence, *Rev. crit. jur. belge*, 1951, p. 134, n^{os} 10 et 13).

Si l'action de la société est dirigée contre un associé, ce dernier ne peut lui opposer la fin de non-recevoir : cass., 18 juillet 1884, *Pas.*, 1884, I, 292.

Si un tiers a introduit une action contre la société, il ne peut opposer la fin de non-recevoir à l'appel que la société interjetterait en cours d'instance : Bruxelles, 13 décembre 1895, *Pas.*, 1896, II, 130.

3^o Tout tiers mis en cause par la société peut invoquer la fin de non-recevoir, sans devoir justifier d'un intérêt déterminé (cass., 7 mars 1895, *Pas.*, 1895, I, 117), et en tout état de cause.

Mais il peut y renoncer, même tacitement — par exemple, en acceptant sans réserves le débat sur le fond, alors qu'il a

connaissance du défaut de publication. Il ne lui est plus loisible de revenir ultérieurement sur cette renonciation.

La renonciation ne pourrait toutefois se déduire du seul fait que le défendeur avait connaissance, lorsqu'il a traité avec la société, des clauses de ses statuts (RESTEAU, *Sociétés commerciales*, t. 1^{er}, n^o 351).

398. Inopposabilité des dispositions non publiées. — Les tiers auxquels on objecte un acte constitutif non publié, peuvent faire constater qu'il leur est inopposable.

Ils ne sont pas obligés d'invoquer ce moyen de défense; ils peuvent y renoncer, même tacitement (en se défendant au fond, notamment : comm. Gand, 30 novembre 1912, *Pas.*, 1914, III, 87); mais cette renonciation ne peut être présumée; il ne suffirait pas, notamment, que les tiers aient eu connaissance en fait de l'acte constitutif. S'ils invoquent le moyen, ce ne peut être que pour rejeter l'acte entier : il ne leur est pas permis de le diviser, d'accepter les clauses qui leur sont favorables et de repousser les autres.

Lorsqu'un tiers se prévaut de l'inopposabilité de l'acte, il peut considérer que la société avec laquelle il a contracté, est régie par le droit commun et « n'y voir qu'une société en nom collectif, formée entre ceux avec qui il a traité » (Rapport Pirmez, *loc. cit.*, n^o 24, p. 104; l'interprétation que donne M. RESTEAU à ce passage nous paraît erronée : *Sociétés commerciales*, t. 1^{er}, n^{os} 359 et 360).

Les tiers pourraient-ils, en invoquant le défaut de publication, considérer la société comme inexistante à leur égard, et prétendre exercer leurs droits contre les personnes physiques avec lesquelles ils ont été en rapports, ou n'être obligés eux-mêmes qu'envers ces personnes (en ce sens : FREDERICQ, t. IV, n^{os} 139 et 152, *in fine*)?

Pour l'admettre, il faudrait supposer que le défaut de publication rend la société incapable d'acquiescer des droits ou d'assumer des obligations comme l'absence d'acte écrit. Il n'en est rien cependant (civ. Bruxelles, 9 mai 1894, *Pas.*, 1894, III, 294; comm. Anvers, 8 juin 1895, *Jur. port Anvers*, 1895, I, 459; comm. Bruxelles, 24 mars 1928, *Rev. prat. soc.*, 1931, 158). « Quand un tiers traite avec une société non publiée, il admet quant au contrat qu'il forme, l'existence d'une société » (Rapport Pirmez, *loc. cit.*, n^o 25). L'article 11 ne lui permet pas de méconnaître ultérieurement l'existence de cette société avec laquelle il a traité, mais seulement d'écarter les dispositions de son acte constitutif. La solution ne serait différente que : 1^o s'il n'existait pas d'acte écrit, la société pouvant alors être tenue pour inexistante par les tiers ou annulée à leur demande; 2^o si le tiers

n'avait pas traité avec la société, mais avec une ou plusieurs personnes physiques agissant à titre individuel, et non comme associés ou gérants : en pareil cas, il n'existerait aucun lien de droit entre la société et lui. Mais ce moyen de défense est étranger à celui qu'institue l'article 11 (il pourrait d'ailleurs être invoqué par la société elle-même, si le tiers prétendait agir contre elle : comm. Bruxelles, 1^{er} décembre 1928, *Rev. prat. soc.*, 1931, 160).

L'option qui appartient aux tiers est donc double, et non triple, comme on l'enseigne parfois (FREDERICQ, *loc. cit.*); mais l'alternative n'est pas celle qu'indique M. RESTEAU (*Sociétés anonymes*, t. I^{er}, n^o 361).

Lorsque le défaut de publication n'est que *partiel*, seules les clauses déroatoires au droit commun, qui auraient dû être publiées et ne l'ont pas été (voy. *supra*, n^o 382), seront inopposables aux tiers : si, par exemple, les pouvoirs des gérants sont soumis à des dispositions restrictives non publiées, les tiers pourront ignorer ces dernières et considérer que les gérants ont les pouvoirs qui leur sont reconnus en droit commun.

L'inopposabilité cesse dès que l'acte a reçu la publicité légale ; mais la publication tardive n'a pas d'effet rétroactif : elle n'empêche donc pas les tiers d'exercer leur option, pour tout ce qui concerne les faits *antérieurs* à cette publication (Rapport Pirmez, *loc. cit.*, n^o 25, et texte de l'article 11).

399. Amende pour dépôt tardif de l'acte. — Si le dépôt de l'acte, en vue de sa publication, n'est pas fait dans les délais légaux, ceux qui devaient y faire procéder (cf. n^o 394) encourent une amende, qui sera de un pour mille du capital social, « sans qu'elle puisse être moindre de 50 francs ni supérieure à 5.000 fr. » (art. 11).

Le recouvrement de cette amende se fait par un procédé assez imprévu : les fonctionnaires de l'enregistrement procéderont d'office à l'enregistrement d'un exemplaire de l'annexe du *Moniteur* contenant la publication tardive, et recouvreront ensuite l'amende par voie de contrainte (cf. RESTEAU, *Sociétés anonymes*, t. I^{er}, n^{os} 328 à 335).

SECTION III. — MODIFICATIONS DE L'ACTE CONSTITUTIF.

400. Principe. — Les raisons pour lesquelles la loi impose des conditions de forme et de publicité lors de la constitution des sociétés commerciales, exigent que les mêmes formalités soient observées en cas de modification conventionnelle des actes primitifs. Le principe est consacré par l'article 12.

401. Forme de la modification. — Elle doit être faite « en la forme requise pour l'acte de constitution de la société ». Elle devra donc faire l'objet d'un acte spécial, authentique ou sous seing privé, suivant les cas.

La règle ne concerne que les modifications *résultant d'une convention*, c'est-à-dire d'une décision prise par les associés, à l'unanimité ou à la majorité requise par les statuts : augmentation ou réduction du capital social d'une société anonyme, par exemple, ou prorogation de la société : voy. GILSON, *Modifications des statuts*, n° 10.

Elle ne s'applique pas aux changements qui surviennent sans l'intervention de la volonté commune des associés (dissolution de la société de personnes par suite de la faillite d'un associé ou de son décès), ni à ceux qui résultent de l'application d'une disposition des statuts primitifs : retraite volontaire d'un associé, qui exerce une faculté prévue par les statuts, ou dissolution de la société par l'arrivée du terme fixé.

La sanction est la *nullité* : elle a la même nature et produit les mêmes effets que celle de l'article 4 (voy. ci-dessus, n^{os} 385 et suiv.).

402. Publicité des modifications. — Selon l'article 12, alinéa 2, « les actes apportant changement aux dispositions dont la loi prescrit la publicité seront publiés conformément aux articles précédents ».

Les modifications conventionnelles (sur ce qu'il faut entendre par là, voy. *supra*, n° 401) des actes constitutifs doivent toujours être publiées, à moins qu'elles ne concernent une disposition non sujette à publication ; le cas se présentera pour les sociétés de personnes, dont les actes sont publiés seulement par extraits.

Mais il peut arriver, d'autre part, qu'en l'absence de toute modification conventionnelle des statuts, un changement se produise relativement à une disposition dont la loi prescrit la publicité (le nom des associés, la durée de la société) : ainsi, la retraite volontaire d'un associé, la cession d'une part d'associé en nom collectif (lorsqu'elle est autorisée par les statuts), l'entrée de nouveaux associés, à la suite d'un décès et conformément à une clause des statuts (Bruxelles, 21 juin 1938, *Rev. prat. soc.*, 1947, p. 263), entraîneront la modification des noms des associés, tels qu'ils ont été publiés ; la dissolution anticipée de la société

en vertu d'un jugement modifie la durée qu'elle devait avoir d'après ses statuts.

Ces « actes », qui ne sont pas soumis à une forme déterminée, — puisque l'article 12, alinéa 1^{er}, ne s'applique qu'aux modifications conventionnelles de l'acte constitutif : voy. *supra*, n^o 401, — doivent néanmoins être publiés. Tel est bien le sens que le législateur a voulu donner au texte de l'article 12, alinéa 2, dont la rédaction définitive eut lieu sur la proposition du Ministre de la justice (voy. sur cette proposition les observations d'E. Pirmez : GUILLERY, *Commentaire législatif*, Exposé des motifs et projets, n^o 19 ; DE VOS et VAN MEENEN, t. I^{er}, art. 12, n^o 11).

Toutefois, suivant la Cour de cassation, la dissolution par suite du décès d'un associé ne doit pas être publiée (cass., 22 juillet 1886, *Pas.*, 1886, I, 319, et 18 juin 1896, *Pas.*, 1896, I, 220), parce qu'il s'agit d'un « simple fait ». Les motifs de ces deux arrêts ne paraissent pas décisifs en présence des travaux préparatoires de l'article 12. La règle qu'ils consacrent commanderait une solution identique en cas de dissolution de plein droit par suite du transfert à un seul associé de tous les droits sociaux (*contra* : FREDERICQ, t. IV, n^o 197).

Ces distinctions sont peu raisonnables ; la publicité devrait être étendue à tous les faits dont les tiers ont intérêt à être avertis (DE VOS et VAN MEENEN, t. I^{er}, art. 12, n^{os} 9 et 16 à 22) et le mode de publicité devrait être perfectionné.

Quoi qu'il en soit, les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 12 n'ont pas un champ d'application identique ; l'alinéa 2 prescrit d'ailleurs encore d'autres publications, que nous étudierons plus loin : nominations, révocations et démissions d'organes sociaux, actes déterminant le mode de liquidation.

403. Sanction. — La seule sanction prévue par l'article 12, alinéa 2, est l'*inopposabilité* de l'acte aux tiers, ceux-ci pouvant néanmoins s'en prévaloir.

Les autres sanctions qu'entraîne le défaut de publication de l'acte *constitutif* sont donc ici sans application (irrecevabilité des actions de la société : cass., 14 avril 1913, *Pas.*, 1913, I, 220 ; amende pour dépôt tardif des actes).

TITRE II. — LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES.

404. Vue générale. — Les sociétés de personnes, dans lesquelles *l'intuitus personae* joue un rôle important, doivent, en principe, adopter l'une des deux formes que le Code de commerce leur réserve : la société en nom collectif ou la société en commandite simple. Elles sont douées de la personnalité juridique, ce qui leur confère, en dépit du contrat qui demeure leur fondement essentiel, le caractère d'une institution pourvue d'une organisation propre.

En dehors de ces deux formes de sociétés de personnes, la loi n'admet que l'association momentanée et l'association en participation, qui n'ont pas la personnalité morale.

Le trait commun à toutes les sociétés de personnes est que l'un au moins des associés a la qualité de commerçant, — ce qui marque la prépondérance de l'élément contractuel sur l'élément institutionnel (voy. *supra*, n° 311).

CHAPITRE PREMIER.

LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF.

SECTION I^{re}. — NOTIONS GÉNÉRALES.

405. Définition. — La société en nom collectif est celle que forment sous une raison sociale deux ou plusieurs personnes, qui répondent solidairement et indéfiniment de tout le passif social.

406. Sa place parmi les sociétés commerciales. — C'est la plus ancienne : l'Ordonnance de 1673 la mentionnait déjà, sous le nom de « société générale ». C'est la plus simple, et celle qui se rattache le plus étroitement au contrat de société du Code civil, dont elle se distingue cependant par la solidarité entre les associés (cf. Code civ., art. 1862).

Elle présente tous les caractères des sociétés de personnes : voy. *supra*, n^o 305 ; les statuts peuvent cependant y déroger dans la mesure que nous avons indiquée (voy. *supra*, n^o 307).

Elle constitue le droit commun : si plusieurs personnes s'associent pour faire le commerce sans s'expliquer autrement sur la forme légale qu'elles entendent adopter ou s'il y a doute, leur société sera présumée en nom collectif (voy. *supra*, n^o 145 ; Gand, 22 juin 1898, *Pas.*, 1899, II, 75).

La société en nom collectif, qui implique une confiance complète entre les associés, est la société qui présente le plus de risques pour eux, puisque chacun répond envers les tiers des engagements contractés au nom de la société. Aussi est-elle devenue beaucoup moins fréquente (1), depuis qu'a été reconnue, en 1935, la société de personnes à responsabilité limitée : cette forme nouvelle permet à un petit nombre de personnes — deux suffisent — de former avec un capital très réduit (50.000 francs au minimum) une société qui n'engagera qu'elle-même envers les tiers. On comprend le succès d'une formule nouvelle qui permet aux commerçants de conserver les profits de leur exploitation sans en assumer les risques, mais il est permis de douter que l'innovation soit heureuse.

407. Personnalité morale. — Dans la société en nom collectif, les effets de la personnalité juridique sont réduits à l'essentiel : la société a un patrimoine propre, séparé de celui des associés, et qui constitue seul le gage exclusif des créanciers sociaux (cass., 11 juillet 1940, *Pas.*, 1940, I, 189) ; étant commerçante, elle peut être déclarée en faillite ; elle a un domicile ; elle agit par ses organes.

Mais, sous réserve de la séparation des patrimoines, — qui demeure d'ailleurs effective (cf. « Les sociétés commerciales », Examen de jurisprudence, *Rev. crit. jur. belge*, 1951, p. 129, n^o 44 ; il en résulte, notamment, qu'un associé peut être en même temps créancier de la société), — la personnalité de la société se confond pratiquement avec celle des associés, qui font eux-mêmes le commerce sous une raison sociale (cass., 15 décembre 1938, *Belg. jud.*, 1939, col. 85, avec note L. S. ; cf. Rapport Pirmez à la Chambre, GUILLERY, *Commentaire législatif*, t. II,

(1) De 1920 à 1929, le nombre de sociétés en nom collectif constituées chaque année variait entre 600 et 1200 ; la crise de 1930 a ralenti leur création, mais il s'en était encore constitué 472 en 1934 ; depuis lors, le nombre de sociétés nouvelles créées annuellement est progressivement tombé à 71 (1949) : voy. FREDERICQ, t. IV, p. 68.

n° 182) (1). Il suffit d'ailleurs qu'un créancier justifie d'un engagement pris par la société envers lui pour avoir le droit de poursuivre les associés (RIPERT, n° 727); ces derniers sont tenus des dettes sociales, non point comme garants ou cautions, mais comme de dettes à eux propres (note L. S., précitée).

De cette analyse se déduit une double conséquence pratique : 1° les associés en nom collectif ont tous la qualité de commerçant; ils l'acquièrent par le seul fait de la formation du contrat, même s'ils ne participent pas à la gestion (RIPERT, n° 723); 2° la déclaration de faillite de la société implique constatation de la cessation des paiements et de l'ébranlement du crédit de tous les associés; ces derniers seront donc déclarés en faillite par voie de conséquence. Sur tous ces points, voy. cass., 15 décembre 1938, précité, et la note L. S. Les faillites resteront d'ailleurs distinctes, comme les patrimoines.

La faillite d'un associé n'entraîne pas celle de la société, mais elle est une cause de dissolution : voy. *supra*, n° 349.

SECTION II. — LES ASSOCIÉS.

§ 1^{er}. — Condition juridique des associés.

408. Leur qualité de commerçants. — Puisque tout associé en nom collectif est nécessairement commerçant (voy. *supra*, n° 407), il faut, pour pouvoir devenir associé, avoir la capacité de faire le commerce; pour le cas où un mineur hérite d'une part sociale, voy. *infra*, n° 417.

Les associés sont soumis aux obligations des commerçants. Toutefois, comme leur activité se confond avec celle de la société, ils ne doivent pas se faire immatriculer au registre du commerce (à moins qu'ils n'exercent, en outre, un commerce distinct de celui de la société). Ils ne sont pas obligés non plus de tenir personnellement une comptabilité distincte.

409. Responsabilité personnelle et solidaire. — Comme les associés sont personnellement tenus, envers les tiers, du passif

(1) S'il était possible, dans notre droit, de réaliser la distinction des patrimoines sans donner à la société en nom collectif la personnalité juridique, il faudrait la lui refuser : cf. MICHOUD, *Théorie de la personnalité morale*, t. I^{er}, nos 65 à 70; comp. *supra*, n° 354.

social, l'évaluation de leurs apports — qui constituent le « capital social » — n'a d'importance que dans leurs relations entre eux. Elle n'indique pas, comme dans les sociétés de capitaux, l'actif net minimum que la société s'oblige, à l'égard des tiers, à conserver intact en un avoir réel.

La responsabilité personnelle et solidaire des associés, prévue par l'article 17, est d'ordre public, en ce sens que les stipulations contraires dans les statuts demeureraient sans effet à l'égard des tiers. Mais les associés peuvent régler librement leurs contributions respectives dans les pertes (voy. RIPERT, n° 733); rien n'empêche, d'autre part, qu'un tiers, traitant avec la société, renonce, par une convention spéciale, à poursuivre les associés ou certains d'entre eux.

Les associés sont tenus solidairement avec la société (RIPERT, n° 727), et solidairement entre eux. C'est une solidarité légale (cf. Code civ., art. 1202) et parfaite (voy. sur les conséquences de la solidarité parfaite : DE PAGE, t. III, n° 338).

D'après le droit commun des obligations solidaires (Code civ., art. 1203), le créancier peut diriger ses poursuites contre le codébiteur de son choix. La loi déroge à ce principe dans le cas des associés en nom collectif : d'après l'article 189, aucun jugement à raison d'engagements de la société, portant condamnation des associés en nom collectif, ne peut être rendu avant qu'il n'y ait condamnation contre la société.

Le but de cette disposition est d'éviter les jugements contradictoires qui auraient pu être rendus si les créanciers avaient attaqué l'un ou l'autre des associés avant qu'il n'eût été statué sur l'obligation contractée par la société. La fin de non-recevoir qui en résulte n'est pas d'ordre public et ne peut donc être soulevée d'office : Bruxelles, 14 mai 1949, *Rev. prat. soc.*, 1950, 42.

La jurisprudence interprète très libéralement l'article 189 : il n'est pas indispensable que la société soit assignée avant les associés ; il ne faut pas non plus que la condamnation de la société et celle des associés résultent de poursuites distinctes. Ces condamnations peuvent être postulées par un même exploit et prononcées par un même jugement, pourvu que, dans le dispositif, la condamnation de la société précède celle des associés : cass., 13 février 1890, *Pas.*, 1890, I, 95.

L'action des tiers contre les associés se prescrit par cinq ans à partir du terme contractuel de la société ou de la publication de l'acte de dissolution (art. 194 ; voy. en outre, pour le cas de cession d'une part d'associé, *infra*, n° 413).

§ 2. — *Rapports entre associés.*

410. Importance de l'esprit de coopération (« affectio societatis » ou « jus fraternitatis »). — Les associés en nom collectif sont des commerçants unis dans une entreprise commune, dans laquelle ils mettent en risque leurs biens personnels. Ils doivent donc demeurer d'accord ; leur mésentente serait un « juste motif » de dissolution (voy. *supra*, n° 346).

411. Répartition des bénéfices. — Les statuts déterminent librement la part des bénéfices qui revient à chaque associé ; aucun d'eux ne peut en être totalement privé (voy. *supra*, n° 337). Les statuts peuvent préciser la périodicité des répartitions ; elles ont lieu, en pratique, chaque année, à la fin de l'exercice social, pour autant que les écritures sociales fassent apparaître un excédent réel de l'actif net, par rapport au capital initial : voy. à ce sujet, *supra*, n° 335. Ils prévoient parfois aussi la possibilité de consacrer tout ou partie des bénéfices à la constitution de réserves ; même si les statuts sont muets sur ce point, les associés peuvent décider la constitution de ces réserves, s'ils sont tous d'accord.

A défaut de dispositions statutaires à ce sujet, on appliquera les règles supplétives énoncées par l'article 1853 du Code civil (répartition proportionnelle aux apports).

Les bénéfices attribués aux associés sont considérés comme des fruits civils, s'acquérant jour par jour. Nous reviendrons sur cette question à propos des dividendes distribués dans les sociétés anonymes, pour lesquels on admet en général la même solution (voy. *infra*, n° 783).

Les bénéfices distribués sont acquis définitivement aux associés dès leur répartition, — quel que soit le résultat des exercices ultérieurs. Si les bénéfices répartis étaient fictifs, les créanciers sociaux ne pourraient cependant pas en exiger le remboursement par les associés en nom collectif (FREDERICQ, t. IV, n° 236 ; *contra*, en France : ESCARRA, t. I^{er}, n° 630 ; la solution est différente, dans les sociétés en commandite, pour ce qui concerne les dividendes reçus par les associés commanditaires : voy. *infra*, n° 441). Les gérants ne seraient point passibles, dans la même hypothèse, des peines prévues par l'article 205 : cette disposition, même entendue largement, ne réprime que les faits « privant les créanciers d'une partie de leur gage » (cass., 2 décembre 1901, *Pas.*, 1902, I, 47), ce qui n'est évidemment pas le cas pour la société en nom collectif, dans laquelle le gage des créanciers comprend le patrimoine personnel de tous les associés.

412. Répartition des pertes. — Généralement, elle se fait d'après les mêmes proportions que celle des bénéfices, mais il n'en est pas obligatoirement ainsi. En pratique, c'est seulement à la dissolution de la société qu'il y a lieu d'y procéder.

§ 3. — *Incessibilité et intransmissibilité des parts.*

413. Principe de l'incessibilité et dérogations conventionnelles permises. — En principe, l'associé ne peut céder sa part, ni à un tiers, ni même à un autre associé, sauf le droit d'user de la faculté, prévue par l'article 1861 du Code civil, de s'associer une tierce personne relativement à sa part (voy. ESCARRA, t. I^{er}, n^o 593; les droits du conjoint de l'associé peuvent parfois s'expliquer de cette manière : FREDERICQ, t. IV, n^o 172).

Cette cession ne pourrait se réaliser qu'avec le consentement unanime des autres associés, et elle constituerait une modification des statuts — sujette aux formalités prévues par l'article 12.

Les statuts peuvent, cependant, sinon donner aux parts un caractère négociable (ce serait dénaturer la société : voy. *supra*, n^o 307; cf. FREDERICQ, t. IV, n^o 195), tout au moins en permettre la cession à certaines conditions, soit moyennant l'accord de la majorité des associés, soit sous réserve d'un droit de préemption ou de retrait au profit des autres associés. Même alors, la cession n'aura d'effet à l'égard de la société qu'après lui avoir été signifiée conformément à l'article 1690 du Code civil. La retraite du cédant et l'entrée du nouvel associé doivent, d'autre part, être publiées, par application de l'article 12, alinéa 2, pour être opposables aux tiers; à compter de la publication, le cédant cessera d'être commerçant : comm. Ostende, 7 juin 1934, *Jur. com. Fl.*, 1934, p. 112.

414. Conséquences de la cession des parts. — Le cédant demeure tenu envers les créanciers de tout le passif né d'engagements contractés moins de cinq jours après la publication de la modification des statuts ou de la cession (si les statuts le permettent); l'action des tiers contre lui se prescrit par cinq ans à compter de cette publication (art. 194).

Le nouvel associé prend la charge du passif né après la cession. Mais est-il tenu aussi des dettes qui existaient déjà lors de son entrée dans la société? Cette solution rigoureuse, admise en

France (RIPERT, n° 729), ne paraît pas se justifier, les créanciers antérieurs à la cession n'ayant pu compter sur la solvabilité personnelle du nouvel associé (FREDERICQ, t. IV, n° 197).

Le cédant est tenu à la garantie du vendeur ; la garantie du fait personnel lui interdit de faire concurrence à la société dont il est sorti. Cette solution, un peu surprenante à première vue, mais qui s'impose souvent en pratique, se justifie en droit par la circonstance que, dans la société en nom collectif, ce sont les associés eux-mêmes qui font le commerce. Si l'un d'eux cède sa part, c'est comme s'il cédait une partie du fonds de commerce commun (cf. RIPERT, n° 675).

415. Intransmissibilité des parts. — La part d'intérêt est intransmissible aux héritiers ; le décès d'un associé entraîne normalement la dissolution de plein droit de la société en nom collectif. Celle-ci est donc exposée au risque d'une dissolution imprévue, qui peut être désastreuse.

La pratique a cherché à y parer par diverses clauses, qui ont parfois donné lieu à de sérieuses difficultés, et que nous examinerons ci-après.

416. Clause de maintien de la société entre les survivants. — Cette clause, qu'autorise expressément l'article 1868 du Code civil, n'est applicable que s'il y a plus de deux associés ; s'ils ne sont que deux, le décès de l'un entraînera inévitablement la dissolution, à moins que le contrat ne contienne une clause prévoyant la continuation de la société avec les héritiers ou avec l'un d'eux (voy. ci-après, n° 417).

A s'en tenir au texte de l'article 1868, il faudrait, en cas de décès d'un associé, procéder au partage en nature de l'avoir social, pour délivrer aux héritiers la part de leur auteur. Mais cette interprétation, qui rendrait précisément impossible la « continuation » de la société, ne peut être admise (FREDERICQ, t. IV, n° 249 ; PIC et KRÉHER, t. I^{er}, n° 597).

La clause doit s'entendre au contraire en ce sens que la part du défunt accroîtra aux survivants, qui en recueilleront chacun une fraction proportionnelle à leur intérêt dans la société, et qui devront rembourser aux héritiers, chacun dans la même mesure, la valeur pécuniaire de cette part (LACOUR et BOUTERON, t. I^{er}, n° 335 ; cass. fr., civ., 7 mars 1939, *D. H.*, 1939, 194 ; on y

voit parfois une cession conditionnelle: civ. Bruxelles, 9 décembre 1942, *Rev. prat. soc.*, 1948, 43). Les héritiers n'ont donc aucun droit dans la société; ils sont seulement créanciers des associés (et non de la société, qui demeure étrangère au rachat des droits du défunt dans l'actif social).

Les statuts précisent, en général, que cette valeur se calculera d'après les résultats du dernier inventaire annuel, — ce qui évite l'application, assez délicate, du mode de calcul prévu, à titre supplétif, par l'article 1868 du Code civil. Suivant l'opinion dominante, les réserves doivent être comprises dans l'actif d'après lequel se calcule la valeur de la part (FREDERICQ, t. IV, n° 249, p. 388; PIC et KRÉHER, t. I^{er}, n° 598).

Les modalités du paiement dû aux héritiers sont généralement réglées par les statuts; ils peuvent prévoir que la valeur due restera en possession de la société à titre de prêt productif d'intérêt (cf. FREDERICQ, t. IV, n° 253; BASTIAN, note au *J. C. P.*, 1948, II, 4286).

Les héritiers demeurent, en qualité d'ayants cause de l'associé décédé, tenus du passif social existant lors du décès, solidairement avec les associés survivants, mais chacun à concurrence de sa part héréditaire (Code civ., art. 1213).

417. Clause de continuation de la société avec les héritiers. — Cette clause, également autorisée par l'article 1868 du Code civil, rend la part transmissible; les héritiers de l'associé consentent à entrer dans la société en acceptant la succession de leur auteur.

Son application est malaisée si les héritiers sont mineurs. Le mineur, âgé de dix-huit ans, devra, pour devenir associé, obtenir l'autorisation de faire le commerce (Gand, 14 juillet 1934, *Jur. com. Fl.*, 1935, p. 153). S'il n'a pas atteint l'âge requis, la clause ne pourra être appliquée que si l'associé décédé était le père ou la mère et pour autant que le tuteur obtienne l'autorisation de « continuer le commerce des parents » (Code comm., art. 8; FREDERICQ, t. IV, n° 251; NOVELLES, *Droit commercial*, t. I^{er}, Des commerçants, n° 608). Dans les autres cas, elle se heurte à l'incapacité pour le mineur de faire le commerce (sur les artifices auxquels il a été recouru en France pour tourner l'obstacle, voy. : RIPERT, n° 747; ESCARRA, t. I^{er}, n° 646).

Pour éviter ces difficultés, et aussi parce que les héritiers de l'associé décédé sont souvent inconnus des associés survivants, il est parfois stipulé que les héritiers du prédécédé entreront dans la société en qualité de commanditaires; ils ne deviendront donc pas commerçants. Cette clause, dont la validité ne paraît

pas avoir été contestée, entraîne la transformation de la forme juridique de la société, ce qui, en principe, n'est pas admissible (voy. *supra*, n° 356); on peut soutenir, cependant, que la transformation n'est pas complète et qu'il y a seulement « adjonction » d'un certain nombre de commanditaires à la société en nom collectif, qui subsiste (arg. art. 20). Le changement qui intervient ainsi doit, pour être opposable aux tiers, être publié conformément à l'article 12, alinéa 2 (cf. LACOUR et BOUTERON, t. I^{er}, n° 336; voy. *supra*, n° 402).

Les statuts donnent parfois aux héritiers la *faculté* de devenir associés ou commanditaires; faute de l'avoir exercée dans le délai prescrit, ils n'auront droit qu'au remboursement de la part de leur auteur: cf. cass. fr., civ., 7 mars 1939, précité.

418. Clause de continuation de la société avec un des héritiers ou de reprise par le conjoint. — Cette clause, fréquente en France, paraît l'être moins en Belgique. Analysée généralement comme une stipulation pour autrui, elle donne lieu à de nombreuses difficultés (voy. RIPERT, n^{os} 748 et 749; ESCARRA, t. I^{er}, n^{os} 647 à 649).

419. Licéité de ces clauses. — Les clauses que nous venons de passer en revue sont toutes autorisées, explicitement ou non, par l'article 1868 du Code civil. Insérées dans un contrat de société, elles ne peuvent, dès lors, tomber sous la prohibition des pactes sur succession future (voy. note H. CAPITANT, *D. P.*, 1936, 2, 89; cass. fr., 9 février 1937, *D. P.*, 1937, 1, 73).

SECTION III. — FONCTIONNEMENT.

§ 1^{er}. — *La raison sociale.*

420. Définition et règles générales. — C'est le nom que porte la société, sous lequel elle contracte des engagements et sous lequel elle est connue du public. Elle est soumise aux mêmes règles que le nom commercial des personnes physiques (voy. *supra*, notamment pour le cas d'homonymie, n° 134).

Elle se compose des noms des associés; suivant un usage ancien, le nom de *tous* les associés ne doit pas y figurer; on ajoute, en ce cas, la mention: « et compagnie ».

Aucun autre nom ni aucune autre mention ne peuvent faire partie de la raison sociale (art. 16). Elle ne peut donc comprendre une « dénomination de fantaisie ».

La violation de l'article 16 peut engager la responsabilité de ses auteurs et des personnes qui l'ont tolérée, s'il en est résulté un préjudice pour des tiers : voy. FREDERICQ, t. IV, n^o 191 ; cf. Gand, 7 février 1931, *Jur. com. Fl.*, 1931, 51. Si un associé se retire, son nom devra disparaître de la raison sociale ; si un nouvel associé entre, son nom y sera éventuellement ajouté. Ces modifications devront être publiées, dans les conditions prescrites par l'article 12 (voy. *supra*, n^o 402), à peine d'être inopposables aux tiers.

Il arrive qu'un commerçant isolé utilise une raison sociale, alors qu'il n'existe aucune société, même « de fait », entre d'autres commerçants et lui ; sur les conséquences de cette pratique regrettable, voy. FREDERICQ, t. IV, p. 309, note 1.

421. Différence avec l'enseigne et la firme. — La raison sociale, qui est incessible comme le nom, ne doit pas être confondue avec l'enseigne, — nom de fantaisie qui identifie la maison de commerce, l'établissement commercial ; l'enseigne fait partie du fonds de commerce et peut être cédée avec lui. Le mot « firme », souvent employé dans la pratique, est ambigu : il désigne tantôt l'enseigne, tantôt la raison sociale.

422. Raison sociale tacite. — La société en nom collectif a nécessairement une raison sociale, mais celle-ci peut n'être déterminée que par un accord tacite entre les associés. Si la raison sociale n'est pas indiquée dans les statuts (ou s'il n'y a pas de statuts écrits), la société n'est pas, pour ce motif, inexistante : les tiers seront admis à prouver par tous moyens de droit que les signatures portées sur les documents qu'ils ont reçus, constituaient la raison sociale tacite de la société avec laquelle ils ont traité (FREDERICQ, t. IV, n^o 192 ; Gand, 10 décembre 1925, *Rev. prat. soc.*, 1926, p. 245 ; comm. Bruxelles, réf., 15 décembre 1949, *Pas.*, 1951, III, 87 ; *contra* : cass., 4 mars 1943, *Pas.*, 1943, I, 84 ; pour la critique de cet arrêt, voy. FREDERICQ, *loc. cit.*, et *Rev. crit. jur. belge*, 1951, p. 151).

§ 2. — *Nomination et révocation des gérants.*

423. Différents modes de gérance. — Si les statuts sont muets, chaque associé (cass., 15 janvier 1891, *Pas.*, 1891, I, 47) peut accomplir seul les actes d'administration, *sensu stricto*, sous réserve du droit de veto de ses coassociés (Code civ., art. 1859 et 1860; DE PAGE, t. V, nos 78 et 79; PLANIOL et RIPERT, t. XI, n° 1031; comm. Gand, 19 janvier 1924, *Pas.*, 1925, III, 149). Dans cette limite, chacun a la signature sociale.

Les statuts précisent parfois que l'un des associés ne peut agir qu'avec le concours des autres ou d'un autre, ce qui est peu pratique (Code civ., art. 1858).

Généralement, les associés désignent un ou plusieurs gérants, soit dans l'acte constitutif, soit par un acte postérieur (qui devra être publié : art. 12). Dans ce cas, le pouvoir de gérer la société appartient exclusivement aux personnes ainsi désignées. Les gérants choisis ont droit, en principe, à une rémunération.

424. Personnes qui peuvent être choisies comme gérant. — Le gérant est le plus souvent un des associés, mais il peut être aussi choisi en dehors de la société. Il n'est alors qu'un mandataire : il ne s'oblige pas personnellement ; pour éviter que les tiers ne soient induits en erreur sur ce point, il agira prudemment en indiquant qu'il signe seulement « par procuration » ; il n'est pas commerçant.

425. Gérant statutaire. — Si le gérant est un associé nommé à ces fonctions par l'acte constitutif, sa désignation fait partie du pacte social. Comme les statuts ne peuvent être modifiés que du consentement unanime des associés, y compris le gérant, ce dernier ne peut ni démissionner, ni être révoqué par les autres associés pendant toute la durée de la société, sauf pour cause légitime (Code civ., art. 1856; condamnation pénale du gérant, par exemple : sent. arb., 2 juillet 1921, *Pas.*, 1922, III, 138).

La révocation ne peut être obtenue, si elle est justifiée par une cause légitime, qu'au moyen d'une action judiciaire en résolution du contrat, intentée par les autres associés, ou même par un seul (PIC et KRÉHER, t. I^{er}, n° 449). Il en est de même de la renonciation par le gérant à ses fonctions (PIC et KRÉHER, t. I^{er}, n° 452).

Les statuts peuvent déroger à ces règles, mais dans une mesure limitée seulement, car le contrat de société ne peut prévoir que les droits des associés seront modifiés par la majorité : voy. *supra*, n° 307.

Elles ne s'appliquent pas, d'autre part, lorsque le gérant désigné par les statuts n'est pas un associé. N'étant alors qu'un simple mandataire, il peut être révoqué *ad nutum*.

426. Gérant nommé par les associés. — C'est un mandataire révocable *ad nutum*. Sa nomination, comme sa révocation, sont des actes qui dépassent le cadre de l'administration *sensu stricto*; elles doivent être faites par l'unanimité des associés, sauf si les statuts donnent à la majorité le pouvoir de prendre la décision (RIPERT, n° 737; ESCARRA, t. I^{er}, n° 606; *contra* : FREDERICQ, t. IV, n° 203, pour la nomination; PIC et KRÉHER, t. I^{er}, nos 446 et 451, pour la nomination et la révocation). Il peut démissionner, mais en évitant que son départ ne cause préjudice à la société (Code civ., art. 2007).

§ 3. — Pouvoirs du gérant.

427. Principe. — Suivant une doctrine et une jurisprudence à peu près unanimes, le mandat donné au gérant d'une société en nom collectif a un objet très général; il est chargé de faire tous les actes nécessaires à la réalisation du but social: diriger l'exploitation commerciale ou industrielle, gérer le patrimoine de la société, la représenter. « Sa volonté est la volonté même de la société » (RIPERT, n° 738; voy. aussi ESCARRA, t. I^{er}, n° 610).

Ce mandat général est donc plus étendu, en vertu de l'usage commercial, que le mandat général du droit civil (Code civ., art. 1988). Il ne se limite pas aux actes d'administration, *sensu stricto*; il comprend des actes de disposition, dans la mesure qu'exige la bonne marche des affaires.

Le mandat du gérant est personnel; il ne peut se substituer une autre personne pour exercer ses fonctions: Liège, 16 janvier 1901, *Pas.*, 1901, II, 175; 10 juin 1932, *Jur. Liège*, 1932, 235.

428. Limite de ses pouvoirs. — Critère. — L'étendue des pouvoirs du gérant varie nécessairement d'après l'objet de la société. Normalement, il peut engager le personnel, acheter le matériel et les approvisionnements, vendre les produits, louer

des immeubles ou les prendre à bail, recouvrer les créances, accepter des effets de commerce, exercer les actions en justice. Il pourra même acquérir ou aliéner des immeubles et contracter des emprunts si ces actes présentent, pour la société, un avantage ou une utilité évidents. C'est l'objet social et le but poursuivi par le gérant qui seront déterminants (RIPERT, n° 739; LACOUR et BOUTERON, t. I^{er}, n° 280; Bruxelles, 17 avril 1924, *Rev. prat. soc.*, 1924, 260).

Les statuts énumèrent souvent les actes qui entrent dans les pouvoirs du gérant, pour lever les doutes qui, sans cela, pourraient surgir. Parfois ils restreignent ses pouvoirs, soit en lui interdisant des actes qu'il pourrait normalement accomplir, soit en ne les autorisant que s'ils n'engagent pas la société au delà d'une somme déterminée.

On admet que le gérant peut conclure, au nom de la société, une opération avec lui-même, mais il fera bien d'en avertir au préalable les associés (ESCARRA, t. I^{er}, n° 611; FREDERICQ, t. IV, n° 209; *contra* : DE PAGE, t. V, n° 299).

429. Pluralité de gérants. — S'il y a plusieurs gérants, les statuts détermineront leurs pouvoirs respectifs; ils peuvent aussi exiger le concours de tous. Si les statuts sont muets, chacun peut agir comme s'il était gérant unique (Code civ., art. 1857), sous réserve du droit de veto des associés (art. 1859) mais pour autant, suivant la doctrine, que l'opposition éventuelle recueille l'adhésion de la majorité (FREDERICQ, t. IV, n° 210).

Si les gérants qui doivent agir ensemble sont en désaccord, la majorité l'emporte; et s'il y a parité, la décision devra être prise par la majorité des associés (LYON-CAEN et RENAULT, t. II, I^{re} partie, n° 265).

430. Engagement de la société par le gérant. — Le gérant seul est qualifié pour agir au nom de la société. L'acte accompli par une autre personne, fût-elle même associée, n'engagerait la société qu'après ratification ou dans la mesure où l'acte aurait tourné à son profit (Code civ., art. 1864). Mais si tous les associés avaient signé, la société serait obligée : DE VOS et VAN MEENEN, t. I^{er}, art. 7, n° 18.

Deux conditions sont nécessaires pour que les actes du gérant obligent la société :

1° Il doit avoir agi au nom et pour compte de la société. S'il contracte en son nom propre, il n'engage que lui-même.

Le doute est exclu lorsque le gérant a signé sous la raison sociale : l'engagement pris de cette manière est alors présumé souscrit pour compte de la société (art. 17). En dehors de ce cas, — si, par exemple, une convention a été conclue verbalement,

— la société sera tenue toutes les fois qu'il résulte des circonstances que le gérant a contracté pour elle : comm. Bruxelles, 5 février 1929, *Jur. com. Brux.*, 1929, 86.

2^o Il doit être resté dans les limites de ses pouvoirs, tels qu'ils sont fixés par le droit commun ou par les statuts, à condition que les limites assignées par ceux-ci aient fait l'objet d'une publication régulière. Tout ce qui est fait au delà ne lie pas la société (Code civ., art. 1998).

Mais deux observations importantes tempèrent la rigueur de cette règle :

a) Il est parfois malaisé de déterminer si un acte rentre, ou non, dans les pouvoirs du gérant : les tiers ne sont pas toujours en mesure d'apprécier si l'acte accompli par le gérant devait, au point de vue de la société, être considéré comme un acte normal de gestion (emprunt, marché de fournitures important, etc.). Dans le doute, l'intérêt des tiers doit l'emporter : la société sera liée par les actes accomplis par le gérant sous la signature sociale, si les tiers sont de bonne foi et qu'il ne s'agisse pas d'un acte manifestement contraire au but et à l'objet de la société : cass. fr., 17 mai 1926, *D. P.*, 1927, 1, 118.

b) Le gérant pourrait, tout en restant dans les limites formelles de ses pouvoirs, en abuser, s'en servir dans son intérêt personnel (emprunter pour subvenir à ses dépenses personnelles, par exemple). La société n'en sera pas moins liée, si le tiers qui a traité avec le gérant est de bonne foi : Bruxelles, 27 mars 1912, *Rev. prat. soc.*, 1912, 315 ; RIPERT, n^o 742 ; ESCARRA, t. I^{er}, n^o 614.

Aucune clause des statuts, même publiée, ne pourrait faire échec au droit des tiers de bonne foi, tel que nous venons de le préciser par les deux observations ci-dessus (ESCARRA, t. I^{er}, n^o 617 ; THALLER et PERCEROU, t. I^{er}, n^o 412 ; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, I^{re} partie, n^o 293 ; la question est controversée : PIC et KRÉHER, t. I^{er}, n^o 463 ; FREDERICQ, t. IV, n^o 228).

431. Responsabilité de la société. — La société est directement responsable, en vertu de l'article 1382 du Code civil, des actes illicites commis par le gérant — son organe — « dans la sphère de ses fonctions » (voy. *supra*, n^o 370).

Il ne peut être question de la rendre responsable des faits du gérant en qualité de commettante (Code civ., art. 1384). Cette thèse est inadmissible en droit, puisque le gérant ne peut

être considéré comme le préposé de la personne morale qu'il représente; elle aggraverait sensiblement la responsabilité de la société, en présence de l'interprétation très large donnée par la Cour de cassation à l'article 1384, alinéa 3, du Code civil.

432. Responsabilité personnelle du gérant. — Le gérant est responsable envers la société et envers les associés, comme mandataire salarié, des fautes qu'il commet dans sa gestion. Lorsqu'il y a plusieurs gérants, ils sont responsables solidairement, s'ils sont tous commerçants, et si leurs pouvoirs respectifs n'ont pas été déterminés; en l'absence de l'une de ces conditions, ils seront éventuellement tenus *in solidum* en cas de faute commune.

L'action en responsabilité peut être exercée par chaque associé à concurrence de sa part, car, lorsqu'il s'agit de la vie interne de la société de personnes, c'est l'élément contractuel qui l'emporte (voy. *supra*, n° 311; FREDERICQ, t. IV, n° 212; comm. Bruxelles, 2 décembre 1930, *Rev. prat. soc.*, 1931, 266; Bruxelles, 19 juin 1931, *Belg. jud.*, 1932, col. 145). Les statuts pourraient cependant subordonner l'intentement de l'action à l'accord de la majorité (FREDERICQ, *loc. cit.*).

L'action se prescrit par cinq ans à compter des faits qui y donnent lieu ou, s'ils ont été dissimulés par dol, à partir de leur découverte (art. 194). En cas de détournement des fonds sociaux, le gérant peut être poursuivi pour abus de confiance et la prescription applicable sera celle de l'action publique.

§ 4. — *Droits des associés non gérants.*

433. Actes de gestion. — Ils ne peuvent intervenir dans la gestion, sauf sous la forme d'avis ou de conseils. S'ils le font, ils n'engagent qu'eux-mêmes à l'égard des tiers: Code civil, article 1864. Mais ils peuvent, s'ils sont tous d'accord, autoriser le gérant à accomplir un acte excédant ses pouvoirs (FREDERICQ, t. IV, nos 208 et 217).

D'autre part, s'ils ne sont pas d'accord sur les actes que le gérant se propose de faire, ils ont, en principe, le droit de s'y opposer (Code civ., art. 1859), à moins que les statuts n'en disposent autrement ou que le gérant soit un gérant statutaire; dans ce dernier cas, le veto — qui constituerait une révocation

partielle des pouvoirs du gérant — ne serait admissible que si l'acte projeté dépassait les pouvoirs de ce dernier ou était contraire aux statuts.

434. Actes de contrôle et de surveillance. — Les associés non gérants ont cependant le droit d'accomplir, ensemble ou individuellement, des actes de contrôle et de surveillance (cf. l'article 22, qui donne expressément ce droit aux associés commanditaires : voy. *infra*, n^o 443). Ils peuvent demander des renseignements sur la marche des affaires, prendre connaissance des écritures à toute époque, même en l'absence de litige (HOUPIN et BOSVIEUX, t. I^{er}, n^o 263), et en recourant au besoin à un expert s'ils ne sont pas eux-mêmes compétents (Gand, 21 novembre 1927, *Jur. com. Fl.*, 1928, 17).

Si les statuts n'ont pas réglé l'exercice de ce droit, les contestations auxquelles il donnerait lieu seront tranchées souverainement par les tribunaux : cass., 21 février 1929, *Pas.*, 1929, I, 99.

§ 5. — *Modification des statuts.*

435. Nécessité d'un accord unanime. — La modification des statuts exige l'accord de tous les associés, gérants et non gérants, nonobstant toute clause contraire : dans les sociétés de personnes, où l'élément contractuel domine, il n'est pas concevable que les droits des associés soient laissés à la discrétion de la majorité ; voy. *supra*, n^o 307.

CHAPITRE II.

LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE.

SECTION I^{re}. — NOTIONS GÉNÉRALES.

436. Définition. — La société en commandite simple existe sous une raison sociale et comprend deux ou plusieurs associés soumis à un régime juridique différent : les *commandités* sont commerçants et répondent solidairement du passif social, les *commanditaires* n'ont pas la qualité de commerçants et ne sont tenus que sur l'apport qu'ils ont promis de faire à la société.

La définition exprimée par l'article 18 est inexacte : elle omet la raison sociale et qualifie les commanditaires « bailleurs de fonds », alors qu'il sont associés et non prêteurs.

437. Sa place parmi les sociétés commerciales. — Elle est aussi ancienne que la société en nom collectif et a pour origine le *contrat de commande* pratiqué au moyen âge dans les villes italiennes (RIPERT, n° 752).

Elle permet de s'intéresser à une entreprise commerciale ou industrielle en n'y engageant qu'un capital limité et sans acquérir la qualité de commerçant. D'autre part, elle présente pour les commandités l'avantage de leur procurer des moyens financiers, sans les priver de la direction de l'affaire et sans qu'ils doivent restituer les capitaux investis, en cas de perte.

Néanmoins, l'introduction dans le Code de commerce de la société de personnes à responsabilité limitée lui a été aussi néfaste qu'à la société en nom collectif (voy. *supra*, n° 406) ; il s'en créait plus d'une centaine chaque année jusqu'en 1930 ; depuis 1935, il s'en constitue de moins en moins (19 en 1949).

SECTION II. — CARACTÈRES COMMUNS
AVEC LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF.

438. Raison sociale. — Responsabilité des commandités. — Incessibilité des parts. — Le régime de la société en commandite simple ressemble à celui de la société en nom collectif, sauf le statut particulier des associés commanditaires.

1^o Elle existe sous une raison sociale, qui ne peut comprendre que le nom d'un ou de plusieurs associés commandités (art. 19). Le commanditaire dont le nom figurerait dans la raison sociale serait assimilé, à l'égard des tiers, à un commandité (art. 23).

2^o Les commandités sont exactement dans la même situation que les associés en nom collectif. C'est ce qu'exprime assez improprement la loi en disposant que « la société est en nom collectif à leur égard » (art. 20).

3^o Comme dans toutes les sociétés de personnes, les parts sont incessibles sans le consentement unanime des associés, et le décès de l'un d'eux entraîne la dissolution de la société. Les statuts peuvent déroger à ces règles, dans la mesure que nous avons précisée (voy. *supra*, n^o 307). La loi elle-même fait allusion aux cessions de parts « que le contrat autorise » (art. 24), en précisant qu'elles doivent être faites d'après les formes du droit civil (pour être opposables à la société et aux tiers) ; elles doivent, en outre, être publiées et le cédant reste tenu envers les tiers de tout le passif antérieur à la publication.

Les clauses permettant la continuation de la société avec les héritiers s'appliqueront sans difficulté, même si les héritiers sont mineurs, lorsque l'associé décédé était un *commanditaire*, — ce dernier n'étant pas commerçant. S'il était commandité, la situation serait la même que pour les associés en nom collectif (voy. *supra*, n^o 417).

SECTION III. — SITUATION DU COMMANDITAIRE.

439. Son statut juridique. — 1^o Le commanditaire est un associé, et non un prêteur (1). La commandite fournie par lui est un apport qui fait partie du capital social.

En général, l'apport du commanditaire est fait en argent ; s'il est fait en nature, il sera évalué dans l'acte. Il ne doit pas être réalisé immédiatement ; il suffit que le commanditaire prenne l'engagement irrévocable et inconditionnel de le fournir dans les délais convenus.

Le commanditaire participe aux chances et aux risques de l'entreprise : il n'a droit à la rémunération de ses capitaux que sous la forme d'une part des bénéfices, s'il en est réalisé (voy.

(1) Le commanditaire peut cependant être en même temps créancier de la société, mais à un autre titre : cf. FREDERICQ, t. IV, n^o 181.

infra, n° 440). A la dissolution de la société, il reprendra son apport en nature ou en valeur, mais seulement après le règlement du passif; il recevra, en outre, une part de l'excédent d'actif, s'il en existe. En cas de faillite de la société, le commanditaire ne peut se porter créancier, — à moins qu'il n'ait apporté que la jouissance d'une somme d'argent.

Comme à tout associé d'une société de personnes, il lui est interdit de se livrer à une entreprise de même nature que celle de la société, lorsque celle-ci pourrait en éprouver un préjudice : LACOUR et BOUTERON, t. I^{er}, n° 247; comp. cependant, *supra*, n° 305, 5°.

2° La situation d'associé commanditaire n'entraîne pas la qualité de commerçant, car il est interdit au commanditaire de participer activement à la gestion des affaires sociales (voy. *infra*, n° 443). Le fait d'entrer dans une société à titre de commanditaire n'est pas non plus un acte commercial *par nature* (NOVELLES, *Droit commercial*, t. I^{er}, Des commerçants, n° 393; FREDERICQ, t. IV, n° 183). Il pourrait être, cela va de soi, un acte commercial par accession, si la commandite promise se rattachait à un commerce exercé par l'apporteur, — ce qui est important au point de vue de la capacité requise du commanditaire et entraînerait la compétence des tribunaux de commerce (voy. FREDERICQ, *loc. cit.*).

3° La responsabilité du commanditaire est limitée à son apport : il n'a d'autre obligation que de fournir à la société la commandite qu'il a promise. Dès qu'il s'est exécuté, il est complètement libéré, quelle que soit l'évolution des affaires sociales.

440. La participation des commanditaires aux bénéfices et aux pertes. — Les statuts déterminent librement — sous réserve de la prohibition des clauses « léonines » (voy. *supra*, n° 337; note F. GÉNY, *Sirey*, 1932, 1, 281) — les parts respectives des commandités et des commanditaires dans les bénéfices.

La clause attribuant aux commanditaires un « intérêt fixe » payable même en l'absence de bénéfices, ne peut être admise, car elle permettrait en réalité aux commanditaires de retirer une partie de leur apport; les intérêts versés en exécution de pareille clause, et malgré l'absence de bénéfices, devraient être restitués à la demande des créanciers (voy. ci-après, n° 441; la solution est différente en France : ESCARRA, t. I^{er}, n° 633).

Les pertes sont, en principe, et sauf si les statuts en disposent autrement, réparties suivant la même proportion que les bénéfices. Mais il faut tenir compte de la limitation de la responsabilité des commanditaires : leur participation aux pertes ne peut excéder la valeur de leur apport ; le surplus incombe aux commandités (cf. RIPERT, n^o 777).

441. Droits des tiers à l'égard des commanditaires. —

1^o Les tiers peuvent contraindre les commanditaires à réaliser l'apport qu'ils ont promis. L'action dont ils disposent à cette fin, et qui est prévue implicitement par l'article 21, est une action *directe*. Les travaux préparatoires de la loi ne laissent aucun doute sur ce point. Il ne s'agit donc pas du simple exercice, par les créanciers sociaux, et selon l'article 1166 du Code civil, des droits de la société, leur débitrice, contre les commanditaires.

L'action directe ne peut être accueillie que si le créancier postule la condamnation préalable de la société (art. 189 ; voy. *supra*, n^o 309).

L'expression est d'ailleurs trompeuse et, dans la pratique, elle fait illusion : les créanciers s'imaginent volontiers qu'ils peuvent assigner l'associé commanditaire en payement, comme s'il était obligé envers eux, solidairement avec la société. Il n'en est rien : l'action est directe en ce sens seulement que le commanditaire ne peut lui opposer toutes les exceptions qu'il pourrait faire valoir contre la société (le dol, par exemple : RIPERT, n^o 767 ; cf. comm. Bruxelles, 14 juillet 1937, *Rev. prat. soc.*, 1938-1939, p. 337 ; l'exception de compensation pourrait, au contraire, être opposée : ESCARRA, t. I^{er}, n^o 678) ; mais le créancier ne peut se faire payer personnellement par le commanditaire. Ce dernier ne peut être contraint, par l'action directe, que de verser sa mise dans la caisse sociale, au profit de l'ensemble des créanciers. Si l'action ne tend pas à cette fin, mais seulement à une condamnation au profit du demandeur, elle est non recevable (Bruxelles, 16 février 1944, *Pas.*, 1945, II, 21).

Les créanciers n'auront avantage à exercer l'action directe contre le commanditaire que lorsque la société est insolvable et que les commandités le sont également ; si la société est en faillite, c'est le curateur qui intentera l'action.

2^o Les tiers peuvent aussi contraindre le commanditaire « à rapporter les intérêts et les dividendes qu'il a reçus, s'ils n'ont pas été prélevés sur les bénéfices réels de la société » (art. 21). Leur droit se comprend aisément : en recevant des dividendes ou intérêts « fictifs », c'est-à-dire prélevés sur le capital, le com-

manditaire retire indirectement une partie de sa commandite, ce qu'il n'a pas le droit de faire.

Comme l'action directe que nous avons étudiée ci-dessus, l'action en répétition des dividendes fictifs ne peut poursuivre que le versement de ces dividendes (augmentés des intérêts à compter de leur encaissement : Code civ., art. 1846) dans la caisse sociale. L'action est prescrite cinq ans après la distribution (art. 194).

Le caractère réel ou fictif des dividendes distribués s'appréciera au moment où la répartition a été faite. Le commanditaire ne pourrait exciper de sa bonne foi ; mais il aura lui-même un recours contre les gérants, s'il démontre qu'il y a eu, de leur part, « fraude, mauvaise foi ou négligence grave » (art. 21).

La distribution de dividendes fictifs aux commanditaires expose les gérants aux pénalités prévues par l'article 205, car elle est de nature à priver les créanciers d'une partie de leur gage (cf. cass., 2 décembre 1901, *Pas.*, 1902, I, 47, et *supra*, n° 411).

3° Les conventions intervenues entre la société et ses associés commanditaires, en vue de dispenser ces derniers de fournir intégralement les apports promis ou de leur en procurer la restitution anticipée, sont inopposables aux créanciers sociaux : ESCARRA, t. I^{er}, n° 678.

SECTION IV. — FONCTIONNEMENT.

442. Principe. — La gérance de la société est réservée aux commandités : c'est la contrepartie normale de leur responsabilité illimitée. S'ils sont plusieurs, la gestion pourra être organisée suivant les modalités que nous avons étudiées à propos des sociétés en nom collectif (voy. nos 423 et suiv.).

443. La défense d'immixtion par le commanditaire. — La loi lui interdit de faire aucun acte de gestion, même en vertu d'une procuration (art. 22). L'interdiction est prévue dans l'intérêt des tiers : si les commanditaires entraient en relations, pour compte de la société, avec des clients, des fournisseurs, des banquiers, ces derniers pourraient les confondre avec les commandités, croire qu'ils assument une responsabilité personnelle et accorder ainsi à la société un crédit immérité.

Le danger existe même si le commanditaire est muni d'une

procuration, car rien ne l'oblige à l'exhiber, et les tiers, s'ils le prennent pour un commandité, jugeront inutile de lui demander en quelle qualité il agit.

La défense n'est pas absolue. Sa raison d'être en explique les limites : les actes prohibés sont ceux qui mettent leur auteur en rapport avec les tiers (marchés commerciaux, crédits bancaires, etc.). Si cette condition n'est pas réalisée, la défense ne joue pas : elle n'empêche le commanditaire ni de donner des avis et des conseils, ni d'accomplir des actes de contrôle et de surveillance (comme les associés non gérants dans les sociétés en nom collectif : voy. *supra*, n^o 434, et FREDERICQ, t. IV, n^o 222), ni de donner aux gérants l'autorisation nécessaire pour les actes qui sortent de leurs pouvoirs (tous ces cas sont d'ailleurs prévus par l'article 22), ni d'accomplir des actes de gestion purement interne : il peut notamment s'occuper de la tenue des livres, accomplir des missions d'ordre technique, ou remplir toute autre fonction d'ordre intérieur, même en exécution d'un louage de services, — bien que le danger de confusion puisse réapparaître en ce cas, si la fonction exercée est importante.

444. Sanction. — C'est la responsabilité solidaire et indéfinie envers les tiers : le commanditaire sera traité comme s'il était un commandité.

La sanction dépendra de l'étendue de l'infraction à la défense légale (art. 23) :

1^o Si le commanditaire accomplit des actes isolés de gestion, sans prendre part à celle-ci d'une manière habituelle, il n'est personnellement tenu, envers les tiers, que des engagements auxquels il a participé.

2^o S'il a, au contraire, « habituellement géré » les affaires de la société ou si son nom fait partie de la raison sociale, il est tenu solidairement, à l'égard des tiers, de tous les engagements sociaux même de ceux auxquels il n'a pas pris part, sans distinguer selon que ces engagements sont antérieurs ou postérieurs à la gestion habituelle du commanditaire.

Lorsqu'il est ainsi assimilé aux commandités, le commanditaire devient commerçant comme eux et peut être déclaré en faillite. Mais rien n'est changé aux conventions des associés entre eux : si le commanditaire a dû, par application de l'article 23, payer

à des créanciers sociaux des sommes excédant la commandite dont il restait débiteur, il aura une action récursoire contre les commandités.

Le commanditaire ne pourrait assumer la gestion sans encourir de responsabilité personnelle que dans le cas prévu par l'article 25 (décès, incapacité ou empêchement du gérant), et à condition d'avoir été habilité à cette fin par le tribunal de commerce dans les conditions prescrites par cet article — pour autant que les circonstances envisagées n'entraînent pas la dissolution de plein droit, ou que les statuts ne règlent pas autrement la procédure à suivre.

CHAPITRE III.

SOCIÉTÉ MOMENTANÉE ET SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION.

445. Notion générale. — Ce sont les seules sociétés commerciales dépourvues de la personnalité juridique. Pour être *privée* de cette personnalité, la société qui a pour objet des actes de commerce doit présenter les caractères distinctifs de l'une ou l'autre de ces « associations » (sur l'impropriété de ce terme, voy. *supra*, n^o 303), faute de quoi elle sera soumise au régime des sociétés commerciales personnalisées, considérée au besoin, en cas de doute, comme une société en nom collectif, et, à défaut d'acte écrit régulier, exposée à la sanction de la nullité (art. 4).

Les articles 3, 5, 14, 175 à 177 et 192 du titre IX forment les règles particulières applicables aux sociétés momentanées et en participation.

446. Absence de personnalité juridique. — Conséquences. — L'absence de personnalité juridique entraîne diverses conséquences :

1^o Le contrat n'est pas soumis au régime formaliste que la loi impose aux sociétés personnalisées. Il demeure purement consensuel et peut être prouvé par tous les modes de preuve admissibles en matière commerciale (art. 14 et 177) : correspondance, livres de commerce, preuve testimoniale (art. 5 ; l'énumération n'est pas limitative). Les tribunaux se montrent néanmoins, en pratique, fort circonspects, car il s'agit ordinairement de conventions importantes, qu'il est d'usage de constater par écrit : Gand, 4 mars 1927, *Pas.*, 1927, II, 179.

2^o Il n'existe pas de patrimoine social distinct de celui des associés ; les tiers devenus créanciers par suite des opérations sociales n'ont d'action que contre les associés (tenus solidairement, conformément aux usages en matière commerciale) et viendront en concours avec les autres créanciers de ces derniers.

3^o Les actions en justice ne peuvent être intentées que par les associés agissant conjointement, ou en leur nom (comm. Bruxelles, 4 février 1943, *Rev. prat. soc.*, 1947, 259). Les tiers doivent assigner directement et individuellement les associés qui

sont obligés envers eux (art. 192 ; comm. Bruxelles, 14 octobre 1950, *Rechtsk. Weekbl.*, 1950-1951, 795).

4° Les dispositions légales qui organisent la liquidation des sociétés personnalisées sont inapplicables : comm. Bruxelles, réf., 9 janvier 1948, *Rev. prat. soc.*, 1948, 63.

SECTION I^{re}. — LA SOCIÉTÉ MOMENTANÉE.

447. Définition. — La société momentanée est « celle qui a pour objet de traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations déterminées » (art. 175), — par exemple l'exécution d'un contrat d'achat : Bruxelles, 19 mai 1951, *Jur. com. Brux.*, 1952, p. 183 ; ou la création d'une autre société : comm. Liège, 19 novembre 1949, *Rev. prat. soc.*, 1951, 12.

L'emploi d'une raison sociale donnerait à la société le caractère d'une société en nom collectif (qui, pour être valable, devrait être constituée par un acte écrit régulier). Il en serait de même si la société avait pour objet, non point des opérations déterminées, mais l'exploitation régulière et continue d'un commerce ou d'une industrie (Gand, 4 mars 1927, *Pas.*, 1927, II, 179 ; comm. Bruxelles, réf., 15 décembre 1949, *Pas.*, 1951, III, 87), même pour une saison seulement (Gand, 10 décembre 1925, *Rev. prat. soc.*, 1926, 245).

SECTION II. — LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION.

448. Définition. — C'est celle « par laquelle une ou plusieurs personnes s'intéressent dans des opérations qu'une ou plusieurs autres gèrent en leur propre nom » (art. 176) (1). Sur l'histoire de la société en participation, cons. P. DE PELSMAEKER, *Des associations en participation et des syndicats financiers*, 3^e édition, 1934.

449. Utilité. — N'exigeant aucune formalité et demeurant inconnue des tiers, la société en participation se prête à de multiples combinaisons : elle permet notamment d'intéresser des bailleurs de fonds aux bénéficiaires des entreprises, d'assurer l'écoulement de leurs produits, de réaliser des ententes entre industriels, banquiers ou assureurs (voy. RIPERT, n° 782).

(1) Si les opérations projetées sont civiles, la société sera civile ; cf. cass., 15 avril 1943, *Pas.*, 1943, I, 142.

Les *syndicats financiers*, formés pour assurer la souscription et le placement dans le public des titres émis par les sociétés anonymes ou pour faire des opérations sur titres, constituent aussi des associations en participation ; on distingue parmi eux plusieurs variétés : syndicats « de prise ferme », syndicats « de garantie », « de gestion financière », ou « de blocage » (en vue de régulariser le marché) : voy. pour les détails : DE PELSMÆKER, *op. cit.*, n^{os} 22 et 22bis. Ces syndicats financiers sont licites, pour autant qu'ils ne soient pas formés à l'occasion de manœuvres frauduleuses en vue d'opérer la hausse ou la baisse des cours (art. 203), ou pour acheter « ferme » les actions d'une société qui n'est pas encore constituée régulièrement (art. 46 ; cass., 5 décembre 1901, *Pas.*, 1902, I, 54 ; DE PELSMÆKER, *op. cit.*, n^{os} 27 et 27bis).

L'absence de personnalité juridique rend cependant malaisé l'emploi de la société en participation pour des entreprises de longue durée.

§ 1^{er}. — Caractères juridiques.

450. Nature du contrat. — C'est une société, au sens de l'article 1832 du Code civil, bien qu'on l'ait parfois contesté, à tort, sous prétexte que les apports effectués ne deviennent pas toujours la propriété indivise des associés : voy., sur ce point, DE PELSMÆKER, n^{os} 17 à 19.

Mais c'est essentiellement une société *occulte* ; les tiers connaissent seulement l'associé gérant, qui traite d'ailleurs les affaires de la société en son nom personnel ; ils sont sans lien juridique avec les participants et ne peuvent agir contre eux.

Peu importe que les tiers aient connaissance, en fait, de l'existence de la participation, du moment que les participants s'abstiennent d'intervenir dans la gestion (DE PELSMÆKER, n^o 14) ; cette simple connaissance ne donne pas aux tiers le droit d'agir directement contre eux (RIPERT, n^o 792).

Il est parfois difficile de distinguer la société en participation d'autres formules juridiques permettant d'intéresser l'un des contractants aux bénéfices que l'autre peut réaliser ; l'existence d'une simple participation aux bénéfices ne suffit pas pour qu'il y ait société ; il faut, en outre, l'*affectio societatis*, le *jus fraternitatis* (voy. *supra*, n^{os} 336 et suiv.), qui se révélera, par exemple, par le droit de contrôle accordé au bailleur de fonds (comm. Ostende, 12 mars 1931, *Rev. faill.*, 1931, 156) ; au contraire, si l'un des

contractants est dans un état de dépendance par rapport à l'autre, la convention est une variété du louage de services. Adjointe à un contrat de commission ou d'assurance, la clause de participation aux bénéfices ne change pas la nature de la convention principale (cf. RIPERT, n° 785; DE PELSMAEKER, n° 23).

451. Absence de raison sociale. — La société n'ayant pas de personnalité juridique et les participants demeurant dans la coulisse, l'associé qui gère les opérations communes, le fait en son nom personnel et comme s'il était seul; il acquiert lui-même la qualité de commerçant. Il n'y a donc pas de raison sociale.

C'est par là que l'association en participation se distingue de la société en commandite (RIPERT, n° 789; cf. cass., 4 mars 1943, *Pas.*, 1943, I, 84. Les motifs de cet arrêt ne sont pas à l'abri de la critique: cf. « Examen de jurisprudence », *Rev. crit. jur. belge*, 1951, p. 151, n° 45). L'interdiction d'user d'une raison sociale, prévue expressément pour les sociétés momentanées (art. 175), doit être étendue aux sociétés en participation, car la raison sociale implique l'existence, à l'égard des tiers, d'une société; elle donne à celle-ci un caractère ostensible et public, — incompatible avec la notion même de la société en participation, qui est occulte (DE PELSMAEKER, n° 12).

L'emploi d'une raison sociale ferait rentrer la société dans la catégorie des sociétés en nom collectif (DE PELSMAEKER, *eodem loco*). Il suffit, pour qu'il en soit ainsi, que les tiers aient eu connaissance, grâce à la raison sociale employée, du nom des prétendus « participants »; *contra*: DE PELSMAEKER, n° 13.

452. Caractère personnel. — La société en participation, étant une société de personnes, est dissoute par la mort, l'interdiction ou la faillite d'un des associés, sauf convention contraire; la dissolution judiciaire peut être prononcée pour de justes motifs; cass. fr., 24 juin 1929, *Rev. prat. soc.*, 1930, 504.

Les parts dans la société ne sont cessibles qu'avec le consentement de tous les autres associés (sur la possibilité de créer des « sous-participations », voy. DE PELSMAEKER, nos 90 à 93).

Les statuts peuvent déroger à cette règle, mais seulement dans les limites que nous avons indiquées (voy. *supra*, n° 307). Les parts ne pourraient être représentées par des titres négociables: ce serait incompatible avec la nature même de la société (RIPERT, n° 788; *contra*: DE PELSMAEKER, n° 40). La même raison doit, à notre avis, faire écarter les clauses autorisant l'exclusion d'un associé par la volonté des autres, tout au moins lorsqu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire (voy. *supra*, n° 338; *contra*: FREDERICQ, t. V, n° 803; DE PELSMAEKER, n° 115).

§ 2. — *Fonctionnement.*

453. Les apports. — Dans la société en participation, les biens et valeurs apportés par les associés sont mis en commun, en ce sens qu'ils sont employés dans l'intérêt commun. Mais ils ne deviennent pas, en règle générale, la propriété indivise des associés : ils restent propres à chacun (DE PELSMAEKER, n^o 31). Ainsi en est-il, notamment, lorsque l'apport consiste en marchandises destinées à être vendues : le gérant est alors dans une situation comparable à celle d'un commissionnaire (DE PELSMAEKER, n^o 33).

Il en est autrement : 1^o si l'apport consiste en une somme d'argent ; elle devient la propriété du gérant, qui est obligé toutefois de l'affecter à l'objet social, et en devra compte lors de la dissolution de la société ; 2^o si les parties conviennent (même tacitement : voy. DE PELSMAEKER, p. 109, n^o 2) que les apports deviendront la propriété indivise des associés ; cette convention, qui n'est nullement incompatible avec la nature de la participation (cass., 4 mars 1943, *Pas.*, 1943, I, 84), déroge cependant à ses effets habituels.

454. Gestion. — La gestion de la participation appartient exclusivement à l'associé chargé par la convention d'exercer, pour compte commun, l'activité commerciale qui fait l'objet de la société. Elle ne pourrait pas être confiée à un tiers.

La révocation du gérant n'est possible que dans les conditions que nous avons étudiées précédemment (voy. *supra*, n^o 421) ; il s'agit d'un gérant statutaire, et qui a la qualité d'associé ; sa révocation pour cause légitime entraînerait la dissolution de la société : comm. Gand, 17 janvier 1925, *Pas.*, 1925, III, 180.

Le gérant se comporte, à l'égard des tiers, comme s'il était seul ; il agit en son nom propre. Il peut donc disposer de tous les biens dépendant de la société — même de ceux qui sont restés la propriété des apporteurs, s'il en a la possession et qu'il s'agisse de meubles corporels (DE PELSMAEKER, n^{os} 55 et 56). Les biens qu'il acquiert deviennent sa propriété personnelle, sauf convention contraire, et peuvent être saisis par ses créanciers : civ. Courtrai, 3 juillet 1931, *Jur. com. Fl.*, 1931, 241.

En contrepartie de ces pouvoirs très étendus, il s'oblige personnellement envers les tiers et doit, sauf convention contraire,

faire les avances nécessaires pour les besoins de l'exploitation commune ; ces avances ne lui seront remboursées que lors de la reddition des comptes (DE PELSMÆKER, n° 58).

Dans ses rapports avec les participants, le gérant est tenu de rester dans les limites de son mandat et d'apporter à sa gestion les soins d'un bon père de famille. Il doit leur rendre compte de cette gestion aux époques convenues et lors de la dissolution (sur ces différents points, voy. DE PELSMÆKER, nos 61 à 70).

Les participants ont le droit de contrôler la gestion du gérant ; s'ils intervenaient dans la gestion et traitaient eux-mêmes des opérations avec les tiers, ils s'obligeraient personnellement et solidairement (cf. RIPERT, n° 791 ; DE PELSMÆKER, nos 95 et suiv.) ; une intervention persistante des participants permettrait de soutenir que la société en participation a fait place à une société en nom collectif (*contra* : DE PELSMÆKER, n° 102).

Les tiers ne pourraient agir contre les participants que par la voie de l'action oblique, en exerçant les droits du gérant (comm. Liège, 4 mars 1931, *Jur. Liège*, 1931, 135) ; les participants sont dans la même situation à l'égard des tiers : DE PELSMÆKER, nos 94 et 107.

455. Partage des bénéfices et des pertes. — Les modalités en sont réglées par le contrat de société, — sous réserve de la prohibition des clauses léonines (voy. *supra*, n° 337 ; comm. Bruxelles, 28 juin 1930, *Jur. com. Brux.*, 1930, 235 ; Gand, 22 janvier 1944, *Rev. crit. jur. belge*, 1947, 241, note LIMPENS).

Le participant peut reprendre les apports dont il est resté propriétaire, s'ils existent encore en nature. Mais si l'apport a été fait en propriété, le participant ne peut réclamer la restitution de sa valeur qu'après règlement de sa contribution aux pertes. Les biens indivis seront partagés (DE PELSMÆKER, n° 133).

La contribution du participant est parfois limitée, par la convention, à la valeur de son apport. La clause est valable ; elle transforme la participation en une « commandite occulte », sans que la situation des tiers s'en trouve modifiée (RIPERT, n° 792). L'absence de raison sociale continuera à la distinguer d'une commandite véritable (voy. *supra*, n° 451).

TITRE III. — LES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX

A. — LA SOCIÉTÉ ANONYME.

CHAPITRE PREMIER.

NOTIONS GÉNÉRALES.

SECTION I^{re}. — DÉFINITION. — ORIGINE. — ÉVOLUTION.

456. Définition. — La définition légale (art. 26) n'est pas complète. La société anonyme est celle dont les associés, appelés *actionnaires*, possèdent des droits représentés par des titres négociables et ne sont tenus que sur leur apport.

Ni les actionnaires, ni les administrateurs d'une société anonyme ne sont commerçants ; seule la société exerce le commerce. Aucun des associés n'est indéfiniment responsable sur ses biens personnels ; leur nom ne peut servir à désigner la société ; c'est pourquoi elle est appelée « anonyme », — par opposition à la commandite par actions, qui est aussi une société de capitaux, mais dont certains associés (les commandités) sont tenus personnellement et indéfiniment des engagements sociaux.

457. Origine. — Les *actions* sont plus anciennes que les sociétés par actions : il existait en Italie, dès le XV^e siècle, des banques privilégiées, dont le capital était représenté par des titres négociables, mais qui n'étaient pas des sociétés. Les grandes compagnies à charte, créées au XVII^e et au XVIII^e siècle pour mettre en valeur les ressources naturelles des colonies, n'étaient pas non plus des sociétés de droit privé, mais des organismes de droit public ; elles étaient douées de la personnalité juridique et se procuraient des ressources par l'émission de titres négociables. Tel fut le cas, notamment, de la Compagnie pour le commerce avec les Indes orientales et occidentales, ou Compagnie d'Ostende, fondée par Charles VI en 1722 (cf. R. PIRET, *L'évolution de la législation belge sur les sociétés anonymes*, 1946, p. 11 à 15).

C'est à l'époque de la Révolution française que sont apparues les sociétés par actions privées, qui prirent immédiatement un grand développement

grâce à la liberté du commerce et de l'industrie, dont le principe venait d'être proclamé. Les actions donnèrent lieu aussitôt à des spéculations excessives, qui entraînèrent des interventions législatives diverses.

458. Evolution du régime légal. — Le Code de commerce de 1807 accordait la liberté de constitution aux commandites par actions — qui comptaient un ou plusieurs associés personnellement responsables. Il subordonnait au contraire à l'autorisation préalable du Gouvernement la création des sociétés par actions dans lesquelles aucun associé ne répondait sur ses biens des dettes sociales, et qui, pour ce motif, furent désormais appelées sociétés « anonymes » (appellation réservée, sous l'Ancien Droit, à la société en participation : voy. *supra*, n^o 444 et suiv.). Elles étaient considérées comme dangereuses (R. PIRET, *op. cit.*, n^o 23).

Le système de l'autorisation préalable fonctionna fort mal ; on se plaignait de la longueur des formalités, de l'arbitraire des décisions gouvernementales et de l'incompétence des fonctionnaires chargés d'instruire les demandes ; le public ne trouvait ainsi dans l'intervention des autorités qu'une garantie illusoire. Cependant, le nombre et l'importance des sociétés anonymes ne cessaient de croître. Il y en avait 180 en 1838 ; leur nombre avait passé à 314 en 1873. Le développement des richesses mobilières, qui l'emportaient de plus en plus sur les biens fonciers dans la composition des fortunes, les progrès techniques de tout ordre, la création d'entreprises industrielles de grande envergure expliquent aisément ce succès. La société anonyme, procédé commode pour drainer les capitaux importants qu'exigent les entreprises modernes, allait devenir l'une des pièces essentielles du régime capitaliste.

Une réforme législative s'imposait. Elle fut réalisée par la loi du 18 mai 1873, inspirée de la législation anglaise. Cette loi remplace le régime de l'autorisation préalable par la liberté complète, tempérée par la publicité imposée à la société et par la responsabilité des fondateurs. A la même époque, dans la plupart des pays d'Europe occidentale, les milieux d'affaires obtenaient, au nom de la « liberté commerciale », une réforme analogue.

La loi de 1873 donna un vigoureux élan au développement des sociétés anonymes. Réservée, par sa nature même, aux grandes entreprises, la forme de la société anonyme est désormais à la disposition de tous les hommes d'affaires. Les sociétés anonymes d'importance moyenne ou réduite se multiplient. Les résultats qu'elles obtiennent sont loin d'être toujours favorables ; beaucoup disparaissent rapidement, et, très tôt, apparaît la nécessité d'amender et de compléter la loi fondamentale de 1873.

Impressionnés par les mésaventures et par les scandales qui avaient eu leurs échos dans les tribunaux et jusqu'à la cour de cassation, le Parlement et le Gouvernement s'attacheront à diverses reprises au problème, mais seulement pour lui donner des solutions fragmentaires.

La loi du 26 décembre 1881 comble une lacune grave en érigeant en infraction le faux dans les bilans. La loi du 22 mai 1886 supprime la nullité comme sanction de l'inobservation des conditions de fond prescrites par l'article 29, et la remplace par la responsabilité des fondateurs, qui est renforcée et mieux organisée.

La loi du 25 mai 1913 tend principalement à donner des garanties au public contre la surévaluation des apports en nature et contre les avantages disproportionnés octroyés aux fondateurs ; elle régleme les émissions publiques d'actions et d'obligations, organise les assemblées d'obligataires, tente de renforcer la responsabilité des administrateurs (en s'y prenant d'ailleurs fort maladroitement, puisque le résultat le plus clair de cette intervention est la disparition de l'action individuelle en responsabilité ; voy. *infra*, n° 610). Elle réorganise d'une manière complète le régime des modifications aux statuts (notamment les augmentations et les réductions du capital) et introduit la possibilité de modifier les droits respectifs des catégories d'actionnaires (voy. aussi la loi du 10 novembre 1953). La tentative de renforcer, à l'occasion du vote de cette loi, le contrôle par les commissaires et d'organiser l'établissement des bilans et du compte de profits et pertes, échoua complètement (PIRET, p. 96 à 105).

Les réformes législatives, après un temps d'arrêt assez long, ont repris en 1934, mais toujours sous la forme de modifications partielles de la loi fondamentale : création d'une incapacité spéciale d'être gérant, administrateur ou commissaire d'une société par actions, frappant les personnes condamnées pénalement pour des faits contraires à l'honnêteté (arrêté royal n° 22 du 22 octobre 1934) ; suppression des actions à vote plural, et limitation de l'exercice du droit de vote dans les assemblées (arrêté royal n° 26 du 31 octobre 1934) ; introduction de la société de personnes à responsabilité limitée (loi du 9 juillet 1935), forme nouvelle de société commerciale qui devait remplacer les petites sociétés anonymes ou les sociétés anonymes « de famille » ; institution du contrôle par la Commission bancaire des émissions et des ventes publiques d'actions et d'obligations (arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935) ; suppression de la signature obligatoire des titres et faculté de créer des titres collectifs (loi du 7 juin 1949) ; faculté de tenir un registre double pour les actions nominatives (loi du 9 février 1953).

L'ensemble de ces lois et arrêtés a été coordonné en dernier lieu par l'arrêté royal du 30 novembre 1935, qui forme le texte actuel du titre IX du Code de commerce.

459. Réformes proposées. — Elles sont nombreuses et, pour être réalisées, elles impliqueraient une refonte complète du régime actuel. Nous ne pouvons les indiquer toutes et nous ne mentionnerons que les plus importantes.

1° Pour réserver la forme anonyme aux seules entreprises pour lesquelles elle est faite, un capital minimum serait exigé et les clauses restreignant la cessibilité des actions seraient prohibées. La consistance et la valeur des apports en nature devraient être vérifiées au moment de la constitution. On a proposé aussi de distinguer deux catégories de sociétés anonymes, selon qu'elles font ou non appel à l'épargne publique.

2° Le conseil d'administration serait scindé en deux organes distincts : un petit nombre de dirigeants effectifs, ayant une situation relativement

stable mais une responsabilité personnelle étendue, et un conseil de surveillance. Il serait interdit à la société de traiter des opérations quelconques avec ses administrateurs.

3° Le contrôle de la gestion et des comptes devrait être renforcé ; il serait confié à des *réviseurs* indépendants et compétents, ou même à une commission de contrôle (voy. PIRET, *op. cit.*, p. 153 et 161).

4° L'établissement des bilans et des comptes de profits et pertes devrait être soumis à une réglementation destinée à les rendre plus clairs et à empêcher que leur présentation soit modifiée d'un exercice à l'autre.

5° Les droits de la minorité et ceux des absents devraient être mieux protégés, notamment par la consécration légale de l'annulation pour détournement de pouvoir des décisions prises par les organes sociaux, lorsqu'elles ont été inspirées par un mobile étranger à l'intérêt de la société elle-même.

6° Les travailleurs employés dans l'entreprise doivent avoir le droit de contrôler les comptes établis par les organes de la société. On a proposé aussi de leur réserver le droit d'avoir des représentants dans le conseil d'administration, mais c'est confondre l'entreprise avec la société anonyme, qui, en réalité, n'est que l'un de ses éléments : cf. RIPERT, n° 906.

SECTION II. — NATURE JURIDIQUE DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

460. Conception traditionnelle. — Critique. — La société anonyme est traditionnellement considérée comme un *contrat*. Telle était encore la pensée des auteurs de la loi de 1873. La réforme tout entière fut réalisée au nom de la liberté contractuelle. Cette conception ne correspond cependant pas à la réalité ; elle était déjà dépassée lors de la mise en vigueur des lois de 1873 et de 1886 : la constitution de la société anonyme, telle que ces lois l'organisent, est bien différente de la simple conclusion d'une convention.

A vrai dire, comme toutes les sociétés commerciales, la société anonyme est née du contrat de société. Elle s'y rattachait encore étroitement en 1807. Mais les praticiens ont fait de ce contrat un mécanisme perfectionné (RIPERT, n° 907) qui permet de drainer, en vue d'une entreprise économique, des capitaux considérables, en s'adressant à des centaines ou à des milliers de souscripteurs. Ainsi transformée, la société anonyme devient une véritable *institution* à laquelle ses fondateurs donnent l'impulsion initiale et dont les dirigeants assurent le *fonctionnement*. Le législateur s'est borné à donner un cadre à cette institution, à la normaliser (cf. RIPERT, *loc. cit.*) ; son intervention a d'ailleurs réduit sensiblement la liberté des fondateurs ; le mécanisme,

d'autre part, minutieusement réglé par la loi, est devenu de plus en plus compliqué.

La conception contractuelle n'a cependant pas été officiellement abandonnée, et l'on y recourt encore aujourd'hui pour expliquer certaines règles impératives qui, cependant, se justifieraient tout aussi bien, sinon mieux, du point de vue de l'institution. Cette conception traditionnelle est aussi à l'origine de la structure « démocratique » que le législateur a donnée à la société anonyme, et qu'il s'obstine à vouloir lui conserver : l'assemblée générale des actionnaires est l'autorité suprême, les administrateurs ne sont que les mandataires qu'elle charge de la gestion et qu'elle peut révoquer *ad nutum*. Sur ce point encore, la conception traditionnelle est en désaccord avec les faits (1) : les actionnaires désertent les assemblées, les administrateurs y ont souvent eux-mêmes ou avec leur « groupe » une influence prépondérante. Ils ont le pouvoir réel dans la société ; la plupart des actionnaires n'ont aucunement l'intention de le leur contester ; ils n'ont pas conscience d'être des « associés », et ne tiennent pas à intervenir dans la gestion de la société : ce sont souvent de petits capitalistes qui ont fait un placement de fonds plus ou moins provisoire.

Si des réformes étaient réalisées, elles devraient abandonner ces notions périmées, réorganiser l'institution telle qu'elle existe dans la réalité, reconnaître, par exemple, que le conseil d'administration et l'assemblée générale ne sont pas dans la relation de mandataire à mandant, mais sont des *organes hiérarchisés*, comme l'a déjà reconnu la cour de cassation de France (civ., 4 juin 1946, *Journ. soc.*, 1946, 374).

SECTION III. — PERSONNALITÉ MORALE DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

461. Caractère de cette personnalité. — Seules, parmi les sociétés commerciales, les sociétés anonymes ont une personnalité juridique complète, nettement indépendante de celle des associés. Elle répond, pour elles, à une nécessité, en raison de la variabilité du personnel social et par le fait que les membres

(1) Comp. A. TUNC, « L'effacement des organes légaux de la société anonyme », *Dall. Chron.*, 1952, p. 73.

du groupement ne sont pas tenus personnellement des dettes sociales (MICHOU, *Théorie de la personnalité morale*, t. I^{er}, n^{os} 73 et 74).

Menant une existence propre, entièrement distincte de celle des associés, la société anonyme exerce le commerce, tandis que ni ses actionnaires, ni ses administrateurs ne sont, comme tels, commerçants. La loi impose diverses mesures pour que les tiers qui traitent avec la société ne soient pas induits en erreur et sachent qu'ils sont en présence d'une société anonyme : voyez ci-après, n^o 463.

§ 1^{er}. — *Dénomination.*

462. Absence de raison sociale. — Aucun des associés n'étant personnellement tenu des dettes sociales au delà de son apport, la société ne peut être désignée par leur nom : « Elle n'existe point sous une raison sociale » (art. 27). La loi ne prévoit aucune sanction spéciale ; la méconnaissance de l'article 27 pourrait seulement engager la responsabilité du tiers ou de l'actionnaire qui aurait permis à la société d'user de son nom, ou encore la responsabilité des administrateurs, si l'emploi du nom avait eu lieu à l'insu de son titulaire.

Sous cette réserve, les fondateurs sont libres de donner à la société anonyme le nom de fantaisie qui leur plaît (art. 28). On admet, en pratique — et le cas est fréquent —, que la dénomination particulière de la société comprenne le nom du fondateur ou du propriétaire précédent de l'établissement que la société exploitera (Société anonyme des Etablissements Dupont, par exemple).

463. Mentions obligatoires dans les actes. — La loi exige que toutes les pièces émanant de la société portent la mention de la dénomination sociale, précédée ou suivie immédiatement des mots « Société anonyme », écrits lisiblement et en toutes lettres (art. 81).

Si cette prescription n'est pas observée, ceux qui ont signé la pièce pourront, « suivant les circonstances », être déclarés personnellement responsables des engagements qui y sont pris par la société. La sanction ne sera appliquée que si le tiers a réellement été trompé sur la nature de l'être moral, s'il a cru traiter avec le gérant d'une société de personnes, et s'il démontre que, sans cette erreur, il n'aurait pas contracté ou ne l'aurait fait qu'à d'autres conditions (FREDERICQ, t. IV, p. 274).

464. Droit exclusif de la société sur sa dénomination. — L'article 28 donne à la société anonyme un droit exclusif

sur la dénomination qu'elle a choisie. Si, par mégarde ou par fraude, les fondateurs choisissent une dénomination identique à celle d'une autre société, ou assez semblable pour induire le public en erreur, tout intéressé peut la faire modifier : article 28. L'action sera exercée, en général, par la société qui, la première, a employé la dénomination contestée.

Il suffit de la possibilité d'une confusion : peu importe que les sociétés aient ou non un objet analogue : Bruxelles, 2 mars 1949, *J. T.*, 1949, 259. Si les deux sociétés ont une activité semblable et sont des concurrents, celle qui se croit lésée disposera, en dehors de l'action fondée sur l'article 28, de l'action en cessation : voy. *supra*, n° 218 ; comp. FREDERICQ, t. IV, p. 444. Il n'est pas nécessaire non plus qu'une faute ait été commise, ni un préjudice éprouvé ; mais, dans ce dernier cas, le demandeur pourrait, en outre, réclamer des dommages-intérêts. L'action prévue par l'article 28 est possible lorsque la confusion existe entre les appellations abrégées adoptées par deux sociétés (Socomin et Sobecommin, par exemple), mais pour autant que cette appellation soit prévue dans les statuts mêmes de la société demanderesse : FREDERICQ, t. IV, p. 446.

§ 2. — Siège social.

465. Détermination et importance du siège social. — Le siège social est, en général, fixé dans les statuts, bien que la loi ne l'exige pas expressément. S'il n'était pas indiqué, il faudrait vérifier, pour déterminer le « domicile » de la société, où se trouve son principal établissement, c'est-à-dire sa direction : cf. Bruxelles, 22 janvier 1949, *Rev. prat. soc.*, 1950, 49.

Le siège social peut être déplacé librement par une décision de l'assemblée ordinaire ou du conseil d'administration, s'il n'est pas fixé dans les statuts, ou si ces derniers donnent à l'assemblée ou au conseil le pouvoir de le transférer ailleurs ; en général, ces déplacements ne sont autorisés qu'à l'intérieur des limites géographiques définies par les statuts eux-mêmes.

C'est au siège social que doivent être signifiés les actes de toute procédure dirigée contre la société : article 69, 6°. Mais ce n'est pas nécessairement au siège social que se tiendront les assemblées générales : cf. article 73.

466. Indication dans les documents sociaux. — L'indication « précise » du siège social (c'est-à-dire l'adresse complète) doit se trouver dans toutes les pièces émanant de la société : article 81. Sur la sanction assez théorique de cette obligation par la responsabilité exceptionnelle de l'article 82, voy. RESTEAU, t. III, n° 1582. Tout changement de siège

social, même s'il résulte d'une décision de l'assemblée générale ordinaire ou du conseil, doit être publié aux annexes du *Moniteur* (art. 81), à peine d'être inopposable aux tiers.

Ces dispositions ont perdu une grande partie de leur importance depuis l'institution du registre du commerce, dans lequel les tiers trouveront l'indication du siège social (voy. *supra*, n° 166).

§ 3. — *Capital social.*

467. Importance. — Nous avons déjà souligné l'importance essentielle du capital social dans la société anonyme ; il constitue, pour les créanciers, une garantie qui compense la limitation de responsabilité dont bénéficient les associés, — garantie qui doit demeurer intangible (sur le principe de l'intangibilité du capital, voy. *supra*, n° 334).

468. Détermination du capital. — Le capital se confond à l'origine avec les apports effectués par les premiers actionnaires : son montant correspond à la valeur attribuée aux apports. Il est facile de faire l'addition des versements en espèces ; quant aux apports en nature, leur estimation est laissée à l'appréciation des associés : c'est une valeur conventionnelle.

Le montant du capital est généralement fixé dans les statuts eux-mêmes. S'ils ne l'indiquaient pas, la société ne serait pas nulle ; il incomberait aux tribunaux de combler cette lacune en procédant eux-mêmes à l'évaluation des apports réunis lors de la constitution de la société : cass., 9 juillet 1917, *Pas.*, 1917, I, 273.

469. Indication du capital dans les actes et pièces. — Cette indication n'est pas obligatoire. Mais la loi prescrit que si le capital est énoncé dans des pièces émanant de la société, le montant indiqué doit être « celui qui résulte du dernier bilan » : article 81, alinéa 2. Les travaux préparatoires révèlent qu'il faut entendre par là non point le capital nominal, tel qu'il résulte soit des statuts, soit des décisions qui l'ont régulièrement augmenté ou réduit, mais « l'excédent constaté de l'actif sur le passif », sans que l'on puisse même y comprendre les versements restant à appeler sur les actions : WAUWERMANS, n° 756. En d'autres termes, il faut tenir compte des pertes qui auraient ramené la valeur de l'actif net au-dessous du montant du capital nominal.

Si le capital indiqué dans les pièces est plus élevé que le capital réel — au sens particulier que nous venons d'indiquer —, les tiers auront le droit de réclamer des personnes qui ont signé les pièces, si la société elle-même ne leur paye pas entièrement leurs créances, une somme suffisante pour qu'ils soient dans la même situation que si le capital énoncé

avait été le capital réel : article 83. Les signataires des pièces irrégulières deviennent donc, dans cette limite, à titre de sanction et en vertu de la loi même, les cautions des engagements pris par la société.

470. Double sens du mot « capital ». — Dans la société anonyme, le mot « capital » s'entend dans un double sens. Entre associés, il désigne l'ensemble des apports qui donneront lieu, lors de la dissolution de la société, à une restitution en valeur : cf. RIPERT, n^o 707. A l'égard des tiers, il indique le minimum d'actif net que la société s'oblige à conserver pour la garantie de ses créanciers et qu'elle s'interdit de distribuer à ses actionnaires ; dans ce dernier sens, il constitue une simple « entité comptable ».

Au moment où la société se constitue, le capital, envisagé entre associés et à l'égard des tiers, est identique. Mais pendant le cours de la vie sociale, il peut se dédoubler, suivant qu'on le considère à l'un ou à l'autre point de vue. Le remboursement de leurs apports à certains actionnaires, lorsqu'il est fait à l'aide des bénéfiques, entraîne une véritable réduction du capital *inter partes*, — l'ensemble des apports mis en commun se trouvant désormais réduit. A l'égard des tiers, au contraire, le capital initial subsiste, puisqu'il n'a été procédé à aucune réduction dans les formes que la loi prescrit dans l'intérêt des créanciers, et que, d'ailleurs, l'apport n'est pas perdu pour la société, celle-ci se bornant à prélever *sur ses bénéfiques* les sommes nécessaires pour rembourser à l'actionnaire l'équivalent de son apport.

L'inverse peut se produire aussi : il arrive que le capital soit réduit à l'égard des tiers, alors que les actionnaires conservent le droit d'obtenir le remboursement de tout ou partie de leurs apports originaires ; ce cas s'est présenté déjà : voy. Gand, 25 juin 1952, *Rev. prat. soc.*, 1952, p. 280.

Au point de vue du fisc, c'est le capital *inter partes* qui, seul, doit être pris en considération : voy. l'arrêt précité ; bien plus, la réduction du capital demeure parfois sans effet à l'égard du fisc, si elle n'a pas eu pour conséquence un remboursement des apports effectués antérieurement : FEYE, *Droit fiscal des sociétés*, t. II, p. 118.

471. Sanction de l'intangibilité du capital. — Le capital ne constitue une garantie effective pour les créanciers que si la société possède des avoirs réels, un actif net d'une valeur

égale à celle du capital statuaire. Quand l'actif net, par suite de l'évolution défavorable des affaires sociales, n'équivaut plus au capital, on dit que ce dernier est partiellement perdu. La garantie des tiers s'en trouve diminuée, mais il est évidemment impossible de les prémunir contre ce risque.

Il est interdit, en revanche, à la société (ou, plus exactement, aux organes qui agissent en son nom), de faire descendre l'actif net au-dessous du capital par des distributions de dividendes ou par des restitutions au profit des actionnaires : tel est le sens exact de la règle de l'intangibilité du capital. Elle est sanctionnée pénalement : la loi érige en infractions, non seulement la répartition de dividendes non prélevés sur les bénéfices réels (art. 205 ; pour les détails, voy. *infra*, n° 627), mais aussi le rachat des actions ou parts sociales lorsque ces opérations, n'étant pas effectuées avec des bénéfices disponibles, diminuent le capital ou la réserve légale (art. 206). Le fait de consentir des prêts ou avances au moyen de fonds sociaux sur des actions de la société est également punissable (art. 206), même s'il n'entraîne pas une réduction immédiate de l'actif social au-dessous du niveau du capital statuaire ; l'opération est toujours susceptible d'entraîner cette conséquence en cas de défaillance de l'emprunteur, et cette considération a paru suffisante pour ériger en infraction le fait même du prêt sur des actions de la société, lorsque l'avance et la remise en garantie sont simultanées : WAUWERMANS, n° 1186.

Les opérations prévues par l'article 206 peuvent entraîner l'application des sanctions pénales tant aux administrateurs qui y ont pris part qu'aux commissaires qui les auraient sciemment approuvées, et en général à tous ceux qui, grâce aux pouvoirs dont ils disposent, ont pu efficacement porter atteinte à la conservation du capital social : cass., 17 juillet 1899, *Pas.*, 1899, I, 345. Etant illicites, elles sont entachées de nullité absolue, au point de vue civil ; si elles ont été exécutées, les prestations faites devront être restituées : WAUWERMANS, n° 1185.

§ 4. — Représentation de la société anonyme.

472. Principe. — Etant une personne morale, la société anonyme traitera avec les tiers et pourra ester en justice par l'intermédiaire de ses organes, pour autant que leur nomination

ait reçu la publicité requise et qu'ils demeurent dans le cadre de leurs pouvoirs : voy. *supra*, n^{os} 368 et suivants.

Le conseil d'administration est l'organe normalement compétent pour traiter au nom de la société ou exercer ses actions en justice : article 54. Pour les actes de la gestion journalière, la société agira valablement par l'organe de la personne à laquelle cette gestion aura été déléguée en vertu de l'article 63.

473. Clauses particulières des statuts. — La représentation de la société par le conseil d'administration est peu commode, surtout si le nombre des administrateurs est élevé. Aussi est-il souvent prévu, par une clause spéciale des statuts, que la société sera valablement engagée, en dehors des actes de gestion journalière, par la signature donnée par deux administrateurs (ou même par un seul, ou par celles d'un administrateur et d'un directeur), qui ne devront pas justifier d'une délibération préalable du conseil d'administration.

Ces clauses ne donnent pas aux personnes dont les signatures sont prévues, le pouvoir d'agir au nom de la société ; ainsi interprétées, elles seraient sans valeur, puisque les organes sociaux ne peuvent déléguer leurs pouvoirs (voy. *infra*, n^o 583). Elles ne règlent, en réalité, qu'une question de preuve. Les statuts peuvent déterminer comment se prouveront les décisions prises par le conseil d'administration. Ils règlent habituellement la forme des procès-verbaux, et précisent par qui seront signés les extraits ou les copies. Ils peuvent, dans le même ordre d'idées, prescrire que la signature donnée par deux administrateurs, par exemple, constituera la preuve d'une délibération conforme du conseil d'administration. Si cette présomption statutaire n'est pas conforme à la réalité, la société n'en sera pas moins liée à l'égard des tiers, qui se prévaudront de la reconnaissance faite par la société dans ses propres statuts. Mais les administrateurs qui auraient signé sans être couverts par une décision préalable du conseil, seraient responsables, envers la société, de cette faute de gestion.

La clause ne peut être invoquée que par les tiers ; les administrateurs eux-mêmes ne pourraient jamais s'en prévaloir pour prouver un engagement pris par la société envers eux : Bruxelles, 31 mai 1952, *Jur. com. Brux.*, 1952, 245. Si les actes ne portent pas les signatures requises, les tiers devront prouver que l'engagement souscrit au nom de la société a été décidé ou ratifié par le conseil d'administration ; cette preuve sera souvent malaisée : voy. *Rev. trim. dr. comm.*, 1948, 652.

Les clauses selon lesquelles la société sera représentée en justice par le président du conseil ou par l'administrateur-délégué, ont une portée analogue. Si le président ou l'administrateur-délégué déclare agir au nom de la société, il sera présumé le faire en exécution d'une décision du conseil d'administration, comme si ce dernier lui avait donné un mandat spécial.

Mais la personne à laquelle les statuts donnent seulement qualité pour faire les « poursuites et diligences » nécessaires, en cas de procédure judiciaire, n'est pas, comme telle, habilitée à représenter la société; son nom ne doit pas nécessairement se trouver dans les actes de la procédure : Bruxelles, 4 décembre 1948, *Rev. prat. soc.*, 1949, 155; s'il s'y trouve, encore faut-il indiquer, en outre, les noms des personnes ayant qualité pour représenter la société.

474. Indication de la qualité des signataires : article 83.

— Suivant l'article 83, la signature des administrateurs, directeurs-gérants et autres agents doit être précédée ou suivie, dans les actes qui engagent la responsabilité de la société, de l'indication de la qualité en laquelle ils agissent. Mais il va de soi que la société elle-même ne pourrait jamais se prévaloir de l'inobservation de l'article 83 pour prétendre qu'elle n'est pas engagée : WAUWERMANS, n° 765.

Aucune sanction particulière n'est prévue par la loi. Le signataire de la pièce pourra, par application du droit commun, être rendu responsable du préjudice éprouvé par les tiers si les engagements pris au nom de la société sont déclarés inopposables à celle-ci; mais, comme on l'a fait observer, cette responsabilité résulte bien plus du fait d'avoir agi sans pouvoirs, que de l'inobservation de l'article 83 : RESTEAU, t. III, n° 1578. La société elle-même pourrait être rendue responsable en vertu de l'article 1384, § 3, si le signataire était un préposé; il s'agit, en effet, d'un acte illicite commis par le préposé à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, ce qui suffit pour engager la responsabilité du commettant (*contra* : RESTEAU, t. III, n° 1578).

475. Responsabilité spéciale des signataires : article 82.

— Toute personne qui intervient — peu importe en quelle qualité — pour une société dans un acte, est tenue de veiller à ce que les prescriptions de l'article 81 soient respectées. Si le document émane de la société, il doit mentionner : 1° la dénomination sociale, précédée ou suivie des mots « société anonyme », écrits lisiblement et en toutes lettres; 2° l'adresse du siège social. Le capital, s'il est mentionné, doit être celui qui résulte du dernier bilan (voy. *supra*, n° 469).

Ces mentions avertiront les tiers qu'ils traitent avec une société à responsabilité limitée et leur permettront de se renseigner exactement sur la solvabilité de leur cocontractant avant de s'engager définitivement. Si l'article 81 n'est pas observé, les signataires des pièces irrégulières pourront « suivant les circonstances » être déclarés personnellement responsables des engagements qui y sont pris par la société; ils seront traités comme des cautions : RESTEAU, t. III, n° 1585. La sanction ne sera appliquée

que lorsque les circonstances de la cause permettent de penser que le tiers a été réellement victime d'une apparence trompeuse : voy. par exemple Bruxelles, 11 février 1931, *B. J.*, 1931, col. 269.

Pour le cas où le capital indiqué serait supérieur au capital réel, voy. *supra*, n° 469.

§ 5. — *Filiales.*

476. Importance. — Insuffisance de leur régime. — Une société anonyme peut devenir l'actionnaire d'une autre. Lorsqu'elle possède un nombre de titres qui lui donne une influence dominante, la société dont elle est l'actionnaire est sa filiale. Ces participations permettent la constitution de groupements industriels ou financiers importants, ou, au contraire, la décentralisation en départements distincts, d'une entreprise dont l'activité s'est diversifiée (ou s'exerce dans plusieurs pays); la création de sociétés filiales est même parfois obligatoire (pour l'exploitation des concessions accordées au Congo, par exemple). Elles ont donné lieu à des abus d'ordre divers : la filiale, perdant son autonomie, dirigera souvent son exploitation dans le sens le plus favorable à la société principale et au mépris des intérêts de ses autres actionnaires; elle est parfois créée par la société principale dans son seul intérêt, pour soustraire une partie de son actif au contrôle des commissaires et de l'assemblée ou à l'action de ses créanciers; la pratique des participations réciproques, enfin, crée des situations malsaines qui ont été souvent dénoncées (voy. Rapport de la Commission bancaire, 1950-1951, p. 67).

On a proposé de régler législativement les relations des filiales avec les sociétés dont elles dépendent et, notamment, d'imposer l'établissement d'un seul bilan combiné pour toutes les sociétés rattachées au même groupe. Il faudrait tout d'abord déterminer le critère permettant de décider qu'une société est la filiale d'une autre, ce qui est fort difficile. Une participation de 20 % est parfois suffisante, en fait, pour assurer une influence prépondérante, mais ce n'est pas toujours le cas.

CHAPITRE II.

CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

477. Régime actuel. — Depuis la loi de 1873, la constitution d'une société anonyme ne dépend d'aucune autorisation préalable ; elle est abandonnée à la libre initiative des particuliers. Ceux qui décident de procéder à la création d'une société anonyme en sont les fondateurs. Ils sont parfois les seuls membres de la société au moment de sa constitution. Mais ils peuvent faire appel à d'autres personnes, qui donneront leur adhésion en s'engageant à faire certains apports : ce sont les souscripteurs.

La constitution de la société est essentiellement formaliste. Elle tient son existence des actes qui constatent les engagements des fondateurs et des souscripteurs et qui contiennent le texte de ses statuts, pour autant que ces actes soient conformes aux prescriptions légales.

La société peut être constituée suivant deux procédés : a) celui de la constitution par un seul acte : article 31 (voy. ci-après, n° 481) ; b) celui de la constitution « au moyen de souscriptions » : articles 32 et 33. Les fondateurs dressent et publient un projet d'acte constitutif ; ils recueillent les engagements des souscripteurs ; une assemblée générale de ces derniers est ensuite réunie : si la majorité des souscripteurs ne s'y oppose pas, les fondateurs déclarent la société définitivement constituée ; le procès-verbal authentique de cette assemblée est l'« acte constitutif ».

478. Naissance de la société. — Les actes une fois dressés, la société anonyme existe, avec sa personnalité juridique propre, et cinq jours après la publication des actes, elle peut se prévaloir de son existence à l'égard des tiers.

Il suffit, pour que ce résultat soit atteint, que se trouvent exprimés dans les actes la volonté de deux personnes au moins et « tout ce qui est de l'essence du contrat de société » (déclaration d'Eudore Pirmez, GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 22 mai 1886*, Discussion, n° 28).

479. Concordance nécessaire des statuts avec les règles légales. — Les clauses des statuts doivent être compatibles

avec le cadre légal de l'institution. La discordance, si elle existe, ne produira d'ailleurs pas toujours les mêmes conséquences. Lorsque les statuts méconnaissent une prescription légale qui s'impose « nonobstant toute convention contraire » (réglementation du droit de vote, par exemple), on substituera la règle légale à la disposition des statuts qui lui est contraire. Dans les autres cas, la dérogation au régime normal de la société anonyme fera ranger la société dans une autre catégorie, — celle des sociétés en nom collectif, par exemple : tel serait le cas si une clause interdisait la négociation des titres : cf. RIPERT, n° 1117.

SECTION I^{re}. — LES PROCÉDÉS DE CONSTITUTION.

480. Analyse juridique. — La constitution d'une société anonyme ne se réduit pas à la simple conclusion d'un contrat. La création de la société se réalise par l'effet combiné d'une série de déclarations unilatérales de volonté, constatées dans les formes prescrites par la loi. Il ne s'agit pas d'un concours de consentements donnant naissance à un contrat — conception traditionnelle mais inexacte, car les fondateurs et les souscripteurs n'assument aucune obligation les uns envers les autres, et ils ne peuvent conclure une convention avec la société, puisqu'elle n'existe pas encore : RIPERT, nos 927 et 953.

Leurs volontés parallèles, exprimées dans les formes requises, donnent naissance à la société et, en même temps, font naître, en vertu de la loi, des obligations à leur charge, envers la personne juridique qu'ils viennent d'appeler à l'existence : comp. les conclusions remarquables de l'avocat général Faider, *Par.*, 1870, I, p. 60.

Le contrat de société ne se retrouve qu'à l'arrière-plan, en quelque sorte. Il est antérieur à la constitution elle-même, et devient ainsi un simple acte préparatoire ou préalable : c'est l'accord par lequel les fondateurs conviennent de prendre part à la constitution d'une société anonyme, dont les statuts sont établis en projet. La constitution de la société — acte formaliste — sera l'exécution de cette convention préalable. Une fois réalisée, elle absorbe en quelque sorte la convention, dont l'institution nouvelle prend la place. Avant sa réalisation, la convention a d'ailleurs force obligatoire comme telle : Bruxelles, 9 mars 1908, *Rev. prat. soc.*, 1909, 10.

§ 1^{er}. — *Constitution ou fondation directe : article 31.*

481. Comparution des associés devant un notaire. — C'est le procédé le plus simple et le plus fréquemment employé : les premiers associés comparaissent tous devant le notaire, attestent la réalisation des trois conditions de fond imposées par l'article 29 (voy. ci-après, n° 492) et requièrent le notaire de dresser immédiatement et définitivement l'acte constitutif, qui contiendra le texte complet des statuts.

482. Mentions obligatoires dans l'acte. — Pour que les actionnaires présents et futurs, ainsi que les créanciers, soient renseignés sur la valeur réelle des apports en nature et sur l'importance des avantages attribués aux fondateurs, l'article 30 (modifié en 1913) impose l'insertion dans l'acte de certaines mentions spéciales. Ce sont essentiellement : 1° la spécification de chaque apport en nature, les conditions auxquelles il est fait (nombre et nature des titres attribués) et le nom de l'apporteur ; 2° diverses indications relatives aux apports immobiliers (inscriptions hypothécaires, mutations au cours des cinq années précédentes et leurs conditions) ou en option : article 30, 2° à 4° ; 3° la cause et la consistance des avantages particuliers attribués à chacun des fondateurs, et dont sont exclus les autres actionnaires : attribution de parts de fondateur, ou d'une situation de directeur, par exemple. L'acte doit aussi contenir une estimation des frais de constitution : article 30, 6°.

L'omission de ces mentions constitue une infraction punissable : articles 201, 3°, et 204, 3°.

483. Comparution par mandataire. — Les comparants peuvent se faire représenter par des mandataires, porteurs de procurations écrites (cass., 20 mai 1897, *Pas.*, 1897, I, 194), mais qui peuvent être sous seing privé (art. 31 ; le mandat ne doit être authentique que si le mandant fait lui-même un apport immobilier) ; elles doivent mentionner, comme l'acte constitutif lui-même, et sous les mêmes sanctions, les énonciations prévues par l'article 30.

§ 2. — *Constitution par souscriptions : articles 32 et 33.*

484. Rareté de son emploi. — Ce procédé est rarement suivi dans la pratique ; il vaut mieux ne passer l'acte constitutif qu'après avoir réuni les capitalistes disposés à souscrire intégralement le capital social, — plutôt que de courir les aléas d'une souscription publique qui pourrait être déficitaire et rendre la constitution impossible. Mais il est souvent recouru aux souscriptions pour les augmentations de capital, que l'article 34 soumet aux mêmes formalités et conditions que la constitution de la société. Le procédé comporte trois stades : voy. ci-après.

485. Premier stade : l'acte projet (art. 32, al. 2). — N'ayant pas eux-mêmes les capitaux suffisants, ou ne désirant pas les engager seuls, les fondateurs de la société adressent un appel au public. Ils font dresser en la forme authentique, et publient à titre de *projet*, un écrit contenant les statuts de la société dont la création est envisagée. Ils comptent que des tiers répondront à leur appel en signant d'abord des actes privés de souscription, et en décidant ensuite, en une assemblée générale qui aura lieu dans les trois mois, la constitution définitive de la société.

L'acte projet doit contenir, outre les clauses du pacte social, toutes les mentions prévues par l'article 30. En le signant, les fondateurs s'obligent irrévocablement à participer à la constitution de la société et à lui faire les apports promis par chacun d'eux, — mais sous la condition que les souscripteurs décident ultérieurement la constitution définitive.

486. Deuxième stade : les souscriptions. — Ceux qui désirent prendre part à la constitution de la société, exprimeront leur intention en signant et en remettant aux auteurs de l'acte projet, des bulletins de souscription. Ce sont des écrits privés ; ils doivent être faits en double ; ils comportent l'engagement irrévocable de faire l'apport promis, pour autant que l'assemblée des souscripteurs décide la constitution de la société.

487. Mentions obligatoires. — Pour éviter que les souscripteurs ne s'engagent à la légère, la loi exige que les souscriptions contiennent toute une série de mentions prescrites par l'article 32 : notamment, la convocation à l'assemblée des souscripteurs (dont la date sera indiquée), et l'engagement, par le souscripteur, s'il ne verse pas immédiatement pour chaque action le cinquième au moins du montant de la souscription, d'effectuer ce versement au plus tard lors de la constitution définitive de la société. Les mentions prescrites par l'article 30 dans l'acte constitutif doivent également se trouver dans les souscriptions.

Les indications qui doivent se trouver portées dans les souscriptions doivent aussi figurer dans toutes les circulaires, dans tous les prospectus répandus dans le public à l'occasion de la constitution de la société, ainsi que dans les affiches et les insertions dans les journaux : article 32, alinéa dernier.

488. Sanction. — Si les souscriptions ne sont pas faites en double, ne contiennent pas toutes les mentions requises, ou si ces mentions sont inexacts, la souscription est nulle. Seul le souscripteur peut invoquer cette nullité, et il ne pourrait l'opposer aux tiers s'il ne s'en était pas prévalu avant la constitution définitive de la société : RESTEAU, t. I^{er}, n^{os} 401 à 407.

L'omission de ces énonciations dans les pièces où elles doivent se trouver est une infraction prévue par les articles 201 et 204.

489. Troisième stade : l'assemblée constitutive (art. 33).

— Au jour indiqué sur les bulletins de souscription, tous les fondateurs et les souscripteurs qui le désirent comparaissent, soit personnellement, soit par mandataires munis de procurations écrites, devant un notaire, pour constituer définitivement la société.

Les fondateurs justifient avec pièces à l'appui de l'accomplissement des conditions de fond exigées par l'article 29. Si le capital annoncé n'était pas intégralement souscrit, la société ne pourrait être constituée, à moins que l'acte projet n'ait expressément prévu cette éventualité : FREDERICQ, t. IV, p. 494. Si les souscriptions recueillies dépassent le capital annoncé, il faudra les réduire proportionnellement : FREDERICQ, t. IV, p. 492. Il est préférable de régler cette question dans les conditions de la souscription.

Chaque comparant peut présenter ses observations, et l'on passe ensuite au vote sur le point de savoir si la société doit être fondée. Chaque souscripteur dispose d'une seule voix, quelle que soit l'importance de son apport. Les fondateurs sont exclus du vote, parce qu'ils sont présumés avoir un intérêt personnel prédominant à la constitution de la société : article 33, alinéa 2.

Si la majorité des souscripteurs présents ne s'oppose pas à la constitution, les fondateurs doivent déclarer la société définitivement constituée. Les fondateurs et les souscripteurs, y compris les absents, sont définitivement obligés, et le notaire rédige le procès-verbal authentique de l'assemblée, qui sera l'acte constitutif. Il doit contenir la liste des souscripteurs et l'état des versements faits : article 33. Pour le surplus, le notaire peut se référer à l'acte projet, dont les dispositions ne peuvent être modifiées par l'assemblée ; celle-ci pourrait cependant prendre acte de la renonciation à certains avantages particuliers que l'acte projet prévoyait.

§ 3. — *Règles spéciales applicables aux mandataires et aux porte-fort.*

490. But de ces règles. — Pour se réserver le moyen de sortir de la société si les affaires tournent mal, sans encourir de responsabilité personnelle, des lanceurs d'affaires peu scrupuleux avaient imaginé de participer à la fondation de la société « pour un groupe » anonyme. Ils pouvaient ainsi se retirer de l'affaire et mettre à leur place des gens insolubles, pour lesquels ils déclaraient avoir agi.

La Cour de cassation ayant dû reconnaître que les comparants à l'acte constitutif pouvaient valablement déclarer se porter fort pour des tiers non désignés, l'intervention du législateur était indispensable. La loi de 1913 (art. 35, alinéa dernier) soumet à un régime spécial ceux qui souscrivent des actions pour des tiers, selon qu'ils se présentent comme mandataires réguliers, en se portant fort pour des personnes nommément désignées, ou en se portant fort pour des tiers dont le nom n'est pas révélé.

491. Les trois catégories légales. — 1^o Les mandataires n'encourent aucune responsabilité si leur mandat est valable et s'ils n'outrepassent pas leurs pouvoirs. Si le mandat est irrégulier ou inexistant, ou s'ils sont sortis des limites de ce mandat, les mandataires se trouvent dans la même situation que s'ils s'étaient portés fort pour des tiers non désignés.

2^o Ceux qui se portent fort pour des tiers désignés ne sont guère suspects : ce sont en général des mandataires irrégulièrement constitués, munis par exemple de procurations venues de l'étranger et non encore revêtues des formes nécessaires.

Ils peuvent donc disposer d'un délai assez long pour établir, par toutes voies de droit, la ratification des tiers : ce n'est qu'après deux mois qu'ils seront personnellement engagés si les ratifications n'ont pas encore été obtenues à ce moment.

3^o Ceux qui se portent fort pour des personnes non désignées suscitent la méfiance. Aussi la loi les déclare personnellement tenus des engagements contractés si, *dans les quinze jours*, ils n'ont pas obtenu la ratification de ceux pour lesquels ils ont agi. Ils n'ont donc plus le loisir de prendre parti d'après la tournure des affaires sociales.

Toute ratification ultérieure serait inefficace ; il ne reste au porte-fort d'autre ressource, en pareil cas, que de céder ses actions à celui pour lequel il déclare avoir agi : comm. Bruxelles, 5 mai 1947, *Rev. prat. soc.*, 1947, 339.

SECTION II. — LES CONDITIONS DE FOND LÉGALEMENT REQUISES : ARTICLE 29.

492. Régime actuel. — Suivant l'article 29, la constitution d'une société anonyme « requiert » qu'il y ait sept associés au moins, que le capital soit intégralement souscrit et que chaque

action soit libérée d'un cinquième au moins par un versement en numéraire ou par un apport effectif. Ces trois conditions sont d'ordre public; toute clause contraire serait réputée non écrite.

Mais, depuis la loi de 1886, l'inobservation de cette prescription légale n'empêche pas la société d'exister, et ne permet jamais d'en poursuivre la nullité. Elle entraîne seulement la responsabilité spéciale des fondateurs : voy. ci-après, n° 500. En réalité, si les conditions prescrites par l'article 29 doivent être remplies, c'est seulement pour que les fondateurs bénéficient intégralement des avantages que comporte le régime normal de la société anonyme (limitation de leurs engagements au montant de leurs apports).

493. Première condition : sept associés au moins. — Les sept associés peuvent être des personnes morales ou des personnes physiques. Le mari et la femme ne comptent que pour un seul associé si les titres souscrits tombent en communauté : WAUWERMANS, n° 77.

Le législateur a voulu empêcher, s'inspirant en cela des législations étrangères, que la forme de la société anonyme fût usurpée par de petites entreprises dans l'unique but de faire échapper leurs propriétaires à la responsabilité solidaire et illimitée du droit commun.

Le remède est à la fois peu adéquat et peu efficace. Peu adéquat, car si la société anonyme doit être réservée aux affaires présentant une certaine envergure, il fallait imposer un capital minimum plutôt qu'un nombre minimum d'associés. Peu efficace, car, en pratique, la prescription légale est aisément violée par l'intervention d'hommes de paille : ceux-ci s'engagent à céder immédiatement après la constitution les actions qui leur ont été attribuées aux associés réellement intéressés, ou reconnaissent, par une contre-lettre, les détenir pour leur compte.

Le législateur a tenté de déjouer cette fraude en prescrivant que la dissolution sera prononcée sur la demande de tout intéressé, lorsque six mois se seront écoulés depuis l'époque où le nombre des associés a été réduit à moins de sept (art. 104). Mais il est bien difficile de faire la preuve requise.

494. Deuxième condition : souscription du capital. — Le capital est intégralement souscrit, lorsque les associés se sont obligés à effectuer des apports — en argent ou en nature — d'une valeur égale à celle du capital; on dit aussi que les actions

qui « représentent » le capital et qui seront remises aux associés en contrepartie des apports promis, sont intégralement souscrites.

Il est donc impossible d'émettre des actions au-dessous du pair, c'est-à-dire pour un prix inférieur à leur valeur nominale, ni d'émettre les actions représentatives du capital en séries successives.

Cette condition est destinée à empêcher la constitution de sociétés fantômes qui, d'après leurs statuts, sembleraient devoir disposer de ressources considérables, mais seraient en réalité dans l'impossibilité de se les procurer, faute d'engagement ferme pris envers elles par leurs associés. Le capital devant être intégralement souscrit, les tiers sont assurés que la société peut compter sur le capital qu'elle annonce et qui forme leur seule garantie.

495. Conditions de validité de la souscription. — Les deux premières concernent toutes les souscriptions; la troisième est particulière aux apports en nature.

1^o La souscription doit être ferme : l'engagement d'effectuer l'apport promis doit être pur et simple ; il ne peut être subordonné à une condition suspensive ou assorti d'une faculté de dédit.

2^o Elle doit être exempte de tout vice du consentement et faite par une personne capable. Sur les conséquences de pareil vice, ou de l'incapacité du souscripteur, voy. *infra*, n^o 502.

3^o Les apports en nature doivent être effectifs, c'est-à-dire exister et avoir une valeur appréciable en argent. Serait un apport fictif ou illusoire celui d'un brevet d'invention périmé, d'une concession minière épuisée, d'un immeuble hypothéqué pour une somme supérieure à sa valeur. En pareil cas, la portion du capital représentée par les actions attribuées à l'apporteur ne pourrait être considérée comme intégralement souscrite. Si l'apport portait sur une chose considérée par les parties comme indispensable à la réalisation de l'objet social, son inexistence entraînerait même la nullité de la société elle-même pour impossibilité de l'objet.

Au point de vue pénal, le fait de présenter mensongèrement comme effectif dans l'acte constitutif de la société un apport que l'on sait illusoire, constitue un faux punissable : cass., 23 octobre 1905 (Defays) et 10 avril 1906 (Hutt), *Pas.*, 1906, I, 31 et 193.

L'apport fictif ou sans valeur ne doit pas être confondu avec l'apport dont la valeur est *exagérée*. L'évaluation de l'apport par son auteur, si elle

a été acceptée par les autres fondateurs de la société, est valable, et lie tous les actionnaires ainsi que la société ; elle ne peut entraîner de sanction pénale, si elle a été faite loyalement et sans fraude, même si elle est erronée : cass., 23 octobre 1905 (Defays), précité. La simple exagération ne produit donc par elle-même aucune conséquence juridique.

Mais s'il est prouvé que des artifices ont été employés par l'un des fondateurs pour faire accepter par les autres une évaluation exagérée, et si ce dol a été déterminant, l'annulation des souscriptions pourra être obtenue. Pour les conséquences qui en résulteraient, voy. ci-après, n° 502.

Au point de vue pénal, l'attribution d'une valeur exagérée peut, si elle a eu lieu dans les conditions de l'article 496 du Code pénal, constituer le délit d'escroquerie. La cour de cassation considère même que sont coupables de faux les fondateurs d'une société anonyme qui ont exagéré frauduleusement, dans l'acte constitutif, la valeur d'apports en nature qui, à leur connaissance, existaient mais n'avaient qu'une valeur réduite : cass., 23 octobre 1905 (Defays), précité ; étude P. LECLERCQ, *Rev. dr. belge*, t. III, p. 357.

496. Souscriptions simulées ou non sérieuses. — Il arrive qu'un souscripteur n'intervienne que par complaisance, sans avoir réellement l'intention ni les moyens d'exécuter l'engagement qu'il prend. Peut-on en conclure que le capital n'est pas intégralement souscrit ? Au point de vue pénal, certainement, et ceux qui, en pareil cas, affirment frauduleusement dans l'acte constitutif que les actions représentant le capital sont intégralement souscrites, commettent un faux intellectuel punissable : cass., 4 décembre 1905 et 10 avril 1906, *Pas.*, 1906, I, 50 et 193 ; Bruxelles, 28 avril 1938, *Pas.*, 1938, II, 91.

Mais la situation est différente pour l'application du droit des sociétés. Si la souscription était un contrat, l'on devrait appliquer les règles relatives à la simulation (voy. *supra*, n° 319) : le souscripteur ne pourrait jamais opposer aux tiers le caractère fictif de sa souscription, tandis que les tiers pourraient toujours « faire tomber » l'acte non sincère ; ils y auraient intérêt si le souscripteur était insolvable, pour faire jouer la responsabilité des fondateurs (voy. ci-après, n° 502). Mais la souscription est un acte unilatéral générateur d'obligations ; or, les règles de la simulation ne peuvent trouver d'application aux actes unilatéraux, car, en pareil cas, la simulation se confond avec la simple réserve mentale, qui ne saurait produire aucun effet juridique : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, nos 244 à 246. Dès lors, la société et les tiers, comme le souscripteur lui-même, sont obligés de s'en tenir à la déclaration de volonté qui constituait

par elle-même un acte valable et irrévocable. Le souscripteur pourra donc être poursuivi en paiement (comm. Bruxelles, 18 octobre 1928, *Jur. com. Brux.*, 1928, 406; *id.*, 18 juin 1933, *B. J.*, 1934, col. 280, confirmé par Bruxelles, 5 avril 1939, *Rev. prat. soc.*, 1948, 22), — sans que d'ailleurs sa condamnation empêche les poursuites du chef de faux (cass., 4 décembre 1905, précité; de même la condamnation pour faux ne fait pas obstacle à la condamnation du souscripteur à l'exécution de son engagement déclaré : comm. Bruxelles, 18 juin 1933, précité). Les fondateurs ne seront pas tenus de suppléer à sa défaillance (1) : comm. Bruxelles, 30 septembre 1937, *Rev. prat. soc.*, 1940-1946, 367; civ. Bruxelles, 11 octobre 1950, *Rev. prat. soc.*, 1951, 95.

La situation serait différente si toutes les souscriptions, sauf une, étaient fictives; il en résulterait qu'il n'y avait aucun contrat de société, et tout intéressé pourrait faire constater cette situation : cass. fr., civ., 11 avril 1927, *D. P.*, 1929, 1, 25, et note PIC; voy. *supra*, n° 321.

La simulation de souscriptions, comme la publication de souscriptions inexistantes, constituent des escroqueries lorsqu'elles ont eu lieu pour provoquer des souscriptions, des versements ou des achats de titres : article 202.

497. Troisième condition : libération de chaque action à concurrence d'un cinquième. — La libération, c'est l'exécution de l'engagement pris par le souscripteur. La loi s'est montrée sur ce point de plus en plus rigoureuse : après s'être contenté du versement d'un vingtième du capital, le législateur a prescrit, en 1886, que chaque action serait libérée d'un dixième au moins; en 1913, le montant du versement initial a été porté au cinquième. L'on veut à la fois assurer à la société les fonds indispensables et protéger contre leur imprudence les souscripteurs imprévoyants. Par ailleurs, le versement minimum du cinquième assure aux tiers une garantie effective dès la création de la société.

La libération doit se faire « par un versement en numéraire ou par un apport effectif ». Pour le caractère effectif de l'apport en nature, voyez ci-dessus, n° 495. Le versement en numéraire doit se faire en espèces, ou par la voie d'une compensation légale, puisque celle-ci équivaut à un

(1) Nous ne croyons donc pas devoir maintenir l'opinion que nous avions exprimée précédemment à ce sujet : « Examen de jurisprudence », *Rev. crit. jur. belge*, 1951, p. 138 et 139. L'article 35, dans sa rédaction actuelle, ne protège pas les tiers contre les souscriptions fictives : FREDERICQ, t. IV, p. 462; mais en cas de faute, les fondateurs pourraient toujours être rendus responsables en vertu de l'article 1382 du Code civil : voy. *infra*, n° 505.

double paiement. On peut y assimiler la remise de titres de paiement faisant habituellement office de monnaie et dûment provisionnés : chèques, bulletins de virement : WAUWERMANS, n° 86. Ni la remise d'autres effets de commerce, ni une inscription en compte courant ne constituent une libération effective : voy. FREDERICQ, t. IV, n° 288.

Les administrateurs et les commissaires qui font des versements sur les actions aux frais de la société, ou qui admettent comme faits des versements qui ne sont pas effectués réellement de la manière et aux époques prescrites, encourent les peines prévues par l'article 206.

SECTION III. — SANCTIONS DE LA CONSTITUTION IRRÉGULIÈRE.

§ 1^{er}. — *Principes généraux.*

498. Cas de nullité. — Les vices de forme entraînent la nullité, dans les conditions que nous avons étudiées précédemment. La nullité n'est encourue que s'il n'y a point d'acte authentique, ou si les actes constitutifs sont entachés d'irrégularités qui leur font perdre la qualité d'actes authentiques, ou s'ils ne contiennent pas « tout ce qui est de l'essence du contrat de société » (déclaration Pirmez, voy. *supra*, n° 478).

En revanche, l'absence des mentions prescrites par les articles 30, 32 et 34 n'entraîne pas la nullité de la société. Si, d'autre part, l'acte constitutif ne constate pas l'accomplissement des trois conditions de fond prescrites par l'article 29, la société ne pourra pas non plus être annulée, mais les conditions de fond seront réputées ne pas exister et la responsabilité des fondateurs demeurera engagée jusqu'à ce que la constatation soit faite dans la forme requise : déclaration Pirmez, au cours de la discussion à la Chambre, GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi de 1886*, t. III, nos 28 et 31.

499. Nature juridique de la responsabilité des fondateurs. — Pour le surplus, c'est la responsabilité des fondateurs, organisée par l'article 35, qui constitue la sanction essentielle — depuis que la loi du 22 mai 1886 a supprimé la nullité pour absence des conditions spéciales requises par l'article 29.

Les dispositions de l'article 35 sont d'ordre public ; les obligations qu'elles imposent aux fondateurs ne peuvent donc être écartées par aucune clause particulière. Elles leur incombent solidairement, et envers tous les « intéressés », ce qui comprend à la fois les tiers et les autres actionnaires.

La « responsabilité » des fondateurs est un ensemble de règles assez complexe. Les cas prévus par l'article 35 peuvent être rangés en deux catégories :

a) Les fondateurs sont tenus de réparer le préjudice qui a été la suite immédiate et directe de diverses irrégularités de forme. Il s'agit d'une véritable responsabilité légale, qui s'ajoute à celle du droit commun, est susceptible d'être engagée à l'égard de toute personne qui a souffert un dommage, et est soumise aux règles ordinaires de la responsabilité extra-contractuelle, sous réserve de la solidarité que l'article 35 impose dans tous les cas. En général, l'existence même de l'irrégularité relevée constituera la preuve de la faute commise par les fondateurs. Si — chose exceptionnelle — il leur avait été impossible de respecter la loi, leur responsabilité disparaîtrait : voy. pour le cas des mutations et des charges hypothécaires d'immeubles situés à l'étranger : RESTEAU, *Commentaire législatif*, t. II, A, n^o 11, p. 17.

b) Dans les autres cas, il ne s'agit pas d'une responsabilité proprement dite, c'est-à-dire de l'obligation de réparer un préjudice, mais d'une sorte de sûreté compensatoire que la loi institue au profit des tiers et à charge des fondateurs, sous la forme d'une obligation personnelle qu'elle leur impose, notamment lorsque les conditions de fond prévues par l'article 29 ne sont pas remplies. L'action des tiers, en pareil cas, ne sera donc jamais soumise à la prescription de l'action publique : comm. Bruxelles, 14 mars 1931, *jur. com. Brux.*, 1931, 115 (cas d'un acte constitutif constatant faussement la libération effective des actions).

§ 2. — La responsabilité des fondateurs.

500. Personnes qui ont la qualité de fondateur. — Quand la société est constituée en une seule fois, sont réputés fondateurs tous ceux qui ont comparu à l'acte constitutif, soit par eux-mêmes, soit par un porteur de procuration. Certains d'entre eux peuvent cependant échapper à cette qualification et aux responsabilités qu'elle entraîne à la condition de ne souscrire que des actions payables en numéraire et de ne recevoir, lors de la constitution, ni directement, ni indirectement, aucun avantage particulier — pour autant, d'autre part, que les autres comparants soient désignés comme fondateurs par les actes constitutifs, et qu'ils apportent ensemble au moins le tiers du capital social : article 31.

Si la société est constituée par souscriptions, sont réputés fondateurs tous ceux qui ont comparu à l'acte projet. La loi n'admet en ce cas aucune exception : article 32, alinéa 2.

501. Cas de responsabilité proprement dite. — Les fondateurs sont responsables de la régularité et de la validité de la constitution. Ils sont tenus à l'égard de tous intéressés, de réparer le dommage qui est une suite immédiate et directe, soit de la nullité de la société pour absence ou irrégularité de l'acte constitutif, soit de l'omission ou de la fausseté des énonciations prescrites par les articles 30, 32 et 34, dans l'acte, dans le projet d'acte et dans les souscriptions : article 35, 4°. L'omission des mentions obligatoires dans les procurations n'est pas sanctionnée civilement : FREDERICQ, t. IV, n° 304.

502. Obligations personnelles imposées par la loi aux fondateurs. — Ils sont tenus de tous les engagements pris au nom de la société, jusqu'à ce que celle-ci ait sept membres au moins : aussi longtemps que cette condition n'est pas remplie, les fondateurs sont soumis, à l'égard des tiers, au même régime que des associés commandités : article 35, 1°.

Ils sont tenus aussi de toute la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite ; ils en sont de plein droit réputés souscripteurs : article 35, 2°. Le cas envisagé est celui de souscriptions déclarées publiquement, mais qui n'existeraient pas : GUILLERY, *Commentaire législatif*, p. 3, n° 14. On doit y ajouter celui des souscriptions annulées pour vice du consentement ou pour inobservation des formes de l'article 32. Mais les fondateurs ne sont pas garants de la solvabilité des souscripteurs : GUILLERY, *loc. cit.* Ils ne sont pas tenus non plus si les souscripteurs apparents n'avaient pas entendu sérieusement s'obliger : voy. *supra*, n° 496.

Ils sont tenus personnellement de la libération effective des actions jusqu'à concurrence d'un cinquième (art. 35, 3°), des engagements pris par les incapables au lieu et place de ceux-ci (art. 35, 5°), et, enfin, des engagements pris par les mandataires et les porte-fort, quand il n'y a pas mandat valable, ou que les promesses n'ont pas été ratifiées dans les délais prescrits par la loi (art. 35, avant-dernier alinéa).

503. Effets de la responsabilité des fondateurs. — Il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'une fraude, ni même

d'une faute personnelle des fondateurs ; ils sont obligés comme tels, dès que les conditions prévues par l'article 35 se trouvent réalisées. C'est au demandeur qu'incombe la preuve sur ce point, mais il n'est pas lié par les mentions de l'acte constitutif ; celles-ci n'établissent, notamment, l'accomplissement des conditions de fond de l'article 29 que jusqu'à preuve du contraire par tous moyens de droit : cass., 18 mai 1914, *Pas.*, 1914, I, 223.

Entre les fondateurs, les obligations imposées par l'article 35 se divisent : la contribution de chacun s'établira selon la mesure dans laquelle lui est imputable la situation irrégulière qui a entraîné la responsabilité solidaire des fondateurs ; si ce critère fait défaut, la répartition se fera par parts viriles. Les fondateurs pourraient, d'autre part, exercer un recours contre la société, contre les actionnaires ou contre les mandataires et porte-fort, lorsque le payement qu'ils ont dû faire a eu lieu à leur décharge.

504. Compétence et prescription. — Les actions fondées sur l'article 35 sont de la compétence des tribunaux de commerce, lorsque le litige existe entre fondateurs et actionnaires : cass., 10 janvier 1929, *Pas.*, 1929, I, 55. La question est cependant controversée : FREDERICQ, t. IV, p. 503. Ces actions échappent à la prescription spéciale de l'article 194 ; elles se prescrivent par trente ans : voy. *infra*, n° 636.

505. Responsabilité du droit commun. — L'article 35 n'apporte, d'autre part, aucune restriction au domaine d'application ordinaire des articles 1382 et suivants du Code civil : les fautes commises par les fondateurs, en dehors des situations particulières prévues par l'article 35, engageront donc leur responsabilité envers toute personne à laquelle elles auraient causé injustement un dommage : cass., 10 janvier 1929, précité ; Bruxelles, 3 juillet 1907, *Rev. prat. soc.*, 1907, 268.

CHAPITRE III.

LES TITRES ÉMIS PAR LES SOCIÉTÉS ANONYMES.

SECTION I^{re}. — RÈGLES GÉNÉRALES.**506. Actions. — Parts bénéficiaires. — Obligations. —**

La société anonyme est une institution, un mécanisme juridique, destiné à faire produire des bénéfices. Les résultats de son activité concernent trois groupes d'intéressés, dont les droits envers la société sont constatés par des titres négociables, et qui, normalement, sont organisés en *masses*, dans lesquelles la majorité fait la loi :

1^o Les *actionnaires* proprement dits, dont les titres ont pour origine un apport entré dans la composition du capital initial de la société. Ce sont les véritables associés ; comme tels, ils ont la faculté de participer à l'administration de la société en exerçant leur droit de vote dans l'assemblée générale, et il ne serait pas permis de les priver de cette prérogative.

2^o Les *porteurs de parts bénéficiaires*, — titres que, sous diverses dénominations, la pratique a imaginés dans des buts variés. Leur caractéristique commune est qu'ils ne sont jamais attribués en échange d'un apport entré dans la composition du capital social. Les porteurs de parts bénéficiaires ne sont donc pas des associés, au sens de la doctrine classique. Mais il serait contraire à la réalité des choses, et peu juridique, de les considérer comme de simples créanciers de la *personae morale* (RIPERT, n^o 1229). Les parts bénéficiaires sont une pièce importante du mécanisme juridique que constitue la société anonyme ; leurs porteurs ont dans la société un droit d'une nature particulière, qui ressemble d'ailleurs à un droit d'associé, surtout lorsque les statuts leur attribuent le droit de vote.

3^o Les *porteurs d'obligations*, créanciers en principe, mais dont les droits, en raison de la nature et de l'origine de leur créance, sont intimement liés à la marche des affaires sociales. Créanciers d'un prêt collectif dont le montant est représenté par des titres

négociables, ils forment une « masse agrégée à la société » (RIPERT, n^o 1261). La contribution apportée par eux aux fonds dont dispose la société, permet de comprendre qu'ils aient des droits dans cette dernière. Leurs intérêts sont étroitement liés au sort de la société, sans qu'ils soient cependant des associés au sens traditionnel du terme. Comp. note D. B., sous Paris, 11 juillet 1951, *Sem. jur.*, 1951, f., 6560.

Les porteurs de ces titres ont tous des droits *dans* la société. Ils ont parfois, en outre, des droits de créance *contre* elle. Ces droits de créance sont même prédominants dans le cas des obligataires.

507. Incorporation des droits dans des titres nominatifs ou au porteur. — Droits dans la société et droits de créance sont en quelque sorte incorporés dans les actions, les parts et les obligations qui en sont le titre juridique. La propriété des titres suffit pour permettre l'exercice des droits qui y sont attachés ; la perte de cette propriété rend au contraire cet exercice impossible.

Les titres peuvent être créés au porteur ou sous la forme nominative ; la création de titres à ordre n'est pas prévue par la loi, mais semble théoriquement possible (FREDERICQ, t. IV, n^o 340 ; RIPERT, n^o 1037).

Lorsque le titre est au porteur, il est soumis, en principe, au régime des meubles corporels : il suffit d'en avoir la possession régulière, pour en être réputé propriétaire. Si le titre est sous la forme nominative, celui qui veut s'en prévaloir devra établir son identité et prouver que le titre est immatriculé sous son nom dans le registre des titres nominatifs (voy. *infra*, t. II).

Seuls les actionnaires peuvent prendre connaissance des mentions inscrites dans le registre des actions nominatives. Les créanciers n'ont pas ce droit : RESTEAU, t. I^{er}, n^o 619 ; WAUWERMANS, n^o 206 ; GUILLERY, *Commentaire législatif*, t. III, n^o 519 ; RESTEAU, *Commentaire législatif*, t. III, article 42.

508. Indivisibilité des titres. — Les titres sont indivisibles, en ce sens que les droits qui y sont incorporés ne peuvent être fragmentés entre plusieurs titulaires. Cette fragmentation, si elle était possible, compliquerait et risquerait même de fausser le fonctionnement normal de la société, qui implique un nombre fixe de titres et de voix. La règle tient donc à la nature même de la société anonyme.

L'indivisibilité des titres à l'égard de la société permet à celle-ci d'ignorer les démembrements de la propriété ou l'indivision du titre entre plusieurs copropriétaires. Les statuts précisent généralement les conséquences qui s'ensuivent.

Si il y a plusieurs propriétaires, la société a le droit de suspendre l'exercice des droits y afférents, jusqu'à ce qu'une seule personne soit désignée comme étant, à son égard, propriétaire de l'action. La solution est prévue expressément par la loi à propos des actions nominatives (art. 43, alinéa dernier); elle doit être étendue aux obligations (art. 89, alinéa dernier). Elle s'impose également, par identité de motifs, si les titres sont au porteur et que plusieurs personnes en aient simultanément la possession (titres appartenant à des cohéritiers et déposés en banque, par exemple).

Si le titre est grevé d'un usufruit, on appliquera les mêmes règles (FREDERICQ, t. IV, n° 350), faute de quoi la société se trouverait devant des difficultés insurmontables (voy. par exemple en France : RIPERT, n° 1031 et 1604).

509. Division en coupures. — Groupement en titres collectifs.

— L'indivisibilité des droits incorporés dans le titre n'empêche pas que le titre lui-même puisse être matériellement divisé, ce qui facilitera sa négociation si sa valeur boursière est devenue très élevée. Les sociétés divisent parfois leurs titres en « coupures » (dixièmes ou centièmes, par exemple), comme le prévoit l'article 41; mais il s'agit d'une division purement matérielle; aussi, pour pouvoir exercer des droits attachés à une action, faudra-t-il réunir un nombre de coupures suffisant pour reconstituer une action entière (art. 41), sauf pour les délibérations spéciales prévues par l'article 71.

Le porteur de plusieurs titres peut, d'autre part, réaliser à ses frais l'opération inverse, en échangeant ses titres contre un ou plusieurs titres collectifs au porteur, représentatifs d'actions dont les numéros se suivent. Le titre collectif est toujours échangeable contre les titres unitaires qu'il représente. Cette faculté, introduite à l'article 41 par la loi du 7 juin 1949, serait évidemment sans intérêt pratique si les titres étaient nominatifs.

La division des obligations en coupures et leur groupement en titres collectifs ne sont pas prévus par la loi. Les conditions de l'emprunt obligataire pourraient néanmoins en prévoir la possibilité.

510. Acquisition par une société de titres émis par elle-même. — 1° Une société anonyme ne peut acquérir ses propres actions que dans des conditions strictement limitées (soit à la suite d'une réduction régulière du capital : *infra*, n° 842; soit au moyen des bénéfices, pour autant que les statuts l'autorisent et à charge de respecter l'égalité des actionnaires : voy. *infra*, n° 706).

Devenue propriétaire des titres, peut-elle les conserver et les revendre? Pour l'admettre, on a fait valoir que les droits constatés par les titres ne se trouvaient pas éteints par confusion — ce qui est

exact, puisque ces droits ne sont pas de simples créances (voyez *infra*, n^o 512). Mais il est inconcevable qu'une société se trouve, vis-à-vis d'elle-même, dans la situation d'un actionnaire. L'acquisition des actions par la société ne peut, dès lors, s'analyser en un simple achat, substituant un actionnaire à un autre. Le « prix » qu'elle paye au dernier propriétaire des titres constitue en réalité la restitution anticipée et forfaitaire de la valeur d'apport en échange de laquelle les titres avaient été attribués lors de leur création. Ce remboursement emporte l'extinction des droits sociaux incorporés dans les titres, la cause juridique de ces droits ayant désormais disparu. En d'autres termes, l'acquisition entraîne nécessairement l'annulation des titres cédés à la société, et non pas seulement leur paralysie (en ce sens, cependant : RIPERT, n^o 1032). Les titres rachetés ne pourront plus être comptés pour le calcul des voix émises dans les assemblées, ni pour la répartition des bénéfices annuels. S'ils l'étaient, les décisions prises et les répartitions faites pourraient donner lieu à une action en nullité par tout actionnaire qui y aurait intérêt. En remettant les actions en circulation, la société procéderait à une émission de titres réalisée sans respecter les règles légales.

Ces opérations sont incontestablement malsaines (voy. FREDERICO, t. V n^o 536); elles demeurent souvent secrètes, la société pouvant facilement, en pratique, revendre les actions au porteur qu'elle détient; elles permettent aussi des répartitions occultes entre les actionnaires. Mieux vaudrait les interdire, ou, tout au moins, imposer l'annulation effective des titres rachetés, ce qui entraînera normalement une modification des dispositions statutaires qui organisent la représentation du capital.

2^o L'acquisition, par une société, d'obligations émises par elle, soulève moins de difficultés. L'opération est avantageuse, si les obligations sont cotées au-dessous du pair. Les droits incorporés aux titres sont principalement, cette fois, des droits de créance, qui s'éteignent par confusion dès que les qualités de créancier et de débiteur se réunissent en la même personne. Mais la confusion, en dépit des termes de l'article 1300 du Code civil, n'est qu'un simple obstacle à l'exécution de l'obligation (DE PAGE, t. III, n^o 694, et les références citées); elle n'a pas nécessairement un effet définitif, lorsqu'il s'agit d'une créance incorporée dans un titre négociable (RIPERT, n^o 1298). La loi elle-même le reconnaît pour la lettre de change : article 28 de la loi du 20 mai 1872; et cette disposition a été considérée comme répondant à une

nécessité générale en matière d'effets de commerce : cf. Rapport Dupont à la Chambre, NYSSENS et DE BAETS, *Commentaire*, t. II, p. 27 et 28. La société peut donc — sauf si elle a acheté ses obligations pour les amortir conformément aux conditions de l'emprunt (voy. *infra*, n° 572) — conserver les titres et les revendre plus tard (en ce sens : RIPERT, *loc. cit.*; ESCARRA, t. I^{er}, n° 779; *contra* : FREDERICQ, t. V, n° 562). Si elle procédait à une offre publique, elle ne pourrait cependant se dispenser d'observer les formalités prescrites en pareil cas : voy. *infra*, t. II. La société ne peut, d'autre part, exercer ou faire exercer pour elle, dans les assemblées d'obligataires, le droit de vote attaché aux obligations qu'elle détient : WAUWERMANS, n° 843.

511. Prescription. — Les droits que les porteurs de titres peuvent exercer dans la société ne sont pas susceptibles de se prescrire, car ce sont de pures facultés (RIPERT, n° 1033). Mais les créances qu'ils ont contre la société sont soumises à la prescription ordinaire (art. 193). Les créances d'intérêts ou de dividendes, lorsqu'il s'agit de titres au porteur, sont soumises au régime spécial de l'article 45 de la loi du 24 juillet 1921 : si la société invoque la prescription quinquennale, elle doit verser les sommes dues par elle à la Caisse des dépôts et consignations qui, après trente ans, les remettra au Trésor : cass., 13 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, 240; *Rev. crit. jur. belge*, 1951, « Examen de jurisprudence », p. 146.

SECTION II. — LES ACTIONS.

§ 1^{er}. — Nature des actions.

512. Caractères distinctifs. — Les actions proprement dites sont les titres négociables attribués aux souscripteurs du capital, en échange de leurs apports. Elles représentent chacune, théoriquement, une « part » dans la société. Mais la personnalité juridique complète dont jouit cette dernière rend cela illusoire. Il n'existe pas de copropriété et les actionnaires n'ont pas de droits sociaux les uns contre les autres ni contre les gérants de la société. Ils ont seulement des droits à l'égard de la société elle-même et, parfois, des obligations envers elle (effectuer l'apport promis si les actions ne sont pas intégralement « libérées »).

La négociabilité de l'action l'oppose à la part d'intérêt dans les sociétés de personnes. L'incessibilité des actions, si elle était prévue par les statuts, enlèverait à la société le caractère de société anonyme. Mais il est permis de soumettre la négociation des actions à des conditions restrictives — pour autant qu'elles n'aboutissent pas à rendre les titres pratiquement incessibles (voy. *supra*, n^o 307, et *infra*, n^o 545).

513. Représentation du capital par les actions. — Le capital social étant formé de l'ensemble des apports, et les actions étant attribuées en contrepartie de ceux-ci, on peut dire que le capital est *représenté* par les actions (voy. articles 41 et 74) (1).

La représentation du capital par les actions ne concerne que le capital envisagé *inter partes*, et non comme entité comptable (voy. sur cette distinction, *supra*, n^o 470). Elle n'intéresse jamais les tiers, dont elle ne saurait affecter les droits ; la garantie que constitue pour eux le capital statutaire n'a nullement besoin, pour être effective, d'être représentée par des actions. Il arrive d'ailleurs fréquemment que le capital statutaire ne soit pas, ou ne soit plus, représenté intégralement, sans que les tiers aient lieu de s'en plaindre. Tel est le cas lorsque le capital est partiellement, ou même complètement, amorti à l'aide des bénéfices : le capital *exprimé* ou *statutaire* demeuré inchangé, mais il n'est plus représenté par un ensemble de titres d'une valeur nominale égale à son montant ; néanmoins, *inter partes*, le capital est réellement remboursé, — les actionnaires ayant reçu la restitution anticipée de la valeur de leurs apports.

514. Valeur nominale des actions. — Chaque action représente une quote-part du capital social : cass., 9 juillet 1917, *Pas.*, 1917, I, 273. Cette quote-part se traduit par une valeur déterminée, qui peut être mentionnée sur le titre, mais qui ne doit pas l'être nécessairement (art. 41). Dans ce dernier cas, les actions sont *sans valeur nominale* ; le *pair* de chaque action s'obtient alors en divisant le chiffre du capital par la quotité que représente l'action : cass., 9 juillet 1917, précité.

Les actions sans valeur nominale présentent certains avantages pratiques, en cas de réduction ou de réévaluation du capital, ou lors d'un regroupement des actions. En revanche, elles permettent de réaliser des combinaisons dont le caractère malsain a été souligné à juste titre ; ce sont les « émissions au-dessous du pair comptable », — opérations objectivement licites, bien que souvent néfastes, mais qui seraient irréalisables si la loi

(1) Comp., sur cette question : P. DEMEUR, « La notion du capital exprimé en relation avec le droit de vote de l'actionnaire », *Rev. prat. soc.*, 1952, p. 227. Les idées exprimées par notre savant collègue, auxquelles nous ne pourrions souscrire, paraissent reposer sur une identification arbitraire entre le capital de la société et celui de l'entreprise — ce dernier étant une notion purement économique, dans l'état actuel du droit.

ne permettait pas l'émission d'actions sans valeur nominale (voy., sur ces opérations, *infra*, n° 824, et J. HEBNEN, « Rapport au III^e Congrès international de droit comparé », *Rev. de dr. internat. et de dr. comparé*, 1950, numéro spécial, p. 81 et 82 ; cf. M. POLTI, « L'existence et l'opportunité des actions sans valeur nominale dans les sociétés anonymes », *Rev. trim. dr. comm.*, 1950, p. 553).

§ 2. — *Les diverses espèces d'actions.*

515. Actions ordinaires, de capital, parts sociales. — Ce sont les actions du type le plus courant. Leur contrevaletur doit être fournie, soit en argent, soit en valeurs mobilières ou immobilières.

516. Actions privilégiées, de priorité ou de préférence. — Elles ont la même nature que les premières, mais confèrent le droit à un premier dividende fixe prélevé sur les bénéfices annuels, avant toute autre attribution aux actionnaires ; ce dividende est parfois récupérable par priorité sur les bénéfices des exercices suivants. Elles donnent aussi droit, en général, au remboursement de leur valeur nominale, en cas de dissolution de la société, avant toute autre répartition.

Elles sont créées, soit au moment de la constitution de la société, pour conférer aux apporteurs de numéraire une rémunération plus importante et plus sûre, soit lors d'une augmentation du capital, pour attirer les souscripteurs éventuels.

517. Actions de jouissance. — Les actions de jouissance ne sont pas de véritables actions représentatives du capital social. Elles doivent parfois cependant leur être assimilées, ainsi que nous le verrons ci-après. Ce sont des titres qui sont émis en remplacement des actions de capital, tandis que la valeur nominale de celles-ci est remboursée à leurs porteurs.

Les actions de jouissance donnent les mêmes droits que les actions originaires, sauf le droit à la restitution de la valeur nominale de ces dernières. Leurs porteurs ne participeront donc au partage de l'actif, à la dissolution de la société, que lorsque toutes les actions de capital auront été remboursées. Pour tenir compte de la restitution dont a déjà bénéficié leur porteur, leur dividende est parfois réduit par rapport à celui des actions de capital : RIPERT, n^{os} 1053 et 1057.

518. Nature hybride des actions de jouissance. — Les actions de jouissance ne sont certainement pas représentatives du capital lorsqu'elles sont créées après la *réduction du capital* par suite de pertes et qu'elles sont échangées contre les actions de capital *annulées*. En pareil cas, en effet, les actions de jouissance ne représentent plus aucun capital, puisque les apports correspondants sont perdus pour la société : en ce sens, comm. Seine, 23 octobre 1950, *D. J.*, 1951, 320, et note G. G., ainsi que les références citées dans cette note. La solution serait identique si la réduction du capital social s'était réalisée par un remboursement effectif.

Mais, le plus souvent, les actions de jouissance sont émises à la suite du remboursement des actions de capital anciennes à l'aide des bénéfices sociaux, sans réduction du capital nominal de la société. C'est ce qu'on appelle parfois, improprement d'ailleurs, l'*amortissement* du capital.

Même alors, il est difficile de reconnaître aux actions de jouissance le caractère d'actions représentatives du capital. En effet, suivant l'opinion dominante, ce que reçoit l'actionnaire, dont le titre est remboursé à l'aide des bénéfices, c'est une valeur de capital, constituée sur les produits nets de l'entreprise, et qui lui tient lieu de son apport initial : HOUPIN et BOSVIEUX, t. I^{er}, nos 367 et 368 ; RIPERT, n° 1054. Ce remboursement étant définitif (cf. HOUPIN et BOSVIEUX, n° 497), l'actionnaire n'a plus désormais d'apport en risque : le titre qui lui est remis ne peut donc plus être représentatif du capital exprimé, ce qui supposerait au contraire une contribution à la formation du fonds social (H. VELGE, *Rev. prat. soc.*, 1936, p. 179).

On a soutenu, cependant, que le capital statutaire, demeurant inchangé, devait continuer à être représenté et ne pouvait l'être que, conjointement, par les actions de capital restées en circulation et par les actions de jouissance émises en remplacement des titres remboursés (HAVERSIN DE LEXHY, *Rev. prat. soc.*, 1936, p. 41 et 42 ; FREDERICQ, t. V, p. 685 ; cf. HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, p. 371). Mais le capital statutaire ne doit pas être nécessairement représenté d'une manière complète (voy. *supra*, n° 509).

Toutefois, si l'on refuse aux actions de jouissance, en cas d'amortissement du capital, le caractère d'actions représentatives du capital, l'application de l'arrêté royal du 31 octobre 1934 conduit à des conséquences pratiques très choquantes et véritablement inadmissibles, relevées par divers auteurs (HAVERSIN DE LEXHY, *loc. cit.*, p. 46 ; CRETEN, *Le droit de vote dans les sociétés anonymes*, p. 140 et suiv.). On peut admettre que, pour l'application de cet arrêté, et par interprétation de la volonté tacite du législateur, elles sont assimilables aux actions représentatives du capital. En cas d'amortissement du capital, l'apport ordinaire correspondant à la valeur nominale du titre n'est pas perdu pour la société. D'autre part, les auteurs de l'arrêté ne semblent avoir pris en considération que la situation existant au moment de la constitution du capital (le droit de vote de l'actionnaire doit être proportionnel « aux intérêts qu'il a pris dans la société »), sans avoir égard aux clauses particulières des statuts qui permettraient à certains actionnaires de se voir rembourser l'équivalent de leurs apports avant la fin de la société, à l'aide des bénéfices.

§ 3. — *Forme des actions.*

519. Règles générales. — Les statuts déterminent librement si les actions de la société seront au porteur ou nominatives. Le principe subit néanmoins deux restrictions importantes.

1^o Même lorsque les statuts prévoient la forme au porteur, les propriétaires de titres peuvent à toute époque, mais à leurs frais, en requérir la conversion en titres nominatifs (art. 46, al. 3); cette faculté, que les statuts ne pourraient supprimer, permet d'assurer la sauvegarde des intérêts des incapables et des nus propriétaires; leurs titres, s'ils sont nominatifs, ne pourront être aliénés au préjudice de leurs droits.

2^o Les actions qui ne sont pas entièrement libérées doivent demeurer nominatives, afin de rendre effectif le recours de la société en cas d'appel de fonds. Lorsqu'elles ont été complètement libérées, elles peuvent, si le propriétaire le demande et si les statuts le permettent, prendre la forme au porteur.

§ 4. — *Droits des actionnaires.*

520. Nature juridique. — Les droits des actionnaires, à l'égard de la société, ne peuvent être ramenés à de simples droits de créance, de copropriété ou de jouissance sur la chose d'autrui. Ils doivent être analysés comme dans tous les autres cas où il s'agit, non des droits d'une personne à l'égard d'une autre, entièrement distincte d'elle-même, mais de droits à l'égard d'une personne collective dont elle est membre (MICHOU, *Personne morale*, t. II, n^o 181). « Ce qui les caractérise, ce qui les distingue des formes normales du droit individuel, c'est d'une part que la personne morale a, dans une mesure plus ou moins large, le droit de les régler, de les limiter, d'en modifier l'exercice; d'autre part, que le membre lui-même a le droit, en tant que membre, de prendre part par lui-même ou par l'intermédiaire des organes de l'association, aux décisions qui concernent ces divers points » (MICHOU, *loc. cit.*).

521. Droits de l'actionnaire comme associé. — Les droits de l'actionnaire, ainsi caractérisés, comprennent trois prérogatives essentielles :

1^o Le droit de prendre part au fonctionnement interne de la société, en participant aux délibérations de l'assemblée générale.

Ce droit est essentiel, car il est l'expression de l'*affectio societatis* ou du *jus fraternitatis* — dont nous avons souligné le caractère fondamental. Toute clause des statuts qui le supprimerait ou qui en priverait certains actionnaires, serait nulle (art. 74, al. 2).

Il est étroitement réglementé par l'arrêté royal du 31 octobre 1934 (art. 74 de la loi). Le nombre de voix attaché à chaque action doit être proportionnel à la quote-part du capital qu'elle représente (art. 74, al. 3 et 4) : c'est la traduction, pour la société « de capitaux » par excellence, de l'esprit d'égalité qui est essentiel à toute société.

Le texte nouveau a mis fin aux abus nés des actions à « vote plural », donnant une puissance de vote supérieure à celle des autres titres. Désormais, dans la société anonyme — société de capitaux par excellence — la majorité dans l'assemblée générale sera toujours la majorité des capitaux associés, le pouvoir de vote attaché aux titres étant proportionnel à l'importance de l'apport effectué lors de leur création. Il va de soi que les décisions par lesquelles l'assemblée générale modifierait ultérieurement la quotité du capital représentée par les différentes catégories d'actions, ne permettraient pas de leur donner un pouvoir de vote qui ne correspondrait plus à l'importance relative des mises initiales. Pour les actions émises au-dessous du « pair comptable », voy. *infra*, n^o 824 ;

2^o Le droit de recevoir une part des bénéfices sociaux dans les conditions déterminées par les statuts ;

3^o Le droit de participer au partage de l'avoir social, soit au cours de la vie de la société, soit après sa dissolution (remboursement de la contrevaletur des apports et répartition des bénéfices mis en réserve).

522. Droits de créance des actionnaires. — En dehors de ces droits, dont nous avons souligné la nature originale, les actionnaires peuvent avoir, en cette qualité, et à l'égard de la société, des droits de créance véritables, qui ont leur origine dans le fonctionnement même de la société (MICHOU, *op. cit.*, n^o 183) : dès que la distribution d'un dividende ou un remboursement ont été régulièrement décidés par l'assemblée générale, les actionnaires acquièrent, contre la société, des droits de créance qui ont la même valeur que les droits de créance appartenant à des tiers.

523. Restriction de ces droits par les statuts. — Les statuts peuvent incontestablement limiter les droits des actionnaires, tels qu'ils sont décrits ci-dessus ; la jurisprudence a reconnu, notamment, la validité de la clause imposant aux associés désignés par le sort le rachat de leurs titres moyennant un prix forfaitaire : conclusions de l'avocat général Picard, cass. (req.), 15 novembre 1943, *Sirey*, 1944, 1, 15.

La loi elle-même, d'autre part, réserve aux statuts la faculté de régler les conditions d'exercice du droit de vote : article 74, alinéa 2. Ils peuvent subordonner l'accès à l'assemblée générale au dépôt préalable des titres soit au siège social, soit dans une banque ; ils ne pourraient cependant supprimer le droit de vote, par exemple en le réservant aux possesseurs d'un nombre minimum d'actions.

524. Théorie des droits individuels de l'actionnaire. — Suivant une opinion très souvent défendue, l'actionnaire aurait, en dehors des droits qu'il exerce ainsi dans le cadre même de l'institution, des « droits propres » (*Sonderrechte*), des « droits individuels », qui seraient « intangibles pour la société, bien qu'ayant leur base dans le droit social et étant liés à la qualité d'associé » (MICHOUX, *op. cit.*, t. II, n° 174). On veut préciser par là que ces droits ne pourraient être supprimés ou limités par une décision prise, à la majorité statutaire requise, par les organes de la société. Tels seraient le droit de faire partie de la société, le droit à l'égalité de traitement, le droit de négocier les actions, le droit de participer aux bénéfices et aux réserves, le droit de concourir à l'administration de la société en votant à l'assemblée générale.

525. Portée réelle de cette théorie. — La théorie des droits individuels de l'actionnaire traduit cette idée très simple, et d'ailleurs indiscutable, que la société anonyme, agissant par ses organes, n'est pas toute-puissante à l'égard de ses membres. L'assemblée générale ne dispose d'un pouvoir de décision que pour statuer sur les intérêts collectifs. Elle ne peut donc pas augmenter les engagements personnels des actionnaires. Son pouvoir n'existe, d'autre part, que « quand la question posée a pour tous ceux qui délibèrent les mêmes conséquences » (PIRMEZ, « Notes posthumes », *Rev. prat. soc.*, 1891, 274) ; c'est le principe de l'« égalité de traitement » (*voy. infra*, n° 706).

D'autre part, les organes sociaux ne peuvent pas prendre des décisions incompatibles avec la nature même de la société anonyme : abolir la négociabilité des titres, supprimer la participation aux bénéfices ou à la répartition de l'actif, décréter que la règle de l'égalité de traitement sera écartée. Ils ne peuvent pas davantage enlever aux actionnaires la faculté de voter dans les assemblées générales, parce que l'exercice de cette faculté est, dans notre système légal, une règle essentielle du fonctionnement de la

société anonyme. Les clauses des statuts qui permettraient de telles décisions (par exemple, l'exclusion arbitraire d'un associé) seraient elles-mêmes entachées de nullité.

Quant au « droit » prétendu de faire partie de la société, il est si peu intangible qu'il peut parfaitement être supprimé par une décision de la majorité, à la seule condition que soit respectée la règle de l'égalité de traitement ; en d'autres termes, la suppression des actions doit être générale, ce qui implique la dissolution anticipée de la société.

Si l'assemblée générale méconnaissait la règle de l'égalité de traitement ou prenait une décision incompatible avec la nature même de la société anonyme, elle commettrait un excès, un abus ou un détournement de pouvoirs, même si elle pouvait se réclamer d'une clause particulière des statuts. Les actionnaires, lésés par la décision irrégulière de l'assemblée, auraient intérêt à faire constater la nullité de la décision. C'est, au fond, ce qu'exprime, d'une manière plus compliquée, la théorie des droits propres de l'actionnaire. Ces droits se ramènent, en somme, à celui d'exercer un recours contre les excès ou les abus de pouvoir commis par les organes sociaux, ou contre les clauses des statuts qui autorisent ces excès ou ces abus. La question essentielle, dès lors, est de préciser les limites des pouvoirs qui peuvent être reconnus aux organes sociaux, et de déterminer les règles organiques de leur fonctionnement (voy. *infra*, n^o 702).

§ 5. — Obligations de l'actionnaire.

526. Libération des apports. — Le souscripteur de l'action a l'obligation d'effectuer l'apport promis. L'engagement qu'il a pris à ce sujet est irrévocable et définitif : « Les souscripteurs d'actions sont, nonobstant toute stipulation contraire, responsables du montant total de leurs actions » (art. 52). Mais il n'en a point d'autre : son apport fourni, il ne peut plus être invité à contribuer aux pertes sociales par des versements supplémentaires. La société ne pourrait pas non plus lui imposer des obligations plus lourdes ou nouvelles, comme celle de souscrire d'autres titres émis par la société.

Si l'action appartient à plusieurs propriétaires, chacun n'est tenu que pour sa part ; l'indivisibilité n'existe, en effet, qu'à l'égard des *droits* conférés par le titre, et non pour les obligations corrélatives (FREDERICO, t. IV, p. 537).

Chaque action doit être libérée d'un cinquième au moment de la constitution de la société (voy. *supra*, n^o 497). Le surplus est exigible aux époques et de la manière prévues par les statuts, sans que la loi impose, à cet égard, une condition ou un délai quelconque.

527. Appels de fonds. — Généralement, les statuts réservent au conseil d'administration le droit de décider les « appels de

fonds » ; il exercera ce droit au fur et à mesure des besoins de la société. Si les statuts sont muets, c'est l'assemblée générale qui prendra les décisions nécessaires (FREDERICQ, t. IV, n° 355).

La décision étant prise, les actionnaires doivent s'y conformer, à peine d'être poursuivis en paiement, sans pouvoir discuter l'opportunité de la mesure, et même si la société est en faillite (cf. RIPERT, n° 1048). Ils doivent les intérêts moratoires de plein droit, par application de l'article 1846 du Code civil.

528. Libération anticipée. — Une clause des statuts autorise souvent les actionnaires à libérer anticipativement leurs actions. En usant de cette faculté, ils pourront obtenir que leurs titres soient mis au porteur. Les versements anticipatifs sont considérés, en principe, comme une véritable libération d'apport, comme des « capitaux engagés dans la société » : cass., 10 mars 1877, *Pas.*, 1877, I, 159. Ils ne sont pas, de plein droit, productifs d'intérêts ; les statuts prévoient généralement que, pour le calcul des dividendes attribués aux actions, il sera tenu compte de la quotité libérée, même anticipativement.

Mais les statuts pourraient donner expressément aux versements anticipatifs le caractère d'avances, productives d'intérêt même en l'absence de bénéfices ; la validité de cette clause ne paraît pas contestable : cf. cass., 15 février 1906, *Pas.*, 1906, I, 136. Lors de l'appel de fonds, la créance née du prêt s'éteindra par compensation avec la dette, devenue exigible, de l'actionnaire envers la société ; mais cette compensation serait impossible si la société était tombée en faillite et si l'appel de fonds était fait par le curateur : cf. WAUWERMANS, n° 288.

529. Situation des porteurs successifs. — En cas de cession des actions, c'est l'acquéreur qui devient débiteur principal du montant non libéré. Cette règle, consacrée implicitement par l'article 52, atteste que la souscription n'a pas un caractère purement contractuel ; la dette est attachée au titre et se transmet avec lui (RIPERT, n° 1046).

La rédaction assez peu claire de l'article 52 avait donné lieu à une controverse ; la Cour de cassation y a mis fin par un arrêt rendu par les chambres réunies le 31 janvier 1889 (*Pas.*, 1889, I, 101). Cet arrêt consacre le principe selon lequel le cédant n'est pas tenu de répondre aux appels de fonds décrétés postérieurement à la cession ; c'est le cessionnaire qui est débiteur

personnel des sommes ainsi rendues exigibles; voy., dans le même sens : cass., 21 janvier et 14 juillet 1892, *Pas.*, 1892, I, 92 et 317.

Mais c'est seulement pour l'avenir que le cédant se trouve libéré. Il reste tenu, au contraire, des appels de fonds qui avaient été décrétés avant la cession : cass., 29 mars 1900, *Pas.*, 1900, I, 192; pour ces versements, la société a donc deux débiteurs.

D'autre part, l'article 52 oblige même le cédant à répondre aux appels de fonds ultérieurs, lorsque la société démontre que les sommes réclamées par elle sont nécessaires pour acquitter les dettes antérieures à la publication de la cession. Si cette preuve est rapportée, le cédant sera condamné, sans qu'il puisse exiger que la société agisse d'abord contre le cessionnaire; il est, en somme, dans cette mesure, le codébiteur solidaire de ce dernier.

Mais l'article 52 donne dans tous les cas au cédant un recours solidaire contre le cessionnaire et contre les acquéreurs ultérieurs, par rapport auxquels il est donc considéré comme une caution (cf. Code civ., art. 1216).

Les obligations limitées du cédant sont en tout cas prescrites cinq ans après la publication de la cession : article 194, alinéa 2.

530. Sanction des obligations de l'actionnaire. — Si l'actionnaire ne s'exécute pas volontairement, la société peut l'y contraindre par une action judiciaire en paiement; elle pourra prouver par tous moyens de droit la propriété des titres qu'elle prétend appartenir au défendeur : comm. Liège, 7 novembre 1939, *Rev. prat. soc.*, 1940, 113; comm. Bruxelles, 23 juin 1941, *Rev. prat. soc.*, 1947, 267.

531. Clause d'exécution en bourse. — Pour éviter les frais et les lenteurs d'une procédure en recouvrement, les statuts donnent généralement à la société le pouvoir de régler plus rapidement, et sans intervention judiciaire, la situation de l'actionnaire en défaut. Il y est prévu qu'après une sommation préalable ou après l'écoulement d'un certain délai à compter de la publication de l'appel de fonds, la société aura le droit de faire vendre les titres non libérés, aux frais et aux risques de leur propriétaire, par un agent de change choisi par elle, soit en bourse, soit en vente publique. Sur le prix obtenu, la société retiendra les versements appelés; si le prix n'y suffit pas, l'actionnaire défaillant reste débiteur du surplus; l'acquéreur des titres est tenu également.

La validité de la clause n'est pas contestée. Mais son utilité est, en pratique, fort limitée. Son application ne sera efficace, en effet, que si les titres de la société ont conservé leur valeur; mais, en ce cas, l'actionnaire pourra, plutôt que de laisser poursuivre une réalisation forcée à sa charge,

vendre lui-même ses titres pour se libérer, à moins qu'il ne soit en faillite. C'est dans cette dernière hypothèse seule, en définitive, que la clause dite « d'exécution en bourse » pourrait théoriquement être utile pour la société, — mais à la condition qu'elle lui permette d'obtenir le paiement intégral du montant non libéré, ce qui, à notre avis, est très contestable : voy. le numéro suivant.

532. Nature juridique et effets de cette clause. — La nature juridique de la clause d'exécution en bourse est discutée par les auteurs. On y voit tantôt un simple mandat donné d'avance par l'actionnaire à la société (RESTEAU, t. I^{er}, n^o 786), tantôt une forme particulière de pacte commissaire (FREDERICQ, t. IV, p. 558), parfois encore une sorte de saisie, suivie de vente, sans intervention de la justice, autorisée par un usage commercial (RIPERT, n^o 1049). Ces explications, dont aucune n'est d'ailleurs pleinement satisfaisante (voy. les auteurs précités), s'efforcent en vain de rattacher aux catégories traditionnelles du droit civil et de la procédure un mécanisme qui trouve au contraire sa place naturelle dans le cadre de la société anonyme considérée comme une institution personnalisée.

La personne morale, en vertu de son autonomie, est compétente pour édicter elle-même, dans ses statuts, les règles relatives aux rapports de droit liés à la qualité de membre et, plus spécialement, celles relatives à l'acquisition et à la perte de cette qualité (MICHOU, *Personnalité morale*, t. II, n^o 172). « Ce sont des règles de droit social, dans lesquelles la collectivité apparaît comme supérieure à ses membres et comme ayant le droit de leur commander en vertu de l'existence même du groupement » (*ibidem*). La clause d'exécution en bourse est une forme particulière de la sanction d'exclusion, pour cause d'inexécution, par l'associé, de ses engagements sociaux. Ce pouvoir d'exclusion, en pareil cas, n'est nullement contraire au *jus fraternitatis* dont nous avons souligné l'importance, même dans les sociétés de capitaux (voy. *supra*, n^o 340).

Mais la clause qui l'organise doit tenir compte — et c'est ce qui se fait en pratique — de certaines nécessités fondamentales : aucune action ne peut rester, même provisoirement, sans titulaire et, d'autre part, la société ne peut racheter et revendre ensuite ses propres titres. Aussi l'actionnaire en défaut reste propriétaire du titre jusqu'à son aliénation en bourse, mais, dans l'intervalle, l'exercice de ses droits est suspendu ; la loi le prévoit expressément pour le droit de vote : article 74, alinéa dernier, et ce n'est là, semble-t-il, que l'application particulière d'un principe général. La vente se fait naturellement pour le compte de l'ancien propriétaire des titres, en vertu d'une sorte de voie parée (cf. RESTEAU, t. II, n^o 786) ; la société pourra compenser sa propre créance, du chef des versements restés en souffrance, avec le prix de réalisation obtenu — prix dont elle est, en principe, comptable envers l'actionnaire défaillant. Toutefois, comme elle ne peut se prévaloir d'aucun privilège ni d'aucun droit de gage, la compensation sera impossible si l'actionnaire est en faillite au moment de la vente, et le prix obtenu devra inévitablement, en ce cas, être versé à la masse ; la société pourra seulement se faire admettre au passif chirographaire de la faillite. Comp. R. A. LACAN, *Revue (franç.) des sociétés*, 1948, p. 383.

Ainsi analysée, la clause d'exécution en bourse ne produit aucun effet rétroactif — ce qui paraît conforme au but recherché. L'actionnaire en défaut est seulement remplacé, pour l'avenir, par un autre titulaire — comme dans le cas d'une cession ordinaire (en ce sens : RESTEAU, t. II, n^o 791).

533. Clause de déchéance. — Les statuts prévoient parfois aussi une clause de déchéance, suivant laquelle les actionnaires qui ne remplissent pas leurs obligations sont « déchus » de leurs droits. En général, cette clause est adjointe à la clause d'exécution en bourse, qu'elle complète en la renforçant : elle transforme en une suppression immédiate la simple suspension des droits de l'actionnaire. Rien ne s'opposerait, à notre avis (*contra* : FREDERICQ, t. IV, n^o 365 ; RESTEAU, t. II, n^o 794), à ce que la déchéance fût stipulée isolément, à titre de clause pénale, — pour autant, bien entendu, que l'actionnaire défaillant restât néanmoins tenu de tous ses engagements envers la société. En pareil cas, les actions subsisteraient, mais seraient pratiquement sans valeur pour leur titulaire, qui n'aurait d'autre ressource que de les vendre (grevées, bien entendu, de l'obligation de faire les versements appelés et non effectués).

L'annulation pure et simple des actions, au contraire, ne pourrait être valablement autorisée par les statuts (cf. FREDERICQ et RESTEAU, *loc. cit.*).

534. Droits des créanciers sociaux. — Les créanciers sociaux d'une société anonyme ne disposent pas, comme ceux d'une société en commandite simple, d'une action directe pour contraindre les actionnaires à libérer leurs titres (voy. *supra*, n^o 441). Ils peuvent seulement exercer, par la voie d'une action subrogatoire, conformément à l'article 1166 du Code civil, les droits de la société, qui est leur débitrice, contre ses actionnaires, dont l'identité leur sera connue grâce à la liste dont l'article 51 prescrit la publication à la suite de chaque bilan annuel.

Encore faut-il, pour que ce recours indirect soit possible, que la créance de la société soit devenue exigible, par suite d'un appel de fonds. Les créanciers sociaux risquent donc d'être victimes de l'inertie des administrateurs ou de l'assemblée générale, si aucun appel de fonds n'est décidé. Pour éviter cet inconvénient, la loi leur donne la faculté de « faire décréter par justice les versements stipulés aux statuts et qui sont nécessaires à la

conservation de leurs droits » : article 190. Cette faculté appartient à tout créancier, même à terme (Rapport Firmez, GUILLERY, *Commentaire législatif*, t. II, n° 182).

La société peut écarter l'action du créancier en lui remboursant sa créance (après déduction de l'« escompte », s'il s'agit d'une créance à terme : voy., pour les détails sur ce point, FREDERICQ, t. IV, n° 360).

Lorsqu'un jugement ordonne les versements postulés par le créancier, les administrateurs sont personnellement obligés d'exécuter le jugement, sous peine d'engager leur responsabilité à l'égard du créancier poursuivant (cf. art. 62 de la loi). Ce dernier n'en conserve pas moins, bien entendu, le droit d'exercer lui-même contre les actionnaires les droits de la société, en vertu de l'article 1166 du Code civil : l'article 190, alinéa dernier, le confirme expressément. Mais les sommes que l'actionnaire sera contraint de verser entreront dans le patrimoine de la société ; le créancier devra donc procéder, avant l'exercice de l'action oblique, à une saisie-arrêt (DE PAGE, t. III, n° 199 ; *contra* : FREDERICQ, t. IV, n° 361).

§ 6. — *Cession des actions.*

535. Règles générales. — Entre parties, la cession des actions se réalise *solo consensu*, conformément au droit commun, même s'il s'agit d'actions nominatives : cass., 12 juillet 1923, *Pas.*, 1923, I, 424. Mais l'accord des volontés du cédant et du cessionnaire ne suffit pas pour que la cession soit opposable à la société et aux tiers.

S'il s'agit d'actions au porteur, c'est la tradition des titres à l'acquéreur qui rendra leur cession opposable à la société et aux tiers, comme pour les meubles corporels auxquels les titres au porteur sont assimilés : article 45.

La cession d'une action nominative ne sera opposable à la société que par l'emploi de l'un des procédés de transfert indiqués par l'article 43 (voy. *infra*, t. II). Elle ne sera opposable aux tiers que si elle a été rendue publique, conformément au principe exprimé par l'article 12. Il suffira, toutefois, pour que cette publicité soit réalisée, que, lors de la publication de la liste des actionnaires à la suite du plus prochain bilan, le nom du cessionnaire remplace celui du cédant : article 51, alinéa 4.

536. Restrictions à la négociabilité des actions. — La négociabilité des actions tient à la nature même de la société anonyme. Toutefois, pour des raisons d'ordre public, la loi y apporte certaines restrictions : elle prohibe la cession de certaines actions ; pour d'autres, elle institue un régime provisoire de blocage. D'autre part, des clauses statutaires peuvent réglementer d'une manière plus ou moins stricte les conditions auxquelles seront subordonnées les cessions de titres pour être opposables à la société.

A. — RESTRICTIONS LÉGALES.

537. Incessibilité des actions d'une société non définitivement constituée : article 46. — Ces actions sont, en quelque sorte, des choses futures. Selon le droit commun, la vente d'une chose future est licite et ne se heurte à aucune impossibilité juridique : Code civil, article 1130. Mais les actions d'une société future ou en formation sont souvent d'une valeur indéterminable ; la négociation de ces titres donnera donc lieu aisément à des spéculations malsaines ; aussi la loi la prohibe, — sans distinguer selon qu'elle est à titre onéreux ou à titre gratuit (FREDERICQ, t. IV, n^{os} 375 et 387), et même si elle est déguisée sous une option d'achat irrévocable : Bruxelles, 5 avril 1933, *Pas.*, 1933, II, 108.

538. Constitution définitive. — Sens de l'expression. — La constitution définitive de la société n'est réalisée, au point de vue de l'application de l'article 46, que lorsque les trois conditions de fond prescrites par l'article 29 sont remplies : il doit y avoir sept associés au moins, le capital doit être intégralement souscrit et chaque action doit être libérée d'un cinquième au moins. Sans doute, depuis la loi du 22 mai 1886, la société anonyme *existe* à dater de son acte de fondation, mais cette circonstance est indifférente : les cessions d'actions restent prohibées aussi longtemps que la société ne répond pas aux trois conditions qui lui donneront définitivement le caractère d'une société anonyme régulière ; à ce point de vue, la loi de 1886 n'a pas entendu modifier le régime antérieur. Telle est la solution consacrée par la Cour de cassation : arrêt du 5 décembre 1901 (Banque Brocar), *Pas.*, 1902, I, 54 ; elle paraît conforme à la volonté du législateur : voy. notamment la déclaration de

M. Carton de Wiart, Ministre de la justice, à la séance du Sénat du 22 avril 1913, RESTEAU, *Commentaire législatif*, p. 284; *contra* : RESTEAU, *Sociétés anonymes*, t. I^{er}, n° 710; note P. L., *Pas.*, 1932, I, 264.

L'article 46 précise que les cessions d'actions ne sont valables qu'après la constitution définitive de la société « et le versement du cinquième de l'import des actions ». Ces derniers mots sont aujourd'hui superflus puisque la libération de chaque action à concurrence d'un cinquième au moins est, depuis la loi du 25 mai 1913, l'une des conditions de la constitution régulière de la société : cf. WAUWERMANS, n° 231; *contra* : DEMBOUR, n° 52. Ce membre de phrase n'avait été ajouté qu'en vue des sociétés constituées antérieurement à 1913 et qui n'auraient demandé à leurs actionnaires, comme la législation précédente le permettait, que le versement d'un dixième de leurs actions; ce point a été clairement précisé au cours des débats au Sénat, à la suite d'une intervention de M. Braun (séance du 22 avril 1913, RESTEAU, *Commentaire législatif*, p. 284 et 285, nos 8 et 9).

539. Interprétation restrictive de l'incessibilité. — Dérogeant au droit commun, la règle est d'interprétation restrictive. L'interdiction ne peut donc être étendue ni aux conventions entre fondateurs conclues en vue de la constitution de la société (cass., 14 mai 1926, *Pas.*, 1926, I, 374), ni à la cession du droit de souscrire des actions (FREDERICQ, t. IV, n° 376), ni à la cession de parts dans un syndicat financier (FREDERICQ, t. IV, n° 377), à moins que ces parts ne représentent, en fait, des actions d'une société non encore constituée : comm. Bruxelles, 6 février 1932, *Rev. prat. soc.*, 1933, 58. Dans tous ces cas, le risque d'agiotage, qui est la raison d'être de l'interdiction, n'existe pas.

540. Sanction : nullité absolue. — La sanction de l'interdiction prévue par l'article 46 est la nullité absolue de la cession. Les tribunaux devront la prononcer au besoin d'office; elle peut être invoquée par tout intéressé, même par les parties à la convention; elle n'est susceptible d'aucune confirmation (Bruxelles, 10 juillet 1935, *J. T.*, 1935, 672).

S'il a déjà payé le prix convenu, le cessionnaire pourra en réclamer la restitution : civ. Bruxelles, 30 janvier 1932, *Pas.*, 1933, III, 53; *contra* : FREDERICQ, t. IV, n° 375; cf. PLANIOL et RIPERT, t. VII, nos 748 et 749; DE PAGE, *Compléments*, vol. I^{er}, p. 66, 4^o). Comme le fait observer M. De Page, si la convention doit être privée d'effet, ainsi que l'exige l'article 1131 du Code civil, la restitution s'impose; l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, à supposer qu'il soit consacré par notre droit, ne doit être appliqué qu'avec discernement : voy. PLANIOL et RIPERT, *loc. cit.*; FERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, t. I^{er}, p. 174 et suiv.

541. Application en cas d'augmentation du capital. — La prohibition prévue par l'article 46 s'applique également, *mutatis mutandis*, aux actions émises à la suite d'une augmentation de capital. Leur cession n'est possible qu'à partir du moment où elles ont une existence régulière et légale; comme, d'autre part, les formalités et conditions prescrites pour la constitution de la société sont aussi requises pour toute augmentation du capital (art. 34; voy. *infra*, n^o 820), les actions nouvelles ne seront cessibles que si la société compte sept associés au moins, si l'augmentation du capital est intégralement souscrite et si chaque action nouvelle est libérée d'un cinquième au moins, le tout devant être constaté par un acte authentique (cf. art. 29) : cass., 6 octobre 1932 (Banque de crédit hypothécaire), *Pas.*, 1932, I, 264.

542. Blocage et innégociabilité relative des actions d'apport : article 47. — La négociation des actions attribuées en échange d'apports en nature avait provoqué de nombreux abus : après avoir fait apport à la société de biens d'une valeur douteuse ou illusoire, des hommes d'affaires peu scrupuleux s'efforçaient d'écouler à bon prix les titres qui leur avaient été remis.

Pour empêcher ces agissements, la loi de 1913, sans aller jusqu'à prohiber, même temporairement, la négociation de ces titres, les a soumis pendant une période d'épreuve à un régime spécial de blocage et d'innégociabilité relative.

Ce régime s'applique aux actions « représentatives d'apports ne consistant pas en numéraire », ainsi qu'aux titres « conférant directement ou indirectement droit à ces actions » (des parts dans un syndicat financier, par exemple : comm. Bruxelles, 24 juillet 1942, *Rev. prat. soc.*, 1948, p. 11); il doit être appliqué également aux actions « mixtes » (remises en échange d'apports consistant à la fois en espèces et en biens divers, solution considérée comme évidente au cours des débats au Sénat : RESTEAU, *Commentaire législatif*, p. 298, n^o 40) et aux actions d'apport créées à l'occasion d'une augmentation du capital, pour autant que celle-ci se réalise par des apports nouveaux et non par la simple incorporation des réserves.

D'autre part, la loi ne faisant aucune distinction, le régime spécial de l'article 47 doit être appliqué aussi bien aux cessions à titre gratuit qu'aux cessions à titre onéreux : en ce sens, FREDE-
RICQ, t. IV, n^o 382.

543. Régime des titres frappés de blocage. — Le régime spécial imposé aux actions d'apport demeure applicable pendant deux ans environ : il prendra fin le dixième jour après la publication du deuxième bilan annuel (c'est-à-dire portant sur une période d'au moins 365 jours : comm. Liège, 21 avril 1927, *Rev. prat. soc.*, 1928, p. 313) postérieur à la création des titres.

Il comprend trois mesures particulières :

1° Si les actions sont au porteur, elles doivent rester déposées dans les caisses de la société jusqu'à l'expiration du délai fixé par la loi ;

2° La cession des titres, qu'ils soient nominatifs ou au porteur, ne peut être faite que « par acte public ou par écrit sous seing privé, signifié à la société dans le mois de la cession, le tout à peine de nullité ». La loi précise que les actes relatifs à la cession mentionneront — sans que, cette fois, ce soit à peine de nullité — « leur nature, la date de leur création et les conditions prescrites pour leur cession ».

Ce procédé compliqué était destiné, dans la pensée du législateur, à éviter que l'acquéreur ne s'engage à la légère. L'acte n'étant pas une annexe de l'exploit, ne doit pas être préalablement enregistré (Code des dr. d'enreg., art. 26 ; *contra*, mais à tort : FREDERICQ, t. IV, n° 386).

Si les formes imposées par la loi à peine de nullité ne sont pas respectées, la cession sera inefficace : elle sera déclarée nulle à la requête de tout intéressé, y compris le cédant, le cessionnaire ou la société ; aucune confirmation n'est possible ;

3° La nature des titres, la date de leur création et les conditions prescrites pour leur cession doivent être mentionnées sur le registre et sur les certificats d'inscription quand les titres sont nominatifs ; s'ils sont au porteur, les mêmes mentions doivent être portées sur les titres eux-mêmes ainsi que sur les certificats de dépôt qui en sont délivrés : article 50.

544. Exceptions : article 48. — Le régime spécial n'est pas applicable — le danger d'agiotage n'étant pas à redouter — dans les deux cas prévus par l'article 48 : 1° aux actions qui représentent l'apport de l'avoir d'une société ayant elle-même plus de cinq ans d'existence (encore faut-il que l'apport ait pour objet *tout* l'actif de la société et qu'il s'agisse d'une société anonyme ou en commandite par actions : FREDERICQ, t. IV, n° 388) ; 2° aux actions qui, par suite de faillite, d'un concordat ou d'un arrangement conclu avec les obligataires conformément à l'article 93, 4°, sont substituées à des obligations émises depuis deux ans au moins.

B. — RESTRICTIONS CONVENTIONNELLES.

545. Conditions de leur licéité. — Bien que la négociabilité soit le criterium de l'action (RIPERT, n^o 1035), il est admis que les statuts d'une société anonyme peuvent soumettre la cession des titres à des conditions restrictives (cf. le rapport de Pirmez à la Chambre, GUILLERY, *Commentaire législatif*, p. 120, n^o 47), ou, plus exactement, les rendre inopposables à la société si ces conditions ne sont pas remplies : RESTEAU, t. I^{er}, n^o 702.

Encore faut-il que ces conditions n'aboutissent pas, en fait, à rendre les titres pratiquement incessibles, car cette incessibilité est incompatible avec la nature de l'action et, par voie de conséquence, avec la définition de la société anonyme elle-même : ESCARRA, *Manuel*, t. I^{er}, n^o 739. Tel serait le cas d'une clause subordonnant, d'une manière absolue, la cession des titres à l'accord de la majorité des quatre cinquièmes du nombre des actions représentées à l'assemblée générale : comm. Bruxelles, 1^{er} décembre 1948, *J. T.*, 1949, 215, note P. COPPENS.

546. Modalités diverses. — Les conditions restrictives se présentent sous des formes diverses; elles impliquent toutes, pour être efficaces, que les titres soient nominatifs.

Les statuts peuvent exiger des cessionnaires éventuels qu'ils aient une qualité ou une nationalité déterminée. Le plus souvent, ils subordonnent la cession à l'agrément préalable du conseil d'administration ou, parfois, de l'assemblée générale. Une clause dite de « préemption », soit isolée, soit adjointe à une clause d'agrément, se rencontre fréquemment aussi.

Les clauses d'agrément et de préemption donnent lieu à des contestations nombreuses; la doctrine et la jurisprudence ne leur reconnaissent pas toujours une efficacité absolue; mais les limitations proposées, inspirées par le souci louable d'éviter des abus ou des détournements de pouvoir, sont parfois difficiles à justifier en droit.

547. Clause d'agrément. — L'on a soutenu qu'elle est valable sans aucune restriction, même si le conseil d'administration ou l'assemblée, selon les cas, sont dispensés de faire connaître les motifs de leur décision, en cas de refus : FREDERICQ, t. IV, p. 582; RESTEAU, t. I^{er}, n^o 701; Paris, 10 novembre 1938, *Rev. prat. soc.*, 1940, p. 115. D'autres auteurs affirment, au contraire — à bon droit, selon nous, — qu'ainsi conçue, la clause d'agrément « contient virtuellement un régime d'incessibilité des titres »

(P. COPPENS, *L'abus de majorité*, n° 142, et les références citées). Le refus d'agrément doit, en principe, être justifié, et les tribunaux contrôleront éventuellement si les organes sociaux ont fait un usage normal de leur pouvoir statutaire : RIPERT, n° 1118. Il n'en est autrement que si, à la clause d'agrément, est adjointe une clause de préemption — le refus d'agrément n'ayant plus pour conséquence, en pareil cas, de rendre le titre pratiquement incessible (en ce sens : comm. Seine, 22 février 1950, *Gaz. Pal.*, 13-15 septembre 1950).

548. Clause de préemption. — Les statuts réservent souvent au conseil d'administration, lorsqu'un actionnaire se propose de vendre ses titres, ou en cas de décès, le droit, soit de présenter un acquéreur — généralement un autre actionnaire — auquel sera donnée la préférence, soit d'acquérir les titres au nom de la société elle-même (ils devront, en ce cas, être annulés : voyez *supra*, n° 510).

Si le prix auquel s'exerce le droit de préemption était nécessairement le prix élevé demandé par le vendeur et promis par le cessionnaire auquel il se proposait de vendre, la clause resterait souvent lettre morte ; il en serait de même en cas de décès de l'actionnaire, puisque le prix serait alors indéterminable. Aussi les statuts prévoient, en général, comment sera fixé le prix auquel s'exercera le droit de préemption : il sera établi, soit par la capitalisation des dividendes des derniers exercices, d'après le dernier bilan de la société, soit d'après la moyenne des trois derniers bilans, par exemple, ou il sera fixé chaque année par l'assemblée générale.

Ces clauses permettent parfois l'achat des titres à un prix inférieur à leur valeur réelle, et les tribunaux français se sont efforcés de porter remède à la spoliation dont peut ainsi être victime l'actionnaire vendeur, en exigeant que la préemption ne s'exerce, en toute hypothèse, que moyennant un « juste prix » (voy. notamment req., 11 septembre 1940, *D. C.*, 1942, 116, note CORDONNIER, avec les références citées ; note BESSON, sous civ., 9 février 1937, *D. P.*, 1937, 1, 73). Le pouvoir de contrôle que la jurisprudence française se reconnaît ainsi en termes généraux a été vivement critiqué (voy. les notes précitées) et semble difficilement justifiable. Sans doute le contrôle judiciaire est-il nécessaire, mais seulement si la clause — dont la validité n'est

pas contestable en principe, et qui peut déterminer d'une manière forfaitaire le prix de rachat, — n'a pas été appliquée exactement (cf. Douai, 7 novembre 1946, *D. J.*, 1948, 37, note A. C.) ou de bonne foi (P. COPPENS, *op. cit.*, n^{os} 144 et suivants ; FREDERICQ, t. IV, p. 586 ; cf. ESCARRA, *Manuel*, t. I^{er}, p. 413, et les conclusions de l'avocat général Picard précédant l'arrêt de la Chambre des requêtes du 16 novembre 1943, *Sirey*, 1944, 1, 15). La clause elle-même ne devrait être annulée que si, par son imprécision ou par ses dispositions propres, elle laissait à l'assemblée générale l'entière liberté de fixer le prix de la cession (comm. Seine, 28 juin 1950, *Gaz. Pal.*, 27-29 septembre 1950).

Les clauses qui restreignent la cessibilité des actions peuvent-elles être introduites par la voie d'une modification des statuts ? La question est douteuse et sera étudiée plus loin (voy. *infra*, n^o 803).

SECTION III. — LES PARTS BÉNÉFICIAIRES.

§ 1^{er}. — Règles générales.

549. Caractères communs. — L'article 41, consacrant une pratique inaugurée par la Compagnie du Canal de Suez et qui s'était progressivement développée au XIX^e siècle, autorise expressément la société à émettre en dehors des actions proprement dites, représentatives du capital social, des titres ou parts bénéficiaires.

Leur caractère commun est de ne pas être attribués en échange d'un apport entré dans la composition du capital social. Ils ne représentent pas ce dernier. Ils sont remis, soit à titre de supplément de rémunération, — à la suite d'un apport, — soit en échange d'un concours apporté à la constitution de la société avant sa création, soit encore en raison d'un apport antérieur, mais qui a été restitué. Pour apprécier si l'on se trouve en présence d'actions proprement dites ou de parts bénéficiaires, il ne faut d'ailleurs pas s'en tenir aux termes employés dans les statuts : WAUWERMANS, n^o 190 ; *Novelles*, t. III, n^o 1397.

550. Droits des porteurs de parts bénéficiaires. — L'article 41 permet de régler librement leurs droits dans les statuts — sous réserve des dispositions de l'article 75 au sujet du droit de vote (voy. ci-après, n^o 554).

Les titres ou parts bénéficiaires donnent toujours droit à une part des bénéfices déterminée par les statuts ; ceux-ci leur confèrent également, en général, un droit dans le partage de la plus-value du capital, à la dissolution de la société. Mais leurs porteurs n'ont pas, en principe, le droit de voter dans les assemblées générales, à moins qu'une clause spéciale expresse des statuts, fréquente dans la pratique, ne leur attribue ce droit, dans les limites prescrites par l'article 75.

551. Variétés de parts bénéficiaires. — Les titres bénéficiaires, non représentatifs du capital, sont émis soit à la constitution de la société, soit au cours de son existence ou à l'occasion d'une augmentation du capital. On peut les ranger en deux catégories :

a) Les parts bénéficiaires proprement dites, ou *parts de fondateur* : elles récompensent les fondateurs et les premiers souscripteurs du service que leur initiative ou leur empressement a rendu à la collectivité des actionnaires ; elles sont parfois aussi attribuées aux apporteurs du capital, en guise de rémunération complémentaire, ou pour rémunérer un apport en industrie.

On leur donne les dénominations les plus variées : parts bénéficiaires, parts de fondateur, parts de réserve, actions de dividende, etc. Il ne faut pas attacher d'importance à ces appellations particulières ; la nature des titres dépend uniquement des conditions de leur création et des droits qui leur sont attribués par les statuts.

Les porteurs de parts de fondateur sont souvent en conflit avec les actionnaires, en raison de la divergence de leurs intérêts. Les statuts réservent souvent aux parts une quotité importante des bénéfices distribués ; leur nombre est parfois même déclaré intangible, et il arrive qu'un droit de souscription, à des conditions très favorables, leur soit réservé en cas d'augmentation du capital. L'intérêt de ceux qui les possèdent est toujours d'éviter la constitution de réserves ; ils peuvent, d'autre part, faire obstacle à toute mesure qui porterait atteinte, même indirectement, à leur situation privilégiée, surtout lorsque celle-ci est stipulée intangible. Aussi a-t-on préconisé des mesures législatives pour mettre fin à ces avantages exorbitants qui, parfois, empêchent de réaliser les mesures d'assainissement qu'impose l'intérêt de l'entreprise : cf. Rapport de la Commission bancaire, 1946-1947, p. 81 et suivantes ; pour la France, ESCARRA, t. I^{er}, n^o 792. C'est chose faite depuis la loi du 10 novembre 1953 : voy. *infra*.

b) Les *actions de jouissance*, attribuées à la suite du remboursement de certaines actions représentatives du capital. Les statuts disposent parfois — notamment dans les sociétés qui exploitent

une concession ou tout autre monopole temporaire — qu'au moyen de sommes prélevées sur les bénéfices, un certain nombre d'actions de capital seront « amorties » chaque année, suivant un tableau d'amortissement et souvent par tirage au sort ; leur montant nominal sera remboursé à leur titulaire. Le propriétaire de l'action de capital reçoit alors, en échange, une action de jouissance, qui lui donne les mêmes droits que son action primitive, sauf que le titulaire de l'action de jouissance ne pourra participer au partage de l'actif, après la dissolution, que lorsque la valeur nominale de toutes les actions de capital restantes aura été remboursée.

Ainsi que nous l'avons indiqué, au point de vue du droit de vote, — mais à ce point de vue seulement, — les actions de jouissance sont assimilées aux actions représentatives du capital social, à moins qu'elles n'aient été créées en remplacement d'actions de capital annulées lors d'une réduction du capital par suite de pertes : voy. *supra*, n^o 518.

552. Nature juridique de ces parts. — La nature juridique de ces titres est un sujet de controverses : FREDERICQ, t. IV, n^o 351 ; RIPERT, n^o 1229 ; ESCARRA, t. I^{er}, n^o 795. Comme il y a toujours, à l'origine de leur création, un apport plus ou moins précis (ou, tout au moins, un service rendu à la société en formation) en vue de partager les bénéfices d'une entreprise commune, on peut dire que les porteurs de ces titres sont des associés, soumis à un régime spécial qu'explique le caractère particulier du concours apporté à la société par les premiers porteurs. Il est moins exact, à notre avis, de les considérer comme de simples créanciers, puisqu'ils n'ont droit qu'à une quote-part des bénéfices éventuels et que, dans la réalité des choses, les titres bénéficiaires sont une pièce du mécanisme juridique que constitue la société par actions (RIPERT, *loc. cit.*).

Lorsque ces titres donnent le droit de voter dans les assemblées générales (ce qui est le cas ordinairement pour les actions de jouissance, et, pour les autres parts bénéficiaires, lorsque les statuts le prévoient : voy. *supra*, n^o 550), leurs porteurs participent même activement à la vie sociale et leur qualité d'associés apparaît ainsi avec netteté.

§ 2. — Régime des parts bénéficiaires.

553. Principe. — Le régime des parts bénéficiaires est, en principe, le même que celui des actions proprement dites, pour

ce qui concerne la forme des titres, les droits qu'ils confèrent, les conditions de leur cession. Nous nous bornerons donc à quelques brèves observations complémentaires.

554. Droit de vote des parts bénéficiaires. — Le droit de vote qui peut être accordé aux porteurs de parts bénéficiaires est strictement limité par la loi, pour éviter que ces porteurs ne puissent, à eux seuls, exercer une influence prépondérante dans l'assemblée générale. Le vote plural est prohibé et chaque titre ne peut donc donner droit qu'à une seule voix. L'ensemble des parts bénéficiaires ne peut se voir attribuer par les statuts un nombre de voix supérieur à la moitié de celui qui est attribué aux actions proprement dites. Elles ne peuvent être comptées, enfin, dans un vote déterminé, pour un nombre de voix supérieur aux deux tiers des voix émises par les actions proprement dites (art. 75 ; pour l'application de ces règles, voy. *infra*, n° 698).

555. Blocage temporaire et innégociabilité relative : article 49. — Le régime provisoire d'innégociabilité relative, institué par l'article 47 pour les actions d'apport, est étendu par l'article 49 aux titres et parts bénéficiaires, sans restriction ni réserve (les exceptions prévues par l'article 48 ne sont donc pas applicables à ces titres : FREDERICQ, t. IV, n° 389). D'autre part, la *cause* de l'attribution des parts bénéficiaires est indifférente : elles seront donc soumises au régime de l'article 47, même si elles ont été remises comme complément de rémunération, à des actionnaires qui avaient fait des apports en numéraire (question controversée : voy., dans notre sens, FREDERICQ, t. IV, n° 384, et les références citées, notamment Gand, 29 mai 1925, *B. J.*, 1925, col. 586, et l'avis de M. l'avocat général Soenens).

556. Modification de leurs droits. — Les statuts peuvent prévoir le rachat des parts de fondateur par la société, moyennant un prix forfaitaire : note BASTIAN, comm. Seine, 25 juillet 1947, *Sem. jur.*, 1948, II, 4144 ; GILSON, *Modif. des statuts*, n° 172 (voy., pour le rachat des actions proprement dites : *supra*, n° 510).

Les droits attribués par les statuts aux parts bénéficiaires peuvent être *modifiés* comme les droits attachés à toute catégorie spéciale de titres, c'est-à-dire en remplissant les conditions spéciales prescrites par l'article 71. Depuis la loi du 10 novembre 1953, qui a modifié l'article 71, les droits des parts bénéficiaires ne

peuvent plus être stipulés intangibles, et leurs porteurs peuvent, nonobstant toute disposition contraire dans les statuts, prendre part au vote dans l'assemblée générale quand la délibération a pour objet de modifier les droits particuliers qui leur appartiennent. L'assemblée peut, dans les mêmes conditions, décider la conversion des parts bénéficiaires en actions représentatives du capital (art. 71; pour les modalités de l'opération, voy. *infra*, n^o 845).

Les droits des parts bénéficiaires sont parfois en conflit avec les pouvoirs statutaires de l'assemblée générale des actionnaires. Le cas peut se présenter, notamment, quand l'assemblée, usant du pouvoir que lui donne une clause des statuts, décide la dissolution anticipée de la société. Cette décision est opposable aux porteurs de parts, sauf le cas de fraude. Mais elle ouvre à leur profit un droit à des dommages-intérêts toutes les fois qu'elle n'était pas indispensable à la sauvegarde des intérêts de la société : voy., pour les détails : GILSON, *op. cit.*, n^o 65.

SECTION IV. — LES OBLIGATIONS.

§ 1^{er}. — Règles générales.

557. L'emprunt obligataire. — Une société anonyme émet des obligations à l'occasion d'un emprunt, lorsque les droits des prêteurs sont incorporés dans des titres négociables qui leur sont attribués en contrepartie de leurs avances et qui confèrent chacun des avantages identiques. Ces titres ou coupures sont des *obligations*, au sens spécial du mot.

558. Utilité. — L'émission d'obligations est un procédé de financement pratiqué depuis longtemps par les sociétés anonymes. La loi l'a consacré, en organisant ses modalités (art. 84 à 101, introduits dans le titre IX par les lois des 25 mai 1913 et 30 octobre 1919). Les sociétés y recourent notamment lorsqu'elles veulent procéder à des travaux importants et de longue durée. Elles y trouvent l'avantage de ne pas augmenter le nombre des actionnaires appelés à se partager les bénéfices sociaux. Les souscripteurs des obligations, de leur côté, recherchent un placement sûr, moins aléatoire que l'achat ou la souscription d'actions, leur garantissant un revenu et un remboursement certains. L'effet des dépréciations monétaires a toutefois souvent déçu leur attente.

559. Statut des obligataires. — Les obligataires sont des créanciers et non des associés, mais comme il s'agit généralement d'un emprunt important et à long terme, leur sort est pratique-

ment lié à la prospérité de la société; ils sont, d'autre part, en raison de leur nombre et de leur dispersion, dans un état d'infériorité en face de la société, qui est cependant leur débitrice. Aussi le législateur est-il intervenu dans une double intention : donner à ces créanciers liés à la vie de la société un certain droit de regard sur l'activité sociale; organiser la « masse » des obligataires pour permettre à l'opinion de leur majorité de s'exprimer et de s'imposer à tous.

560. Critère distinctif de l'emprunt obligataire. — L'emprunt obligataire, qui donne ainsi naissance à une « masse agrégée à la société » (RIPERT, n° 1261), présente une double caractéristique : il s'agit d'un emprunt collectif, ayant une certaine unité, et, d'autre part, cette dette est représentée par des titres négociables conférant chacun des droits identiques pour un même montant nominal. Cette double caractéristique met en évidence que l'on ne se trouve pas en présence d'un simple contrat, mais d'un mécanisme ou d'une institution accessoire, qui s'intègre dans l'organisation générale de la société anonyme elle-même, et qui s'apparente d'ailleurs à la souscription des actions : voyez *supra*, n° 480.

Lorsqu'on se trouve en présence d'un emprunt collectif de cette nature, les titres émis sont des obligations, quelle que soit d'ailleurs la dénomination qu'on leur donne; si l'échéance du remboursement est relativement proche (5 ou 10 ans), on les appelle généralement « bons » ou « bons de caisse ». Le but de l'opération est indifférent (1) (*contra*, mais à tort selon nous : BINET, note sous cass. fr., 7 mai 1912, *D. P.*, 1914, 1, 249), comme aussi le mode d'émission (cas des obligations émises « au robinet », c'est-à-dire à mesure de leurs besoins, par certains établissements de crédit : voy., à ce sujet, la déclaration très nette de M. Carton de Wiart, Ministre de la justice, au cours de la séance du Sénat du 24 avril 1913, RESTEAU, *Commentaire législatif*, p. 535; RESTEAU, t. III, n° 1636).

Si, au contraire, les titres ne sont pas négociables, ou encore s'il n'y a point d'égalité des titres, ni d'égalité des droits, l'opération n'est pas un emprunt obligataire. Tel est le cas pour les certificats de dépôt négociables, émis parfois par des banques; ces titres, qui ne font pas partie d'une

(1) Certaines sociétés, désirant pratiquer une politique d'autofinancement sans cependant priver leurs actionnaires de toute répartition des bénéfices, ont imaginé de leur attribuer, au lieu de sommes en espèces, des bons de caisse négociables, remboursables à terme et portant intérêt. Ce sont des obligations : voy. FREDERICQ, t. V, p. 819, et Rapport de la Commission bancaire, 1946-1947, p. 66; les « bons d'épargne » ou « certificats d'épargne » ont le même caractère : Rapport de la Commission bancaire, 1948-1949, p. 59.

émission prévue pour une somme globale déterminée, et dont le montant et l'échéance varient, ne sont pas des obligations (cf. RIPERT, n° 2139; cass. fr., 17 octobre 1869, *Sirey*, 1869, I, 479). L'émission de quelques titres seulement, ayant chacun une valeur considérable, ne serait pas non plus un emprunt obligataire : RESTEAU, t. III, n° 1593. En revanche, un emprunt obligataire véritable peut parfaitement comporter plusieurs « tranches » d'émission, qui se distingueront éventuellement par des valeurs nominales différentes : RESTEAU, t. III, n° 1636.

561. La masse des obligataires. — La loi de 1913, en groupant les obligataires en une masse, n'a cependant pas donné à celle-ci un caractère permanent ni, encore bien moins, la personnalité juridique. Les dispositions nouvelles prévoient uniquement la possibilité de convoquer une assemblée générale des obligataires, et la compétence de cette assemblée pour prendre, dans certaines conditions (de majorité notamment), des décisions valables pour tous les porteurs d'obligations (pour les détails, voy. *infra*, n° 720).

Sans doute cette assemblée peut-elle nommer des mandataires, pour exécuter ses décisions et représenter la masse dans certaines procédures (art. 93, 6°). Mais on ne saurait en déduire que la loi aurait ainsi reconnu implicitement la personnalité juridique à un groupement sans existence permanente et ne possédant aucun patrimoine (FREDERICQ, t. V, n° 563; la loi française consacre expressément la personnalité de la masse : voyez les critiques de M. RIPERT à ce sujet : n° 1275).

§ 2. — Emission des obligations.

562. Décision d'émettre l'emprunt. — La décision d'émettre un emprunt obligataire n'est soumise par la loi à aucune restriction; les organes sociaux compétents pour engager la société pourront donc la prendre toutes les fois qu'ils la jugeront opportune, et l'assemblée générale ne devra statuer à ce sujet que si les statuts le requièrent ou ne confèrent pas au conseil d'administration les pouvoirs nécessaires. Le recours à l'émission d'obligations est cependant exceptionnel et devrait être interdit lorsque le capital social n'est pas complètement libéré et avant que la société n'ait publié au moins son premier bilan (cf. en France : RIPERT, n° 1264).

Les conditions de l'emprunt (montant global, taux de l'intérêt, modalités du remboursement, etc.) sont également laissées à la décision des organes de la société. Toutefois, selon la loi du

10 novembre 1953 (art. 89^{ter}), la valeur nominale des obligations ne peut être inférieure à 1.000 francs, sauf si elle est libellée en monnaie étrangère.

Ce régime libéral n'est écarté que pour les obligations remboursables avec prime et par voie de tirage au sort (voy. ci-dessous, n° 567).

563. Appel au public. — D'autre part, les conditions dans lesquelles il peut être fait appel au public pour la souscription ou la vente d'obligations sont minutieusement réglées par la loi. Les règles applicables sont analogues à celles de l'émission et de la vente publiques d'actions (art. 84 à 88 ; art. 26 et suiv. de l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935 ; voy. *infra*, t. II).

564. Délivrance et placement des titres. — Les obligations sont délivrées à ceux qui les ont souscrites — la souscription étant ici, à la différence de la souscription d'actions, une promesse de prêt.

Généralement, l'émission se fait avec le concours d'établissements financiers qui se chargent du placement dans le public, moyennant une commission, ou qui « prennent ferme » l'ensemble des titres. Ceux-ci sont souscrits au pair, à moins qu'il ne s'agisse d'obligations avec prime de remboursement (titres émis à 900 francs et remboursables à 1.000 francs par exemple).

565. Forme des titres. — Les obligations peuvent être nominatives ou au porteur (art. 89), sans que les porteurs puissent demander ultérieurement la conversion d'une forme dans l'autre : RESTEAU, t. III, n° 1627.

Les obligations *au porteur* doivent porter les nombreuses mentions indiquées par la loi (même article). Les obligations *nominatives* sont inscrites dans un registre spécial, et les transferts sont soumis aux règles prescrites pour les actions par l'article 43 (pour les détails, voy. FREDERICQ, t. V, n° 578 et 579). L'article 89 ne renvoie pas à l'article 42 ; ce renvoi était cependant prévu par le projet de loi soumis aux Chambres ; il a disparu à l'occasion d'un amendement, sans qu'on en connaisse la raison (cf. RESTEAU, *Commentaire législatif*, Discussion aux Chambres, t. III, B, art. 87). On en déduit que la tenue du registre peut être réglée librement par la société et qu'elle n'est pas tenue de le mettre à la disposition des obligataires ou des actionnaires : RESTEAU, t. III, n° 1601 ; FREDERICQ, t. V, n° 579. C'est là une situation assurément regrettable (1).

566. Les obligations au porteur non encore placées ni souscrites. — Les obligations au porteur, comme tous les titres de cette nature, sont des meubles corporels qui ont par eux-

(1) L'article 89^{bis} (loi du 9 février 1953) donne aux porteurs d'obligations le droit de prendre connaissance des deux parties du registre, lorsque le conseil d'administration a décidé de le scinder : voy. t. II.

mêmes une valeur, en tant qu'ils sont la représentation d'une créance que tout porteur sera fondé à exercer contre la souscription du titre (voy. *infra*, t. II). Elles ont une existence juridique dès que la société qui les a créées « s'en dessaisit au profit d'un tiers à qui elle confère un droit propre impliquant la possibilité de leur mise en circulation ultérieure » (cass. fr., civ., 23 octobre 1929, *D. P.*, 1929, 1, 152). Les obligations peuvent donc être valablement données en nantissement par la société, — à un banquier, en général, — avant d'avoir été placées et souscrites.

En ce sens : cass. fr., 23 octobre 1929, précité ; comm. Anvers, 14 juillet 1898, *Rev. prat. soc.*, 1898, n° 952 ; LACOUR et BOUTERON, t. I^{er}, n° 1080 ; RIPERT, n° 1271 ; *contra* : Bruxelles, 25 mai 1897, *Rev. prat. soc.*, 1897, n° 839 ; comm. Bruxelles, 3 février 1951, *Jur. com. Brux.*, 1952, 151 (cas d'un échange) ; FREDERICQ, t. V, n° 561 ; M. Fredericq admet cependant que les obligations puissent être vendues avant d'être émises ou même avant la constitution de la société : *ibid.*, n° 559 ; n'y a-t-il pas là quelque contradiction ?

§ 3. — Régimes particuliers.

567. Obligations à prime. — Les obligations à prime sont remboursables à un taux supérieur au taux d'émission (obligations émises à 900 francs et remboursables à 1.000 francs, par exemple, soit avec une prime de 100 francs). La prime est un avantage que l'on suppose de nature à séduire les prêteurs.

Lorsque le remboursement des obligations à prime se fait par tirage au sort, elles constituent une espèce de loterie. L'autorisation préalable requise en général, pour les loteries, par la loi du 31 décembre 1851, est remplacée ici par l'exigence de quatre conditions pour que l'émission soit licite (art. 100) : 1° tous les titres doivent rapporter au moins 3 pour cent d'intérêt ; 2° tous les titres provenant de la même émission doivent être remboursables par la même somme ; on ne peut donc pas prévoir l'attribution de lots à certains titres seuls ; l'aléa ne peut porter que sur la date du remboursement ; 3° le montant de l'annuité affectée au service de l'emprunt doit être le même pendant toute la durée de l'emprunt, afin d'égaliser les chances de remboursement et de ne pas retarder anormalement celui-ci ; 4° le montant total de toutes les obligations à prime ne peut dépasser celui du capital versé.

Si des obligations à prime, remboursables par voie de tirage au sort, étaient émises sans respecter l'une de ces conditions, l'opération serait illicite et, partant, nulle ; elle constituerait même une infraction punissable (Code pén., art. 301 et suiv.).

Le régime institué par l'article 100 était normal pour les emprunts à très long terme, souvent émis à 40 ou 50 pour cent de leur valeur normale, qui étaient fréquents au siècle dernier. Il est au contraire d'une rigueur excessive pour les emprunts actuels, remboursables généralement en 10, 15 ou 20 ans, émis à un taux de souscription légèrement inférieur à la valeur nominale, et dont l'amortissement ne peut commencer dès la première année sans grever l'entreprise émettrice d'une charge excessive : voy. les observations de la Commission bancaire, Rapport 1948-1949, p. 59 à 62.

568. Obligations hypothécaires. — La constitution d'une hypothèque pour garantir les droits des porteurs d'obligations, avait suscité de nombreuses difficultés (elles subsistent partiellement en France : RIPERT, n° 1303). La loi de 1913 les a écartées d'office, en apportant les dérogations nécessaires (art. 97) au régime normal des hypothèques, — qui, en dehors de ces dérogations expresses, demeure applicable dans ce cas particulier.

Voici les principales dérogations prévues par l'article 97 (voyez RESTEAU, t. III, n°s 1739 à 1771) :

a) La société comparait seule à l'acte constitutif ; l'acceptation par les futurs souscripteurs est supposée acquise d'avance, avec effet rétroactif.

b) C'est aussi la société qui doit requérir l'inscription au profit de la masse ; si elle négligeait de le faire, l'assemblée des obligataires pourrait en confier le soin à des mandataires *ad hoc*, car il s'agit d'un acte conservatoire (art. 93, 5° et 6°). Il en est de même pour les renouvellements d'inscription ; mais, en ce cas, tout obligataire peut, individuellement, y procéder : art. 97, *in fine*.

c) Dans les bordereaux d'inscription, la désignation du créancier est remplacée par celle des titres à émettre.

d) L'inscription doit être publiée dans les annexes du *Moniteur*.

e) L'hypothèque prend rang à la date de l'inscription, sans égard à l'époque de l'émission.

f) Dans les procédures de purge et d'expropriation forcée, la masse des obligataires sera représentée par un curateur, désigné sur requête d'un intéressé par le président du tribunal civil ;

il répartira les fonds revenant à la masse, dans les formes prescrites par l'article 99.

g) L'article 98 règle les conditions dans lesquelles aura lieu la radiation ou la réduction — volontaire ou forcée — de l'inscription. Pour les détails, voy. FREDERICQ, t. V, n^o 572.

h) La société est autorisée à consigner, un an après l'échéance, le montant non réclamé des obligations appelées au remboursement (art. 98, al. 2; FREDERICQ, t. V, n^o 573).

§ 4. — Droits des obligataires.

569. Régime actuel. — Théoriquement, le porteur d'obligations n'est qu'un créancier. Mais, en pratique, sa condition et celle de l'actionnaire ne cessent de se rapprocher : l'un et l'autre font un placement d'argent dont ils pourront se dégager aisément; tous deux sont exposés au risque de l'insolvabilité de la société.

Depuis la loi de 1913, qui a consacré, dans une mesure limitée, ce rapprochement, il faut distinguer les droits de l'obligataire comme créancier et ceux qu'il est admis à exercer dans le cadre de la société.

A. — DROITS DE L'OBLIGATAIRE COMME CRÉANCIER.

570. Paiement des intérêts. — Généralement, l'intérêt est fixe; il constitue une charge sociale et entre dans les frais généraux de la société. Mais on rencontre parfois des obligations « à intérêt variable », comprenant un intérêt fixe assez bas, auquel s'ajoute un supplément qui dépend du montant des bénéfices réalisés par la société. Cette formule rapproche encore davantage la condition de l'obligataire de celle de l'actionnaire : voy. RIPERT, n^o 1294.

L'intérêt des obligations se prescrit par 5 ans, mais le bénéfice de l'intérêt prescrit est acquis à l'Etat dans les conditions prévues par la loi du 24 juillet 1921 (art. 45), lorsqu'il s'agit d'obligations au porteur : voy. *supra*, n^o 511.

Il arrive que, par suite d'une erreur, les intérêts continuent d'être payés par la société, alors que le titre est devenu remboursable à l'occasion d'un tirage au sort (voy. *infra*, n^o 572). La société peut-elle, lors du remboursement, retenir les intérêts payés par erreur? La question est contro-

versée ; on a tenté d'invoquer, pour faire échec à la prétention de la société, l'article 1906 du Code civil (RESTEAU, t. IV, n° 1789), qui, pourtant, semble étranger au cas envisagé, puisque le paiement d'intérêts était expressément stipulé (FREDERICQ, t. V, n° 564) et que, d'autre part, cette disposition se justifie par l'idée d'une convention tacite qui serait prouvée par le paiement même, ce qui n'est évidemment pas admissible ici (DE PAGE, t. V, n° 155). En l'absence de toute disposition spéciale dérogeant aux règles du paiement indu (voy. pour la France : RIPERT, n° 1295), le remboursement semble pouvoir être exigé. Cette solution est cependant choquante, puisque la société a continué à jouir du capital et qu'elle est partiellement responsable de l'erreur commise (ESCARRA, t. I^{er}, n° 786) ; les tribunaux la tempèrent parfois en reconnaissant au porteur le droit de former, de son côté, une demande fondée sur l'enrichissement sans cause : comm. Bruxelles, 10 janvier 1895, *Pas.*, 1895, III, 21 ; cf. DE PAGE, t. III, n° 8, litt. c.

571. Remboursement des titres. — Ce droit est absolu ; les obligataires sont, à cet égard, dans la même situation que les autres créanciers de la société. Le remboursement doit être fait aux dates prévues, même si la société est en déficit. En cas de faillite ou de diminution des sûretés, par le fait de la société, celle-ci est déchue du bénéfice du terme : FREDERICQ, t. V, p. 798.

572. Modalités du remboursement. — En général, les conditions de l'emprunt prévoient un amortissement progressif des obligations : la société consacre au service de l'emprunt (capital et intérêts) une annuité constante ; chaque année, un tirage au sort désigne les titres à rembourser. Leur nombre, qui s'accroît progressivement, à mesure que décroît la charge des intérêts, est fixé par le *tableau d'amortissement* établi lors de l'émission. La société doit faire connaître, au besoin par la publication de listes dans les journaux, les numéros des titres sortis au tirage (RESTEAU, t. IV, n° 1789).

La société se réserve souvent la faculté d'amortir par rachat en bourse — ce qui est avantageux si les titres sont cotés au-dessous du pair. Mais elle doit amortir définitivement, chaque année, le nombre de titres convenus ; elle ne pourrait donc remettre en circulation les obligations rachetées en bourse que dans la mesure où leur nombre excède celui des titres à amortir (cf. RIPERT, n° 1298). Si les conditions de l'emprunt n'autorisent pas expressément les rachats en bourse, la société n'a pas le droit de substituer de tels rachats (supposés effectués au-dessous du pair) au remboursement au pair prévu par le tableau d'amortissement : HOUPIIN et BOSVIEUX, t. I^{er}, n° 591.

573. Remboursement anticipé. — La société peut-elle rembourser les obligataires avant les échéances convenues, même si aucune clause expresse — d'ailleurs fréquente — ne lui réserve ce droit? Elle sera tentée de le faire, notamment, si le taux de l'intérêt a baissé et si elle peut, en conséquence, « convertir » avantageusement l'emprunt ancien en un emprunt nouveau, moins onéreux.

Dans les prêts d'argent productifs d'intérêts, on doit normalement présumer que le terme est stipulé dans l'intérêt des deux parties (PLANIOL et RIPERT, t. XI, n° 1146; DE PAGE, t. V, n° 151), et, dès lors, le débiteur n'a pas la faculté de payer anticipativement. La jurisprudence se prononce en général en ce sens, lorsqu'il s'agit d'emprunts amortissables émis par des sociétés : Bruxelles, 26 avril 1893, *Pas.*, 1893, II, 197; *id.*, 5 décembre 1902, *Jur. com. Brux.*, 1903, 171; cf. RIPERT, n° 1297; *contra* : Gand, 16 juin 1900, *Pas.*, 1900, II, 91; FREDERICQ, t. V, p. 799; la question gît en fait : cass., 7 juin 1900, *Pas.*, 1900, I, 289.

L'arrêté royal n° 7 du 22 août 1934, qui avait permis à titre exceptionnel, nonobstant toute clause contraire, le remboursement anticipé de tous les prêts d'argent, n'est qu'une mesure provisoire devenue sans application depuis le 1^{er} juillet 1936.

574. Remboursement des obligations à prime. — La prime est considérée en général comme un accroissement de capital, revenant au nu propriétaire, et dont l'usufruitier n'a que la jouissance.

En cas de remboursement anticipé ou de faillite, les porteurs n'ont pas droit au paiement de la totalité de la prime, mais seulement à la partie acquise au moment du remboursement (RIPERT, n° 1299; ESCARRA, t. I^{er}, n° 784; *contra* : FREDERICQ, t. V, p. 799; Gand, 16 juin 1900, précité, et Bruxelles, 26 décembre 1900, *Pas.*, 1901, II, 181).

575. Sanction des droits de l'obligataire. — Si la société reste en défaut de payer les intérêts ou de rembourser le titre au terme prévu, l'obligataire peut, soit assigner en paiement, soit introduire contre la société une action en résolution pour inexécution des conditions de l'emprunt.

Pour éviter toute controverse au sujet de l'applicabilité de l'article 1184 du Code civil au cas spécial de l'emprunt par l'émission d'obligations, l'article 101 en reproduit expressément les dispositions et déclare que la condition résolutoire, pour le cas d'inexécution, est toujours sous-entendue dans ces opérations.

L'action en résolution sera exercée par chaque porteur pour son compte personnel. L'assemblée générale, en l'absence de dispositions l'y autorisant, ne pourrait valablement décider l'intentement de l'action pour le compte de la masse (voy. *infra*, n° 720). Le caractère collectif de l'emprunt et l'unité de l'opération sont ici écartés, chaque porteur demeurant libre d'adopter l'attitude la plus conforme à ses intérêts.

Il peut demander la résolution, par exemple, si la société ne se conforme pas au tableau d'amortissement : RESTEAU, t. IV, n° 1799.

B. — DROITS DE L'OBLIGATAIRE DANS LA SOCIÉTÉ.

576. Caractère limité de ces droits. — La loi ne lui reconnaît que des droits très limités (art. 90) :

1° Il peut prendre connaissance des pièces déposées au siège social conformément à l'article 78, en vue de l'assemblée générale annuelle des actionnaires (bilan, compte de profits et pertes, liste du portefeuille, liste des actionnaires qui n'ont pas complètement libéré leurs titres, rapport des commissaires). La loi ne lui donne pas, comme à l'actionnaire, le droit d'obtenir gratuitement une copie de ces documents.

2° L'obligataire peut assister aux assemblées générales d'actionnaires, mais avec voix consultative seulement. Il peut donc prendre la parole et poser des questions ou faire des observations, mais non participer aux votes (cf. RESTEAU, t. III, n° 1598; WAUWERMANS, n° 551).

Ces dispositions sont fort timides. L'importance et la durée du concours apporté à la société par les obligataires devraient leur faire reconnaître le droit (qu'ils ont en France : RIPERT, nos 1309 à 1311) d'être consultés par la société avant les décisions importantes que celle-ci se propose de prendre (fusion ou nouvelle émission d'obligations, par exemple) et d'être remboursés s'il est passé outre à leur avis défavorable.

CHAPITRE IV.

FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

577. Esquisse du régime actuel. — Les règles générales du fonctionnement de la société anonyme ont peu changé depuis les lois de 1873 et de 1886. Elles s'inspirent cependant d'une conception de la société anonyme tout à fait surannée et qui ne correspond plus à la réalité des faits.

Suivant le système encore en vigueur aujourd'hui, le fonctionnement de la société anonyme est assuré par trois rouages essentiels : le conseil d'administration, qui gère les affaires sociales ; les commissaires, qui contrôlent la gestion du conseil ; l'assemblée générale des actionnaires, qui dispose des « pouvoirs les plus étendus pour faire et ratifier les actes qui intéressent la société » (art. 70). A ces organes indispensables, la loi permet d'en ajouter au besoin deux autres, purement facultatifs : la gestion journalière des affaires de la société peut être déléguée à certaines personnes nommées à cette fin (art. 63) ; d'autre part, les administrateurs et les commissaires réunis peuvent être constitués en « conseil général » par une clause spéciale des statuts, qui déterminera les attributions de ce conseil (art. 68).

Indépendamment de ces organes permanents de la société, la loi permet que les commissaires se fassent assister par des experts (art. 65, al. 4) ; l'assemblée générale peut désigner des mandataires particuliers pour l'intentement éventuel d'une action en responsabilité contre les administrateurs et les commissaires en fonctions (art. 66) ; le tribunal de commerce, enfin, peut, dans des circonstances exceptionnelles, nommer des commissaires spéciaux avec la mission de vérifier les livres et comptes de la société (art. 191).

Dans ce système, le rôle prépondérant est réservé à l'assemblée générale : les actionnaires réunis s'identifient avec la société ; tous les pouvoirs des autres organes émanent de cette assemblée, dont ils sont considérés d'ailleurs comme de simples mandataires, toujours révocables par elle et tenus de lui rendre des

comptes. La mission du conseil se limite, en principe (voyez art. 54) aux actes d'administration proprement dits — à l'exclusion des actes de disposition. C'est la conception démocratique et parlementaire de la société anonyme, le pouvoir « exécutif » étant, dans la société anonyme, sous la dépendance absolue du pouvoir législatif, incarné par l'assemblée générale, qui peut même, dans certaines limites, modifier la constitution — c'est-à-dire les statuts — de la société.

578. Critique. — Le système actuel est défectueux au point de vue juridique, et, d'autre part, il ne répond plus aux nécessités actuelles. Les réalités étant plus fortes que la loi, il n'est pas surprenant que ce système, bâti sur des notions périmées, ait subi dans la pratique de singulières déformations. Mais il est grand temps de mettre le droit en concordance avec les faits.

La société anonyme est devenue une institution dont les organes sont hiérarchisés (cf. ESCARRA, t. I^{er}, n^o 798 ; cass., civ., 4 juin 1946, *Journ. soc.*, 1946, 374) (1) et qui vit d'une vie propre (voy. *supra*, n^{os} 301 et suiv.). Le pouvoir, au sein de cette institution, appartient en fait à quelques personnes, parfois même à une seule, qui, avec des titres divers (administrateurs-délégués, membres du comité de direction, etc.), dirigent l'activité de l'entreprise (laquelle, dans notre système, s'identifie encore très largement avec la société : voy. *supra*, n^{os} 38 et 139). Ces personnes, ou le « groupe » auquel elles appartiennent, disposent aisément d'une majorité relative dans les assemblées générales, qui, depuis longtemps, sont désertées par la plupart des actionnaires. Un véritable transfert d'attributions se réalise ainsi en pratique, — le rôle de l'assemblée n'étant plus, sauf dans des cas exceptionnels, que d'enregistrer ce qui a été décidé et réalisé par les dirigeants effectifs. Les autres administrateurs (appelés parfois « administrateurs passifs ») se bornent à assister de loin en loin à des séances plénières du conseil, au cours desquelles ils sont mis au courant de la marche des affaires et entérinent généralement les propo-

(1) La Cour de cassation de Belgique paraît s'orienter dans le même sens : un arrêt récent précise que si les résolutions de l'assemblée générale modifiant les statuts s'imposent même aux actionnaires absents ou opposants, c'est en vertu de la loi, et non d'une présomption de consentement : cass., 12 juin 1953, *J. T.*, 1953, 597.

sitions qui leur sont faites. Quant aux commissaires, la situation est plus étrange encore : on reconnaît à peu près unanimement que jamais — ou presque — ils n'exercent effectivement la mission de contrôle qui est leur seule raison d'être (1). La fonction de commissaire n'est, en général, qu'une sinécure plus ou moins lucrative ou un poste d'attente avant l'entrée au conseil d'administration (2). La loi du 1^{er} décembre 1953 n'a que très imparfaitement remédié à cette situation.

En dépit de ces faits, les administrateurs continuent, légalement, à n'être que de simples mandataires, révocables, des actionnaires réunis en une assemblée générale souveraine et omnipotente. C'est une pure fiction, qui, d'ailleurs, n'est guère conciliable avec la conception institutionnelle de la société. Ceux qui dirigent la société sont les organes de la personne morale ; ils devraient recevoir un statut approprié à leur qualité et à leurs fonctions réelles — ce qui impliquerait, en tout premier lieu, la suppression de leur révocabilité *ad nutum* (à remplacer par la révocabilité pour justes motifs : RIPERT, n^{os} 1121 et 1158). La distinction faite par la loi allemande du 30 janvier 1937 paraît, à cet égard, fort judicieuse : l'assemblée nomme un conseil de surveillance — *Aufsichtsrat* — qui, à son tour, désigne les dirigeants effectifs — *Vorstand* — dont il surveille la gestion ; l'assemblée générale n'est qu'un collège électoral et, pour le surplus, n'a guère d'autre fonction que de décider les modifications statutaires (3). La surveillance, enfin, aujourd'hui inexistante, devrait être confiée exclusivement à des contrôleurs étrangers à l'entreprise, qui soient à la fois compétents et indépendants.

(1) Il ne peut être question d'examiner ici les causes de cette situation et les remèdes qui peuvent être envisagés ; nous avons étudié ces questions ailleurs : J. VAN RYN, *La réforme du contrôle des sociétés commerciales et l'expérience anglaise*.

(2) La situation décrite ci-dessus est celle qui se rencontre dans la plupart des sociétés anonymes importantes, dont le capital est assez élevé et qui comptent des actionnaires nombreux. Ce sont les sociétés anonymes véritables ; il ne devrait pas en exister d'autres : voy. *supra*, n^o 459.

(3) On a proposé néanmoins divers procédés qui pourraient rendre la vie aux assemblées générales et leur restituer un rôle agissant dans l'activité des sociétés : cf. A. TUNC, « L'effacement des organes légaux de la société anonyme, D., 1952, Chron., p. 73. Il nous paraît cependant douteux que les actionnaires des sociétés européennes puissent être, par quelque moyen que ce soit, amenés à jouer le rôle actif qu'on ambitionne pour eux, et, surtout, qu'ils aient la capacité de s'en acquitter d'une manière effective et utile.

SECTION I^{re}. — LE CONSEIL D'ADMINISTRATION.§ 1^{er}. — *Formation du conseil d'administration.*

579. Nombre des administrateurs et conditions de leur nomination. — Les administrateurs sont trois au moins. Ce minimum se comprend, puisque le conseil d'administration est essentiellement un collège délibérant (art. 67). Sous cette réserve, les statuts peuvent en déterminer librement le nombre ou laisser ce soin à l'assemblée générale, voire même au conseil lui-même. Aucun maximum n'est prévu (voy. au contraire, en France : RIPERT, n^o 1139).

Ils sont nommés, en principe, par l'assemblée générale, sauf le premier conseil, dont les membres peuvent être désignés dans l'acte constitutif (art. 55).

La loi n'exige des administrateurs aucune qualification particulière, ni aucune condition spéciale. Ils ne doivent pas nécessairement être actionnaires de la société, ni de nationalité belge, par exemple. Ils peuvent n'avoir eux-mêmes qu'une capacité juridique limitée (une femme mariée ou un mineur émancipé peuvent être administrateurs : voy. *supra*, n^o 371). Ils peuvent être une personne physique ou une personne morale (même numéro). Il n'y a pas non plus de limite d'âge, ni de restriction au nombre des mandats qu'une seule personne peut exercer, contrairement à ce que prévoient certaines législations étrangères (Pour les interdictions et les incompatibilités qui frappent les administrateurs et les gérants de sociétés en général, voy. *supra*, n^o 371).

La nomination des administrateurs ne devient effective que lorsqu'elle est acceptée par eux ; mais cette acceptation peut être tacite : comm. Bruxelles, 30 septembre 1937, *Rev. prat. soc.*, 1940-1946, p. 367. Elle n'est opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir, que le cinquième jour après sa publication aux annexes du *Moniteur* (art. 11 et 12).

580. Remplacement par cooptation. — En cas de vacance d'une place d'administrateur, la loi prévoit une procédure spéciale de remplacement par cooptation, sauf dispositions contraires dans les statuts.

Les administrateurs restants et les commissaires réunis, statuant

à la majorité des voix, ont le droit de pourvoir provisoirement à la place vacante; celui qu'ils désignent ne restera en fonctions que jusqu'à la première réunion de l'assemblée générale. Celle-ci doit procéder à l'élection définitive du nouveau titulaire, qui, en principe, ne fera qu'achever le terme de l'administrateur dont la place était devenue vacante (art. 56).

Cette faculté peut être exercée dans tous les cas de vacance, quelle qu'en soit la cause : Gand, 12 décembre 1936, *Pas.*, 1937, II, 94; *Rép. prat. dr. belge*, v^o *Sociétés anonymes*, n^o 682; il n'est pas nécessaire qu'il y ait urgence. Les administrateurs et les commissaires apprécieront si la bonne marche des affaires exige qu'ils fassent usage de la faculté prévue par la loi. Ils ne sont *obligés* d'y recourir que dans un seul cas : si, par suite de la vacance, le nombre des administrateurs est devenu inférieur au minimum légal (trois) : FREDERICQ, t. V, n^o 408; WAUWERMANS, n^o 321; TART, *Rev. prat. soc.*, 1922, p. 247; *contra* : WILLOCKX, *ibid.*, 1932, p. 243.

La même procédure s'applique si *plusieurs* places d'administrateur deviennent vacantes. Mais il y a controverse sur la marche à suivre en ce cas : faut-il procéder à des nominations successives (en ce sens : RESTEAU, t. II, n^o 827) ou, au contraire, peut-on procéder d'emblée à la désignation de titulaires pour toutes les places vacantes (TART, *Rev. prat. soc.*, 1922, n^o 2461)? Cette dernière solution semble préférable : voy. FREDERICQ, t. V, n^o 409. Celui qui a déjà été désigné, peut parfaitement, en cas de vacance *ultérieure* d'une autre place, participer à la désignation d'un deuxième titulaire provisoire, puisqu'il est lui-même, à ce moment, l'un des « administrateurs restants ».

581. Impossibilité de reconstituer le conseil. — Lorsqu'il est momentanément impossible de reconstituer le conseil, par suite, par exemple, de l'opposition de deux groupes d'actionnaires de puissance égale, la jurisprudence française admet que le juge des référés puisse pourvoir provisoirement la société d'un administrateur qu'il désigne : RIPERT, n^o 1128. Cette solution doit, semble-t-il, être adoptée également en Belgique.

§ 2. — Condition juridique des administrateurs.

582. Organe collectif. — Les administrateurs forment un collège délibérant (art. 67); c'est à ce collège seul que doit être reconnue la qualité d'organe de la société; c'est lui seul qui représente la société, et non chaque administrateur individuellement.

Le conseil d'administration constitue un « organe collectif », distinct des personnes physiques qui le composent, et dont les pouvoirs se perpétuent tant que dure la société elle-même

(PIC et KRÉHER, t. II, p. 499). C'est pourquoi les procurations données par le conseil subsistent tant qu'elles ne sont pas révoquées ; les changements survenus dans la composition du conseil demeurent à cet égard sans influence, et les tiers ne pourraient exiger du mandataire une confirmation de sa procuration par les nouveaux administrateurs : HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n° 1095.

583. Délégation de ses pouvoirs par le conseil. — Le conseil ne peut déléguer les fonctions qui lui sont attribuées (WAUWERMANS, n° 413 ; RESTEAU, t. II, n° 904 ; Bruxelles, 26 novembre 1885, *Pas.*, 1886, II, 43), sauf dans la mesure prévue par l'article 63 (gestion journalière, voy. ci-après, n° 643). Mais il peut naturellement conférer à certains agents de la société des procurations limitées qui leur permettront d'engager la société en qualité de mandataires (cf. Rapport Pirmez, GUILLERY, *Comm. législ.*, p. 128, n° 60). Ces procurations ne pourraient cependant être générales, ni équivaloir à une renonciation, par le conseil d'administration, à remplir lui-même ses fonctions, même partiellement.

Sur les clauses statutaires indiquant les conditions dans lesquelles la société sera réputée engagée à l'égard des tiers, voy. *supra*, n° 473. Ces clauses ne se rapportent qu'à une question de preuve ; elles n'ont pas pour objet une extension de pouvoirs : ceux qui peuvent attester, par leurs signatures, les engagements sociaux, n'ont pas, par cela même, le pouvoir d'agir seuls au nom de la société : *cass.*, 29 mars 1906, *Pas.*, 1906, I, 180.

584. Durée des fonctions. — Les fonctions des administrateurs sont essentiellement temporaires : une disposition légale impérative en limite la durée à six ans au maximum (art. 55, al. 3) ; mais ils sont rééligibles (art. 56). Ce système permet, d'une part, de maintenir en fonctions pendant une durée pratiquement illimitée les administrateurs qui gèrent bien la société, et, d'autre part, de mettre fin aux fonctions de ceux qui n'ont pas donné satisfaction sans devoir procéder à une révocation blessante : leur mandat ne sera pas « renouvelé » à son expiration.

Les statuts prévoient ordinairement l'expiration échelonnée des mandats : un tiers ou la moitié, par exemple, tous les deux ou les trois ans, de manière à donner une certaine permanence à la direction des affaires.

Dans le cadre interne de la société, et en vertu des règles

du mandat, l'administrateur dont le mandat est expiré, comme l'administrateur démissionnaire (voy. *infra*, n^o 589), est tenu, sauf empêchement absolu, de continuer à s'occuper de la gestion jusqu'à ce qu'il ait été pourvu à son remplacement : trib. Gand, 13 mai 1936, *Rev. prat. soc.*, 1938, n^o 3749 ; comm. Tournai, 20 novembre 1952, *ibid.*, 1953, p. 234.

585. Assimilation à des mandataires. — Dans le cadre interne de la société, les administrateurs sont traditionnellement assimilés à des mandataires de l'assemblée générale des actionnaires (voy. *supra*, n^o 372). Cette assimilation explique diverses règles importantes, qui seront exposées ci-après (n^{os} 586 à 595).

586. Révocabilité par l'assemblée générale. — Les administrateurs sont à tout moment révocables *ad nutum* par l'assemblée générale : article 55, alinéa 3 ; même s'ils ont été désignés dans l'acte constitutif (cf. Rapport Pirmez à la Chambre, GUILLERY, *Comment. législ.*, n^o 48, p. 122). La règle est d'ordre public (Bruxelles, 22 octobre 1902, *Pas.*, 1903, II, 57), car elle constitue un élément essentiel du régime juridique institué par la loi de 1873 (voy. la critique de ce régime : *supra*, n^o 578 ; RIPERT, n^o 1158). Toute clause qui supprimerait le droit de révocation par l'assemblée générale, ou le limiterait, serait illicite ; tel serait le cas, notamment, d'une clause exigeant, pour la révocation, une majorité spéciale : PIC et KRÉHER, t. II, n^o 2046 ; RESTEAU, t. II, n^o 837.

Mais l'assemblée doit user de son droit avec prudence, de manière à éviter que l'honneur de l'administrateur révoqué ne soit injustement atteint, ce qui lui donnerait le droit d'invoquer contre la société la responsabilité de droit commun (Code civ., art. 1382 et 1383) : FREDERICQ, t. V, n^o 422. Pour éviter des réclamations — fréquentes, en pratique, bien que vaines — il est d'usage d'employer l'expression « retrait de mandat », jugée moins blessante que le mot « révocation », qui, pourtant, est parfaitement correct.

587. Révocation immédiate en cas d'urgence. — La jurisprudence admet que si des révélations faites au cours d'une assemblée générale appellent la révocation immédiate d'un administrateur, cette mesure peut être prise sur-le-champ, même si elle n'est pas inscrite à l'ordre du jour. La solution a été critiquée (FREDERICQ, t. V, n^o 423 ; P. DEMEUR, *Rev. prat. soc.*, 1925,

n° 2639), mais elle répond à une véritable nécessité. Elle n'est d'ailleurs pas incompatible avec les règles des assemblées délibérantes, tout au moins lorsqu'il s'agit d'un fait imprévu et qui exige une décision d'urgence (cf. RIPERT, n° 1158 ; PIC et KRÉHER, t. II, n° 2046 et les références citées ; RESTEAU, t. II, n° 1147 ; Paris, 19 juillet 1935, *D. H.*, 1935, 561 ; CH. LAURENT, « Des nullités en matière de révocation d'administrateurs », *Revue (franç.) des sociétés*, 1934, p. 105) ; il faut, bien entendu, que l'administrateur ait eu l'occasion de se défendre et que la décision ait été prise en connaissance de cause (RIPERT, *eod. loco*).

588. Absence d'indemnité en cas de révocation. — La révocation ne doit pas être motivée et ne donne jamais lieu à des dommages-intérêts ; la clause prévoyant le paiement d'une indemnité en cas de révocation serait nulle : Bruxelles, 16 janvier 1906, *Pas.*, 1908, II, 270.

Pour se protéger contre une révocation éventuelle, les administrateurs se font parfois engager par la société comme « directeur », dans l'espoir de conserver tout au moins, en cas de révocation, les avantages attachés à ce contrat de louage de services. Cette dualité de fonctions n'est pas *a priori* impossible ; lorsqu'elle existe, chacune reste soumise à ses règles propres. Mais s'il était établi que l'administrateur ne fournissait cependant à la société aucune prestation particulière, distincte de celles qu'il lui devait en sa qualité de membre du conseil, le contrat ne serait qu'une opération simulée, faite pour tourner une disposition d'ordre public, et dénuée de tout effet (cf. FREDERICQ, t. V, p. 611 ; voy. *infra*, n° 651).

589. Démission des administrateurs. — L'administrateur peut donner sa démission, c'est-à-dire renoncer à son « mandat » (cf. Code civ., art. 2007). Les effets de cette démission ne sont pas subordonnés à son acceptation préalable par le conseil d'administration ou par l'assemblée générale. Il s'agit d'un acte unilatéral que le mandataire peut « notifier » au mandant (art. 2007) : voy. note sous Bruxelles, 29 janvier 1908, *Rev. prat. soc.*, 1908, p. 211 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, t. II, n° 1031. Mais l'administrateur qui a notifié sa démission au conseil, doit continuer l'exercice de ses fonctions jusqu'à ce que sa démission ait été constatée et que son remplacement ait été assuré ; il a donc le droit d'exiger

que ce soit fait dans le plus bref délai. S'il cessait brusquement de remplir ses fonctions, il engagerait sa responsabilité : DE VOS et VAN MEENEN, art. 43, n^o 11 ; SIVILLE, n^o 682 ; Bruxelles, 11 décembre 1899, *Rev. prat. soc.*, 1900, p. 295 ; arg. Code civ., art. 1991, al. 2, et 2003. Il ne peut, d'autre part, rétracter sa démission si elle a été portée à la connaissance de la société : les actes unilatéraux sont, en principe, irrévocables : voy. J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, n^o 347.

S'il donne sa démission avant la tenue de l'assemblée générale annuelle appelée à adopter le bilan de l'exercice écoulé, il peut obtenir, par un vote spécial de l'assemblée, décharge de sa gestion pour la période postérieure à la clôture de l'exercice (WAUWERMANS, n^o 713) ; mais il doit lui faire, au préalable, un rapport sincère et complet sur cette gestion (cf., pour la décharge en général, *infra*, n^o 629).

590. Publication des démissions et révocations. — La démission ou la révocation n'est opposable aux tiers qu'après avoir été publiée dans les annexes du *Moniteur* (art. 12 ; cf. civ. Gand, 13 mai 1936, *Rev. prat. soc.*, 1938, p. 270).

L'administrateur ne peut exiger cette publication ou y procéder lui-même que lorsqu'il a été pourvu à son remplacement : RESTEAU, t. II, n^o 854.

591. Responsabilité : renvoi. — La responsabilité des administrateurs envers la société est, en principe, celle du mandataire. Elle fera l'objet d'une étude spéciale : voy. ci-après, § 6.

592. Caractère personnel de la fonction. — Comme tout mandataire, l'administrateur ne peut se substituer une autre personne pour remplir sa mission que s'il y est autorisé par le mandant. On ne peut présumer pareille autorisation, chaque administrateur étant censé avoir été désigné en raison de ses qualités personnelles (FREDERICQ, t. V, n^o 427 ; DEMBOUR, n^o 66, p. 88 ; RESTEAU, t. II, n^o 918). Mais les statuts prévoient parfois qu'un administrateur empêché pourra charger un de ses collègues de voter à sa place.

593. Rémunération. — Comme tout mandataire, l'administrateur n'a droit à une rémunération que si elle a été stipulée : article 53. Cette question est ordinairement réglée par les statuts ; s'ils sont muets, on a soutenu que l'assemblée générale avait le droit d'accorder une rémunération aux administrateurs et

d'en fixer le montant : Bruxelles, 2 janvier 1904, *Pas.*, 1904, II, 309.

Si les administrateurs s'attribuaient des émoluments que ni les statuts, ni les décisions de l'assemblée générale n'autorisaient, ils devraient les restituer, sans préjudice à leur responsabilité envers la société, au cas où les paiements injustifiés lui auraient causé un dommage.

Les émoluments prévus consistent soit en un traitement (compris dans les frais généraux), soit en jetons de présence, soit en un tantième sur les bénéfices répartis par le conseil entre ses membres (pour les détails, voy. FREDERICQ, t. V, n° 419). Ces tantièmes ne sont soumis actuellement à aucune règle restrictive, ce qui donne lieu à des abus relevés par la Commission bancaire (Rapport 1946-1947, p. 80 et 81 ; Rapport 1948-1949, p. 62 et suiv.) ; ils devraient obligatoirement être calculés sur les bénéfices nets et n'être permis qu'après le paiement d'un premier dividende aux actionnaires (cf. en France : RIPERT, n° 1146).

594. Causes mettant fin aux fonctions. — Les fonctions d'administrateur cessent, comme le mandat, par la mort, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de leur titulaire (cf. Code civ., art. 2003), et, en général, par la survenance de toute incapacité (PLANIOL et RIPERT, t. XI, n° 1496).

595. Compétence du tribunal de commerce. — Comme les administrateurs ne dirigent les affaires sociales qu'en qualité de mandataires, leur activité ne leur confère pas la qualité de commerçants (voy. *supra*, n° 98) ; mais les litiges entre eux et la société sont néanmoins de la compétence des tribunaux de commerce (loi du 25 mars 1876, art. 12).

596. Situation fiscale des administrateurs. — Les administrateurs (1) sont redevables de la taxe professionnelle sur les rémunérations, fixes ou variables, qui leur sont attribuées. Leur régime a été modifié par les lois des 8 mars et 30 juin 1951. Le montant de la taxe est déterminé par l'article 35, §§ 7 et 9, des lois coordonnées relatives aux impôts sur les revenus.

Une majoration de 20 décimes additionnels est appliquée à la partie de la taxe professionnelle qui correspond aux rémunérations qu'ils reçoivent en qualité d'administrateurs (lois coordonnées, art. 35, § 7, al. 1^{er}). Une dérogation est toutefois prévue pour ceux qui exercent effectivement, en vertu d'une délégation ou d'un contrat, des fonctions réelles et per-

(1) Le même régime est applicable aux commissaires, aux liquidateurs et aux autres personnes exerçant des fonctions analogues au sein des sociétés par actions belges, étrangères ou de la colonie.

manentes dans deux sociétés au maximum, à désigner par eux dans leur déclaration annuelle : les rémunérations fixes ou variables qui leur sont allouées par ces sociétés sont exonérées de la majoration dans la mesure où elles dépassent les émoluments de leurs collègues non investis de fonctions spéciales (art. 35, § 7, al. 2 et 3). La loi fiscale consacre ainsi une distinction entre les administrateurs investis de fonctions effectives et permanentes et ceux « qui n'ont guère d'activité et qui figurent au conseil d'administration dans un but qui est plus ornemental que technique » (rapport de la Commission des finances du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, session 1950-1951, n° 162, p. 37 et 38). On admet que lorsque tous les administrateurs exercent effectivement des fonctions réelles et permanentes, ils bénéficient de l'exemption de la majoration pour la totalité de leurs rémunérations (MAES et RENAULD, « Commentaire de la loi du 8 mars 1951 », *Journ. prat. dr. fisc.*, 1951, p. 97 et suiv., n° 50 et 51).

D'autre part, la taxe professionnelle due par les administrateurs de société est majorée en principe de 20 %, — sans aucune distinction suivant le caractère effectif ou non des fonctions (lois coordonnées, art. 35, § 9, al. 1^{er}). Mais cette majoration n'est pas due ou est réduite de moitié lorsque la taxe est payée par retenues à la source ou est versée anticipativement par le contribuable (lois coordonnées, art. 35, §§ 9 et 10).

Les administrateurs, qu'ils exercent ou non des fonctions réelles et permanentes, se sont vu retirer le droit de déduire de leurs rémunérations une somme forfaitairement fixée à titre de charges professionnelles (loi du 8 mars 1951, art. 12, modifiant l'art. 29, § 3, al. 2, des lois coordonnées). Les services de taxation admettent toutefois en fait une évaluation forfaitaire de ces charges (Instructions ministérielles du 9 juin 1951, n° 142, *Journ. prat. dr. fisc.*, 1952, p. 32 et 33).

§ 3. — Fonctionnement du conseil d'administration.

597. Mode de délibération. — Les statuts peuvent régler librement les conditions dans lesquelles le conseil se réunira et prendra ses décisions. Sous cette réserve, on appliquera, à titre supplétif, les règles ordinaires des assemblées délibérantes (art. 67) qui sont énoncées principalement par les articles 37 et 38 de la Constitution et par les règlements des Chambres (voy., pour les détails : RESTEAU, t. II, n° 909 et suiv.). Le conseil doit composer son bureau (RESTEAU, t. II, n° 913) ; la majorité des membres doit être présente ; les décisions se prennent à la majorité absolue des suffrages ; en cas de partage des voix, la proposition est rejetée ; les élections et les nominations se font au scrutin secret. Le conseil ne peut délibérer que sur les objets portés à l'ordre du jour.

Il faut, en outre, que tous les membres aient été régulièrement convoqués ou que, tout au moins, ceux qui ne l'ont pas été, prennent part à la délibération. Les statuts déterminent ordinairement les formes et les délais à respecter, ainsi que le lieu où les réunions se tiendront et leurs dates, si une périodicité est imposée.

598. Procès-verbaux des séances. — Les délibérations du conseil sont actées dans des procès-verbaux, transcrits dans un registre spécial; sauf disposition contraire des statuts, ils sont signés par le président et par le secrétaire, et sont soumis à l'approbation du conseil au début de la séance suivante.

599. Conflit d'intérêts entre un administrateur et la société : article 60. — Un administrateur a parfois, à l'occasion d'une opération déterminée, un intérêt opposé à celui de la société; le cas est flagrant, s'il s'agit d'un marché qu'il se propose de passer lui-même avec elle; parfois, il s'agira seulement d'un intérêt indirect, ou même d'une simple inégalité d'avantages.

Ces opérations ne sont pas interdites, mais, dans tous les cas, l'administrateur qui se trouve en conflit d'intérêts avec la société, doit se conformer aux prescriptions spéciales de l'article 60 : il doit prévenir le conseil du conflit qui se présente, faire mentionner sa déclaration au procès-verbal de la séance, et s'abstenir de prendre part à la délibération. Comme les autres administrateurs pourraient encore rester sous l'influence de leur collègue, malgré son abstention, la loi exige qu'il soit rendu compte des opérations de cette nature à la première assemblée générale, et avant tout vote sur d'autres résolutions.

600. Sanction insuffisante. — L'inobservation de l'article 60 n'entraîne pas la nullité de la décision prise par le conseil : Gand, 14 avril 1903, *Pas.*, 1904, II, 16; Bruxelles, 27 juin 1931, *Rev. prat. soc.*, 1932, 137; Liège, 2 janvier 1928, *B. J.*, 1929, 89. La seule sanction possible est la responsabilité éventuelle des administrateurs en faute; mais elle implique la preuve d'un préjudice réalisé et d'un lien de causalité entre ce préjudice et l'omission des formalités prévues par la loi; c'est là une démonstration bien difficile. Le régime organisé par l'article 60 est donc fort peu satisfaisant (voy. les observations de la Commission bancaire, Rapport 1950-1951, p. 62 et 63). La nullité devrait être admise en cas de préjudice démontré; il faudrait même aller jusqu'à l'interdiction pure et simple pour les opérations

qui, par leur objet même, révèlent qu'elles sont étrangères à l'intérêt de la société : prêts aux administrateurs, cautionnement de leurs engagements envers les tiers (cf., en France, RIPERT, n° 1154).

§ 4. — *Attributions du conseil d'administration.*

601. Principes. — La loi elle-même confère au conseil d'administration deux attributions qu'il ne serait pas permis de lui retirer : 1° il a le pouvoir de convoquer l'assemblée générale : article 73 ; 2° il dresse chaque année l'inventaire et forme le bilan ainsi que le compte de profits et pertes : article 77.

Pour le surplus, la loi permet de déterminer librement par les statuts les attributions du conseil, sans que l'on puisse toutefois lui confier les pouvoirs que la loi elle-même confère à l'assemblée générale.

602. Clauses statutaires usuelles. — En pratique, il est largement fait usage de cette liberté, et l'on rencontre les clauses les plus diverses. Elles contiennent parfois une longue énumération d'actes rentrant dans les pouvoirs du conseil, suivie de la mention que cette nomenclature « n'est pas limitative », — formule peu claire et à déconseiller. Une clause plus simple, et qui tend à se généraliser, prévoit que « tous les pouvoirs qui ne sont pas expressément attribués à l'assemblée générale par la loi ou par les statuts, appartiennent au conseil d'administration ». Sa validité n'est pas douteuse ; elle consacre le transfert au profit du conseil, de la plénitude d'attributions qui, dans le système de la loi de 1873, était dévolue à l'assemblée ; c'est en ce sens que s'orientent diverses législations étrangères (voy. *supra*, n° 578 ; voy. cependant l'interprétation restrictive — critiquable, à notre avis — donnée à cette clause par la cour de cassation : 17 janvier 1918, *Pas.*, 1918, I, 175).

603. Clauses relatives à la représentation de la société en justice. — Des clauses particulières prévoient parfois que la société sera représentée dans les procédures judiciaires par le président du conseil, ou par l'administrateur-délégué, ou par deux administrateurs au moins. Leur utilité pratique est évidente et leur validité ne semble jamais avoir été contestée (voy. *supra*, nos 473 et 582). Elles constituent en quelque sorte un mandat

permanent pour l'exécution des décisions du conseil. Mais elles ne dispensent pas de la production d'une procuration spéciale pour les actes qui en requièrent : désistement, par exemple. Elles ne doivent pas être confondues avec les clauses précisant que les actions seront suivies « poursuites et diligences de l'administrateur-délégué », par exemple. La mission donnée par ces clauses n'a pour objet que des mesures d'exécution (instructions aux avoués et huissiers, etc.); elles ne donnent pas qualité pour représenter la société en justice — contrairement à ce qui est parfois supposé. Ces clauses sont, en réalité, superflues et, vu les confusions qu'elles provoquent, pourraient être utilement supprimées.

604. Pouvoirs des administrateurs en cas de silence des statuts. — Si les statuts ne règlent pas la question, ou si leurs clauses sont incomplètes, la loi présume (art. 54) que les fondateurs ont voulu seulement donner au conseil « le pouvoir de faire tous actes d'administration et de soutenir toutes actions au nom de la société, soit en demandant, soit en défendant ». En d'autres termes, le conseil ne peut accomplir, en ce cas, que les actes « d'administration »; ses pouvoirs sont donc beaucoup moins étendus que ceux des gérants d'une société de personnes (voy. *supra*, n° 427).

Les actes d'administration s'opposent, en principe, aux actes de disposition, mais la distinction doit être appliquée avec souplesse; il faut tenir compte, notamment, de la nature et de l'objet de la société. Tous les actes ordinaires d'exploitation seront considérés comme des actes d'administration, même si, envisagés en eux-mêmes, ils impliquent une aliénation (voy. DEMBOUR, n° 69). L'emprunt au nom de la société ne rentre pas, en principe, dans le cadre de ces actes, sauf dans des cas exceptionnels : s'il s'agit d'un emprunt peu important, contracté pour un temps très court, et alors que la société a un pressant besoin d'argent : RESTEAU, t. II, n° 881.

Le pouvoir de représenter la société en justice implique celui de faire les actes extrajudiciaires utiles à la défense des droits de la société, mais non celui de transiger ou de compromettre, à moins que l'objet du litige ne soit compris dans le cercle des actes qui sont dans les attributions du conseil (Rapport Pirmez, GUILLERY, *Comment. législ.*, t. II, p. 121).

605. Cas particuliers. — Pour les difficultés soulevées par la procédure d'interrogatoire sur faits et articles, voy. FREDERICQ, t. V, n^o 431 : le jugement qui admet l'interrogatoire peut ordonner que le conseil d'administration délibère sur les réponses à faire et charge un représentant d'aller les faire connaître au magistrat commis : comm. Bruxelles, 26 novembre 1937, *Rev. prat. soc.*, 1938, 226 (solution justifiée par une interprétation extensive de l'article 336 du Code de procédure civile). Mais les administrateurs ne pourraient être interrogés sur des faits qui leur sont personnels, s'ils ne sont pas mis en cause eux-mêmes dans le procès : Liège, 25 juin 1937, *Rev. prat. soc.*, 1938, 63 ; la seule ressource, pour recueillir leurs déclarations personnelles, est de les faire entendre comme témoins au cours d'une enquête.

Les membres du conseil pourraient-ils prêter le serment qui aurait été déféré à la société ? On répond en général négativement, et l'on en déduit que la délation du serment à une société anonyme est impossible : FREDERICQ, t. V, n^o 430 ; RESTEAU, t. II, n^o 901 ; *supra*, n^o 368.

§ 5. — Responsabilité des administrateurs.

606. Caractères généraux. — Ici, le législateur ne s'est pas contenté d'un simple renvoi aux règles du mandat. Les fonctions que remplissent les administrateurs d'une institution autonome comme la société anonyme comportent des responsabilités plus diverses et plus étendues que celles d'un mandataire ordinaire. Les fautes commises par eux dans l'exercice de leurs fonctions peuvent, dans certains cas, engager leur responsabilité *envers les tiers*.

D'autre part, l'activité de la société anonyme met en jeu des intérêts multiples et considérables, au point que la responsabilité civile n'est pas une sanction suffisante ; pour assurer le fonctionnement normal de la société, beaucoup de fautes sont érigées en infractions pénales à charge des administrateurs ; en cas d'augmentation du capital, la loi met à leur charge la responsabilité des fondateurs.

Enfin — compensation de cet alourdissement de la responsabilité — la prescription ordinaire est considérablement abrégée.

La responsabilité des administrateurs est donc à la fois étendue et complexe. Elle varie selon la nature et les caractères des faits qui leur sont reprochés.

A. — RESPONSABILITÉ ENVERS LA SOCIÉTÉ
POUR LES FAUTES DE GESTION.

607. Responsabilité assimilée à celle d'un mandataire.

— Chargés de gérer la société, les administrateurs sont responsables envers elle des fautes commises par eux au cours de cette gestion. La loi leur impose la responsabilité ordinaire du mandataire (art. 62, al. 1^{er}) et l'on enseigne en général que c'est une responsabilité contractuelle, bien qu'il n'y ait point de contrat entre la société et ses administrateurs ; il s'agit plutôt d'une fiction ou d'une assimilation imposée par la loi (cf. RIPERT, n° 1209).

Comme le mandataire, l'administrateur sera donc responsable toutes les fois qu'il ne se sera pas acquitté de ses fonctions « en bon père de famille », c'est-à-dire comme l'eût fait un homme d'une prudence et d'une intelligence moyennes, placé dans les mêmes circonstances. Il doit respecter toutes les prescriptions de la loi et des statuts, et apporter à la gestion des affaires sociales les soins normaux qu'elle requiert. Les administrateurs doivent aussi surveiller l'administrateur-délégué chargé de la gestion journalière : cf. note LESCOT sous Req., 7 janvier 1930, *Sirey*, 1931, I, 25. Cette obligation ne se conçoit naturellement pas à charge de l'administrateur-délégué lui-même : cass., 31 octobre 1946, *Pas.*, 1946, I, 389.

La responsabilité des administrateurs envers la société étant assimilée à une responsabilité contractuelle, ils ne seront passibles de dommages-intérêts que dans les limites indiquées par l'article 1150 du Code civil ; les dommages prévisibles seront seuls retenus, sauf en cas de dol.

608. Faute commune. — Si les fautes commises incombent à plusieurs administrateurs, l'assimilation au mandataire exclut en principe la solidarité (Code civ., art. 1995). Mais si le dommage résulte d'une faute commune, et se révèle ainsi imputable en totalité à plusieurs administrateurs, chacun d'eux peut être condamné *in solidum* à la réparation entière du préjudice : cass., 26 janvier 1922, *Pas.*, 1922, I, 143 ; il en serait de même s'il s'agissait d'une faute « concertée » : Namur, 11 juillet 1938, *Rev. prat. soc.*, 1939, n° 3818. D'autre part, si la faute consiste en une violation des statuts, on appliquera le régime spécial prévu par l'article 62, alinéa 2 (voy. ci-après, litt. C).

609. Exercice de l'action par la société. — L'action pour faute de gestion — appelée souvent *actio mandati* — n'appartient qu'à la société — sous réserve des cas prévus par l'article 62, alinéa 2 (voy. ci-après, litt. C). L'administrateur assimilé à un mandataire ne répond de la mauvaise exécution de sa mission qu'envers son mandant ; tel est le droit commun auquel renvoie l'article 62 ; et c'est la société seule qui, dans le système de la loi, peut être considérée comme le mandant de l'administrateur (cf. cass., 20 mars 1879, *Pas.*, 1879, I, 184). Mais il en serait autrement si le fait critiqué constituait à la fois une mauvaise exécution du « mandat » et, en même temps, un délit ou un quasi-délit (par exemple, s'il s'agissait d'une infraction pénale : voy. J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, n° 138). Dans ce cas les tiers lésés pourraient agir : voy. n° 613 ; les actionnaires, en revanche, ne le pourraient pas : voy. n° 610.

610. Absence d'action individuelle des actionnaires. — Les actionnaires ne sont pas recevables à exercer l'action. Ils ne pourraient pas le faire pour le compte et au profit de la société, au cas où celle-ci négligerait d'agir.

Ils ne pourraient pas davantage l'exercer en leur nom personnel (1), en raison du préjudice (la dépréciation de leurs titres, par exemple) qu'ils auraient éprouvé par suite des fautes de gestion en leur qualité d'actionnaires. En cette qualité ils sont, en effet, des tiers pour les administrateurs.

Ajoutons que la solution se justifie même si l'on fait abstraction de la théorie du mandat : le droit de l'actionnaire de n'être pas privé par la faute d'un administrateur de sa part dans les bénéfices et les réserves est un droit « social », subordonné aux décisions de l'assemblée générale. Si celle-ci « accepte le préjudice ou une réparation partielle, l'actionnaire ne peut plus se prétendre atteint dans son droit individuel » (RIPERT, n° 1219). S'il prétendait agir en vertu de l'article 1382 du Code civil (en cas d'infraction pénale, par exemple : voy. n° 609), sa situation serait exactement la même, et ce pour les mêmes raisons.

Dans le système de la loi de 1873, les actionnaires pouvaient au contraire exercer individuellement l'action pour faute de gestion, dans les limites de leur intérêt, si la société demeurait inactive. Le principe était considéré comme certain, bien que la loi n'eût pas organisé cette action sociale exercée à titre individuel. Le vote de la décharge, toutefois, emportait

(1) C'est l'« action sociale exercée à titre individuel », admise parfois en France : voy. RIPERT, n° 1218 ; J. RAULT, *Rev. trim. dr. comm.*, 1952, p. 841.

renonciation à ce droit ; en ce cas, seuls les actionnaires absents conserveraient leur action individuelle, mais seulement pour les actes faits en dehors des statuts qui n'auraient pas été spécialement indiqués dans les convocations : Rapport Pirmez, GUILLERY, *Comment. légis.*, p. 131, n° 67 ; conclusions Terlinden, sous cass., 21 mai 1929, *Pas.*, 1929, I, 256. En 1913, on a voulu étendre cette réserve au profit de tous les actionnaires (RESTEAU, *Comment.*, p. 72, n° 99) ; mais par une rédaction maladroite du texte, l'action n'est plus réservée qu'à la société elle-même. On en déduit que l'action sociale exercée à titre individuel n'est plus consacrée par aucune disposition légale ; comme elle se heurte à l'« écran » de la personnalité juridique de la société, elle est inadmissible. Mais on a proposé d'en consacrer à nouveau le principe et d'en organiser l'intentement.

611. Droits des créanciers. — Les créanciers peuvent exercer l'action pour faute de gestion par voie d'action oblique. Le curateur, en cas de faillite, l'exercera au profit de la masse, mais en tant que représentant légal de la société faillie : Liège, 3 mai 1935, *Rev. prat. soc.*, 1935, n° 3819 (il peut aussi, comme le souligne cet arrêt, intenter, au nom des créanciers, l'action *ex delicto*).

**B. — RESPONSABILITÉ DU DROIT COMMUN (CODE CIV., ART. 1382 ET 1383)
EN CAS DE FAUTE DÉLICTEUELLE OU QUASI DÉLICTEUELLE.**

612. Principe. — Les articles 1382 et 1383 du Code civil sont applicables aux administrateurs de sociétés anonymes comme à toute autre personne : chaque fois que l'un d'eux, par un acte ou une omission, porte atteinte aux droits d'autrui, il est légalement tenu de réparer le préjudice qui a été la conséquence directe (même imprévisible) de la faute commise : civ. Liège, 3 juillet 1950, *Jur. Liège*, 1950-1951, 74.

Cette responsabilité est susceptible d'exister envers quiconque.

613. Droit des tiers. — Les tiers peuvent agir si, par exemple, les administrateurs se sont rendus coupables, au cours de leur gestion, d'actes de concurrence illicite ; pour la responsabilité pénale, voy. n° 367. Les administrateurs qui, par leur négligence, ont permis à l'un de leurs collègues de créer des traites fictives, sont responsables de cette faute : trib. Gand, 13 mai 1936, *Rev. prat. soc.*, 1938, n° 3749.

Les actes reprochés aux administrateurs d'une société anonyme peuvent fort bien, d'autre part, constituer à la fois une faute de gestion envers la société et un délit ou un quasi-délit envers les tiers : cass., req., 10 mars 1943, *Sirey*, 1944, I, 9.

614. Droit des actionnaires. — Les actionnaires peuvent exercer l'action lorsqu'ils démontrent que la faute délictuelle ou quasi délictuelle des administrateurs leur a causé un préjudice personnel, indépendant et distinct de celui qui a pu être causé au patrimoine de la société elle-même. Tel serait le cas si certains titres émis par la société étaient, par la faute des administrateurs, entachés d'irrégularité, ou si des documents mensongers ou inexacts, remis par un administrateur, avaient incité un actionnaire soit à vendre ses titres, soit, au contraire, à en acquérir un plus grand nombre, ou si, sur la foi d'une notice gravement inexacte, des tiers avaient souscrit des obligations émises par la société : note LESCOT sous Req., 3 février 1930, *Sirey*, 1931, I, 37.

615. Droit de la société. — La responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil pourrait-elle être encourue envers la société elle-même? La question est discutée : on fait valoir que l'application des articles 1382 et suivants du Code civil ne peut, en principe, avoir lieu entre contractants. Mais la cour de cassation décide le contraire (13 février 1930, *Pas.*, 1930, I, 115), et l'objection faite est d'autant plus fragile que l'on se trouve ici en présence, non point d'un contrat, mais d'une situation *assimilée* (partiellement d'ailleurs) à un contrat. Rien ne s'oppose, à notre avis, à ce que les administrateurs soient responsables *ex delicto* envers la société pour toutes les fautes qui ne consistent pas en simples fautes de gestion, c'est-à-dire en faits d'inexécution ou de mauvaise exécution du mandat (fautes « purement contractuelles »). En cas de dol ou d'infraction pénale, par exemple (falsification de documents, détournement, etc.), ou, d'une manière générale, en cas d'infraction à une obligation imposée par la loi. L'article 62, alinéa 2, le confirme, puisqu'il prévoit expressément, en l'aggravant par la solidarité, la responsabilité des administrateurs envers la société en cas d'infraction aux dispositions de la loi sur les sociétés commerciales : voy. ci-après, litt. C ; cette responsabilité est évidemment extra-contractuelle. Ainsi le fait de ne plus se réunir en conseil d'administration, d'abandonner sans contrôle la gestion à un administrateur-délégué, de ne plus dresser de bilan, constituent des infractions à la loi qui peuvent engager la responsabilité des administrateurs envers les tiers : cf. trib. Gand, 13 mai 1936, précité.

616. Responsabilité spéciale pour l'absence d'indications obligatoires. — Lorsque l'obligation légale violée est celle que prévoit l'article 81, la responsabilité qui en résulte fait l'objet d'une réglementation particulière : article 82 ; voy. *supra*, n° 463 ; pour un cas d'application, voy. Bruxelles, 11 février 1931, *B. J.*, 1931, 269.

617. Responsabilité envers les tiers en cas de violation des statuts. — La loi elle-même, comme nous le verrons (n° 618), étend considérablement, par l'article 62, alinéa 2, le champ de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, puisqu'elle oblige les administrateurs à répondre *envers les tiers* de toute violation, non seulement de la loi sur les sociétés, mais même des statuts. Cette responsabilité légale exceptionnelle ne peut évidemment être assimilée à une responsabilité contractuelle, mais constitue une extension du domaine d'application de l'article 1382 (le cas est fréquent d'ailleurs : voy. VAN RYN, *op. cit.*, n° 92).

C. — RÈGLES SPÉCIALES EN CAS DE VIOLATION DE LA LOI
OU DES STATUTS (ART. 62, AL. 2).

618. Responsabilité envers les tiers. — L'article 62, alinéa 2, indique tout d'abord que les administrateurs sont responsables *envers les tiers* aussi bien qu'envers la société, non seulement des infractions à la loi — ce qui va de soi — mais aussi des infractions aux statuts. L'obligation de respecter ces derniers a donc un caractère absolu ; elle n'existe pas seulement envers la société, mais envers le public en général. Toute personne a le droit de compter que les administrateurs d'une société anonyme respecteront les statuts de celle-ci ; s'ils ne le font pas, et qu'un tiers en éprouve un préjudice, il pourra se prévaloir d'une faute commise à son égard, invoquer une lésion de droit en son chef, et réclamer la réparation du dommage causé : cf. cass., 21 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, 256, — et ce, même si l'acte avait été préalablement décidé ou approuvé par l'assemblée générale : WAUWERMANS, n° 369.

C'est là une disposition remarquable, car le législateur a complètement abandonné, sur ce point, le système du « contrat de mandat » ; il adopte, au contraire, une règle qui se comprend parfaitement si l'on considère la société comme une institution autonome, dans laquelle les administrateurs remplissent une fonction dont la loi règle le statut, en s'inspirant de l'intérêt général (cf. pour les liquidateurs, l'article 186 : voy. *infra*, t. II).

619. Exemples d'application. — Par application de l'article 62, alinéa 2, les administrateurs seront éventuellement responsables envers des créanciers de la société, si le bilan n'a pas été établi conformément

aux statuts et les a ainsi induits en erreur (1). Envers des tiers acquéreurs d'actions de la société, si l'émission des titres n'a pas été faite conformément aux statuts et que ce fait ait entraîné leur inopposabilité à la société. Envers le tiers porteur d'une lettre de change acceptée par la société sous la signature d'un seul administrateur, alors que, d'après les statuts, deux administrateurs seuls pouvaient obliger la société et que la traite a donc été déclarée inopposable à celle-ci : civ. Audenarde, 25 mai 1938, *Jur. com. Fl.*, 1938, p. 58. Envers les tiers lésés, si le conseil d'administration a donné à un administrateur-délégué des pouvoirs excédant la gestion journalière et que, pour ce motif, un acte de cet administrateur-délégué a été déclaré inopposable à la société : FREDERICQ, t. V, p. 652.

620. Solidarité fondée sur une faute présumée. — Lorsque l'action ou l'omission reprochée aux administrateurs, et qui sert de fondement soit à l'*actio mandati* introduite par la société, soit à l'action aquilienne d'un intéressé, s'analyse en une infraction à la loi (on entend par là, suivant une opinion unanime, le titre IX du livre I^{er} du Code de commerce, à l'exclusion de toutes autres dispositions légales) ou aux statuts, l'article 62, alinéa 2, en déclare *solidairement* responsables tous les administrateurs qui étaient en fonctions au moment des faits.

La règle se justifie, dit-on parfois, par la gravité particulière de la faute commise — bien que des fautes de gestion puissent être infiniment plus graves et moins pardonnables que la violation d'une disposition accessoire des statuts. La loi présume que la violation de la loi ou des statuts démontre que les administrateurs ont, à tout le moins, manqué à leur devoir de contrôle mutuel, et qu'ainsi le dommage causé peut être imputé à chacun pour le tout.

621. Renversement de la présomption. — La présomption n'est toutefois pas absolue ; mais, pour la renverser, l'administrateur mis en cause devra rapporter une preuve difficile. Il lui faudra démontrer (art. 62, al. 2) : 1^o qu'il n'a pas pris part à l'infraction (étant absent, par exemple) ; 2^o qu'aucune faute ne lui est imputable (son absence étant justifiée par des motifs légitimes) et 3^o qu'il n'a pas eu connaissance de l'infraction ou, s'il en a eu connaissance, qu'il l'a dénoncée à l'assemblée générale la plus prochaine.

(1) Si le bilan contient seulement des mentions *inexactes*, sans qu'il y ait dol ou fraude, il n'y a pas violation des statuts, mais faute purement contractuelle ; les administrateurs n'en seront responsables qu'envers la société : cass., 20 mars 1879, précité.

D. — RESPONSABILITÉ EN CAS D'AUGMENTATION DU CAPITAL.

622. Assimilation des administrateurs aux fondateurs.

— En cas d'augmentation du capital, les administrateurs encourrent la même responsabilité que les fondateurs lors de la constitution de la société (art. 35). Ils répondront donc solidairement, envers tout intéressé, du dommage qui serait résulté, soit de la nullité de l'opération pour irrégularité de forme, soit de l'absence ou de la fausseté des énonciations qui doivent être insérées dans les prospectus, circulaires, annonces, ainsi que dans les souscriptions (art. 32, 34 et 35, 4^o; voy. pour le surplus, *supra*, n^{os} 500 et suiv.).

E. — CAS DE RESPONSABILITÉ PÉNALE.

623. Infractions de droit commun. — La gestion des sociétés anonymes peut donner lieu à des infractions de droit commun : faux en écritures, usage de faux, escroquerie, détournement. On a pu voir un détournement dans le fait d'administrateurs qui emploient les fonds ou les biens sociaux à des fins personnelles (RIPERT, n^o 1203). La loi elle-même précise, d'autre part, quelques cas de manœuvres constitutives d'escroquerie (art. 202) : simulation de souscriptions ou de versements ; publication consciente de souscriptions ou de versements inexistantes ; publication mensongère de noms de personnes devant être attachées à la société, ou d'autres faits faux. Les bilans et les comptes de profits et pertes sont des « écritures de commerce », qui peuvent faire l'objet de faux (art. 207).

624. Infractions spéciales. — Mais la nécessité de protéger les épargnants et les petits capitalistes contre les aventuriers de la finance a provoqué l'institution de nombreuses infractions spéciales ; pour mieux assurer le respect des prescriptions les plus importantes du titre IX, la loi en sanctionne l'inobservation par des peines.

625. Délits relatifs à la constitution de la société. — Les administrateurs sont punissables : 1^o s'ils ont omis de publier la notice dont la loi prescrit la publication en cas d'émission publique ou d'inscription à la cote d'actions ou d'obligations : article 201, 1^o ; 2^o s'ils n'ont pas fait les énonciations requises dans les actes constitutifs, notices et autres documents rendus publics : article 201, 3^o.

626. Délits relatifs à l'administration de la société. — Les administrateurs commettent une infraction : 1^o s'ils négligent de convoquer l'assemblée générale dans les trois semaines de la réquisition qui leur en est faite : article 201, 5^o ; 2^o s'ils donnent frauduleusement des indications inexactes dans l'état des obligations en circulation, qu'ils doivent soumettre à l'assemblée des obligataires : article 204, 1^o ; 3^o s'ils rachètent sciemment des actions en diminuant le capital social ou la réserve légale ; s'ils font des prêts ou avances au moyen des fonds sociaux sur des actions de la société ; s'ils font, par un moyen quelconque, des versements sur les actions aux frais de la société, ou ont admis comme faits des versements qui ne sont pas effectués réellement de la manière et aux époques prescrites : article 206.

En revanche, l'usage abusif des biens de la société, notamment dans un intérêt personnel, n'est pas, comme en France (décret-loi du 8 août 1935), érigé en infraction spéciale ; ne sont donc punissables que les faits répondant à la notion générale de détournement ou de l'abus de confiance, ce qui implique un dépassement de pouvoir ou un acte sortant du cadre de l'objet social.

627. Délits relatifs au bilan et aux dividendes. — Les administrateurs sont punissables : 1^o s'ils n'ont pas fait publier le bilan et le compte des profits et pertes : article 201, 4^o. Par une anomalie singulière, la loi a omis de sanctionner le fait, beaucoup plus grave, de ne pas dresser et soumettre à l'assemblée générale le bilan et le compte de profits et pertes prévus par la loi ; 2^o s'ils opèrent, même sans intention frauduleuse, la répartition de dividendes non prélevés sur les bénéfices réels, dans les conditions prévues par l'article 205 (voy. *infra*, n^o 778).

628. Preuve des imputations. — Pour mieux assurer le contrôle public des actes des administrateurs, la loi les assimile aux fonctionnaires ; la preuve des imputations dirigées contre eux pourra toujours se faire par tous moyens de droit : article 211.

F. — LA DÉCHARGE.

629. Nécessité d'un vote spécial. — Tous les ans, l'assemblée générale est appelée à se prononcer, après l'adoption du bilan, et par un vote spécial, sur la décharge à donner aux administrateurs et aux commissaires. Elle l'accorde, la refuse ou l'ajourne : article 79. Elle ne peut toutefois l'ajourner indéfiniment : si elle le faisait, les administrateurs pourraient faire décider par justice que leur gestion a été régulière et exempte de faute : RESTEAU, t. II, n^o 956 ; FREDERICQ, t. V, p. 628.

Avant la loi de 1913, l'adoption du bilan emportait par elle-même cette décharge ; la solution était dangereuse, car l'attention des actionnaires n'était pas toujours attirée sur la double signi-

fication du vote, et des administrateurs ou des commissaires habiles pouvaient ainsi se faire donner leur quitus subrepticement.

630. Effets de la décharge. — Le vote de la décharge a pour unique effet d'éteindre les actions *sociales* en responsabilité.

Par le vote de la décharge, la société donne son approbation aux actes accomplis par ses mandataires ; ce vote vaut ratification, d'autre part, pour les actes qui dépassaient les pouvoirs des administrateurs ; il emporte, enfin, renonciation, par la société, à l'action en responsabilité qu'elle aurait pu exercer en raison d'infractions aux statuts commises par les administrateurs au cours de l'exercice (mais sous la condition spéciale prévue par l'article 179, *in fine* : voy. *infra*, n° 632).

Cette décharge est *res inter alios acta* à l'égard des actionnaires pris individuellement et des tiers ; elle est donc sans influence sur les actions qui leur appartiennent en propre : voy. *supra*, n° 614. *Contra* : cass., 21 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, 256 ; mais cet arrêt ne concerne que l'action sociale exercée à titre individuel, qui, depuis la loi de 1913, n'existe plus : voy. *supra*, n° 610.

631. Actes non couverts. — La décharge ne peut rationnellement couvrir que les actes dont les conséquences ont été révélées à l'assemblée par les données du bilan. En conséquence, sauf l'éventualité d'une communication spéciale à l'assemblée, le quitus voté par celle-ci n'a aucun effet exonératoire pour les actes de gestion qui, bien qu'accomplis durant l'exercice, ne se sont pas encore traduits par des résultats accusés au bilan : DEMBOUR, p. 181, note 1, et les références citées. Il suffit d'ailleurs que le *résultat* de l'opération malheureuse ou de la faute apparaisse au bilan : Bruxelles, 10 janvier 1902, *Rev. prat. soc.*, 1903, n° 1421 ; J. M. MARX, *Responsabilité des administrateurs*, nos 29 et 30.

632. Conditions de validité. — L'article 79 subordonne la validité de la décharge à deux conditions, l'une générale, l'autre spéciale à certains actes.

1° Condition générale : la décharge n'est valable que si le bilan ne comporte ni omission, ni indication fautive dissimulant la situation réelle de la société, — faute de quoi le consentement exprimé par l'assemblée, étant présumé vicié par le dol ou même

simplement par l'erreur (cass., 18 juin 1925, *Pas.*, 1925, I, 297), ne produit aucun effet.

2^o Condition spéciale : pour les actes faits « en dehors des statuts » (ce sont les « infractions » aux statuts : cf. Rapport Firmez, GUILLERY, *Comment. législ.*, p. 191, n^o 176), la décharge ne les couvre que s'ils ont été spécialement indiqués dans la convocation à l'assemblée. En l'absence de cette indication, la société conserve contre les administrateurs les recours auxquels ces actes antistatutaires pourraient donner lieu. Mais la décharge est efficace pour le surplus. La condition spéciale ne concerne pas, d'autre part, les infractions à la loi : J. M. MARX, *op. cit.*, n^o 28.

G. — RESPONSABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ
DU FAIT DE SES ADMINISTRATEURS.

633. Nature juridique et conditions. — Comme il s'agit cette fois des relations de la société avec les tiers, la question ne doit pas être résolue d'après les règles du mandat, applicables seulement pour déterminer les droits et les obligations des administrateurs dans le cadre intérieur de la société : voy. *supra*, n^o 585.

Les administrateurs, réunis en collège, sont l'organe de la société ; agissant isolément, ils n'ont aucun pouvoir pour la représenter ni pour agir en son nom. Les actes des administrateurs qui porteraient atteinte aux droits des tiers n'engagent la responsabilité de la société que s'ils peuvent être considérés comme émanant d'elle-même. Pour qu'il en soit ainsi, il faut : 1^o que le fait puisse être considéré comme accompli par le conseil d'administration ou approuvé par lui ; 2^o qu'il rentre, par sa nature, dans la « sphère des attributions » du conseil : cass., 16 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, 723 ; voy. *supra*, n^o 367.

La responsabilité éventuelle de la société, lorsque ces conditions sont réunies, est fondée sur l'article 1382 du Code civil (voyez *supra*, n^o 367). Jamais le conseil, ni ses membres, ne peuvent être considérés comme des préposés susceptibles d'engager la responsabilité de la société en qualité de commettante : cass., 15 janvier 1946, *Pas.*, 1946, I, 25. En revanche, la responsabilité de la société n'absorbe pas la responsabilité personnelle des administrateurs, qui demeure engagée dans les conditions que nous avons précisées (*supra*, n^{os} 612 et suiv.).

H. — PRESCRIPTION.

634. Durée. — En contrepartie des aggravations diverses apportées par la loi à la responsabilité des administrateurs, elle leur accorde le bénéfice d'une prescription abrégée : toutes les actions dirigées contre les administrateurs pour faits de leurs fonctions sont prescrites par cinq ans (art. 194, al. 5), même celles qui sont fondées sur des délits ou des quasi-délits : Bruxelles, 10 novembre 1951, *Rev. prat. soc.*, 1952, 178. Mais si le fait invoqué constitue une infraction pénale, la prescription sera celle de l'action publique ; elle sera donc parfois plus courte (trois ans), parfois plus longue (dix ans), selon qu'il s'agit d'un délit ou d'un crime.

635. Point de départ du délai. — La prescription quinquennale prend cours, en principe, à partir de la date des faits qui sont invoqués à l'appui de l'action, même si leurs effets dommageables se sont manifestés ou prolongés après cette date : Bruxelles, 3 novembre 1943, *Rev. prat. soc.*, 1947, p. 1. Toutefois, si les faits avaient été celés par dol — même si le dol n'est pas imputable à l'administrateur mis en cause — la prescription ne commencerait qu'au jour de leur découverte (art. 194 ; cass., 26 janvier 1922, *Pas.*, 1922, I, 143). On en déduit, *a contrario*, qu'en dehors du cas de dissimulation dolosive, la prescription court même si les faits ne sont pas découverts : Bruxelles, 16 avril 1937, *Rev. prat. soc.*, 1938, p. 291.

636. Caractère général de la prescription quinquennale. — Toutes les actions susceptibles d'être dirigées contre les administrateurs « pour faits de leurs fonctions » sont prescrites par cinq ans, quel qu'en soit le fondement juridique, — sous réserve du seul cas où il s'agit d'une infraction pénale (voy. ci-dessus, n° 634). La règle s'applique même, à notre avis, à la responsabilité spéciale, calquée sur celle des fondateurs, que l'article 35 impose aux administrateurs, en cas d'augmentation du capital ; les fondateurs eux-mêmes ne peuvent pas, il est vrai, invoquer la prescription quinquennale, mais c'est uniquement parce qu'ils ne sont pas mentionnés dans l'article 194. A l'égard des administrateurs, au contraire, le texte légal est à la fois formel et général.

§ 6. — *Le cautionnement des administrateurs.*

637. Motifs de l'institution. — Le législateur n'a point veillé lui-même à ce que les administrateurs soient techniquement et intellectuellement capables d'accomplir leur mission. Mais il a cru procurer aux sociétés des garanties efficaces, au point de vue de la solvabilité de leurs administrateurs et de leur dévouement aux intérêts sociaux, en organisant, par les articles 57 à 59, le cautionnement obligatoire et le cautionnement supplémentaire. Ces dispositions sont cependant, en pratique, d'une efficacité à peu près nulle.

638. Nature du cautionnement obligatoire. — Ce cautionnement est en réalité une affectation en gage au profit de la société : chaque administrateur doit affecter par privilège un certain nombre d'actions à la garantie de sa gestion (art. 57).

Plutôt qu'une sûreté réelle destinée à assurer le succès d'un recours éventuel contre l'administrateur, il constitue une preuve tangible de la confiance de l'administrateur dans l'avenir de la société, et un stimulant à son activité.

639. Composition et modalités. — Tout en consacrant le principe du cautionnement obligatoire, la loi laisse aux statuts le soin d'en organiser les modalités. La seule prescription légale est que les actions affectées en garantie doivent être nominatives et que mention de leur affectation sera faite sur le registre des actionnaires (art. 57) pour empêcher les aliénations subreptices, — remède d'ailleurs assez théorique, car, comme on l'a souvent souligné, si l'administrateur est malhonnête, il volera « la caisse avant les titres ».

La loi ne détermine pas l'importance du cautionnement (pour éviter d'écarter de la gestion des hommes particulièrement qualifiés, mais ne disposant que de capitaux modestes) ; elle permet aussi que le cautionnement soit fourni par des tiers ; les actions ne doivent pas être intégralement libérées.

640. Objet de la garantie. — Ces actions sont affectées à la garantie de la gestion : elles n'assurent donc pas le paiement de toute dette quelconque que des administrateurs pourraient avoir vis-à-vis de la société, mais seulement le recouvrement des dommages-intérêts pour faute de gestion. L'administrateur ne

devant répondre de ses fautes de gestion qu'envers la société (voy. *supra*, n° 609), c'est cette dernière seule qui bénéficie du gage (*contra* : FREDERICQ, t. V, p. 640).

641. Nature du cautionnement supplémentaire (art. 58, § 3). — Cette disposition prévoit le cas où les actionnaires désiraient ajouter à la garantie morale que constitue le cautionnement statutaire, une sûreté réelle véritable. Suivant l'article 58, alinéa 3, l'assemblée générale des actionnaires, régulièrement convoquée à cet effet, peut en tout temps, nonobstant toute clause contraire, et à la simple majorité des voix, imposer aux administrateurs un cautionnement supplémentaire dont elle détermine la nature (c'est-à-dire la composition : titres de rentes belges, actions ou obligations de la société elle-même, ou d'autres sociétés) et l'importance. Le « cautionnement supplémentaire » ne doit même pas nécessairement consister en un nantissement ; ce pourrait être une hypothèque : RESTEAU, t. II, n° 861.

642. Sanction : démission présumée (art. 59). — L'administrateur qui ne se conforme pas, suivant les cas, aux statuts ou à la décision de l'assemblée, est réputé démissionnaire. La sanction joue lorsqu'un mois s'est écoulé depuis la constitution de la société, si l'administrateur est nommé dans l'acte, depuis sa nomination éventuelle par l'assemblée générale, ou enfin depuis la notification de la décision de l'assemblée qui l'aurait nommé en son absence, ou qui lui aurait imposé un cautionnement supplémentaire. La question de savoir si la sanction est applicable lorsqu'il s'agit d'un cautionnement supplémentaire est toutefois controversée. Pour l'affirmative : DEMBOUR, p. 112 et 113 ; *contra* : FREDERICQ, t. V, n° 452.

Après l'expiration du délai d'un mois, l'assemblée pourra pourvoir au remplacement de l'administrateur.

La sanction est applicable de plein droit, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure ni d'un jugement. Toutefois, aussi longtemps que la société n'a pas procédé au remplacement de l'administrateur en défaut et ne lui a pas retiré ses fonctions, il les conserve : cass., 11 novembre 1915, *Pas.*, 1915-1916, I, 482. D'autre part, tant que la démission n'a pas été publiée, l'associé reste administrateur à l'égard des tiers, et encourt éventuellement la responsabilité qui en résulte (voy. sur ces points : note L. H., *B. J.*, 1931, col. 385).

§ 7. — *La gestion journalière.***643. Délégation de cette gestion. — Motifs et modalités.**

— Le conseil d'administration ne peut évidemment se réunir tous les jours ; mais l'activité de la société se poursuit cependant sans interruption ; elle doit donc être dirigée et surveillée d'une manière permanente. Afin d'obtenir ce résultat, l'article 63 permet de déléguer la *gestion journalière* des affaires sociales, ainsi que la représentation de la société en ce qui concerne cette gestion, à des « directeurs, gérants et autres agents, associés ou non associés ».

La gestion journalière est souvent confiée à l'un des administrateurs, qui porte alors le titre d'administrateur-délégué, administrateur-directeur, ou administrateur gérant. Si le délégué est choisi en dehors du conseil d'administration, il est généralement désigné sous le nom de « directeur gérant » ou « directeur général ». La terminologie employée est d'ailleurs incertaine et parfois trompeuse : le mot « directeur » désigne habituellement, en effet, des membres du personnel qui, bien qu'occupant les degrés les plus élevés de la hiérarchie, n'en sont pas moins, au point de vue juridique, des préposés de la société, soumis à l'autorité de ses organes. Il n'en est pas de même, ainsi que nous le verrons, du délégué à la gestion journalière. La situation se complique encore lorsqu'une même personne cumule les deux qualités (voy. ci-dessous, n° 652).

644. Statut juridique des personnes déléguées à la gestion journalière. — Ce que prévoit l'article 63, sous le nom de « délégation », c'est, en réalité, une attribution de pouvoirs, comme celle qui résulte de l'article 54 au profit du conseil d'administration. Il ne s'agit donc pas d'un mandat, même sans représentation : la personne déléguée à la gestion journalière n'agit pas en vertu d'une procuration reçue des autres organes de la société ; elle exprime au contraire d'une manière directe, en tant qu'organe distinct de la société, la volonté de celle-ci, — tout comme le conseil d'administration lui-même : cass., 7 septembre 1950, *Pas.*, 1950, I, 846. La personne déléguée à la gestion journalière est l'organe permanent de la société, qui l'incarne, en quelque sorte, pour son activité courante, quotidienne, tandis que le conseil d'administration n'exerce ses fonctions que par intermittence.

Les actes du délégué à la gestion journalière engagent donc la responsabilité directe de la société, par application de l'article 1382 du Code civil, s'ils sont dommageables pour des tiers (cass., précité); en tant qu'organe, il ne lui est pas permis de déléguer à son tour ses fonctions (voy. pour le conseil d'administration : *supra*, n° 583).

Le principe de cette attribution de pouvoirs devait être consacré par la loi elle-même; on ne concevrait pas, en effet, que les fondateurs d'une société anonyme pussent lui donner d'autres organes que ceux que comporte l'institution, telle qu'elle est légalement organisée. Mais le principe est consacré sous la forme d'une faculté dont la loi permet d'user. Le rôle des statuts sera seulement de régler la nomination, la révocation et les attributions des délégués, — sans que ces dernières puissent cependant dépasser le cadre de la gestion journalière.

Dans le cadre interne de la société, les délégués, comme les administrateurs, sont considérés comme des mandataires, soit de l'assemblée générale, soit du conseil d'administration, selon qu'ils tiennent leur nomination de l'une ou de l'autre; les règles du mandat seront applicables, en principe, à leur révocation, à leur démission, à leur rémunération et à leur responsabilité (voy. ci-après, nos 646 et suiv.).

645. Mandataires, fondés de pouvoirs, préposés. — Les délégués prévus par l'article 63 ne doivent pas être confondus avec les mandataires proprement dits (appelés souvent « fondés de pouvoirs ») ni avec les membres du personnel (directeur technique, directeur commercial, ou même, parfois, directeur général) qui, tout en exerçant des fonctions importantes dans la société, ne sont cependant pas ses organes.

1° La société, comme toute personne, peut conférer des mandats; mais ces mandats doivent être *spéciaux* (cf. Rapport Pirmez, GUILLERY, *Comment. légis.*, p. 128, n° 60; comm. Gand, 7 octobre 1950, R. W., 1950-1951, col. 758), car les organes de la société doivent exercer eux-mêmes leurs fonctions; il ne leur serait donc pas permis de s'en remettre complètement, pour cet exercice, à des mandataires: voy. *supra*, n° 583. Il faut, d'autre part, que l'objet du mandat rentre dans le cadre de la compétence de l'organe qui le confère au nom de la société. La Cour de cassation semble considérer, d'autre part, que ces « délégations » ne sont possibles que si les statuts les autorisent, ce qui paraît fort contestable: cf. cass., 6 février 1953, *Pas.*, 1953, I, 436.

Les mandataires ainsi désignés devront, à l'égard des tiers, justifier de leurs pouvoirs par la production d'une procuration régulière. Les effets et les conséquences de leurs actes seront déterminés par les règles ordi-

naires du mandat même à l'égard des tiers (voy., au contraire, pour les organes, *supra*, n^{os} 369 et suiv.). La société ne répondra donc pas en principe, comme mandante, de leurs délits ou quasi-délits. Mais il faudra tenir compte du fait que, très souvent, les mandataires sont en même temps des membres du personnel, c'est-à-dire des préposés (cf. Bruxelles, 13 juin 1942, *Pas.*, 1943, II, 40) et que, comme tels, leurs actes pourront rendre la société responsable en sa qualité de commettante.

La loi leur impose une responsabilité spéciale lorsqu'ils ont signé des pièces pour compte de la société : article 82 ; cf. GUILLERY, *Comment. légis.*, discussion Chambre, n^o 564 ; voy. *supra*, n^{os} 463 et 616.

Dans le cadre interne de la société, ils seront considérés comme des *mandataires substitués*, et l'on fera éventuellement application de l'article 1994 du Code civil.

2^o Les membres du personnel supérieur, quel que soit leur titre, ne sont comme tels que des *préposés*, dont l'activité s'exerce sous l'autorité et la surveillance du conseil d'administration et des délégués à la gestion journalière (voy. Bruxelles, 13 juin 1942, précité). Leurs actes peuvent engager la responsabilité de la société par application de l'article 1384 du Code civil. Leur engagement prendra fin dans les mêmes conditions que tout autre contrat de louage de services (sur le cumul des fonctions de préposé et de délégué à la gestion journalière, voy. *infra*, n^o 652).

646. Nomination des délégués et durée de leurs pouvoirs. — Leur nomination est réglée par les statuts. Elle est confiée en général au conseil d'administration ou, plus rarement, à l'assemblée générale. Si les statuts sont muets sur ce point, le conseil d'administration pourra néanmoins, en vertu de l'article 63 de la loi, déléguer la gestion journalière à l'un de ses membres (voy. FREDERICQ, t. V, n^o 457, et les références). Pour être opposable aux tiers, leur nomination doit être publiée conformément aux articles 10 et 12 ; les délégués ne sont pas expressément mentionnés par l'article 12, mais on peut admettre qu'ils sont implicitement compris parmi les administrateurs (*contra* : FREDERICQ, t. V, n^o 458).

La durée de leurs pouvoirs se détermine différemment, selon qu'ils sont, ou non, administrateurs : s'ils le sont, la durée de leurs fonctions de délégué est liée à celle de leurs fonctions d'administrateur : la distinction à faire est la même que pour la révocation : voy. *infra*, n^o 648.

647. Rémunération. — La rémunération des délégués peut être fixée par les statuts ; ces derniers chargent ordinairement du soin de la déterminer, soit l'assemblée générale, soit le conseil d'administration. S'ils ne contiennent aucune indication, ce pou-

voir appartient à l'organe compétent pour procéder à la nomination : cf. RESTEAU, t. II, n° 1093. Mais si les statuts règlent la question, ni le conseil, ni l'assemblée ne pourraient attribuer à l'administrateur-délégué une rémunération différente ou supplémentaire : cf. cass., civ., 2 mars 1948, *Revue (franç.) des sociétés*, 1948, 410.

648. Révocation. — La révocation des délégués est soumise à des règles différentes, selon qu'ils sont, ou non, administrateurs.

Dans le premier cas, la perte de leur qualité d'administrateur implique nécessairement la révocation de leur mandat de délégué, sans que les statuts, ni une convention particulière, puissent déroger à ce principe, fût-ce d'une manière indirecte, en prévoyant le paiement d'une indemnité en cas de révocation : Bruxelles, 22 octobre 1902, *Pas.*, 1903, II, 57 ; 9 décembre 1933, *Pas.*, 1934, II, 178. Les deux qualités sont en effet indissolublement liées. En dehors de cette hypothèse, l'administrateur-délégué est également révocable *ad nutum*, par application des règles ordinaires du mandat (Code civ., art. 2004), mais il s'agit, cette fois, d'une règle purement supplétive ; les statuts pourraient y déroger, de même qu'il pourrait être convenu spécialement, lors de la nomination, qu'une indemnité sera payée au délégué en cas de révocation. Cette clause n'aurait toutefois guère d'utilité puisque l'assemblée générale pourrait toujours, comme nous venons de le voir, en révoquant l'administrateur, lui enlever son mandat de délégué, sans que la société fût tenue de lui payer une indemnité quelconque (voy. ci-dessus, n° 586).

Si le délégué n'est pas membre du conseil d'administration, les conditions de sa révocation sont uniquement déterminées par les règles ordinaires du mandat : il est, en principe, révocable *ad nutum* (Code civ., art. 2004), mais les statuts ou la convention intervenue avec le délégué peuvent valablement prévoir l'obligation, pour la société, de respecter un délai de préavis, ou de payer une indemnité.

649. Pouvoirs des délégués à la gestion journalière. — La gestion journalière comprend tous les actes d'exploitation accomplis dans le cadre des décisions prises par le conseil d'administration ou des directives arrêtées par lui, et dont l'ensemble constitue en quelque sorte la vie quotidienne de la société. Elle

ne s'étend pas, au contraire, aux actes qui, par leur importance ou par les conséquences qu'ils entraînent pour la société, présentent un caractère exceptionnel (bail d'immeuble, emprunt, marché comportant des livraisons échelonnées, introduction d'une action judiciaire, signature d'un compromis : cass., 6 février 1953, *Pas.*, 1953, I, 436 ; Liège, 21 mars 1944, *Pas.*, 1944, II, 29 ; nomination d'un ingénieur : Namur, 5 mars 1945, *Rev. prat. soc.*, 1947, 94 ; acceptation d'effets pour un montant dépassant le cinquième du capital : civ. Gand, 13 mai 1936, *Rev. prat. soc.*, 1938, n^o 3749 ; reprise d'une concession et nomination d'un directeur pour son exploitation : comm. Bruxelles, 11 juillet 1950, *R. W.*, 1950-1951, col. 1720 ; acquisition d'un immeuble important : civ. Bruxelles, 10 juillet 1951, *Pas.*, 1951, III, 123). Tout dépend, d'ailleurs, de la nature de l'entreprise : les nécessités de l'exploitation journalière peuvent, dans certaines sociétés, comporter la conclusion de marchés importants.

Si la délégation était étendue au delà des limites légales, elle devrait être d'office restreinte à ces limites. Les administrateurs seraient responsables envers la société de tout le préjudice que les agissements des délégués auraient pu lui causer : comm. Gand, 7 octobre 1950, *R. W.*, 1950-1951, col. 758.

650. Conflit d'intérêts avec la société. — L'existence d'un conflit d'intérêts entre le délégué et la société n'est pas pour lui une cause d'abstention : les règles édictées par l'article 60 ne lui sont pas applicables. Il pourrait donc conclure au nom de la société un contrat avec lui-même, pour autant qu'il s'agisse d'un acte de la gestion journalière, et sous réserve de la prohibition que l'article 1596 du Code civil édicte pour le mandataire chargé de vendre.

651. Responsabilité des délégués. — Les délégués étant considérés comme des mandataires à l'égard de la société, leur responsabilité, en raison de leur gestion, se détermine conformément aux règles générales du mandat. Ils sont tenus de leurs fautes de gestion envers la société seule, et non envers les actionnaires individuellement. A l'égard des tiers, ils ne sont responsables, en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil, que lorsque sont réunies les conditions ordinairement requises pour la mise en jeu de cette responsabilité. La loi ne prévoit pas,

en effet, pour les délégués, l'aggravation de responsabilité que l'article 62 impose aux administrateurs en cas de violation de la loi ou des statuts (solidarité et responsabilité envers les tiers).

652. Cumul des fonctions de préposé avec celles d'administrateur ou de délégué à la gestion journalière. — Il arrive souvent qu'un administrateur ou — ce qui est encore plus fréquent — un délégué à la gestion journalière exerce en même temps les fonctions de directeur, au sens propre du terme. Le cas se présente, par exemple, quand un administrateur consent à mettre ses connaissances techniques d'ingénieur à la disposition de la société; ou, en sens inverse, lorsqu'un directeur, ayant fait preuve de qualités appréciées, accède, tout en conservant ses fonctions techniques, à un poste d'administrateur ou de délégué à la gestion journalière, qui le place véritablement à la tête des affaires de la société.

Une même personne réunit alors en son chef deux qualités distinctes : en dehors de ses fonctions d'administrateur ou de délégué à la gestion journalière, elle est liée à la société par un contrat de louage de services. Cette dualité d'activités a été envisagée au cours des travaux préparatoires, et elle n'a suscité aucune objection : Rapport Pirmez, GUILLERY, *Comment. légis.*, p. 126, n° 56.

Les deux activités qu'elle exerce seront régies chacune par les règles qui leur sont propres. La décharge ne couvre pas la responsabilité du directeur : cass., 31 octobre 1946, *Pas.*, 1946, I, 389; le contrat de louage de services survit à la révocation ou à la démission en qualité d'administrateur : note CORDONNIER, sous Req., 13 juin 1936, *D. P.*, 1938, 1, 93; cf. P. HORION, « Chronique de jurisprudence, Droit social », *Rev. crit. jur. belge*, 1949, p. 158; comm. Bruxelles, 6 juillet 1951, *Jur. com. Brux.*, 1952, 293.

Encore faut-il que le contrat de louage de services soit une convention réelle, sérieuse, et non une combinaison imaginée pour échapper à la révocabilité du mandat d'administrateur ou pour bénéficier d'un régime fiscal plus favorable. Pour se former une opinion à ce sujet, les tribunaux vérifient si l'intéressé exerçait réellement une activité distincte de ses fonctions d'administrateur ou de délégué à la gestion journalière, et si, dans l'exercice de cette activité, il se trouvait sous l'autorité des organes de la société : Bruxelles, 18 mai 1929, *Jur. com. Brux.*, 1929, 313; comm. Anvers, 14 novembre 1929, *Rev. prat. soc.*, 1932, 148; comm. Gand, 16 octobre 1935, *Rev. prat. soc.*, 1936, 280; comm. Bruxelles, 29 octobre

1947, *Rev. prat. soc.*, 1948, 134. Lorsqu'il n'en est pas ainsi, le contrat de louage de services est un acte simulé, dépourvu d'effets : comm. Bruxelles, 24 mai 1930, *Jur. com. Brux.*, 1930, 175 ; voy. note L. V., *Jur. com. Fl.*, 1936, n° 5639, et les références ; les principes sont à peu près les mêmes en France : voy. note D. BASTIAN, sous Paris, 25 juin 1947, *J. C. P.*, 1948, 2, 4110. Il en est ainsi également à l'égard du fisc : Bruxelles, 12 mai 1952, *Rev. prat. soc.*, 1953, 55, et la note J. G. RENAULD.

§ 8. — Nullité des actes d'administration.

653. Cas de nullité. — Les décisions prises par le conseil d'administration seraient sans valeur si les formalités prescrites par la loi, les statuts ou les règles des assemblées délibérantes n'avaient pas été observées, pour autant qu'il s'agisse de formalités dont la méconnaissance a pu influencer la délibération. On peut citer, comme exemples d'irrégularité ayant ce caractère, l'absence de convocation, la convocation faite sans respecter les délais prescrits, le fait qu'une décision a été prise sur un point ne figurant pas à l'ordre du jour.

Les décisions du conseil, ainsi que les actes accomplis par la personne chargée de la gestion journalière, seraient, d'autre part, entachés de nullité s'ils sortaient du cadre de l'objet social, s'ils excédaient les pouvoirs du conseil ou du délégué, ou enfin s'ils constituaient un détournement de ces pouvoirs (sur ce dernier point, voy. : Bruxelles, 21 février 1931, *Pas.*, 1932, II, 55 ; *supra*, n° 370).

654. Conséquences pour la société. — La société peut invoquer à l'encontre des tiers l'irrégularité de la décision prise ou de l'acte accompli dans les conditions indiquées au numéro précédent ; ils ne pourront pas lui être opposés. Il incombe aux tiers, en effet, de vérifier les pouvoirs de ceux avec qui ils traitent : WAUWERMANS, n° 309 ; RESTEAU, t. II, n° 891 ; voyez, par exemple : Gand, 4 mai 1901, *B. J.*, 1901, col. 1380 ; comm. Bruxelles, 28 septembre 1911, *Jur. com. Brux.*, 1912, 78 ; comm. Liège, 21 octobre 1930, *ibid.*, 1931, 130.

Mais ce principe comporte divers correctifs qui en limitent ou en atténuent les conséquences : a) la société ne pourra pas se prévaloir de l'irrégularité de l'acte si ce dernier avait l'apparence de la régularité : tel est le cas si l'acte rentrait apparemment dans les pouvoirs de ceux qui l'ont accompli ; on appliquera ici

les règles que nous avons étudiées à propos des engagements pris au nom d'une société en nom collectif (*supra*, n° 430); tel sera le cas également si l'engagement a été pris au nom de la société sous les signatures prévues par les statuts : voy. *supra*, n° 473; b) la société sera liée si l'acte irrégulier a été confirmé (par une décision régulière du conseil) ou ratifié (par l'assemblée générale, lorsque l'acte excédait les pouvoirs du conseil); la ratification serait cependant impossible s'il s'agissait d'un acte étranger à l'objet social : RESTEAU, t. II, n° 892; voy. *supra*, n° 364; on ne doit d'ailleurs pas admettre trop facilement la ratification : voy. comm. Bruxelles, 15 février 1930, *Jur. com. Brux.*, 1930, 35; c) les administrateurs qui sont intervenus à l'acte irrégulier seront personnellement responsables envers les tiers, en raison de la violation des statuts qu'ils ont commise (art. 62; voy. *supra*, n° 618); mais aucune responsabilité n'incombe de ce chef à la société elle-même : Audenarde, 25 mai 1938, *Jur. com. Fl.*, 1938, p. 58.

655. Droits des tiers. — Les tiers peuvent-ils se prévaloir, à l'égard de la société, de l'irrégularité de l'acte? Il faut, selon nous, distinguer selon qu'il s'agit d'un acte unilatéral ou d'une convention.

Dans le premier cas, les tiers, demeurés étrangers à l'acte, mais contre lesquels il est invoqué, peuvent faire valoir qu'il n'a pas été valablement accompli. La ratification de l'acte par la société, à la supposer faite valablement, couvrirait rétroactivement l'irrégularité, mais sans pouvoir porter atteinte aux droits acquis dans l'intervalle par les tiers : cass., 6 février 1953, *Pas.*, 1953, I, 436.

Lorsqu'il s'agit au contraire d'une convention, ceux qui l'ont conclue avec la société ne sauraient en principe, pour se dégager de leurs engagements, invoquer l'irrégularité de l'acte à l'égard de la société. Si, de son côté, la société ratifie l'opération, ses cocontractants ne pourraient donc paralyser cette ratification en reprenant pour leur propre compte les critiques dont l'acte aurait été susceptible de la part de la société. La situation des parties contractantes ressemble donc à celle qui se présente lorsqu'un mandataire a excédé ses pouvoirs : cf. AUBRY et RAU, 6^e éd., t. VI, p. 230. Mais l'assimilation n'est pas complète : lorsqu'il s'agit d'une institution hiérarchisée, comme la société anonyme,

il peut arriver que la ratification soit impossible, ou qu'elle soit elle-même irrégulière ; les cocontractants auront alors le droit de faire constater l'inefficacité de l'acte. S'il s'agissait, par exemple, d'une convention étrangère à l'objet social, et qui ne pourrait donc être ratifiée, le cocontractant de la société pourrait, aussi bien que cette dernière, en faire constater l'inefficacité, car il ne peut être contraint de demeurer dans les liens d'un contrat entaché d'un vice irrémédiable ; si la convention excédait les attributions du conseil, la ratification par le conseil lui-même serait inopérante, et le cocontractant pourrait valablement invoquer l'irrégularité, aussi longtemps que l'acte n'aurait pas fait l'objet d'une ratification valable par l'assemblée générale.

La Cour de cassation paraît avoir consacré la distinction que nous proposons, entre les actes unilatéraux et les conventions : elle a admis le droit, pour un locataire, d'invoquer la non-validité d'un congé et d'un refus de renouvellement de bail, notifiés au nom d'une société anonyme par un administrateur-délégué, mais en soulignant que les actes litigieux étaient des actes unilatéraux auxquels le demandeur n'avait pas été partie : cass., 6 février 1953, précité.

SECTION II. — LE COLLÈGE DES COMMISSAIRES.

656. Nécessité d'un contrôle de la gestion par un organe distinct. — La nécessité d'un organe chargé de la surveillance de la gestion de la société n'a jamais été mise en doute. Les administrateurs, à qui est confiée la direction des affaires sociales, doivent, il est vrai, soumettre leurs comptes à l'assemblée générale, organe dont ils sont hiérarchiquement dépendants, mais celle-ci n'est pas en mesure de les contrôler efficacement, et il ne peut être question, d'autre part, de permettre aux actionnaires — dont certains pourraient être des concurrents — de procéder individuellement à des mesures de vérification. Il fallait donc, pour assurer le contrôle de la société, interposer à cette fin, entre le conseil d'administration et l'assemblée, un rouage distinct ; ce sont les commissaires. Leur mission est de procéder, au nom de la société, aux vérifications nécessaires et de faire rapport à l'assemblée sur le résultat de leurs investigations. En

vertu de la loi du 1^{er} décembre 1953 (1), il y aura désormais deux catégories de commissaires : les commissaires ordinaires et les « commissaires-reviseurs », auxquels s'appliquent certaines règles spéciales.

657. Critique du régime actuel. — Bien que les dispositions de la loi de 1873 relatives aux commissaires aient été modifiées en 1886, en 1913 et en 1953, elles sont encore loin de donner satisfaction. La loi leur confie une mission très étendue et des pouvoirs de contrôle illimités ; mais, jusqu'en 1953, elle ne prévoyait aucune mesure pour garantir leur compétence et leur indépendance ; leur nomination et leur révocabilité par l'assemblée les plaçaient au contraire dans une situation précaire. La réforme introduite par la loi du 1^{er} décembre 1953, extrêmement timorée, et très maladroitement conçue (voy. *infra*, n^{os} 675 et suiv.), ne paraît guère de nature à modifier sensiblement la situation antérieure.

Le législateur, d'autre part, tient les commissaires pour de simples mandataires de l'assemblée générale, ce qui est tout à fait inexact, puisque ces « mandataires » ne doivent accomplir aucun acte juridique pour le compte de leur mandante, leur rôle étant seulement de procéder à des vérifications (cf. RIPERT, n^o 1178). Ils constituent, au contraire, un organe de la société anonyme, doté de pouvoirs propres à l'égard du conseil d'administration, mais soumis hiérarchiquement à l'assemblée (ce qui, d'ailleurs, est fort critiquable). Au lieu de leur donner un statut approprié à leurs fonctions, la loi se borne à renvoyer — notamment pour leur responsabilité — aux règles applicables aux administrateurs, — formule elliptique peu satisfaisante, vu la disparité des fonctions des uns et des autres (sur les difficultés d'interprétation de cette règle, voy. *infra*, n^o 669).

En présence d'une législation aussi défectueuse, il n'est pas surprenant que la surveillance des sociétés anonymes se révèle, en pratique, presque inexistante. On ne pourrait guère citer de cas où la vigilance des commissaires aurait alerté en temps utile les actionnaires. Au contraire, lorsqu'une action en responsabilité est introduite en justice contre les administrateurs, les commissaires sont souvent mis en cause également et ils sont généralement englobés dans la condamnation : comm. Bruxelles, 29 mai 1890, *Rev. prat. soc.*, 1890, 243 ; civ. Bruxelles, 5 avril 1905, *Pas.*, 1905, III, 225 ; Verviers, 24 décembre 1906, *Pand. pér.*, 1907, 126 ; comm. Bruxelles, 8 janvier 1907, *Rev. prat. soc.*, 1906, 325 ; Bruxelles, 22 juillet 1908, *ibid.*, 1908, 276 ; civ. Liège, 26 avril 1912, *Jur. Liège*, 1912, 195 ; civ. Bruxelles, 31 juillet 1912, *Rev. prat. soc.*, 1912, 330, confirmé par Bruxelles, 18 avril 1914, *Pas.*, 1915-1916, II, 170 ; cass., 26 janvier 1922, *Pas.*, 1922, I, 143 ; Nivelles, 15 mars 1934, *Rev. prat. soc.*, 1936, 229 ; Bruxelles, 28 mars 1934, *Jur. com. Brux.*, 1934, 372 ; Verviers, 13 juillet 1937, *Rev. prat. soc.*, 1939, 257 (société coopérative). — Ce n'est que très rare-

(1) Les règles nouvelles introduites par cette loi ne sont pas immédiatement applicables ; elles seront rendues obligatoires « par catégories de sociétés », aux dates fixées par un arrêté royal : article 14.

ment que les commissaires avaient fait leur devoir : Liège, 16 juillet 1904, *Pas.*, 1905, II, 135 ; Bruxelles, 26 mars 1908, *Rev. prat. soc.*, 1909, 72.

§ 1^{er}. — *Statut juridique des commissaires.*

658. Leur nombre (art. 64). — L'assemblée générale dispose d'un pouvoir souverain pour déterminer ou pour modifier le nombre des commissaires. Ce pouvoir a été considéré comme une garantie essentielle, permettant d'adapter aisément les modalités du contrôle à la situation des affaires sociales. Non seulement la loi elle-même ne prévoit aucun minimum, mais les statuts ne pourraient en imposer aucun, ni limiter par aucune autre clause le pouvoir de l'assemblée générale ; la disposition de l'article 64, alinéa 4, est d'ordre public ; voy. la déclaration de M. Carton de Wiart, Ministre de la justice, à la séance de la Chambre du 16 janvier 1931, RESTEAU, *Comment. législ.*, p. 341, n° 50, et le Rapport au Sénat, *ibid.*, p. 100, n° 33.

659. Qualification requise. — En principe, aucune qualification spéciale n'est requise pour qu'une personne puisse être commissaire d'une société anonyme.

A ce grave défaut du régime antérieur, la loi du 1^{er} décembre 1953 n'a pas su pleinement porter remède. Le principe demeure inchangé, mais une dérogation limitée y est apportée par l'article 64bis, § 2 : dans les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, le commissaire ou, s'il y a plusieurs commissaires, l'un d'entre eux au moins devra être choisi parmi les membres de l'Institut des Reviseurs d'entreprises (voy. *infra*, n° 675).

Les banques de dépôt, d'autre part, ne peuvent choisir leurs commissaires que parmi les réviseurs agréés par la Commission bancaire (arr. roy. du 9 juillet 1935, art. 19).

660. Incompatibilités et interdictions. — La loi du 1^{er} décembre 1953 édicte une seule incompatibilité générale : les commissaires ne peuvent exercer aucune autre fonction dans la société soumise à leur surveillance : article 64quater. Telle que la loi est rédigée, elle est loin d'assurer l'indépendance des commissaires : elle n'empêche nullement, en effet, de choisir le commissaire parmi les membres du personnel, ni de lui donner une

fonction dans la société aussitôt après sa sortie de charge (comp., pour les commissaires-reviseurs, *infra*, n° 678).

Pour le surplus, les incompatibilités particulières prévues par diverses lois, sont maintenues : les fonctions de commissaire sont incompatibles avec la qualité de magistrat (loi du 25 février 1920 et du 23 décembre 1946, art. 54) ; les reviseurs de banques ne peuvent être commissaires d'une société anonyme autre qu'une banque sans l'autorisation spéciale de la Commission bancaire (arr. roy. du 9 juillet 1935, art. 24). Il existe, d'autre part, certaines interdictions : pour les faillis non réhabilités et les personnes condamnées à une peine de trois mois de prison au moins du chef d'infractions qui impliquent la malhonnêteté de leurs auteurs (arr. roy. du 24 octobre 1934).

Rien ne s'oppose, en revanche, à ce que des parents ou alliés d'un administrateur soient nommés commissaires. La loi du 1^{er} décembre 1953 n'a apporté aucun changement fondamental à ce régime déplorable. Elle se borne à soumettre à des règles particulières les commissaires qui ont la qualité de reviseurs d'entreprises (voy. *infra*, n° 678).

661. Nomination. — Les commissaires sont toujours nommés par l'assemblée générale des actionnaires (art. 64, al. 2), dans laquelle les administrateurs eux-mêmes peuvent, s'ils sont actionnaires, prendre part au vote. Ils ne peuvent pas être désignés, même pour la première fois, dans l'acte constitutif. Si une place devient vacante, il n'est pas permis aux administrateurs et aux commissaires restants de désigner un remplaçant par cooptation (cf., au contraire, pour les administrateurs, l'art. 55, al. 4). Mais si leur nombre est réduit, par suite d'une ou de plusieurs vacances, de plus de moitié, le conseil d'administration doit convoquer immédiatement l'assemblée générale pour désigner les nouveaux titulaires (art. 64, al. 5). Pour les commissaires qui ont la qualité de reviseurs d'entreprises, voy. *infra*, n° 677.

Leur nomination, pour être opposable aux tiers, doit être publiée dans les annexes du *Moniteur* (art. 12).

662. Durée et fin de leurs fonctions. — La durée de leur mandat ne peut excéder six ans (art. 64, al. 3) ; ils sont toutefois indéfiniment rééligibles. Mais ils peuvent démissionner et, d'autre part, ils sont révocables *ad nutum* par l'assemblée générale, —

ce qui se justifie beaucoup moins encore que pour les administrateurs. Comment espérer que les commissaires fassent preuve de fermeté à l'égard du conseil d'administration, s'ils sont à la merci d'une révocation arbitraire par une assemblée dans laquelle, très souvent, la majorité appartient au « groupe » dont font partie les administrateurs eux-mêmes ?

Lorsque les fonctions du commissaire prennent fin par l'expiration du terme de son mandat ou par sa démission, il doit rester en fonctions jusqu'à son remplacement : comm. Namur, 4 février 1926, *Rev. prat. soc.*, 1926, 240. La révocation ou la démission doivent être publiées aux annexes du *Moniteur* pour être opposables aux tiers (art. 12).

663. Rémunération. — Les émoluments des commissaires sont fixés par l'assemblée générale (art. 64, al. 4). Avant la loi du 1^{er} décembre 1953, ils consistaient souvent en tantièmes sur les bénéfices, si bien que les commissaires chargés de contrôler les comptes annuels avaient un intérêt personnel à faire apparaître un solde bénéficiaire aussi élevé que possible. D'autre part, on admettait que les statuts pouvaient soit déterminer eux-mêmes les émoluments des commissaires, soit les soumettre à certaines règles. Enfin, en l'absence de toute décision de l'assemblée et de toute fixation des émoluments par les statuts, les commissaires ne pouvaient prétendre à aucune rémunération : comm. Bruxelles, 13 octobre 1927, *Rev. prat. soc.*, 1928, 358.

L'article 64^{ter} modifie sensiblement le régime antérieur. Il demeure exact, semble-t-il, que les commissaires n'ont droit à une rémunération que si elle a été expressément stipulée à leur profit. Mais, désormais, cette rémunération doit être fixée par l'assemblée générale, au début et pour la durée du mandat. D'autre part, elle ne peut consister qu'en une somme fixe. Les tantièmes sur les bénéfices sont désormais prohibés, et c'est là une réforme heureuse. Toutefois, le législateur a fâcheusement retardé son exécution, en maintenant toutes les prébendes existantes et en permettant même d'en créer de nouvelles. En vertu de l'article 13, l'article 64^{ter} ne sera pas applicable, en effet, aux commissaires non réviseurs en fonction au jour de l'entrée en vigueur de la loi (entrée en vigueur qui sera déterminée ultérieurement, par un arrêté royal : art. 14). Et l'on a cru devoir préciser, au cours des discussions parlementaires (séance de la Chambre du 18 juin

1953, *Ann. parlem.*, n° 89, p. 7), que les prébendes seraient maintenues aussi longtemps que leurs bénéficiaires seraient réélus en qualité de commissaires, c'est-à-dire, pratiquement, pour le restant de leur vie.

Les émoluments ainsi fixés ne peuvent être modifiés par la société qu'avec l'accord du commissaire : article 64^{ter}, alinéa 2. Ce dernier ne peut, d'autre part, recevoir de la société aucun autre avantage, sous quelque forme que ce soit, ni des prêts ou avances ; la société ne peut pas non plus donner ou constituer des garanties au profit d'un commissaire.

Ces mesures — d'ailleurs inapplicables avant longtemps, sauf aux « commissaires-reviseurs » : voy. *infra*, n° 677 — sont loin d'être parfaites, malgré la sanction pénale dont elles sont assorties (art. 204, 6°).

Il demeure loisible à la société de fixer librement la durée du mandat (sauf pour les commissaires-reviseurs : *infra*, n° 677) et de modifier la rémunération du commissaire, dans un sens ou l'autre, à l'occasion des renouvellements fréquents de son mandat.

D'autre part, rien n'empêche le commissaire de se voir attribuer des fonctions dans la société aussitôt après l'expiration de son mandat (pour les commissaires-reviseurs, voy. *infra*, n° 678).

On continuera donc à voir dans les collèges de commissaires — en dehors des reviseurs d'entreprise qui, lorsque la loi impose leur présence, seront aisément réduits à l'impuissance : voy. *infra*, n° 675 — des figurants pourvus d'une sinécure bien rémunérée, des fils ou neveux d'administrateurs, ou encore des candidats au conseil d'administration. Les commissaires resteront ainsi, en majorité, des gens dévoués ou complaisants, incapables d'exercer un contrôle efficace, et qui surtout se garderont de contrarier en quoi que ce soit les administrateurs dont ils sont tributaires.

§ 2. — Fonctions des commissaires (art. 65).

664. Commissaire unique ou collège délibérant. — Lorsqu'il y a plusieurs commissaires, ils forment un collège délibérant (art. 67) ; ils ne peuvent, en ce cas, agir isolément, sauf en vertu d'un mandat spécial que le collège des commissaires leur aurait donné pour exécuter une décision prise par lui ; mais chacun

peut exercer seul le pouvoir d'investigation prévu par la loi : RESTEAU, t. II, n^o 1056.

665. Pouvoir d'investigation des commissaires. — L'article 65 leur confère, par une disposition d'ordre public, « un droit illimité de surveillance et de contrôle sur toutes les opérations de la société ». Ils peuvent donc, à tout moment, et sans devoir avertir les administrateurs de leurs intentions, recourir aux moyens d'investigation les plus divers ; rien ne peut leur être caché.

Leurs pouvoirs ont toutefois pour limite ceux du conseil d'administration : il ne faut pas que l'exercice du contrôle entrave la gestion. Les commissaires ne peuvent pas, par exemple, emporter ou se faire envoyer les documents ou les écritures qu'ils veulent examiner : ils ont seulement le droit d'en prendre connaissance au siège social, sans déplacement (art. 65, al. 1^{er}).

Ils ne pourraient pas non plus exiger que le personnel de la société leur délivre des copies des pièces communiquées (DE VOS et VAN MEENEN, t. I^{er}, p. 603, n^o 3 ; WAUWERMANS, n^o 424), ni, encore bien moins, s'opposer à l'exécution des décisions du conseil d'administration (WAUWERMANS, n^o 427).

Pour faciliter la tâche des commissaires, les administrateurs doivent leur remettre chaque semestre un état résumant la situation active et passive de la société ; l'efficacité du contrôle serait renforcée, si cet état leur était remis plus fréquemment, ainsi que le prévoient certains projets de réforme.

666. Droit de recourir à des experts. — L'article 65, alinéa 4, donne aux commissaires la faculté de se faire assister par un expert en vue de procéder à la vérification des livres de la société. Seul le collège peut user de cette faculté ; l'un de ses membres agissant isolément ne le pourrait pas : comm. Gand, 1^{er} juillet 1916, *Pas.*, 1919, III, 215. L'expert doit être agréé par la société ; s'il ne l'est pas, un recours judiciaire est prévu et organisé par l'article 65, alinéa 5 : l'expert sera désigné par le président du tribunal de commerce. L'assemblée générale décidera si les frais de l'expertise seront mis à charge de la société ou supportés par les commissaires ; la loi est muette sur ce point, mais c'est la solution qui a été admise à l'issue des longues discussions auxquelles cette question a donné lieu au Parlement. Mais les

experts pourront toujours, s'ils ont été agréés, réclamer leurs honoraires à la société : comm. Gand, 14 juillet 1937, *Rev. prat. soc.*, 1937, 326.

Le recours à un expert ne doit théoriquement exercer aucune influence sur la responsabilité des commissaires, qui, en principe, demeure entière.

Le principe même de ce recours à des experts a été vivement discuté. Tel que la loi le consacre, il est difficilement justifiable : que les commissaires aient besoin des lumières d'un expert, pour « vérifier les livres et comptes de la société », n'est-ce pas l'aveu de leur incompétence personnelle ? Si la loi imposait aux commissaires eux-mêmes des conditions de capacité professionnelle, l'article 65, alinéas 4 et 5, deviendrait sans objet. En maintenant néanmoins ces dispositions insolites, les auteurs de la loi du 1^{er} décembre 1953 ont implicitement reconnu l'insuffisance des réformes introduites par cette loi.

667. Pouvoir de convoquer l'assemblée générale. — Les commissaires ont le droit de convoquer l'assemblée générale ; s'ils en font usage, ils fixeront eux-mêmes l'ordre du jour et pourraient y porter, au besoin, la révocation d'un administrateur — hypothèse purement théorique dans l'état de subordination où se trouvent trop souvent les commissaires.

668. Obligations des commissaires : 1^o Procéder aux vérifications nécessaires. — Ils doivent procéder avec soin aux vérifications pour lesquelles ils sont armés. Ils ne peuvent pas se contenter de pointer les écritures et de vérifier leur concordance avec les pièces et documents. Ils doivent s'assurer, en outre, que ces écritures correspondent à des réalités, que les estimations ont été faites de bonne foi et d'une manière raisonnable, que les amortissements nécessaires ont été faits. On ne peut cependant exiger qu'ils procèdent à une vérification totale ; ils peuvent se contenter de procéder par « sondages » ; mais cette méthode, pour être efficace, doit être appliquée d'après un plan général soigneusement étudié. Les circonstances peuvent exiger, d'autre part, un examen approfondi : le commissaire doit y recourir toutes les fois qu'un indice quelconque est de nature à éveiller ses soupçons (voy. sur ces différents points, WAUWERMANS, n^{os} 429 et suiv., ainsi que les extraits des travaux préparatoires cités par l'auteur).

669. 2^o Rapport à l'assemblée ordinaire. — Les commissaires doivent soumettre à l'assemblée générale annuelle un rapport qui lui fera connaître « le résultat de leur mission », avec « les propositions qu'ils croient convenables » et « le mode d'après lequel ils ont contrôlé les inventaires ».

L'obligation ainsi imposée est tellement vague qu'elle est, en pratique, sans utilité. Le rapport des commissaires consiste en quelques formules de style attestant que tout est parfaitement exact. Quant aux « propositions » que la loi les invite à faire, on n'en trouve jamais de trace. Le mode de contrôle lui-même n'est indiqué qu'en termes sommaires et généraux.

670. 3^o Secret professionnel. — Bien que la loi ne le mentionne pas, les commissaires sont tenus de garder secrètes, même à l'égard des actionnaires, les indications qui leur sont fournies au sujet des opérations de la société ; ils ne peuvent leur communiquer les pièces examinées par eux. Ils ne doivent compte du résultat de leurs investigations qu'à l'assemblée générale.

§ 3. — Responsabilité des commissaires.

671. Renvoi au régime applicable aux administrateurs. — Suivant l'article 65, alinéa 3, la responsabilité des commissaires « en tant qu'elle dérive de leurs devoirs de surveillance et de contrôle, est déterminée d'après les mêmes règles que la responsabilité des administrateurs ».

Ce renvoi conduit aux solutions suivantes :

1^o Les commissaires répondent envers la société, sans solidarité entre eux, des fautes commises par eux dans l'exercice de leur mission de surveillance et de contrôle ; les tribunaux rechercheront, dans chaque cas, si les commissaires ont fait preuve d'une diligence et d'une prudence raisonnables : cf. Liège, 16 juillet 1904, *Pas.*, 1905, II, 135 ; voy. en outre la jurisprudence citée *supra*, n^o 657. La décharge éteint cette action, dans les mêmes conditions que pour les administrateurs : voy. *supra*, n^{os} 629 et suivants.

2^o Ils répondent solidairement envers la société et envers les tiers de toute infraction à la loi ou aux statuts sociaux qu'ils auraient commise eux-mêmes. On enseigne généralement que

cette responsabilité aggravée serait au contraire sans application si les commissaires avaient seulement commis la faute de ne pas déceler une infraction de ce genre *commise par les administrateurs* (FREDERICQ, t. V, n° 467; RESTEAU, t. II, n°s 1068 et 1077). Mais la Cour de cassation s'est prononcée en sens opposé : les commissaires sont responsables envers les tiers des actes illégaux ou antistatutaires commis par les administrateurs, s'ils ne rapportent pas les preuves que l'article 62 exige pour l'exonération de cette responsabilité : cass., 26 janvier 1922, *Pas.*, 1922, I, 143 (le sommaire de l'arrêt n'en indique pas la portée exacte).

3° Ils sont responsables, envers tout tiers lésé, des délits ou quasi-délits commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions.

672. Responsabilité pénale. — Les commissaires peuvent encourir une responsabilité pénale, soit seuls, soit comme coauteurs ou complices des administrateurs (pour l'examen détaillé des infractions spéciales, voy. *supra*, n°s 624 et suiv.). On a vu des commissaires englobés dans des poursuites du chef de faux bilan et condamnés conjointement avec les administrateurs : Bruxelles, 22 janvier 1901, *Pand. pér.*, 1901, n° 95; 12 juillet 1930, *Rev. prat. soc.*, 1930, 265.

673. Cautionnement des commissaires (art. 69). — Les commissaires doivent constituer un « cautionnement » en actions nominatives dont les statuts fixent l'importance et, si l'assemblée générale l'exige, un cautionnement supplémentaire dans les mêmes conditions que les administrateurs. La sanction prévue par l'article 59 (démission présumée) leur est applicable (art. 69; comm. Bruxelles, 14 juin 1928, *Jur. com. Brux.*, 1928, 272).

674. Solidarité éventuelle avec les administrateurs. — La mission des administrateurs et celle des commissaires étant foncièrement différente, il n'y a pas, en principe, de solidarité entre eux. Mais ils peuvent être condamnés *in solidum*, si, par leurs omissions coupables, ils ont tous coopéré à un fait dommageable unique : cass., 26 janvier 1922, précité.

§ 4. — Les commissaires-reviseurs.

675. Portée des innovations de la loi du 1^{er} décembre 1953. — Les défauts du régime antérieur étaient bien connus : manque d'indépendance et incompétence des commissaires. Pour y remédier, il fallait créer un corps de spécialistes compétents, comparables aux Chartered Accountants anglais, obliger les sociétés anonymes à choisir leurs commissaires parmi ces spécialistes, assurer par divers moyens leur indépendance

à l'égard du conseil d'administration, et les obliger à faire chaque année un rapport précis sur leur mission de contrôle.

Le corps de spécialistes est en voie de création, grâce à la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des réviseurs d'entreprises. Il est trop tôt pour émettre un jugement sur le mérite de cette loi, dont la mise en application sera certes fort délicate, et dont le succès dépendra du conseil provisoire et de la commission d'agrégation auxquels les articles 28 à 34 confient la mission de recruter les premiers réviseurs.

Au lieu de réserver à ces spécialistes le contrôle des comptes dans les sociétés anonymes, la loi du 1^{er} décembre 1953 laisse subsister, en principe, le droit de choisir librement les commissaires. Elle se borne à imposer aux sociétés qui font ou ont fait publiquement appel à l'épargne l'obligation de choisir au moins un commissaire parmi les réviseurs d'entreprises, et à soumettre les « commissaires-réviseurs » à un régime particulier. Il y aura donc, désormais, dans ces sociétés, deux catégories de commissaires. Le mal ne serait pas grand si les uns et les autres formaient deux organes de contrôle distincts : l'un des deux eût été inefficace et, partant, superflu, mais le contrôle n'en eût pas moins été assuré par l'autre. Le rapporteur du projet de loi à la Chambre des représentants, a exprimé l'avis qu'il y aurait effectivement deux collèges distincts (*Ann. parlem.*, séance du 18 juin 1953, p. 7). Malheureusement, on chercherait vainement, dans la loi nouvelle, la disposition qui aurait consacré cette opinion. L'obligation d'établir un rapport distinct (art. 65, al. 2, modifié par l'art. 3 de la loi du 1^{er} décembre 1953) n'implique nullement que le commissaire-réviseur n'est pas membre du collège des commissaires, — alors surtout qu'aucune modification n'a été apportée à l'article 67, aux termes duquel « les administrateurs et les commissaires forment des collèges qui délibèrent suivant le mode établi par les statuts ».

L'opinion exprimée par le rapporteur à la Chambre permettra-t-elle à la jurisprudence d'affirmer, en dépit de l'absence de texte, que le législateur a voulu implicitement dédoubler le collège des commissaires, toutes les fois qu'il y aurait au moins un commissaire-réviseur? C'est fort douteux. Si l'interprétation contraire l'emportait, il suffirait de désigner deux commissaires ordinaires pour avoir l'assurance que le commissaire-réviseur,

mis en minorité, serait mis hors d'état de nuire aux administrateurs.

Les mesures prises pour assurer la stabilité et l'indépendance des commissaires-reviseurs sont extrêmement timorées et peu efficaces : ils restent à la merci d'une révocation *ad nutum*.

Enfin la réglementation du rapport des commissaires réserve une dernière déception. Le projet de loi soumis au Parlement précisait, comme la plupart des lois étrangères (1), ce que devrait désormais contenir le rapport des commissaires. Cette indication était particulièrement nécessaire en Belgique pour réagir contre la pratique invétérée des rapports de pure forme, composés de quelques formules de style sans signification déterminée. Néanmoins, le Sénat a cru opportun de la supprimer. La raison qui en fut donnée (Rapport des Commissions au Sénat, *Doc. parlam.*, Sénat, session 1952-1953, n° 408, p. 5) est pour le moins inattendue : on a voulu, par cette suppression, « bien marquer qu'il n'y a pour les commissaires-reviseurs ni obligation ni responsabilité autres que celles qui existent pour les commissaires ordinaires ». En d'autres termes, ils ne doivent pas se donner plus de peine que ces derniers. On peut craindre que cet avis rassurant ne soit entendu et suivi ; il fournira, d'autre part, un argument de plus à ceux qui soutiendront que les commissaires-reviseurs ne forment pas un collège distinct.

Ces quelques observations suffisent à montrer que le problème du contrôle des sociétés anonymes est loin d'être résolu ; la loi du 1^{er} décembre 1953 n'est qu'une réforme manquée.

676. Domaine d'application du régime spécial. — Lorsqu'un réviseur d'entreprises reçoit un mandat de commissaire, il porte le titre de commissaire-réviseur (art. 64bis). Les règles particulières aux commissaires-reviseurs lui sont toujours applicables, sans distinguer selon que la société l'a désigné librement ou parce qu'elle était légalement tenue de le faire. Leur méconnaissance constitue une infraction punissable : article 204, 5°.

Les sociétés auxquelles la loi impose (sous peine de sanction pénale pour les administrateurs : art. 204, 5°) l'obligation d'avoir

(1) En Angleterre : Companies Act, art. 130 ; en Allemagne : loi du 30 janvier 1937, art. 140 ; en Suisse : Code des obligations, art. 729, modifié par la loi du 18 décembre 1936.

au moins un commissaire-reviseur sont celles qui ont fait ou qui font « publiquement appel à l'épargne ». La loi elle-même indique limitativement les critères qui permettront de ranger une société dans cette catégorie spéciale : 1^o le fait que des titres émis par la société (actions, obligations, titres ou parts bénéficiaires), quelle que soit leur dénomination, sont ou ont été inscrits, même en partie, à la cote officielle d'une bourse de fonds publics du royaume ; 2^o le fait que des titres émis par la société ont été, lors de la constitution ou ultérieurement, exposés, offerts ou vendus publiquement par la société ou avec son accord, après publication de la notice prévue aux articles 36 ou 84 ; 3^o le fait que la société a été constituée ou que son capital a été augmenté par voie de souscription publique, selon le mode prévu par les articles 32, 33 et 34, alinéa 2.

La distinction ainsi consacrée par l'article 64bis est à peu près celle qu'avait recommandée le Centre d'études des sociétés (Cahier n^o 5, p. 58), mais qu'avait au contraire déconseillée, à juste titre, le Comité permanent du Conseil de législation dans son rapport (annexé à l'exposé des motifs du Projet de loi du 7 juin 1939 ; voy. également, dans le même sens, notre étude sur « La réforme du contrôle des sociétés commerciales et l'expérience anglaise », n^o 88).

Les sociétés dont les titres sont offerts au public au cours des ventes publiques organisées par les Commissions de bourses, ne sont pas considérées comme faisant appel publiquement à l'épargne.

L'article 64bis, § 2, précise que sont exclues du régime nouveau les banques de dépôt soumises au contrôle de la Commission bancaire et des réviseurs de banques, ainsi que la Banque Nationale, la Société Nationale de Crédit à l'Industrie, et le Crédit communal de Belgique.

677. Statut des commissaires-reviseurs. — Leur nomination, leur révocation et leurs émoluments sont soumis au régime applicable aux commissaires ordinaires ; comme ces derniers, ils sont révocables *ad nutum* par l'assemblée générale. Leur mandat doit cependant avoir une durée de trois ans au moins (art. 64bis, § 1^{er}, al. 2). Si la révocation d'un commissaire-reviseur est portée à l'ordre du jour de l'assemblée générale, il faudra préciser qu'il s'agit d'un commissaire ayant cette qualité (art. 64bis, § 1^{er}, al. 3).

S'il s'agit d'une société obligée d'avoir au moins un commissaire-reviseur et que, par suite de décès ou autrement, il n'y en ait plus, le conseil d'administration doit convoquer immédiatement l'assemblée générale pour pourvoir à cette vacance : arti-

cle 64bis, § 2, alinéa dernier. Cette obligation est sanctionnée pénalement : article 204, 5°.

La rémunération des commissaires-reviseurs doit répondre aux conditions prévues par l'article 64bis, mais elle peut être différente de celle des commissaires ordinaires.

678. Incompatibilités spéciales. — Le commissaire-reviseur, comme le commissaire ordinaire, ne peut exercer aucune autre fonction dans la société soumise à sa surveillance (*supra*, n° 660). Cette incompatibilité ne l'empêchera pas d'être éventuellement désigné par le conseil d'entreprise, comme le prévoit la loi du 20 septembre 1948 (art. 15, b, 2°) : ce point a été précisé au cours des travaux préparatoires (Rapport au Sénat, *Doc. parlem.*, session 1952-1953, n° 408, p. 5). La loi prend soin de préciser, à l'égard du commissaire-reviseur, que ne peut être désigné en cette qualité celui qui a été préposé de la société, si ce n'est lorsque trois années au moins se sont écoulées depuis qu'il a quitté son service. D'autre part, après sa sortie de charge, soit par expiration du mandat, soit par démission, il ne peut, pendant trois années, être nommé administrateur ou directeur dans la société où il a exercé ses fonctions. Rien n'empêchera cependant de le nommer administrateur d'une filiale ou d'une autre société du même groupe.

La loi s'est efforcée, enfin, de donner au commissaire-reviseur une garantie d'indépendance qu'elle refuse aux commissaires ordinaires : le réviseur ne peut être parent ou allié en ligne directe, ou, en ligne collatérale, jusqu'au quatrième degré inclusivement, d'un administrateur ou d'un directeur de la société : article 64quater, alinéa 2.

Toutes ces dispositions sont sanctionnées pénalement : article 201, 6° et 7°.

679. Mission et responsabilité des commissaires-reviseurs. — C'est ici qu'apparaît une des lacunes les plus graves de la loi. Pratiquement, aucune modification n'est apportée au régime existant. S'il y a plusieurs commissaires, ils forment, comme auparavant, un collège, dans lequel le commissaire-reviseur n'est qu'un membre comme les autres (*voy. supra*, n° 675). Les seuls pouvoirs propres que lui donnent les articles 65 et 91, modifiés par les articles 3 et 8 de la loi du 1^{er} décembre 1953, sont ceux de convoquer l'assemblée générale des actionnaires ou des

obligataires et de soumettre un rapport distinct à l'assemblée générale ordinaire. Pour le surplus, il n'a aucun pouvoir personnel : c'est le collège qui, comme tel, décidera les mesures de contrôle : cf. *supra*, n^o 664.

Quant au rapport à l'assemblée générale annuelle, la situation créée par la loi nouvelle est assez singulière : membre du collège des commissaires, le reviseur participe à toutes ses délibérations ; il pourra, notamment, prendre part à celle au cours de laquelle sera arrêté le rapport commun que le collège continue à devoir adresser à l'assemblée générale : article 65, alinéa 2. Mais il doit, en outre, établir un rapport distinct ; comme la loi n'en règle pas le contenu (voy. *supra*, n^o 675), rien n'empêche qu'il soit identique à celui du collège.

Rien n'est changé, d'autre part, pour ce qui concerne les commissaires-reviseurs, au régime ordinaire de la responsabilité, dont le caractère défectueux est cependant évident : voy. *supra*, n^o 671. La loi a pris soin, toutefois, de les dispenser du cautionnement : article 69, alinéa 3.

§ 5. — *Le conseil général* (art. 68).

680. Notion et critique. — Les statuts peuvent disposer que les administrateurs et les commissaires réunis formeront le conseil général et déterminer les attributions de ce conseil (on peut lui réserver, par exemple, les décisions importantes qui, normalement, seraient prises par le conseil d'administration).

Cette faculté, rarement utilisée, devrait être abolie. En permettant aux commissaires de participer à la gestion de la société, elle dénature leurs fonctions et les expose à perdre encore davantage l'indépendance dont ils devraient faire preuve dans l'exercice de leur mission de contrôle (voy. FREDERICQ, t. V, n^o 571).

En tant que membres du conseil général, les commissaires assument les mêmes devoirs et les mêmes responsabilités que les administrateurs : FREDERICQ, *loc. cit.* ; cf. Nivelles, 15 mai 1934, *Pas.*, 1935, III, 82.

SECTION III. — L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES ACTIONNAIRES.

§ 1^{er}. — *Notions générales.*

681. Rôle légal de l'assemblée générale. — C'est seulement en assistant à l'assemblée générale et en y prenant part

au vote, que les actionnaires participent à la vie de la société. La loi voulait que cette assemblée fût le pouvoir souverain, appelé à prendre, à la majorité des voix, toutes les décisions importantes, et auquel les autres organes de la société demeureraient subordonnés. Nous avons vu qu'il n'en est rien. Les actionnaires qui assistent aux assemblées sont en général peu nombreux et il est exceptionnel qu'une réaction quelconque s'y manifeste contre les initiatives des dirigeants. Les efforts tentés pour donner aux assemblées un rôle plus actif semblent voués à l'insuccès : voyez *supra*, n° 578.

682. Assemblées ordinaires et extraordinaires. — Il existe deux catégories d'assemblées générales :

1° Une fois par an au moins, l'assemblée générale doit être réunie ; c'est l'assemblée générale *ordinaire*. Elle a lieu dans la commune, au jour et à l'heure indiqués par les statuts (art. 73). Elle doit statuer sur l'approbation des comptes de l'exercice, sur la décharge aux administrateurs et aux commissaires, sur la répartition des bénéfices, et procéder, s'il y a lieu, à la nomination des administrateurs et des commissaires. Elle peut statuer, en outre, sur les autres objets qui seraient portés à son ordre du jour — à l'exception des modifications aux statuts.

2° Toutes les autres réunions de l'assemblée portent le nom d'assemblées *extraordinaires*, quels que soient d'ailleurs les objets à l'ordre du jour ; le conseil d'administration les convoque quand il le juge utile. Mais si l'assemblée doit se prononcer sur des modifications aux statuts, ses délibérations sont soumises aux règles particulières exprimées par l'article 70, alinéas 3, 4 et 5 (voy. *infra*, n° 796). En pratique, l'assemblée générale extraordinaire est le plus souvent convoquée pour modifier les statuts, au point que l'expression est communément employée pour désigner une assemblée réunie dans ce seul but : FREDERICQ, t. V, n° 473 ; WAUWERMANS, n°s 505 et 506 ; cf. pour la France : RIPERT, n° 1070.

§ 2. — Composition de l'assemblée générale.

683. Personnes admises à y assister. — L'assemblée générale est la réunion des associés. Or, dans la société anonyme, les droits des associés sont incorporés dans des titres négociables

émis par la société. Tous les porteurs de ces titres peuvent donc assister à l'assemblée, sinon y prendre part aux votes (voyez pour les coupures d'actions, *supra*, n^o 509). Il n'existe aucune difficulté pour les actions représentatives du capital, quelle que soit d'ailleurs leur dénomination. Logiquement, les porteurs de titres ou parts bénéficiaires devraient aussi pouvoir assister à l'assemblée, puisqu'ils forment une catégorie particulière d'associés (voy. *supra*, n^o 552). Mais l'article 41 y fait obstacle, en précisant que les porteurs de ces parts n'ont d'autres droits que ceux prévus par les statuts. Si ces derniers ne leur confèrent pas expressément le droit d'assister aux assemblées générales, ils en seront donc privés, — sous réserve du régime spécial prévu pour certaines modifications des statuts par l'article 71, modifié par la loi du 10 novembre 1953 (voy. *infra*, n^o 809). Solution d'autant plus singulière que le droit d'assister aux assemblées d'actionnaires, avec voix consultative, est reconnu aux porteurs d'obligations, qui sont cependant des créanciers et non des associés (art. 90).

Suivant un usage unanimement admis, les administrateurs et les commissaires, mêmes s'ils ne sont pas actionnaires, peuvent toujours assister aux assemblées.

684. Personnes admises au vote. — Parmi les assistants, seuls les porteurs d'« actions représentatives du capital exprimé » (art. 74, al. 2) ont le droit de voter. Les statuts ne peuvent pas leur enlever ce droit (art. 74, al. 2); ils ne pourraient pas non plus les en priver indirectement en réservant aux porteurs d'un nombre minimum d'actions le droit d'accès aux assemblées : RESTEAU, t. II, n^o 1150; ni en imposant aux nouveaux actionnaires, soit une agrégation préalable, soit un délai d'attente avant de pouvoir voter : RIPERT, n^o 1108. Les statuts peuvent cependant réglementer l'exercice du droit de vote (art. 74, al. 1^{er} et 2), en imposant, par exemple, aux actionnaires qui veulent assister à l'assemblée, le dépôt préalable de leurs titres au siège social ou dans une banque, ou, si les actions sont nominatives, l'obligation de faire part de leur intention au conseil d'administration (voy. pour les détails : WAUWERMANS, n^{os} 544 à 549).

Le droit de voter n'appartient aux porteurs d'autres titres que si les statuts le leur accordent, — sans qu'ils puissent d'ailleurs leur attribuer un nombre de voix supérieur au maximum

fixé par l'article 75, alinéa 2 (voy. *supra*, n° 554) — ou lorsqu'il s'agit de modifier les droits qui appartiennent à toute une catégorie de titres : article 71, modifié par la loi du 10 novembre 1953. Rappelons qu'au point de vue de la participation aux assemblées, les actions de jouissance remises en échange d'actions de capital remboursées, sont assimilées à ces dernières : voy. *supra*, n° 518.

La société elle-même ne pourrait exercer dans l'assemblée le droit de vote attaché à ses propres actions, si elle en détenait dans son portefeuille : voy. *supra*, n° 510.

Seuls les *propriétaires* des actions peuvent prendre part au vote dans une assemblée générale ; les combinaisons faites en vue d'échapper à cette règle impérative sont punissables (art. 200) et ne peuvent produire d'effet juridique : Liège, 8 décembre 1938, *Rev. prat. soc.*, 1939, 102 (vente des titres avec promesse de restitution après l'assemblée).

En revanche, ni la saisie, ni l'opposition faite en vertu de la loi du 24 juillet 1921, ne font obstacle à l'exercice du droit de vote : FREDERICQ, t. V, n° 479.

685. Titres en indivision, grevés d'usufruit, ou constitués en nantissement. — L'existence de plusieurs droits concurrents sur une même action peut donner lieu à des difficultés. La loi elle-même prévoit le cas de la propriété indivise (art. 43, al. 4 ; voy. *supra*, n° 508) et, pour des raisons d'utilité pratique, la jurisprudence étend la même solution au cas d'usufruit, lorsque les statuts ne donnent pas expressément le droit de vote à l'usufruitier (voy. *supra*, n° 508). Si les titres sont donnés en nantissement, le créancier gagiste doit donner au débiteur la possibilité d'exercer le droit de vote, en déposant les titres dans les conditions prescrites et en veillant à ne pas en perdre lui-même la possession (DE PAGE, t. VI, p. III7). Celui qui détient les titres en vertu d'une opération de report (voy. ci-après, t. II) peut voter à l'assemblée, puisqu'il est propriétaire (FREDERICQ, t. V, n° 479).

686. Représentants légaux. — Si l'actionnaire est une société, celle-ci se fera représenter soit par son administrateur-délégué, soit par un mandataire spécial. Les tuteurs des mineurs ou des interdits représenteront leurs pupilles. Le mari exercera le droit de vote attaché aux titres de sa femme, si les époux sont mariés sous le régime de la communauté. La personne pourvue d'un conseil judiciaire ne pourra pratiquement exercer son droit de vote que si, avec l'assistance de son conseil, elle désigne un mandataire qui la représentera à l'assemblée.

687. Mandats donnés en vue d'assister aux assemblées générales. — Les actionnaires peuvent toujours se faire repré-

senter à l'assemblée générale par un mandataire. Il résulte même de l'article 74, alinéa 2, que les statuts ne pourraient les priver de ce droit. Mais il peut être réglementé par eux et il y est souvent prévu que les mandataires choisis doivent être eux-mêmes des actionnaires. Le mandataire votera librement s'il n'a reçu aucune instruction impérative de son mandant; ce dernier n'est nullement obligé de lui en imposer : cass., 13 janvier 1938, *Pas.*, 1938, I, 6.

688. Mandats en blanc. — La procuration ne doit pas nécessairement indiquer le nom du mandataire; il s'agit alors d'un blanc-seing, dont la validité n'est, en principe, pas contestable : RIPERT, n° 1074. Les administrateurs s'efforcent souvent de réunir un nombre élevé de procurations en blanc pour que le « quorum » de présence, lorsqu'il est requis, soit obtenu, mais aussi pour s'assurer à eux-mêmes une majorité dans l'assemblée; les abus qui peuvent résulter de cette pratique ont été souvent dénoncés, sans qu'aucun remède efficace ait pu être proposé. La répartition des mandats en blanc, lorsqu'il existe des divergences de vues entre les membres du conseil, peut donner lieu à des difficultés : voy. HOUFIN et BOSVIEUX, t. II, p. 319.

689. Mandats irrévocables. — L'actionnaire peut-il donner un mandat irrévocable de voter en son nom? La question est controversée en doctrine, car le mandat irrévocable constitue en réalité une aliénation, totale ou partielle, du droit de vote. Voy. pour la non-validité des mandats irrévocables, ou « procurations permanentes » : P. VOIRIN, *D. H.*, Chron., 1931, p. 49; RIPERT, n° 1109.

La Cour de cassation s'est prononcée, par son arrêt du 13 janvier 1938 (*Pas.*, 1938, I, 6), en termes nuancés et prudents : l'article 74 de la loi « ne fait pas obstacle à ce que, par une convention spéciale, l'actionnaire cède à son cocontractant, constitué son mandataire, pour un temps limité ou un objet déterminé, l'exercice des droits attachés à l'action »; la convention accessoire de « blocage » des titres appartenant au mandant n'est pas non plus illicite (comp. Liège, 8 décembre 1938, *Rev. prat. soc.*, 1939, 103).

On doit conclure de cet arrêt, *a contrario*, que le mandat irrévocable ne serait pas licite s'il était conféré à la fois en termes généraux (pour toutes les assemblées ultérieures) et sans limite de temps (*contra* : P. DREMEUR, « La délégation du droit de vote aux assemblées générales », *Rev. prat. soc.*, 1938, 83). La jurisprudence française exprime la même tendance : C. FREYRIA, « Étude de la jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté du vote dans les sociétés », *Rev. trim. dr. com.*, 1951, 424.

Le mandat irrévocable pourrait-il être donné en blanc? Bien que l'arrêt n'ait pas dû se prononcer sur ce point, ses termes mêmes semblent imposer une réponse négative : on ne conçoit pas, en effet, une « cession » au profit d'un cocontractant indéterminé.

§ 3. — Convocation de l'assemblée générale.

690. Initiative de la convocation. — La convocation de l'assemblée est faite, en général, par le conseil d'administration. La loi lui donne la faculté de la convoquer à toute époque (art. 73) ; le même droit appartient aux commissaires. Ce droit implique celui d'annuler la convocation et de remettre la réunion : HOUFIN et BOSVIEUX, t. II, n° 1157 ; comp. comm Gand, 24 septembre 1930, *Rev. prat. soc.*, 1930, 346.

691. Cas de convocation obligatoire. — Les uns et les autres ne sont obligés de convoquer l'assemblée que dans deux cas :

1^o S'il s'agit de l'assemblée ordinaire annuelle : en s'abstenant de la convoquer pour la date fixée dans les statuts, les administrateurs violeraient ces derniers ainsi que l'article 73, alinéa 1^{er}, et seraient solidairement responsables de cette violation envers la société et envers les tiers (art. 62). Les actionnaires pourraient, en outre, faire décider par justice la convocation de l'assemblée : WAUWERMANS, nos 511 et 525 ; comm. Anvers, 12 mai 1900, *Rev. prat. soc.*, 1900, 200.

2^o S'ils sont requis de convoquer l'assemblée par un ou plusieurs actionnaires représentant (c'est-à-dire « possédant ») : WAUWERMANS, n° 519) la cinquième partie au moins du capital social : article 73, alinéa 2.

Si les administrateurs et les commissaires négligent ou refusent de faire droit à cette réquisition dans les trois semaines, ceux qui l'ont faite peuvent agir judiciairement contre eux, sans devoir mettre en cause la société (la question est controversée en doctrine : voy., pour les détails : FREDERICQ, t. V, n° 476).

Le tribunal pourrait condamner la société ou les administrateurs à des dommages-intérêts, et même décider qu'à défaut de convocation de l'assemblée dans un délai déterminé, les demandeurs, ou un tiers spécialement désigné à cet effet, pourront publier en guise de convocation tout ou partie de la décision intervenue : RESTEAU, t. II, n° 1137.

Le refus par les mandataires sociaux de satisfaire dans les trois semaines à la réquisition qui leur est faite par des actionnaires, conformément à l'article 73, alinéa 2, est une infraction punissable d'amende : article 201, 5^o.

§ 4. — *Formes de la convocation* (art. 73).

692. Principe. — Elle doit recevoir la publicité prescrite par la loi, sans que les statuts puissent y déroger. Les formalités imposées varient selon que les titres de la société sont nominatifs ou au porteur.

693. Publicité en cas d'actions au porteur. — Lorsqu'il existe des actions au porteur, les convocations doivent se faire par deux annonces successives dans des journaux, insérées à intervalle de huit jours francs au moins et de façon que la seconde paraisse huit jours au moins avant la réunion (ce dernier délai n'est pas franc : WAUWERMANS, n^{os} 535 et 536). Ces annonces doivent être faites : 1^o dans le *Moniteur belge*; le texte à insérer doit être adressé directement à la direction du *Moniteur*, sans dépôt préalable au greffe du tribunal de commerce; 2^o dans un autre journal de Bruxelles; et 3^o dans un journal de la province ou de l'arrondissement, c'est-à-dire destiné à être lu dans toute la province ou dans tout l'arrondissement où se trouve le siège de la société.

Ces six publications, dont il sera justifié par le dépôt, sur le bureau de l'assemblée, d'un exemplaire de chaque insertion, sont à la fois nécessaires et suffisantes pour que tous les propriétaires de titres au porteur se trouvent régulièrement convoqués. Si la première convocation a lieu le 1^{er} du mois, la deuxième aura lieu le 10, et l'assemblée pourra se réunir le 18.

694. Publicité en cas d'actions nominatives. — S'il existe des actions nominatives, leurs porteurs seront, en outre, convoqués par des lettres missives, envoyées huit jours avant l'assemblée mais, ajoute le texte, « sans qu'il doive être justifié de l'accomplissement de cette formalité »; les lettres ne doivent pas être recommandées : article 73, alinéa 4.

Quand toutes les actions sont nominatives, les convocations peuvent être faites uniquement par lettres missives, mais comme ces lettres remplacent alors la publication dans les journaux, au lieu de la compléter, elles devront être recommandées : article 73, alinéa 5. Le délai à respecter est le même que dans le cas prévu par l'article 73, alinéa 4. Si la société a émis des obligations, il sera prudent de recourir en toute hypothèse à la convocation par voie d'annonces, puisque les obligataires ont le droit d'assister

aux assemblées et, par conséquent, d'être avertis de leur date : FREDERICQ, t. V, p. 672 ; HOLBACH, *Ass. gén.*, p. 34.

Les convocations à l'assemblée ordinaire annuelle, lorsqu'elles sont adressées par lettre aux actionnaires en nom, doivent toujours être accompagnées du bilan, du compte de profits et pertes et du rapport des commissaires : article 78, alinéa 6 ; voyez ci-après, n° 767.

695. Contenu des convocations. — La convocation doit indiquer le lieu, le jour et l'heure de la réunion, ainsi que son ordre du jour. Cette dernière indication est très importante, puisque l'assemblée ne pourra, en principe, délibérer que sur les questions inscrites à l'ordre du jour (voy. ci-après, n° 697).

Quand les statuts imposent, pour l'accès à l'assemblée, le dépôt préalable des titres ou toute autre formalité analogue, les convocations le rappellent, — bien que la loi ne l'exige pas expressément.

§ 5. — *Organisation et tenue de l'assemblée.*

696. Lieu de la réunion. — Les statuts déterminent librement le lieu où se tiendront les assemblées générales (voyez l'article 73). C'est seulement lorsqu'ils ne contiennent aucune indication à ce sujet que les réunions doivent obligatoirement avoir lieu au siège social : WAUWERMANS, nos 507 et 508 ; cf. FREDERICQ, t. V, n° 478. On admet qu'elles se tiennent même à l'étranger, tout au moins pour les assemblées extraordinaires, et pour autant que les statuts le prévoient : WAUWERMANS, n° 513.

697. Importance de l'ordre du jour. — L'ordre du jour doit être indiqué dans les convocations : article 73, alinéa 3. Sa rédaction est très importante : il fait connaître les seuls objets sur lesquels l'assemblée devra délibérer, et pourra le faire valablement, sans qu'on puisse supprimer l'un d'eux ni en ajouter d'autres. C'est là une garantie essentielle, tant pour les actionnaires que pour les administrateurs : RIPERT, n° 1087. On conçoit mal, dès lors, que les statuts puissent y déroger, comme l'enseignent certains auteurs : WAUWERMANS, n° 557.

La règle comporte cependant deux limitations. L'assemblée ordinaire, réunie à la date statutaire, est toujours compétente pour entendre les rapports du conseil d'administration et des

commissaires, adopter le bilan et le compte des profits et pertes, et voter la décharge, ainsi que pour procéder aux nominations nécessaires, car c'est la mission normale de cette assemblée, d'après la loi. D'autre part, en cas d'urgence dûment constatée par l'assemblée elle-même, elle peut délibérer sur une question imprévue qui surgit au cours de la séance et qui exige, dans l'intérêt même de la société, une décision immédiate : RIPERT, n° 1087 ; WAUWERMANS, n° 560 ; le cas se présente parfois pour la révocation d'un administrateur : voy. *supra*, n° 587 ; Paris, 19 juillet 1935, *D. H.*, 1935, 561 ; Orléans, 12 février 1952, *D. J.*, 1952, 626.

698. Rédaction de l'ordre du jour. — L'ordre du jour est rédigé par ceux qui convoquent l'assemblée. Si la réunion est requise par des actionnaires, ces derniers ont le droit d'indiquer les questions qu'ils veulent porter à l'ordre du jour, dont la rédaction sera néanmoins assurée par le conseil d'administration : WAUWERMANS, n° 521.

Le contenu de l'ordre du jour ne doit pas être d'une précision rigoureuse. On emploie souvent des formules générales ou sommaires (Mesures à prendre pour...). L'assemblée peut délibérer sur toutes les questions qui, raisonnablement, sont comprises dans l'objet indiqué, et même sur les questions nouvelles qui surgissent, si elles se rattachent à l'ordre du jour par des liens étroits : WAUWERMANS, n° 559, et les références. Il faut cependant que l'ordre du jour soit assez clair pour que les actionnaires connaissent la nature des mesures à prendre : comm. Bruxelles, 18 mai 1905, *Jur. com. Brux.*, 1905, 488. La mention « questions diverses » ne peut comprendre que des points d'une importance secondaire ou des mesures d'exécution : HOUPIIN et BOSVIEUX, p. 339, note 6 ; comp. note D. B., *J. C. P.*, 1951, II, 6123.

699. Tenue de l'assemblée. — Les règles relatives à la tenue de l'assemblée (formalités pour y être admis, mode de délibération, procès-verbaux) sont fixées librement par les statuts : article 74 ; WAUWERMANS, n° 543 et les références citées. On dit généralement qu'à défaut de clauses statutaires, on appliquera les règles ordinaires des assemblées délibérantes. A vrai dire, la loi n'y renvoie que pour la manière dont se feront les nominations et se prendront les décisions (art. 74 ; encore cela doit-il être entendu avec discernement : Bruxelles, 9 décembre 1927, *Rev. prat. soc.*, 1930, p. 353). Pour le surplus, il existe une coutume commerciale (cf. RIPERT, n° 1088), qui se rapproche d'ailleurs

des pratiques observées dans les assemblées politiques, dont les statuts consacrent souvent les prescriptions, et à laquelle on devra se reporter si les statuts ne fournissent aucune indication ou sont incomplets.

700. Liste de présence. — Les actionnaires qui veulent assister à la réunion signent, avant l'ouverture de la séance, la liste de présence, qui sera éventuellement rectifiée après la vérification à laquelle doivent procéder le bureau et, le cas échéant, l'assemblée elle-même. Cette liste permet de vérifier la composition exacte de l'assemblée et de constater si le quorum de présents — quand il est requis — est obtenu. Elle est généralement annexée au procès-verbal et tout intéressé peut s'en faire délivrer une copie. Pour être régulière, il suffit que la liste ait été émargée par les actionnaires délibérants; il n'est pas indispensable qu'elle soit certifiée par le bureau : Paris, 15 août 1885, *D.*, 1886, 2, 89, note THALLER.

701. Constitution du bureau. — Il faut procéder, ensuite, à la constitution du « bureau » de l'assemblée, chargé de diriger les débats et de statuer (sauf recours à l'assemblée elle-même) sur les contestations éventuelles.

Sa composition est généralement réglée par les statuts. Ils prévoient ordinairement que le président sera l'un des membres du conseil d'administration et que le bureau comprendra en outre deux scrutateurs et un secrétaire. Les scrutateurs — qui sont habituellement les actionnaires porteurs du plus grand nombre de titres — procèdent au dépouillement des bulletins de vote; le secrétaire, qui ne doit pas nécessairement être un actionnaire, rédige le procès-verbal.

Si les statuts ne contiennent aucune disposition, il faudra composer un bureau provisoire pour procéder aux vérifications (voy. ci-après, n° 702) et faire élire ensuite par l'assemblée elle-même le bureau définitif : RESTEAU, t. II, nos 1199 à 1202.

702. Vérification de la qualité des assistants. — Le bureau doit vérifier la qualité des assistants, s'ils se sont conformés aux prescriptions des statuts et, lorsqu'il s'agit de mandataires, si leurs procurations sont régulières. En cas de contestation, c'est l'assemblée elle-même qui statuera sur l'admission à la séance ou sur le nombre de voix dont disposera l'actionnaire dont les droits sont contestés. Ce dernier ne pourra naturellement participer au vote : WAUWERMANS, n° 553bis; *contra*, mais à tort selon nous : comm. Bruxelles, 26 juillet 1939, *Rev. prat. soc.*, 1947, 28. La décision de l'assemblée n'a d'ailleurs qu'une valeur provisoire; la contestation sera tranchée définitivement par les tribunaux, s'ils en sont saisis : cass., 11 novembre 1915, *Pas.*, 1915-1916, I, 482; sur le recours en référé, voy. comm. Bruxelles, 29 octobre 1929, *Jur. com. Brux.*, 1929, 450.

703. Nombre des actionnaires présents. — L'assemblée peut, en principe, délibérer valablement, quel que soit le nombre des actionnaires présents ou représentés. Il n'en est autrement que pour les modifications

des statuts (voy. ci-après, n° 796), ou si les statuts eux-mêmes exigent un « quorum » de présents (en ce sens : FREDERICQ, t. V, p. 679 ; WAUWERMANS, n° 554 ; PIRMEZ, *Rev. prat. soc.*, 1891, n° 235. *Contra* : RESTRAU, t. II, n° 1208).

Aucun quorum n'étant requis par la loi, un actionnaire unique peut, par son seul vote, approuver le bilan et voter la décharge : cf. Paris, 19 juillet 1935, *D. H.*, 1935, 561. Si aucun actionnaire ne se présentait, il faudrait dresser un procès-verbal de carence et tenter de vaincre l'inertie des actionnaires par de nouvelles convocations : voy. WAUWERMANS, n° 554, *in fine*.

704. Rôle du président. — Le président dirige la discussion et les votes. On lui reconnaît un pouvoir de police qui lui permet d'ordonner l'expulsion des perturbateurs éventuels ou de suspendre la séance. Mais il ne peut la déclarer levée ou l'ajourner avant que l'ordre du jour ne soit épuisé, à moins que l'assemblée elle-même n'y donne son assentiment : HOUPIIN et BOSVIEUX, t. II, n°s 1157 et 1176 ; WAUWERMANS, n° 555 ; note BOURCART, *Sirey*, 1930, 1, 241.

705. Réglementation légale de l'exercice du droit de vote. — Nous avons indiqué comment est réglé le nombre de voix qui peuvent être attachées aux actions représentatives du capital social (*supra*, n° 521) ainsi qu'aux parts bénéficiaires, lorsque les statuts donnent à leurs porteurs le droit de voter (*supra*, n° 554).

Mais le nombre total des voix attachées aux titres dont les propriétaires sont présents ne peut pas toujours être utilisé. Les dispositions légales qui limitent l'exercice du droit de vote ont un caractère impératif ; elles concernent le pouvoir de vote maximum dont peut disposer un seul actionnaire, le droit de vote des titres non représentatifs du capital, et le cas des actions dont la libération est en souffrance.

1° Pour éviter qu'un actionnaire unique puisse faire la loi dans l'assemblée, l'article 76 dispose que nul ne peut prendre part au vote pour un nombre de voix dépassant la cinquième partie du nombre de voix attachées à l'ensemble des titres ou les deux cinquièmes du nombre de voix attachées aux titres représentés — cette dernière limitation n'ayant donc d'effet pratique que lorsque les titres représentés à l'assemblée donnent droit à un nombre de voix inférieur à la moitié du nombre total. Si un actionnaire vote à la fois en son nom et pour un autre, dont il est le mandataire, la réduction s'appliquera sur le nombre total des titres dont il dispose ainsi en cette double qualité : WAUWERMANS, n° 595 ; RESTEAU, t. II, n° 1184.

2° Afin d'empêcher les porteurs de parts bénéficiaires de disposer, en fait, de la majorité dans une assemblée où les porteurs d'actions représentatives du capital seraient peu nombreux, la loi (art. 75) interdit que les porteurs de parts bénéficiaires soient comptés dans le vote pour un nombre de voix supérieur aux deux tiers du nombre des voix émises par les actions représentatives du capital exprimé (il s'agit du nombre des voix émises *valablement*, après application des réductions prévues par l'article 76, et sans tenir compte des abstentions). Si les votes soumis à limitation sont émis en sens différents, les réductions s'opèrent proportionnellement, sans tenir compte des fractions de voix.

La combinaison des restrictions prévues par les articles 75 et 76 donne lieu, en pratique, à des difficultés sérieuses : J. BAUGNIET, *La réglementation du droit de vote dans les sociétés anonymes*, n^{os} 41 et suivants.

3° L'exercice du droit de vote attaché aux actions sur lesquelles les versements, régulièrement appelés et exigibles, n'ont pas été effectués, est suspendu : article 74, alinéa 5. La règle est d'ordre public : RESTEAU, t. II, n^o 1160.

706. Vote des résolutions. — Le vote se fait à mains levées ou, si la majorité est incertaine, par appel nominal. Le vote au scrutin secret n'est obligatoire que pour les nominations (PIRMEZ, « Des assemblées générales », *Rev. prat. soc.*, 1892, p. 270), ou s'il est décidé par l'assemblée elle-même ; les statuts permettent parfois aux actionnaires de le requérir, à titre individuel. Sur le scrutin secret et le rôle des scrutateurs, voy. note D. BASTIAN, *Sem. jur.*, 1949, *ŷ.*, 5057.

Pour être adoptée, une proposition doit être approuvée par la majorité simple des votes valablement exprimés (la moitié des voix plus une), sans tenir compte des actionnaires qui s'abstiennent : FREDERICQ, t. V, p. 679 ; RESTEAU, t. II, n^o 1207 ; WAUWERMANS, n^o 565 ; *contra* : HOUPIIN et BOSVIEUX, t. II, n^o 1183. Les statuts peuvent toutefois en disposer autrement, et les règles sont différentes, ainsi que nous le verrons, pour les modifications aux statuts.

La société elle-même ne peut évidemment prendre part au vote pour les titres qu'elle détient (voy. *supra*, n^o 510). L'opposition entre l'intérêt de la société et celui d'un actionnaire, à propos d'une question soumise à la délibération de l'assemblée, ne prive pas cet actionnaire du droit

de voter. Les administrateurs peuvent ainsi participer au vote sur la décharge de leur gestion ou à leur propre nomination ; les abus qui en résultent sont incontestables, notamment dans le cas de sociétés mères et filiales. Ils peuvent parfois donner lieu à certains recours (voy. *infra*, n° 713), mais l'existence d'un intérêt personnel dans le chef d'un actionnaire ne suffit pas à invalider le vote exprimé par lui : WAUWERMANS, n° 589 ; RIPERT, n° 1081 ; HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n° 1179 ; comm. Bruxelles, 23 mai 1949, *Rev. prat. soc.*, 1952, 190.

707. Conventions relatives à l'exercice du droit de vote. — Les conventions par lesquelles des actionnaires s'obligent à voter dans un sens déterminé ou suivant les décisions préalables prises au sein d'un groupement dont ils font partie, sont illicites et ne peuvent produire d'effet : RESTEAU, t. II, n°s 1227 à 1233 ; HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n° 1178 ; Liège, 20 février 1940, *Rev. prat. soc.*, 1947, 296 ; voy. note HOUIN, *Sirey*, 1952, 2, 125 (ces conventions sont prohibées, en France, par le décret-loi du 31 août 1937). Elles sont inconciliables avec la notion même d'une assemblée délibérante : si les participants étaient astreints à voter dans un sens déterminé, il ne pourrait y avoir de discussion ni de délibération. La question est toutefois controversée lorsque la convention ne concerne que le vote à émettre dans un cas particulier : voy. HOUPIN et BOSVIEUX, *loc. cit.* ; voy., au sujet de l'engagement de voter pour un candidat déterminé aux fonctions d'administrateur : FREDERICQ, t. V, n° 406, et les références citées. L'on n'aperçoit aucune raison valable de déroger, en ce cas, à la règle générale. Il va de soi que les actionnaires peuvent toujours, sans prendre d'engagement véritable, se concerter avant la réunion.

708. Les procès-verbaux. — Bien que la loi ne l'impose pas, les réunions de l'assemblée générale donnent toujours lieu à la rédaction d'un procès-verbal, qui permettra d'attester la régularité de la procédure suivie et de prouver les décisions prises. Le procès-verbal doit être rédigé séance tenante par le secrétaire ; il est généralement inscrit dans un registre spécial. A défaut de disposition spéciale dans les statuts, le procès-verbal est signé par les membres du bureau et par les actionnaires qui le demandent : article 74, alinéa 1^{er} ; les expéditions à délivrer aux tiers sont signées par la majorité des administrateurs et des commissaires (même article).

Lorsqu'ils sont dressés conformément aux statuts, les procès-verbaux font foi jusqu'à preuve contraire : HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n° 1180. Ils constituent des écritures de commerce ; le faux commis dans un procès-verbal d'assemblée générale est donc punissable : WAUWERMANS, n° 577. Sur les droits auxquels les procès-verbaux donnent ouverture, voyez G. GOERGE, *Journ. Soc.*, 1935, 641.

§ 6. — Pouvoirs de l'assemblée générale.

709. Principes généraux. — La loi confère à l'assemblée générale deux attributions qu'il ne serait pas possible de lui

enlever : 1° elle nomme les administrateurs et les commissaires, auxquels elle donne décharge : articles 55, 64 et 79 ; 2° elle arrête le bilan et les comptes annuels, et statue sur l'emploi des bénéfices sociaux : articles 79 et 80.

Pour le surplus, l'assemblée générale, délibérant dans les conditions que nous avons indiquées, dispose des « pouvoirs les plus étendus pour faire ou ratifier les actes qui intéressent la société » : article 70. Mais il s'agit d'une disposition supplétive, à laquelle il est souvent dérogé par les statuts : voy. *supra*, n° 602. Les pouvoirs de l'assemblée, tels que les prévoit l'article 70, ne sont d'ailleurs ni absolus, ni sans limites : l'assemblée ne peut contrevenir aux statuts (n° 703) ; elle ne peut empiéter sur les attributions des autres organes sociaux (n° 704) ; ses décisions doivent être exemptes de fraude (n° 705) ou de détournement de pouvoir (n° 706) ; elles doivent enfin être compatibles avec la nature et les caractères essentiels de la société anonyme (n° 707).

710. Respect des statuts. — Les décisions de l'assemblée générale ne peuvent, en principe, contrevenir aux statuts.

Elle peut toutefois les modifier, y déroger, ou ratifier un acte qui s'en écartait, à la condition que soient respectées les conditions spéciales imposées par la loi : voy. *infra*, n° 794.

711. Respect de la compétence des autres organes sociaux. — L'assemblée générale ne peut pas non plus empiéter sur les attributions des autres organes sociaux (conseil d'administration et conseil des commissaires : voy. HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n° 1226), mais elle peut donner aux administrateurs des instructions impératives (J. RAULT, *Rev. trim. dr. comm.*, 1950, p. 426), les habilitier à faire des actes qui, d'après les statuts, ne sont pas de leur compétence ordinaire, ou ratifier ces actes : HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n° 1225 ; elle ne pourrait pas, toutefois, leur accorder une délégation générale : *ibid.*, n° 1227.

712. Absence de fraude. — Les décisions de l'assemblée seraient sans valeur juridique si elles étaient entachées de fraude : voy., par exemple, comm. Bruxelles, 5 mars 1929, *Rev. prat. soc.*, 1929, 186 ; 5 août 1944 et 1^{er} juin 1946, *Rev. prat. soc.*, 1947, 162 ; tel serait le cas si l'urgence avait été alléguée faussement pour justifier une mesure non prévue à l'ordre du jour.

713. Cas de détournement de pouvoirs. — Le pouvoir de l'assemblée générale, organe supérieur de la société, ne peut être exercé qu'en vue de l'intérêt de l'institution elle-même. Si l'assemblée l'exerce à d'autres fins, sa décision est entachée de détournement ou d'excès de pouvoir; elle est sans valeur et peut être déclarée nulle : MARX, *Responsabilité des administrateurs*, p. 97; NOVELLES, *Droit commercial*, t. III, n^o 6851. — La notion du détournement de pouvoir qui s'est développée en droit administratif, peut très logiquement être appliquée aussi aux institutions de droit privé : cf. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, n^{os} 51 et 52, et les références citées; LEGAL et BRËTHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, p. 485.

Les cas de détournement de pouvoir sont extrêmement nombreux et variés. Ils se rattachent à deux ordres d'idées :

a) Violation du principe de l'égalité des actionnaires. — En vertu de ce principe — manifestation particulière du *jus fraternitatis* : voy. *supra*, n^o 340 — les décisions de l'assemblée, pour être valables, doivent assurer un traitement égal à tous les actionnaires, avoir pour tous une répercussion analogue. « C'est dans la communauté d'intérêts que l'assemblée trouve son pouvoir de décider; le droit de l'assemblée existe, quand la question posée a pour tous ceux qui délibèrent les mêmes conséquences, et il disparaît, s'il y a des intérêts divergents » (PIRMEZ, « Notes posthumes », *Rev. prat. soc.*, 1891, p. 274). Si la décision prise crée ou tend à créer en fait une discrimination quelconque entre certains associés et les autres, on y verra l'indice d'un détournement de pouvoir; cet effet discriminatoire révèle que le mobile déterminant n'a pas été l'intérêt de la collectivité des associés. Bien qu'il ne soit pas expressément consacré par la loi, le principe de l'égalité des actionnaires est unanimement reconnu par la doctrine et la jurisprudence : COPPENS, *op. cit.*, n^{os} 107 à 114, et les références citées; FREDERICQ, t. V, n^o 492; Bruxelles, 8 février 1927, *Rev. prat. soc.*, 1927, 98; en France : HOUPIIN et BOSVIEUX, t. II, n^o 1265. Il suffit à expliquer les solutions que l'on justifie parfois en disant que l'assemblée ne peut porter atteinte aux droits individuels des actionnaires : voy., par exemple, comm. Bruxelles, 23 mai 1949, *Rev. prat. soc.*, 1952, 190; comp.

FREDERICQ, t. V, n° 493 ; COPPENS, *op. cit.*, nos 170 à 183. La loi y a toutefois apporté une dérogation, d'interprétation restrictive, par l'article 71 : voy. *infra*, n° 809.

b) Méconnaissance délibérée de l'intérêt de la société. — Lorsque le vote émis est manifestement contraire à l'intérêt social et que les actionnaires ne pouvaient l'ignorer : FREDERICQ, t. V, p. 699 ; Bruxelles, 7 février 1939, *Rev. prat. soc.*, 1939, 157 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, t. II, n° 1267.

714. Respect des caractères essentiels de la société anonyme. — Il va de soi, enfin, que l'assemblée ne pourrait, même sous la forme d'une modification des statuts, prendre aucune décision incompatible avec la nature ou les caractères essentiels de la société anonyme (voy. *supra*, n° 525). Elle ne pourrait, notamment, mettre à charge des actionnaires des engagements qui excéderaient leur mise déterminée : GILSON, *Modifications aux statuts*, n° 26 ; *Répert.*, n° 1106 ; ni déroger aux règles impératives de la loi : GILSON, n° 28 ; ni exclure toute répartition de dividendes : *ibid.*, n° 61.

715. Effets des décisions de l'assemblée. — Les décisions de l'assemblée, lorsqu'elles ont été prises régulièrement et dans les limites que nous venons de préciser, sont obligatoires pour tous les actionnaires. Elles sont opposables par eux à la société elle-même, mais l'assemblée peut toujours revenir sur sa décision antérieure, sans que la décision nouvelle puisse toutefois porter atteinte aux droits régulièrement acquis en vertu de la décision originaire : HOUPIIN et BOSVIEUX, t. II, nos 1181 et 1257. L'assemblée ne peut d'ailleurs jamais donner un effet rétroactif aux décisions qu'elle prend.

Lorsque les décisions ne sont entachées d'aucune irrégularité, aucun recours aux tribunaux n'est possible : comm. Anvers, 6 décembre 1929, *Jur. port Anv.*, 1930, 97 ; civ. Bruxelles, 8 juillet 1942, *Rev. prat. soc.*, 1947, 346.

716. Nullité des délibérations irrégulières. — L'irrégularité qui entache la décision prise par l'assemblée générale est susceptible d'entraîner sa nullité, mais sans que la sanction soit automatique. Il convient de distinguer, à cet égard, selon que l'irrégularité concerne la forme ou le fond.

717. Irrégularité de forme : nullité conditionnelle. — En principe, l'inobservation des règles et formalités prescrites par la loi ou par les statuts ne sera une cause de nullité que si elle a pu exercer une influence sur les décisions prises : comm. Gand, 24 septembre 1930, *Rev. prat. soc.*, 1930, 346 ; FREDERICO, t. V, n^o 491. Si des personnes ont été à tort admises à voter, il faudra vérifier quel eût été le résultat de la délibération dans l'hypothèse où ceux qui pouvaient légitimement y participer, y auraient seuls pris part et auraient utilisé le nombre de voix dont ils pouvaient légalement disposer : HOU PIN et BOSVIEUX, t. II, p. 399 (voy. un cas extrême, où tous les votants étaient dans une situation irrégulière : comm. Bruxelles, 12 décembre 1945, *Rev. prat. soc.*, 1947, 217).

La nullité ne peut être demandée que par ceux qui ont souffert de l'irrégularité (WAUWERMANS, n^o 540) et pour autant qu'ils n'aient pas, même tacitement, renoncé à s'en prévaloir : l'assistance sans réserves à l'assemblée ou l'absence de protestation à bref délai couvrent les vices de forme des convocations ou l'irrégularité de la composition du bureau : WAUWERMANS, n^{os} 540 et 615 ; Paris, 19 juillet 1935, *D. H.*, 1935, 561 ; d'autre part, les formalités de convocation sont prescrites en faveur des actionnaires, qui, seuls, ont intérêt à se plaindre de leur omission : cass., 5 juillet 1878, *Pas.*, 1878, I, 300. Le vote en faveur de la décision querellée, s'il a eu lieu en connaissance de cause, empêche de la contester plus tard : cass., 11 novembre 1915, *Pas.*, 1915-1916, I, 482 ; voy. aussi comm. Alost, 7 mai 1929, *Jur. com. Fl.*, 1929, 204.

718. Violation de formes substantielles ou de règles impératives : nullité sans condition. — Toutefois, s'il s'agit de formalités substantielles ou de règles impératives, la nullité devra être prononcée sans qu'il y ait lieu de vérifier préalablement les conséquences que l'irrégularité a pu entraîner ; seule une ratification ultérieure, par une assemblée régulière, pourrait alors rendre valables les décisions prises (exemple : Bruxelles, 10 juin 1895, *Pas.*, 1895, II, 408). Tel serait le cas si l'assemblée avait été convoquée par un seul administrateur : comm. Bruxelles, 7 février 1946, *Rev. prat. soc.*, 1947, 215, ou par des personnes sans qualité : comm. Bruxelles, 20 novembre 1944, *Rev. prat. soc.*, 1947, 253 ; HOU PIN et BOSVIEUX, t. II, n^o 1187 ; si l'assemblée

prenait des décisions étrangères à l'ordre du jour indiqué dans les convocations : HOUFIN et BOSVIEUX, *loc. cit.*; ou même si l'ordre du jour était trop imprécis : WAUWERMANS, n° 541. Les règles spéciales relatives à la modification des statuts sont des formalités substantielles : voy. *infra*, n° 808. Les décisions de l'assemblée seraient aussi nécessairement nulles si l'accès de l'assemblée avait été injustement refusé à un actionnaire : note PIC, sous Montpellier, 23 octobre 1931, *D. P.*, 1933, 2, 141.

En revanche, le seul fait que certains actionnaires auraient été empêchés, fût-ce par une contrainte extérieure, d'assister à la réunion, n'est pas une cause de nullité des décisions prises : Bruxelles, 26 mai 1951, *R. W.* 1951-1952, col. 408 ; cass., 26 avril 1948, *Pas.*, 1948, I, 277.

L'irrégularité ou l'absence de procès-verbal ne concerne pas l'ordre public et ne peut être opposée aux tiers, lorsqu'ils ont dû croire à l'existence d'une délibération régulière : cass., 29 novembre 1877, *Pas.*, 1878, I, 22 (cet arrêt concerne une décision du conseil d'administration, mais les raisons de décider sont les mêmes).

719. Décisions irrégulières par leur objet ou leur mobile.

— Si la décision prise par l'assemblée excède les pouvoirs de celle-ci, est le résultat d'une machination frauduleuse ou se trouve entachée d'excès de pouvoir, elle pourra être annulée en justice : voy. le numéro suivant.

720. *Mise en œuvre de la nullité.* — La nullité ne peut jamais être prononcée d'office, car des intérêts privés sont seuls en cause. Mais tous ceux à qui la délibération peut être opposée ou à qui elle cause préjudice, peuvent en demander l'annulation aux tribunaux. Les actionnaires ont ce droit : COPPENS, *op. cit.*, n° 88 ; ils peuvent l'exercer même s'ils ont acquis leurs titres postérieurement à l'assemblée critiquée : Bruxelles, 8 décembre 1897, *Pas.*, 1898, II, 122. S'ils ont voté la mesure critiquée, ils ne peuvent en poursuivre la nullité que si celle-ci touche à l'ordre public : Paris, 15 juillet 1952, *D. J.*, 1952, 727.

Lorsque la nullité est de nature à causer préjudice à des tiers, elle ne sera prononcée que s'ils n'étaient pas de bonne foi — faute de quoi les actionnaires qui se prévalent de l'irrégularité commise devront se contenter d'obtenir des dommages-intérêts : COPPENS, *op. cit.*, nos 84 et suivants ; cass., 5 juillet 1878, *Pas.*, 1878, I, 300.

La société doit toujours être mise en cause. Elle peut elle-même

invoquer la nullité, soit par voie d'exception, soit en dirigeant une action contre les tiers auxquels la délibération contestée aurait conféré certains droits.

En l'absence de toute règle particulière, l'action en nullité se prescrit par trente ans — ce qui est manifestement excessif.

721. Autorité du jugement d'annulation. — Le jugement qui prononce la nullité a l'autorité de la chose jugée, non seulement entre la société et les demandeurs, mais aussi à l'égard de tous les actionnaires (COPPER ROYER, *Traité des sociétés*, éd. 1938, t. II, p. 625 ; DECUGIS, *Traité pratique*, p. 753 ; *contra*, mais à tort, selon nous : comm. Bruxelles, 19 août 1936, *Rev. prat. soc.*, 1937, 124) et même, à notre avis, à l'égard de tous les tiers qui auraient pu invoquer la décision annulée. Les raisons que nous avons développées à l'occasion des jugements prononçant la nullité d'une société pour vice de forme (voy. *supra*, n° 390) pourraient être reproduites ici ; il s'agit d'une question indivisible, car on ne concevrait pas que la même décision de l'assemblée générale fût à la fois valable à l'égard des uns et nulle à l'égard des autres. Mais les tiers de bonne foi, qui seraient lésés par le jugement, pourraient le faire rétracter par la voie de la tierce opposition.

SECTION IV. — LES ASSEMBLÉES D'OBLIGATAIRES.

722. But de leur institution et caractère. — Ces assemblées ont été organisées par la loi de 1913 principalement dans l'intérêt de la société, pour lui permettre de convenir avec les obligataires d'un aménagement nouveau des conditions de l'emprunt, sans être astreinte à obtenir le consentement unanime des porteurs. L'institution aurait pu être utile aussi aux obligataires : si leurs droits sont méconnus ou mis en péril, les porteurs d'obligations pourraient utilement arrêter en commun les mesures à prendre et en assurer l'exécution. Mais la loi n'a pas donné aux assemblées d'obligataires les pouvoirs nécessaires pour assurer la défense commune des porteurs.

Les raisons qui ont motivé l'institution indiquent que l'assemblée des obligataires n'est nullement un organisme rival des autorités sociales. La loi ne permet que la réunion d'assemblées occasionnelles et ne leur confère que des attributions limitées.

723. Régime de ces assemblées. — Le mode de convocation et le fonctionnement de l'assemblée des obligataires sont soumis à des règles analogues à celles qui régissent les assemblées d'actionnaires.

Rien n'empêcherait cependant les statuts ou les conditions de l'emprunt de prévoir des organismes permanentes ou de concéder à l'assemblée une compétence plus étendue, ou de grouper les porteurs en société civile : WAUWERMANS, nos 812, 816 et 822.

Mais il ne serait pas permis, à notre avis, d'exclure par convention l'application des articles 91 à 96, car l'emprunt obligataire est une institution dont la loi trace le cadre, et non un simple contrat : voy. *supra*, n° 560 ; *contra* : WAUWERMANS, n° 823.

Si la société a émis plusieurs emprunts, il y aura plusieurs groupes d'obligataires, ayant chacun des droits distincts. La loi permet qu'ils soient tous convoqués en une assemblée commune, ou, au contraire, en assemblées distinctes : article 95, alinéa 2 ; voy. ci-après, n° 733.

§ 1^{er}. — Convocation et tenue des assemblées.

724. Convocation. — Le conseil d'administration et les commissaires peuvent convoquer l'assemblée des obligataires quand ils le jugent utile. Ils sont tenus de le faire chaque fois qu'ils en sont requis par un ou plusieurs obligataires représentant au moins la cinquième partie du montant des titres en circulation, ou que l'ordre leur en est donné par l'assemblée générale des actionnaires (art. 91).

Comme il s'agit d'une réunion exceptionnelle et imprévisible, la convocation de l'assemblée générale des obligataires réclame une publicité plus grande que celle de l'assemblée générale des actionnaires ; pour cette raison, le législateur a augmenté le nombre des publications dans les journaux (art. 92).

725. Délibérations de l'assemblée. — Elles sont soumises aux dispositions supplétives de l'article 74, alinéa 1^{er} (art. 96), mais sans que le nombre des suffrages dont peut disposer un seul votant soit limité ; la loi ne renvoie pas, en effet, à l'article 76.

Les règles statutaires relatives aux formalités d'admission et aux procès-verbaux des assemblées d'actionnaires doivent également être observées : article 96. Les administrateurs et les commissaires peuvent assister à l'assemblée, avec voix consultative : WAUWERMANS, n° 856.

Au début de la réunion, le conseil d'administration doit mettre à la disposition des obligataires un état des obligations en circulation : article 94 ; l'inexactitude de ce tableau, lorsqu'elle est frauduleuse, est sanctionnée pénalement : article 204, 1^o.

Les délibérations doivent être publiées dans les quinze jours aux annexes du *Moniteur*, à la diligence des administrateurs (art. 94, alinéa dernier).

726. Sanctions. — L'inobservation des formalités prescrites pour les convocations, la tenue de l'assemblée, les délibérations, les procès-

verbaux, entraîne les mêmes conséquences que lorsqu'il s'agit d'une assemblée générale d'actionnaires : voy. *supra*, n° 717. La nullité des décisions prises pourrait être demandée par la société elle-même : FREDERICQ, t. V, n° 596.

§ 2. — *Pouvoirs de l'assemblée des obligataires* (art. 93).

727. Principe. — L'assemblée n'a que les pouvoirs limités que la loi elle-même lui confère ; mais les conditions de l'emprunt pourraient les étendre : voy. *supra*, n° 723. Nous examinerons aux numéros suivants les pouvoirs prévus par la loi.

728. Modification des garanties. — L'assemblée peut modifier le régime de garantie des obligations, en décidant d'accepter les propositions de la société qui ont pour objet soit d'accorder aux porteurs d'obligations des sûretés particulières, soit de modifier ou de supprimer les sûretés existantes : article 93, 1^o. Elle peut décider, notamment, la radiation ou la réduction des inscriptions hypothécaires prises au profit de la masse : article 98.

La constitution d'une sûreté au profit des obligataires est souvent la contrepartie d'un abandon consenti par eux à la société : prorogation d'une échéance, réduction du taux de l'intérêt, suspension du remboursement du capital.

La modification ou la suppression des sûretés établies seront consenties, notamment, quand la société, ayant à nouveau besoin d'argent, se voit obligée de réserver aux nouveaux souscripteurs d'obligations les sûretés accordées aux anciens ; si ces derniers considèrent qu'il est avantageux pour eux-mêmes de voir la société surmonter la crise qu'elle traverse, ils accepteront de céder leur rang.

729. Modification de la créance des obligataires. — L'assemblée peut consentir à certaines modifications de la créance des obligataires, mais sans pouvoir accorder à la société une remise de dette, même partielle, pour le principal ou pour les intérêts échus : comm. Bruxelles, 20 mai 1938, *Rev. prat. soc.*, 1948, 45 (sous réserve du cas prévu par l'article 93, 4^o ; voyez ci-après, n° 723).

Elle peut proroger des échéances d'intérêts, en réduire le taux, en modifier les conditions de paiement, suspendre l'amortissement, en prolonger la durée, consentir des changements aux

conditions dans lesquelles il doit avoir lieu. Ces mesures peuvent être d'un grand soulagement pour la société en difficultés, tout en étant conformes à l'intérêt bien compris des obligataires eux-mêmes. Mais elles ne peuvent être prises avec effet rétroactif : FREDERICQ, t. V, n° 597.

730. Substitution d'actions aux obligations. — L'assemblée peut décider d'accepter la substitution d'actions aux créances des obligataires : article 93, 4°.

C'est la mesure la plus grave que puisse prendre l'assemblée. Elle s'impose lorsque la société est dans de graves difficultés et qu'elle ne peut en sortir que moyennant une réduction de son passif.

La substitution décidée par l'assemblée n'a pas d'effet rétroactif : elle ne peut priver de ses droits le porteur d'obligations qui, avant l'assemblée, avait assigné la société en résolution du contrat : cass., 5 mars 1931, *Pas.*, 1931, I, 115.

Les actions offertes aux obligataires doivent être entièrement libérées : FREDERICQ, t. V, p. 833. Mais ce ne seront pas nécessairement des actions de la société débitrice ; les travaux préparatoires de la loi révèlent clairement que l'on a voulu rendre possibles toutes les opérations d'échange, quelle que soit la nature ou l'origine des actions proposées : cf. WAUWERMANS, nos 828 à 830. Au point de vue juridique, il y a lieu, cependant, de faire certaines distinctions : voy. le numéro suivant.

731. Nature de l'opération. — A. Si les actions offertes sont des actions représentatives du capital de la société débitrice, celle-ci devra procéder à une augmentation du capital, à concurrence — au maximum — de la valeur nominale des obligations et des intérêts échus. En exécution de la décision de l'assemblée, qui lie tous les obligataires, ces derniers font apport à la société de leurs créances ; ils sont de plein droit réputés souscripteurs des actions d'échange : comm. Liège, 4 janvier 1930, *Pas.*, 1930, III, 29.

Cet apport d'une créance est évidemment un apport *en nature*. Toutefois, les actions attribuées en contrepartie de cet apport seront immédiatement négociables, par dérogation à l'article 47, si les obligations sont émises depuis deux ans au moins : article 48, 2°.

B. La situation est identique si les obligataires reçoivent, en échange de leurs obligations, des actions représentatives du capital, créées pour eux par une autre société, qui a repris l'actif et le passif de la société débitrice, et à laquelle ils font apport de leurs créances obligataires.

C. Dans tous les autres cas, il s'agit d'une *dation en paiement* : échange

des obligations contre des parts bénéficiaires de la société débitrice, ou contre des actions d'autres sociétés, que la société débitrice avait dans son portefeuille, ou qu'elle aurait reçues en contrepartie de l'apport de son actif.

732. Mesures conservatoires. — L'assemblée peut enfin décider les mesures conservatoires (inscription d'hypothèque ou renouvellement d'inscription, par exemple) ou d'exécution qui s'imposent dans l'intérêt commun : article 93, 5^o et 6^o. Elle peut notamment désigner des mandataires chargés d'exécuter ses décisions et de représenter la masse dans les procédures en réduction ou en radiation. Mais ces mandataires n'ont point qualité pour convoquer l'assemblée : WAUWERMANS, n^o 815.

§ 3. — *Conditions requises pour la validité des décisions.*

733. Majorités et homologations. — a) Les actes conservatoires et la nomination de mandataires peuvent être décidés à la simple majorité des voix et quel que soit le nombre des titres représentés : article 94, alinéas 10 et 11.

b) Les autres décisions sont soumises à trois conditions spéciales : représentation à l'assemblée de la moitié au moins des titres en circulation ; adoption de la proposition par une majorité de trois quarts au moins des titres pour lesquels il est pris part au vote ; présence, au sein de cette majorité, du tiers au moins des obligations en circulation.

S'il y a plusieurs catégories d'obligations, et que les mesures à prendre soient susceptibles de modifier leurs droits respectifs, les conditions ci-dessus doivent être réunies dans chacune des catégories (art. 95). Les porteurs d'obligations de chaque catégorie peuvent d'ailleurs toujours être convoqués seuls en assemblée spéciale, si les propositions à examiner ne concernent que les titres de cette catégorie : même article.

Quand la première condition n'est pas remplie, une nouvelle convocation est nécessaire ; la seconde assemblée délibérera valablement, quel que soit le nombre des titres représentés.

La seconde condition est toujours de rigueur.

Si la troisième fait défaut, on peut y suppléer en faisant homologuer la décision de l'assemblée par la Cour d'appel : article 94. Les alinéas 6 à 9 indiquent la procédure à suivre : à peine de nullité la requête en homologation doit être introduite dans les huit jours qui suivent le vote. La Cour vérifiera si les conditions

de forme ont été respectées et si la délibération prise est sincère et sérieuse (cf. DEMBOUR, n° 153).

734. Etat du capital social. — Les substitutions d'actions aux obligations et les modifications au droit de créance des obligataires ne sont valables que si le capital social est entièrement libéré : article 94, alinéa 12. Il est normal que la société exige l'exécution des engagements des actionnaires, avant de proposer des sacrifices aux obligataires.

735. Consentement de la société. — Les décisions de l'assemblée des obligataires (sauf les mesures conservatoires et les nominations de mandataires) ne sont valables que si elles ont été proposées ou sont approuvées par la société, puisqu'elles impliquent une modification des conditions de l'emprunt.

Pour la substitution d'actions aux obligations, l'assentiment de la société doit, ou bien avoir été donné antérieurement, ou bien être accordé dans un délai de trois mois par l'assemblée des actionnaires délibérant dans les formes prescrites pour les modifications aux statuts (art. 94, avant-dernier alinéa).

SECTION V. — LES COMMISSAIRES-VÉRIFICATEURS (art. 191).

736. Inefficacité des dispositions actuelles. — Une minorité d'actionnaires peut faire désigner en justice des commissaires chargés de vérifier les livres et comptes de la société. C'est l'une des rares mesures prévues par la loi pour protéger la minorité contre les abus de la majorité. Elle est malheureusement, en pratique, dénuée de toute efficacité. Elle n'aurait d'utilité que si les investigations faites par les commissaires permettaient ensuite à la minorité d'exercer une action en responsabilité contre les administrateurs ou les commissaires. Or, comme nous l'avons vu, ceux-ci ne répondent de leurs fautes de gestion qu'envers la société (voy. *supra*, n° 609). Depuis la loi de 1913, l'action individuelle n'existe plus ; les investigations préalables sont donc désormais superflues. D'autre part, la loi subordonne la désignation des commissaires à des conditions tellement restrictives que les tribunaux de commerce n'ont pas eu de peine à rejeter presque toutes les demandes dont ils ont été saisis.

737. Conditions requises. — 1. La demande doit être faite par des actionnaires possédant le cinquième des intérêts sociaux, c'est-à-dire le cinquième des titres représentatifs du capital (DE VOS et VAN MEENEN, t. III, p. 100 et 101).

2. Elle ne peut être accueillie que « dans des circonstances exceptionnelles » — sans que les travaux préparatoires fassent apparaître ce qu'il faut entendre par là. Les tribunaux de commerce refusent en général d'admettre que cette condition est remplie. La Cour d'appel de Bruxelles a cependant précisé (arrêt du 20 février 1908, *Pas.*, 1908, II, 341) que la mesure prévue par l'article 191 peut être ordonnée « quand, soit à raison d'actes frauduleux, soit par suite du désordre des affaires, de négligences, d'inobservations des prescriptions légales, il y a lieu de soupçonner que des irrégularités graves, de nature à motiver un recours quelconque des actionnaires, se sont produites ». Voy., dans le même sens : Bruxelles, 12 novembre 1913, *Pas.*, 1914, II, 64.

3. Les investigations des commissaires ne peuvent pas avoir un caractère général. Elles ne peuvent porter que sur les points précis indiqués par le jugement qui les désigne.

738. Procédure. — Elle se déroule sans débats publics, pour éviter que le crédit de la société ne soit compromis par une demande qui n'est peut-être pas justifiée. Elle s'introduit par une requête, signifiée à la société avec assignation à comparaître en chambre du conseil. Le jugement, seul, est prononcé en audience publique. Pour éviter les demandes téméraires, la loi prévoit que le tribunal fixera la somme que les requérants devront consigner préalablement pour le payement des frais ; ces frais pourront ultérieurement être compris dans les dépens de l'action au fond qui serait intentée après le dépôt du rapport.

CHAPITRE V.

LA VIE SOCIALE.

SECTION 1^{re}. — LA REDDITION DES COMPTES ANNUELLE
ET L'EMPLOI DES BÉNÉFICES.

739. Notions générales. — A s'en tenir à la rigueur des principes, il faudrait attendre la fin de la société pour savoir si son activité a produit des bénéfices et pour procéder à leur répartition entre les associés. Tenant compte à la fois de l'usage commercial suivant lequel la comptabilité est arrêtée à la fin de chaque exercice annuel, et de l'intention certaine des fondateurs, la loi admet cependant qu'il soit procédé à des répartitions périodiques après une reddition des comptes à l'assemblée générale.

La durée de l'exercice social est nécessairement d'une année au plus (cf. art. 73 et 77), mais il ne doit pas obligatoirement coïncider avec l'année du calendrier. Après son expiration, les comptes sont établis, les bénéfices déterminés, et leur affectation est décidée par l'assemblée générale. Les exercices sociaux sont néanmoins solidaires les uns des autres : les résultats de chacun influent sur le suivant.

§ 1^{er}. — *Les documents comptables.*

740. Obligations des organes sociaux. — En vue de la reddition des comptes annuelle, le conseil d'administration doit, après la clôture de l'exercice et dans les délais légaux et statutaires, dresser un inventaire et « former » le bilan ainsi que le compte de profits et pertes, qui, après avoir été examinés par les commissaires, devront tous deux être soumis à l'approbation de l'assemblée ordinaire (art. 77) ; ils seront ensuite publiés aux annexes du *Moniteur* (art. 80).

A. — L'INVENTAIRE ET SON ANNEXE (art. 77).

741. Renvoi aux règles générales. — L'obligation de dresser annuellement un inventaire est commune à tous les commer-

çants, mais elle est très importante dans la société anonyme, puisque c'est l'inventaire qui va servir de base à l'établissement des comptes soumis à l'assemblée et rendus publics.

La confection de l'inventaire de la société anonyme n'étant cependant soumise à aucune règle particulière, elle aura lieu suivant la méthode que nous avons décrite précédemment (voy. *supra*, nos 176 et suiv.).

742. Les évaluations dans l'inventaire. — Après de longues hésitations, le Parlement a renoncé à prescrire des règles invariables et rigides pour l'estimation des éléments inventoriés : voy. notamment les déclarations de M. Van den Heuvel, Ministre de la Justice, *Ann. parl.*, Sénat, 1904-1905, p. 317. Les administrateurs devront donc procéder aux évaluations « en conscience et vérité », en se gardant de tout excès dans un sens ou dans l'autre, et en se servant de tous les moyens d'appréciation dont ils disposent : WAUWERMANS, n° 634 ; FREDERICQ, t. V, n° 537 ; RESTEAU, t. III, n° 1451.

Leur tâche est souvent délicate, car ils risquent d'être critiqués par les actionnaires ou par les créanciers s'ils sont trop optimistes et que les événements leur donnent tort, tandis que le fisc, au contraire, est toujours prêt à leur reprocher un excès de pessimisme et à soupçonner une dissimulation de bénéfices taxables, par voie de sous-évaluation des actifs.

La jurisprudence repousse néanmoins les contestations soulevées par le fisc, dès que l'évaluation critiquée a été faite « avec sincérité, bonne foi et prudence » : cass., 22 avril 1929, *Pas.*, 1929, I, 164. Toute estimation comporte donc inévitablement une part d'appréciation subjective (Bruxelles, 31 mai 1950, *Rev. jur. fisc. fin.*, 1950, p. 437), car « une valeur doit toujours s'apprécier en tenant compte de la façon dont elle est appelée à être utilisée » (conclusions de l'avocat général Gesché, *Pas.*, 1928, I, 184).

743. Marchandises et valeurs mobilières. — Sauf circonstances spéciales, et sans qu'on puisse considérer qu'il s'agit là d'une règle impérative, il est prudent d'évaluer les marchandises au prix de revient, ou au prix du marché, si celui-ci est inférieur au prix de revient ; les valeurs mobilières, au cours de la bourse s'il s'agit de titres cotés, ou au prix d'acquisition s'il est inférieur : comp. Gand, 29 mai 1931, *Pas.*, 1931, II, 169.

L'attribution d'une valeur supérieure au coût d'acquisition est toujours

périlleuse, puisqu'elle incorpore à l'actif de la société une plus-value qui n'est point réalisée. Elle peut se justifier, cependant, aux époques d'avilissement de la monnaie : cf. B. STARCK, « La réévaluation des bilans », *Rev. trim. dr. com.*, 1949, p. 50 à 53. Il faut, en tout cas, compenser au passif, par une provision correspondante, les plus-values constatées mais non réalisées : HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n^{os} 1323 et 1324.

Les créances *irrécouvrables* doivent être éliminées. Elles seront passées par profits et pertes.

744. Valeurs immobilisées. — Les valeurs immobilisées, que la société doit conserver pour les besoins de son exploitation, peuvent, en principe, être portées à l'inventaire pour leur prix d'acquisition, sauf à tenir compte des dépréciations progressives en pratiquant les amortissements nécessaires. Les administrateurs ne sont toutefois pas obligés de s'en tenir aux évaluations des apports faites dans l'acte constitutif. S'ils constatent que la valeur d'un apport a été surfaite, ils doivent procéder à une estimation nouvelle, faute de quoi l'inventaire et le bilan seraient inexacts, sinon même frauduleux : WAUWERMANS, n^o 636. Si l'on comptabilise une plus-value de l'immobilisé, il faut la contrebalancer au passif par une provision équivalente, qui devra être maintenue jusqu'au jour où la plus-value aura été réalisée : HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n^o 1321.

745. Les amortissements. — Pour que l'inventaire soit exact, il faut tenir compte de la dépréciation qui résulte, pour certains biens, soit de leur usage (machines ou matériel), soit de l'écoulement du temps (brevets, concessions et autres droits temporaires). Ce sont les amortissements nécessaires, qui, d'après l'article 77, doivent être faits dans le bilan. En réalité, ils doivent être pratiqués lors de l'établissement de l'inventaire, et traduits à ce moment dans les comptes de la société ; ils se retrouveront nécessairement dans le bilan, puisque ce dernier n'est que la synthèse de ces comptes : cf. FREDERICQ, t. V, n^o 537.

746. Calcul des amortissements. — Les amortissements sont habituellement portés dans un compte spécial ou dans plusieurs comptes séparés, qui figurent au passif du bilan (voy. ci-après, n^{os} 756 et suiv.), les éléments dépréciés étant maintenus à l'actif pour leur valeur originaire.

Le calcul des amortissements présente les mêmes difficultés que l'évaluation de l'actif. S'ils sont insuffisants, les administrateurs s'exposent à des poursuites pour avoir distribué des dividendes non prélevés sur des bénéfices réels. S'ils sont exagérés, les actionnaires et surtout le fisc leur reprocheront d'avoir constitué, sous l'apparence d'amortissements, des réserves cachées.

Aucune règle absolue ne peut être formulée en cette matière. Les taux d'amortissement admis par l'administration des contributions n'ont nullement force obligatoire, sauf pour l'établissement des impôts. Les sociétés sont ainsi parfois contraintes de dresser, en dehors du bilan proprement dit, un bilan pour le fisc seul.

L'appréciation de la nécessité des amortissements est laissée aux organes de la société ; leur responsabilité ne serait engagée qu'en cas de fraude ou de violation des statuts : Gand, 3 janvier 1906, *Pas.*, 1907, II, 50 ; civ. Bruxelles, 8 juillet 1942, *Rev. prat. soc.*, 1947, p. 346.

747. Distinction entre l'amortissement et l'estimation raisonnée. — L'amortissement doit tenir compte de la dépréciation subie au cours de l'exercice par les bâtiments, outils ou machines qui s'usent par l'emploi qu'on en fait et des biens qui se déprécient par l'écoulement du temps. Il ne concerne donc que les biens investis dans l'entreprise, composant son actif immobilisé. La notion d'amortissement est, au contraire, sans application aux autres éléments de l'actif, qui doivent seulement, lors de l'établissement de l'inventaire, faire l'objet d'une estimation raisonnée. La distinction, importante au point de vue fiscal, est faite clairement par la jurisprudence. Il faut évaluer chaque année, et non « amortir », les matières premières (Bruxelles, 24 mars 1947, *Journ. dr. fisc.*, 1947, p. 104), les produits fabriqués (Bruxelles, 7 avril 1948, *ibid.*, 1949, p. 18), les stocks de marchandises (Bruxelles, 31 mai 1950, *ibid.*, 1950, p. 437), les titres du portefeuille (Bruxelles, 16 décembre 1947, *ibid.*, 1948, p. 90 ; 20 octobre 1948, *ibid.*, 1948, p. 679), les créances (Bruxelles, 24 novembre 1948, *ibid.*, 1949, p. 16 ; Gand, 12 juillet 1949, *ibid.*, 1949, p. 521).

748. Les fonds de renouvellement. — Parmi les biens nécessaires à l'exploitation, il en est qui devront, après un certain temps, être remplacés ou renouvelés. Il ne suffit pas, en ce cas, de procéder à un amortissement destiné à tenir compte de leur dépréciation progressive. On doit prévoir en outre, au passif de l'inventaire, un fonds de renouvellement, en tenant compte du coût probable du remplacement, sous déduction de la valeur résiduaire des biens à renouveler, lorsqu'ils seront hors d'usage.

Le fonds de renouvellement n'est pas un « amortissement nécessaire », au sens de l'article 77, mais sa constitution n'en est pas moins indispensable. S'il n'était pas porté au passif de l'inventaire et du bilan, la compa-

bilité de la société pourrait faire croire à un bénéfice apparent que la situation réelle ne justifie pas. Toutefois, au point de vue fiscal, les sommes portées à ces fonds seront ajoutées aux bénéfices taxables, ce qui constitue une méconnaissance certaine des réalités économiques.

749. Provisions pour risques de pertes ou pour dettes non liquides. — Les mêmes raisons justifient l'inscription, au passif de l'inventaire, de provisions destinées à parer aux risques résultant de l'insolvabilité ou de la solvabilité douteuse des débiteurs de la société, ainsi qu'aux pertes qui pourraient résulter de l'exécution de marchés en cours d'exécution, ou aux risques de dépréciation des titres du portefeuille titres, ou des marchandises en stock, ou encore au paiement de dettes certaines, mais qui ne sont pas encore liquides et exigibles (provision pour impôts).

750. L'annexe à l'inventaire. — L'article 77 oblige le conseil d'administration à joindre à l'inventaire un document complémentaire, sous la forme d'une « annexe ». Ce document doit contenir, en résumé, tous les « engagements » de la société. On entend par là les obligations que la société a assumées, mais qui ne se sont pas encore traduites en écritures comptables : tels sont les engagements nés de l'endossement de lettres de change, de cautionnements, de marchés en cours d'exécution, d'options consenties.

Leur énumération dans un document distinct a paru de nature à faciliter la tâche des commissaires : WAUWERMANS, n° 648. Elle ne dispense d'ailleurs pas les administrateurs, s'ils veulent mettre leur responsabilité à couvert, de porter au passif de l'inventaire même les provisions nécessaires pour se prémunir contre les risques de perte qui peuvent être raisonnablement envisagés. Dans certains cas (endossement de lettres de change, cautionnement), il s'agit même de dettes véritables, qui, comme telles, devront se retrouver au passif du bilan, — les recours éventuels contre des tiers figurant à l'actif.

L'annexe à l'inventaire doit indiquer aussi, mais cette fois d'une manière complète, les dettes des directeurs (ce sont les délégués à la gestion journalière), administrateurs et commissaires, envers la société. On a voulu ainsi attirer d'une façon spéciale l'attention, tant du conseil d'administration que des commissaires, sur cette catégorie de débiteurs et, en le faisant, souligner leur responsabilité : WAUWERMANS, n° 649.

B. — LE BILAN.

751. Définition. — Le bilan est un résumé, sous la forme d'un tableau en deux colonnes, de la comptabilité, arrêtée à la fin de l'exercice. On y trouve à l'actif les soldes débiteurs, et au passif les soldes créditeurs des comptes du grand livre (voy. *supra*, n^o 180).

752. Son importance dans les sociétés anonymes. — Pour les sociétés anonymes, le bilan annuel présente une importance particulière. Son examen doit permettre d'apprécier s'il existe un bénéfice dont l'assemblée générale pourra valablement disposer au profit des actionnaires. La comparaison des bilans successifs fait apparaître si l'exploitation se développe favorablement ou, au contraire, décline. C'est, enfin, d'après les bilans que s'apprécient la valeur des titres de la société, et sa solvabilité.

Encore ne peut-on jamais y trouver des indications d'une certitude absolue, même si les bilans sont sincères, car les estimations faites dans les inventaires et traduites dans les comptes, dont le bilan forme la synthèse, sont toujours plus ou moins arbitraires. Le bénéfice qui s'en dégage est donc forcément, lui aussi, une donnée conventionnelle, qui ne correspond pas toujours à une réalité tangible (voy. *supra*, n^o 183).

753. Système actuel. — En dehors de quelques prescriptions fort sommaires inscrites dans la loi elle-même (voy. ci-après, n^{os} 756 et suiv.), les administrateurs jouissent d'une liberté entière pour la présentation du bilan, le nombre des rubriques, etc.

Mais deux règles essentielles doivent être observées, bien que la loi ne les énonce pas expressément : le bilan doit être sincère, et le capital social doit rester intangible ; voy. ci-après, n^{os} 754 et 755.

754. Sincérité du bilan. — Le bilan doit être *sincère* ; la règle est sanctionnée pénalement : article 207 (voy. numéro suivant). Sincérité ne veut pas dire exactitude : les administrateurs ne sont pas infallibles ; ils peuvent se tromper sans encourir de responsabilité pénale, pourvu qu'ils soient de bonne foi. Ils ne le seraient pas si, par exemple, ils portaient sous la rubrique « Comptes débiteurs » des articles qui ne représentent aucun actif : Bruxelles, 3 juillet 1935, *Rev. dr. pén.*, 1935, p. 1007.

Le faux commis dans le bilan correspondra le plus souvent

à des faux commis dans l'inventaire. Mais il peut arriver que le bilan soit faux précisément pour la raison qu'il ne correspond pas aux données de l'inventaire. L'article 207, qui semble faire double emploi avec l'article 196 du Code pénal, a été inséré dans la loi en 1881 parce que la jurisprudence avait décidé, à tort d'ailleurs, que le faux dans un bilan n'était pas punissable : Exposé des motifs, GUILLERY, *Commentaire de la loi du 26 décembre 1881*, p. 85 et suivantes.

La responsabilité pénale est encourue par tous les administrateurs qui ont eu connaissance de la situation réelle de la société et des artifices comptables employés pour la dissimuler. Elle s'étend même aux personnes étrangères au conseil (experts comptables, membres du personnel), qui lui auraient, par leurs travaux personnels, apporté une assistance indispensable : cass., 14 octobre 1940 (affaire Minerva), *Pas.*, 1940, I, 249. Le bilan existe, au point de vue de la loi pénale, dès qu'il est soumis à l'inspection des actionnaires : article 209.

Les erreurs que les administrateurs auraient commises de bonne foi dans la rédaction du bilan n'engagent leur responsabilité civile que si elles peuvent être considérées comme des fautes de gestion, ce qui n'est pas nécessairement le cas, car nul n'est infallible, et l'administrateur diligent peut lui-même se tromper. Mais les erreurs commises pourraient, s'il s'agissait d'une omission (même involontaire), ou d'une indication fautive (même faite sans mauvaise foi), dissimulant la situation réelle de la société, priver d'effet la décharge qu'ils auraient obtenue : article 79 ; voy. *supra*, n° 632.

755. Intangibilité du capital et de la réserve légale. — Le capital et la réserve légale doivent constamment figurer au passif du bilan pour leur montant intégral (même si le capital n'est que partiellement libéré). Leur montant ne peut être changé sans une modification préalable des statuts. C'est la traduction, dans le bilan, du principe de l'intangibilité du capital social : voy. *supra*, nos 335 et 471. D'autre part, la société doit toujours conserver un actif réel qui contrebalance, à l'actif de son bilan, le capital porté au passif, faute de quoi les tiers perdraient leur unique garantie. Il n'existera donc un surplus d'actif disponible que si l'ensemble des biens de la société excède à la fois ses dettes envers les tiers et le montant du capital augmenté de la réserve légale. S'il est inférieur, on dit que le capital est « perdu », soit en partie, soit pour le tout. La société doit alors employer

ses bénéfiques d'exploitation à reconstituer un actif net suffisant pour contrebalancer à nouveau le capital, à moins qu'elle ne préfère consolider les pertes par une réduction régulière du capital social : voy. *infra*, n^o 839.

756. Résumé des prescriptions légales. — La loi prescrit seulement que les amortissements nécessaires doivent être faits dans le bilan, et que les articles de ce dernier seront rangés sous un certain nombre de rubriques qui doivent obligatoirement s'y trouver : article 77. Sur la nécessité d'une réforme du régime légal, cons. H. NEUMAN, *Revue de la Banque*, 1950, p. 217.

La première règle est, en réalité, superflue, puisque les amortissements doivent être pratiqués lors de l'établissement de l'inventaire, pour que celui-ci soit exact ; elle ne constitue qu'un simple rappel : cf. Rapport Firmez, GUILLERY, *Comment. législ.*, p. 131, n^o 64 ; voy. *supra*, n^o 745.

757. Rubriques obligatoires à l'actif. — A l'actif, le bilan indique séparément : 1^o l'actif immobilisé, c'est-à-dire les biens destinés à être conservés, sauf les remplacements rendus nécessaires par l'usure ou par les progrès techniques : constructions et terrains, installations, matériel, outillage, droits de propriété industrielle ; 2^o l'actif réalisable, qui comprend tous les autres biens et avoirs de la société.

Ces deux rubriques globales sont tout à fait insuffisantes pour que le lecteur du bilan soit quelque peu renseigné sur la situation de la société. Pour que le bilan soit clair, il faut détailler par catégories les biens de l'actif immobilisé, et grouper ceux dont le renouvellement effectif doit être prévu. L'actif réalisable doit être également décomposé en articles distincts ; on y mentionnera notamment (voy., à cet égard, le décret français du 28 février 1946) : 1^o les valeurs engagées : participations en capital, prêts à plus d'un an d'échéance, dépôts de valeurs, cautionnements ; 2^o les valeurs d'exploitation : matières, approvisionnements, produits fabriqués ou en cours de fabrication, marchandises et tous autres biens destinés à la vente ; 3^o les investissements en valeurs mobilières ; 4^o les valeurs réalisables à court terme : créances diverses recouvrables dans un délai rapproché, en groupant séparément celles qui sont nées du cours ordinaire de l'activité sociale, celles qui ont une autre cause et celles qui sont à charge des administrateurs, commissaires, directeurs ou préposés de la société (y compris les soldes débiteurs de leurs comptes) ; 5^o les valeurs disponibles : comptes en banque et encaisse ; 6^o éventuellement les créances à charge des actionnaires, si le capital n'est pas intégralement libéré.

758. Rubriques obligatoires au passif. — Au passif, il faut indiquer séparément, d'après la loi (art. 77) :

a) Les dettes de la société envers elle-même. Ce ne sont évidemment pas des dettes, au sens juridique du mot ; ce sont les valeurs indisponibles. Elles sont portées au passif dans le seul but de marquer que l'actif de la société, même après déduction du passif envers les tiers, est « indisponible » à concurrence du montant du capital, de la réserve légale, des autres réserves prévues par les statuts ou dont la formation a été décidée par l'assemblée générale, ainsi que des fonds de renouvellement et des fonds de prévision divers créés pour tenir compte de certaines éventualités défavorables. On y portera parfois aussi les recettes ou revenus qui, bien que déjà perçus, doivent être rattachés à un exercice ultérieur.

b) Les obligations émises par la société.

c) Les dettes avec hypothèques ou gages : afin de permettre aux tiers de savoir si, et dans quelle mesure, l'actif social est réservé à la garantie de certaines créances déterminées.

d) Les dettes sans garantie réelle.

Ces rubriques ne suffisent pas à révéler la situation réelle de la société. Les dettes doivent être réparties en groupes distincts : emprunts à long terme, dettes envers les banquiers, dettes financières (envers des sociétés filiales, ou envers la société « mère »), dettes commerciales ordinaires, dettes résultant de gages, cautionnements, endos, etc.

759. Comptes d'ordre. — La pratique comptable admet l'inscription dans le bilan d'articles qui ne correspondent ni à un actif ni à un passif réels. Ce sont les « comptes d'ordre ».

Indépendamment du passif de la société envers elle-même, qui exprime la mesure dans laquelle l'actif réel est indisponible, et qui peut être considéré comme un ensemble de comptes d'ordre, d'autres comptes traduisent le résultat d'opérations juridiques effectuées, notamment les comptes d'amortissement (qui neutralisent partiellement les éléments de l'actif, dans la mesure où leur valeur originaire, maintenue à l'actif du bilan, ne correspond plus à leur valeur réelle).

A l'actif figurent souvent les « frais de premier établissement », comprenant les dépenses faites à l'occasion de la fondation de la société ; c'est là une tolérance admise par l'usage, mais il va de soi que cet élément d'actif purement fictif doit être éliminé

par un amortissement rapide (en cinq ans au plus, suivant la pratique habituellement recommandée).

On peut aussi incorporer immédiatement les marchés en cours dans la comptabilité, sous la forme de deux comptes d'ordre, l'un à l'actif, l'autre au passif, qui se font équilibre.

760. Les réserves occultes. — Si l'actif est sous-évalué, ou encore si les amortissements pratiqués sont supérieurs à la dépréciation réelle, l'avoir social possède une valeur plus élevée que celle qui résulte du bilan. La différence constitue une « réserve occulte ».

La formation d'une réserve occulte est parfois involontaire. C'est ce qui se produit lorsque, par suite d'une dépréciation monétaire, l'actif augmente de valeur, tandis que le passif demeure inchangé. Parfois, au contraire, elle résulte d'une politique délibérément suivie par le conseil d'administration.

La constitution volontaire de réserves occultes est licite ou non, selon le procédé employé et le but poursuivi. Elle n'est admissible que si elle n'implique aucune altération de la réalité (on ne peut porter au passif des dettes inexistantes, ni omettre à l'actif une partie des avoirs de la société) et si elle est pratiquée dans l'intérêt de la société, raisonnablement compris, et non pour favoriser certains actionnaires au détriment des autres (WAUWERMANS, n^o 1199).

Elle a souvent pour but de faire échapper à la décision de l'assemblée générale la plus grande partie des bénéficiaires, afin de permettre aux dirigeants, désireux de renforcer leur puissance économique, d'en disposer eux-mêmes, en vue de donner une extension démesurée aux affaires sociales ou de prendre des participations dans d'autres sociétés : voy. FREDERICQ, t. V, n^o 542. Elle porte alors aussi atteinte aux droits des porteurs d'obligations à intérêt variable et de tous ceux dont les droits sont tributaires des bénéficiaires sociaux (membres du personnel auquel est promise une part de ces bénéficiaires).

761. Conséquences de la constitution illicite de réserves occultes. — La dissimulation illicite de réserves cachées constitue une indication fautive qui prive la décharge de son effet exonératoire. Les administrateurs seront responsables de cette faute de gestion, mais seulement envers la société elle-même, dont ils ont souvent la maîtrise. Leur responsabilité ne serait engagée vis-à-vis des actionnaires individuellement et vis-à-vis

des tiers, qu'en cas de violation des statuts ou de la loi, ou s'ils avaient commis un délit ou un quasi-délict (en cas de fraude, notamment; ils pourraient même être responsables pénalement, en ce cas, du chef de faux bilan : voy. *supra*, n° 754).

762. Réévaluation du bilan. — Les réserves occultes deviennent apparentes, s'il est procédé à un relèvement des estimations du bilan. Elles révèlent alors l'existence de bénéfices que le fisc pourra taxer. Toutefois, lorsque la réévaluation n'a lieu que pour compenser les effets de la dépréciation monétaire, il n'y a pas d'accroissement réel de l'actif (cf. B. STARCK, « La réévaluation des bilans », *Rev. trim. dr. com.*, 1949, p. 48); la plus-value de réévaluation ne sera donc pas taxée, pour cette raison, si elle est calculée d'après les coefficients prévus par la loi et portée à un compte spécial. Elle peut ensuite être incorporée au capital; si, au contraire, elle est distribuée, elle deviendra taxable (lois coordonnées relatives aux impôts sur les revenus, art. 27, § 2bis, et 86).

C. — LE COMPTE DE PROFITS ET PERTES.

763. Objet et contenu. — Il doit faire connaître les résultats de l'exercice. On y porte à l'actif le produit brut de l'exploitation des affaires sociales (c'est-à-dire le chiffre d'affaires), ainsi que les produits et revenus de tous les biens de la société. Au passif, les dépenses et charges d'exploitation ainsi que toutes les autres dépenses faites et les pertes éprouvées au cours de l'exercice. On doit y porter également les amortissements jugés nécessaires : c'est la seule prescription légale relative à ce compte : article 77, alinéa 2.

Les différents articles doivent être décomposés et détaillés en rubriques distinctes; l'intention du législateur était en effet d'imposer un compte rendu « explicite » des résultats de l'exercice (WAUWERMANS, n° 667). Cette intention ne s'est malheureusement pas traduite dans le texte des dispositions légales, et elle est très souvent méconnue par les sociétés, qui se contentent d'un compte en deux ou trois articles globaux. La Commission bancaire s'efforce d'obtenir l'abandon de cette pratique regrettable : voy. FREDERICQ, t. V, n° 544.

764. Le solde du compte de profits et pertes. — Le solde du compte de profits et pertes est porté au bilan, dont il assure l'équilibre : voy. *supra*, nos 181 et 182. S'il fait apparaître une perte, on portera le solde défavorable du compte de profits et pertes à l'actif du bilan, comme compte d'ordre ou de régularisation.

Dans le compte de profits et pertes de l'exercice suivant, on portera au *crédit* le bénéfice de l'exercice précédent dont l'assemblée n'aurait pas disposé (le « report à nouveau » : sur sa nature, voy. ci-après, n° 791);

on inscrira au débit la perte résultant des exercices précédents, au titre de compte d'ordre, car il ne peut y avoir de bénéfice disponible aussi longtemps que les pertes des exercices antérieurs n'ont pas été compensées (ou consolidées par une diminution du capital social : voy. *infra*, n^o 840).

§ 2. — *La reddition des comptes
à l'assemblée générale.*

765. Mesures préparatoires. — Le conseil d'administration doit avoir terminé l'établissement du bilan et du compte de profits et pertes un mois au moins avant la date de l'assemblée générale ordinaire. Il doit, en effet, un mois au moins avant cette date, remettre aux commissaires, avec un rapport écrit sur les opérations de la société, les « pièces » : article 77, alinéa dernier. On entend par là non seulement le bilan et le compte, mais aussi l'inventaire et son annexe.

Les commissaires disposent, pour l'examen de ces pièces et pour l'exercice de leur contrôle, d'un délai qui peut se trouver réduit à quinze jours, si les administrateurs leur ont remis les pièces seulement un mois avant l'assemblée. La loi prescrit, en effet, que quinze jours avant l'assemblée, le bilan et le compte seront tenus, au siège social, à la disposition des actionnaires.

766. Rapport des commissaires. — Les commissaires doivent s'assurer de l'exactitude des documents préparés par l'administration. Nous avons vu qu'en réalité ils se contentent généralement d'un contrôle très superficiel. Ils doivent, à leur tour, rédiger un rapport, destiné à l'assemblée générale. Ce rapport fait connaître (art. 65 et 77 combinés) : 1^o le résultat de leur mission : ont-ils, ou non, relevé des inexactitudes, des lacunes ou d'autres circonstances que l'assemblée a intérêt à connaître pour qu'elle puisse statuer en connaissance de cause sur l'approbation du bilan et la décharge ? 2^o le mode d'après lequel ils ont contrôlé les inventaires : si les procédés utilisés par eux sont sommaires, il appartiendra à l'assemblée de décider s'ils lui paraissent satisfaisants ; théoriquement, elle pourrait, en cas d'insuffisance du contrôle, rejeter le bilan et refuser d'accorder la décharge tant aux commissaires qu'aux administrateurs ; en pratique, cela n'a jamais lieu ; 3^o les propositions qu'ils croient convenables.

Les commissaires-reviseurs doivent établir un rapport distinct, mais la loi n'indique pas ce qu'il doit contenir. Comme ils font partie du collège des commissaires, ils participeront aux délibérations au cours desquelles sera établi le rapport du collège entier : sur tous ces points, voy. *supra*, nos 675 à 679.

767. Examen des documents par les actionnaires. —

Tous les actionnaires, quelle que soit la nature de leurs titres, peuvent procéder à l'examen des documents qui vont leur être soumis (le bilan, le compte de profits et pertes, le rapport des commissaires et celui des commissaires-reviseurs). Ils seront tenus à leur disposition, au siège social, pendant les quinze jours qui précèdent l'assemblée et seront adressés aux actionnaires en nom, en même temps que la convocation : article 78.

Mais les actionnaires ne peuvent prendre connaissance ni de l'inventaire, et de son annexe, — documents confidentiels dont la communication à tous les actionnaires permettrait à des concurrents de surprendre des secrets d'affaires, — ni du rapport fait aux commissaires par le conseil.

La loi, en revanche, oblige la société à tenir à leur disposition, pendant le même délai (sans toutefois qu'il faille les adresser aux actionnaires en nom), deux autres documents importants : la liste des fonds publics, des actions, obligations et autres titres de sociétés qui composent le portefeuille de la société, ainsi que la liste des actionnaires qui, à la date de la clôture de l'exercice, n'avaient pas entièrement libéré leurs actions, avec l'indication du nombre de leurs actions et celle de leur domicile.

Les actionnaires peuvent, pendant le même délai, obtenir gratuitement une copie de ces documents à l'exception de la liste du portefeuille. Mais il leur est permis de prendre eux-mêmes des notes en consultant cette liste : WAUWERMANS, n° 690.

Les obligations légales relatives à la communication des pièces aux actionnaires sont-elles des formalités substantielles? La question est controversée : cf. WAUWERMANS, n° 693. Il est certain que si leur méconnaissance a empêché les actionnaires d'exercer leur droit de contrôle, les délibérations de l'assemblée pourront être annulées : ESCARRA, t. I^{er}, n° 838.

768. Les rapports à l'assemblée générale. — A l'assemblée générale, les administrateurs font un rapport, qui peut être purement oral et ne s'identifie pas nécessairement avec celui qu'ils

ont remis aux commissaires : WAUWERMANS, n^o 696. Le rapport de ces derniers est lu ensuite. On peut se dispenser de ces formalités, si les rapports ont été distribués aux assistants avant l'ouverture de la séance. Leur omission n'entraînerait la nullité des délibérations que si elle avait trompé les actionnaires sur la portée de leurs votes : WAUWERMANS, n^o 698.

769. Décisions de l'assemblée. — L'assemblée procède alors à l'examen du bilan et du compte de profits et pertes. Les actionnaires peuvent-ils obtenir des renseignements détaillés sur l'une ou l'autre rubrique du bilan ou du compte de profits et pertes ? Ce droit ne peut leur être reconnu que dans la mesure où son exercice n'est pas de nature à nuire à la société elle-même, c'est-à-dire à l'institution dont l'actionnaire est membre. C'est au conseil d'administration qu'il appartient d'en décider ; comp. note D. BASTIAN, sous Lyon, 12 mai 1952, *J. C. P.*, 1953, II, 7344.

Le bilan peut être approuvé ou rejeté. En cas de rejet, il appartient aux administrateurs (ou à ceux qui ont été élus à leur place) de rédiger un bilan différent et de le soumettre à l'assemblée au cours d'une réunion ultérieure. L'assemblée peut aussi, avant d'approuver le bilan et le compte, y apporter les modifications qu'elle juge nécessaires.

L'assemblée doit enfin se prononcer sur l'emploi des bénéfices disponibles. Elle est généralement saisie de propositions, à ce sujet, par le conseil d'administration. Pour les détails, voy. *infra*, n^{os} 776 et suivants.

770. Prorogation de l'assemblée. — L'article 79, alinéa 2, donne au conseil d'administration une prérogative particulière, dont il fera usage si, par suite d'une cabale ou de l'absence d'un grand nombre d'actionnaires, il redoute que l'assemblée n'émette, au sujet du bilan et du compte, un vote contraire aux intérêts véritables de la société. Le conseil (et non le président, qui, cependant, dirige les débats) a le droit de proroger, séance tenante, l'assemblée à trois semaines. Il n'est pas tenu de justifier ni de motiver sa décision. Celle-ci « annule toute décision prise » (art. 79), mais il s'agit seulement des décisions relatives au bilan ; les autres décisions qui auraient déjà été prises avant l'intervention du conseil subsistent : WAUWERMANS, n^o 707.

Le délai de trois semaines est de rigueur ; de nouvelles convocations devront être faites pour cette date et l'ordre du jour devra reproduire les objets soumis à l'assemblée prorogée ; il pourra en comporter d'autres : comm. Anvers, 6 décembre 1929, *Jur. port Anv.*, 1930, 97. Pour les détails, voy. WAUWERMANS, n^{os} 705 et 706.

771. Vote de la décharge. — Le vote du bilan n'emporte plus aujourd'hui de plein droit la décharge aux administrateurs et aux commissaires : l'article 79, modifié en 1913, exige que l'assemblée, après avoir adopté le bilan, se prononce sur la décharge par un vote distinct. Elle peut la refuser ; elle peut aussi remettre sa décision à plus tard, mais si elle l'ajournait indéfiniment, les administrateurs et les commissaires pourraient se faire donner décharge par les tribunaux : WAUWERMANS, n° 732. Voy. *supra*, n° 629.

772. Publication des résultats de l'exercice. — Dans l'intérêt des acquéreurs de titres et des créanciers sociaux, les résultats annuels doivent être rendus publics : le bilan (dûment signé par les administrateurs et les commissaires qui l'ont approuvé : WAUWERMANS, n° 746) ainsi que le compte de profits et pertes sont publiés aux annexes du *Moniteur*, dans les conditions prévues à l'article 10, par les soins des administrateurs, dans la quinzaine à partir de leur approbation par l'assemblée générale.

Pour faciliter les vérifications auxquelles les tiers pourraient vouloir procéder, le bilan publié doit être précédé de la mention de la date de la publication des actes constitutifs de la société.

A la suite du bilan, doivent se trouver : 1° la liste des actionnaires qui n'ont pas encore entièrement libéré leurs actions, avec l'indication des sommes dont ils sont redevables (art. 51) ; 2° la liste (nom, prénoms, profession et domicile) des administrateurs et commissaires (avec mention spéciale du ou des commissaires-reviseurs) en fonctions au moment de l'approbation par l'assemblée et qui, comme tels, pourraient être rendus responsables des irrégularités éventuelles ; 3° le tableau indiquant l'emploi et la répartition des bénéfices nets, tels qu'ils ont été décidés par l'assemblée (art. 80). Ce tableau ne peut être remplacé par d'autres mentions : cass., 22 décembre 1930, *Pas.*, 1931, I, 22.

773. Sanction. — L'absence des publications prescrites par la loi, ainsi que les publications incomplètes ou irrégulières, constituent des délits (art. 201, 4°, et 204, 2°), dont le conseil d'administration tout entier est responsable, à moins qu'il n'ait décidé la publication et donné mandat à l'un de ses membres ou à un tiers pour procéder aux formalités requises : corr. Tournai, 4 mars 1930, *Rev. prat. soc.*, 1930, 258.

774. Conséquences de l'approbation du bilan. — L'approbation du bilan a un caractère *définitif*. Mais l'assemblée générale, par application de l'article 541 du Code de procédure civile, peut relever et rectifier les

erreurs et les inexactitudes matérielles d'un bilan précédemment approuvé, à condition de ne pas en bouleverser l'économie : comm. Anvers, 12 octobre 1931, *Jur. port. Anv.*, 1931, 286 ; comm. Bruxelles, 15 janvier 1903, *Jur. comm. Brux.*, 1903, 154.

Le bilan, le compte et l'affectation des bénéfices, dûment approuvés par l'assemblée, sont *opposables* à tous les actionnaires. Les tribunaux ne pourraient pas, à la demande de l'un d'eux, ordonner une rectification d'écritures ou une répartition de dividendes : Gand, 28 mars 1903, *Pas.*, 1903, II, 308 ; Bruxelles, 16 février 1906, *Pas.*, 1906, II, 199 ; civ. Bruxelles, 8 juillet 1942, *Rev. prat. soc.*, 1947, 346.

Mais la décision d'approuver le bilan, ou la répartition des bénéfices adoptées par l'assemblée, pourraient être annulées à la demande d'un actionnaire, si ce bilan ou cette répartition étaient contraires aux statuts. Le jugement d'annulation, obtenu contre la société, aurait, en raison du caractère indivisible de la décision, l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous les actionnaires (*contra* : civ. Bruxelles, 8 juillet 1942, précité).

Les décisions de l'assemblée ne sont pas opposables aux tiers, bien que ceux-ci puissent, s'ils le jugent utile, s'en prévaloir contre la société (le fisc a ce droit : cass., 17 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, 248).

§ 3. — *Les bénéfices et leur affectation.*

775. Notion du bénéfice disponible. — Pour qu'il existe un bénéfice disponible, il faut, en premier lieu, que la société, après déduction du passif envers les tiers, possède un actif net et réel supérieur au capital social (augmenté de la réserve légale). Il ne suffit donc pas que les résultats de l'exercice se soldent en bénéfice ; il faut tenir compte aussi du résultat des exercices antérieurs ; c'est pourquoi l'on porte dans le compte de profits et pertes, soit (au crédit) le solde bénéficiaire non distribué à la fin de l'exercice précédent, soit (au débit) la perte qui avait été constatée à ce moment.

On ne peut, d'autre part, affirmer l'existence d'un bénéfice disponible sans tenir compte de l'avenir. Il faut donc déduire aussi de l'actif net les provisions que l'on a jugé utile de constituer, lors de la confection de l'inventaire, pour parer à certains risques ou pour assurer l'exécution d'engagements déjà pris.

Faut-il aussi déduire les réserves libres (voy. ci-après, n° 789), si l'assemblée n'a pas expressément décidé de les affecter à une distribution ? La jurisprudence française se montre, à juste titre, très sévère sur ce point : cass., 22 janvier 1937, *D. P.*, 1937, I, 71, note TCHERNOFF ; cass., 5 mai 1949, *Sirey*, 1949, 104 ; RIPERT, n° 1363 ; comp. WAUWERMANS, n° 1169. Du moment que la réserve demeure intacte au bilan, il ne peut en être disposé.

L'excédent d'actif net doit, pour pouvoir être distribué, être *réel*, et non simplement éventuel. S'il résultait seulement du fait que les administrateurs ont porté dans le bilan des plus-values virtuelles, non encore réalisées (si, par exemple, des stocks de marchandises avaient été estimés au prix que l'on espérait obtenir par leur vente), le bénéfice serait purement apparent ; les rédacteurs du bilan s'exposeraient à des poursuites du chef de faux bilan, et, si ce bénéfice apparent était réparti entre les actionnaires, tous les administrateurs pourraient être poursuivis du chef de distribution de dividendes fictifs : HOUPIIN et BOSVIEUX, t. II, n° 1336.

En revanche, le bénéfice ne doit pas être concrétisé par des encaissements effectifs. Il n'est pas nécessaire que la société ait à sa disposition une somme égale au bénéfice qui résulte de son bilan ; il suffit qu'il existe, en contrepartie de ce bénéfice comptable, un actif réel, résultant d'opérations juridiques accomplies : cass. fr., 11 juillet 1930, *D. P.*, 1932, 1, 145, note CORDONNIER.

776. Emploi des bénéfices. — Il est réglé en partie par la loi ; pour le surplus, il dépend des statuts et des décisions de l'assemblée générale. Sur les abus souvent relevés dans les comptes de répartition, voy. le Rapport de la Commission bancaire, 1948-1949, p. 62 à 68.

La loi se borne à imposer la formation progressive d'une réserve légale, à l'aide de prélèvements d'un vingtième des bénéfices annuels, jusqu'à ce que la réserve atteigne le dixième du capital social. Le surplus des bénéfices est affecté, selon les dispositions des statuts ou les décisions de l'assemblée, à l'attribution de tantièmes aux administrateurs et, éventuellement, d'une quote-part au personnel, à la répartition de dividendes, au remboursement d'actions ou à la constitution de réserves spéciales ou extraordinaires.

Si les statuts n'imposent pas la répartition des bénéfices constatés à la fin de l'exercice, les actionnaires ne peuvent l'exiger. La loi ne prescrit pas, en effet, cette répartition ; en laissant à l'assemblée générale, dans ce domaine, le pouvoir « souverain » que lui attribue l'article 70, elle lui permet de « réserver l'emploi des bénéfices dans la mesure des nécessités sociales » : cass., 10 mars 1904, *Pas.*, 1904, I, 169. Une partie des bénéfices peut donc, dans cette mesure (pour le cas où l'assemblée abuserait de son pouvoir : voy. *supra*, n° 713), et si les statuts ne s'y opposent pas, être consacrée à la constitution de réserves diverses : voy. ci-après, n° 789.

Aussi longtemps que les comptes de l'exercice n'ont pas été approuvés, aucune répartition bénéficiaire ne peut avoir lieu (voy., pour les acomptes sur dividendes, *infra*, n^o 779). Mais rien ne s'oppose à ce qu'une assemblée extraordinaire, pendant l'exercice, constate l'existence d'une rentrée exceptionnelle ou d'une réserve occulte, rendue apparente, et décide de lui donner une affectation déterminée, à l'exclusion de toute distribution ou de tout rachat d'actions. Cette opération, qui ne peut nuire aux tiers, ne préjuge en rien des résultats qui ressortiront du bilan de l'exercice et ne modifie pas celui de l'exercice précédent.

777. Les dividendes. — Le dividende est la part des bénéfices attribuée à chaque actionnaire. Son montant est fixé par l'assemblée générale, qui doit respecter les prescriptions des statuts sur ce point; s'il y a plusieurs catégories de titres, les statuts précisent ordinairement la part des bénéfices distribués revenant à chacune d'elles.

778. Les dividendes fictifs. — La répartition d'un dividende non prélevé sur des bénéfices réels engagerait — malgré l'approbation donnée par l'assemblée générale — la responsabilité pénale des administrateurs (art. 205) et leur responsabilité civile, tant envers la société qu'éventuellement envers les tiers. Mais, lorsqu'un bilan sincère, régulièrement approuvé par l'assemblée générale, fait apparaître l'existence d'un bénéfice réel et disponible, la répartition de ce bénéfice ne peut pas être considérée comme une répartition de dividendes fictifs, sous prétexte que le bilan ne serait pas exact (voy. ci-dessus, n^o 754).

Le délit n'existe que si la répartition a été faite « en l'absence d'inventaires, malgré les inventaires, ou au moyen d'inventaires frauduleux ». Il ne suffit pas que la distribution soit décidée par l'assemblée; c'est le fait de la répartition effective qui, seul, est punissable. Mais l'intention frauduleuse n'est pas requise dans le chef des administrateurs qui y procèdent ou y consentent : Rapport Pirmez, GUILLERY, *Comment. législ.*, t. II, p. 151, n^o 88.

Les actionnaires qui, de bonne foi, reçoivent les dividendes fictifs ainsi répartis, ne peuvent être inquiétés : RIPERT, n^o 1364.

779. Acomptes sur dividendes. — Le conseil d'administration de certaines sociétés décide parfois la distribution aux actionnaires, au cours de l'exercice ou après sa clôture, mais avant l'approbation du bilan, d'un acompte à valoir sur les bénéfices prévus. Cette pratique ne se conçoit que si les statuts l'autorisent. Même dans ce cas, elle peut engager la responsabilité civile ou pénale des administrateurs, auxquels la plus

grande prudence est recommandée : HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n° 1337. Le délit de distribution de dividendes fictifs n'implique pas nécessairement, en effet, un prélèvement sur le capital ou sur la réserve légale, comme le soutient une partie de la doctrine : voy. notamment RESTEAU, t. IV, n° 2248 ; DEMBOUR, n° 221. Il suffit que les dividendes ne soient pas prélevés sur les bénéfices réels (art. 205). Or, il ne peut y avoir de bénéfice « réel », sujet à distribution, en dehors de celui qui ressort du bilan approuvé par l'assemblée générale (voy. ci-dessus, n° 775). Dès lors, la répartition d'un acompte ne peut échapper aux sanctions pénales qu'à la double condition qu'au moment des paiements, il existe un inventaire sincère faisant apparaître un bénéfice réel (voy. le texte de l'article 205), et que l'existence de ce bénéfice soit confirmée par le bilan approuvé ultérieurement par l'assemblée générale : HOUPIN et BOSVIEUX, *loc. cit.* ; cf. WAUWERMANS, n° 1168.

780. Clause d'intérêts fixes. — Les clauses statutaires autorisant le paiement aux actionnaires d'intérêts fixes, payables par frais généraux, même s'il n'y a pas de bénéfices, sont tolérées en France. Elles ne sont pas valables en Belgique : WAUWERMANS, nos 1161 et 1162 ; cf. PIC et KRÉHER, t. II, n° 3021.

781. Droit des actionnaires au dividende voté par l'assemblée générale. — Dès que la distribution est décidée par l'assemblée, les actionnaires acquièrent un droit définitif et irrévocable au paiement du dividende ainsi attribué, quelle que soit l'évolution ultérieure des affaires sociales. Devenus créanciers de la société, ils peuvent lui intenter une action en paiement et poursuivre le recouvrement forcé des sommes dues. Au contraire, ils ne peuvent exiger le paiement d'un dividende, même s'il existe des bénéfices disponibles, aussi longtemps que l'assemblée générale n'en a pas décidé la répartition : comm. Bruxelles, 17 février 1908, *Rev. prat. soc.*, 1909, n° 1953. Ils ne peuvent pas non plus critiquer la décision prise par l'assemblée à ce sujet : Bruxelles, 16 février 1906, *Rev. prat. soc.*, 1906, n° 1715, à moins qu'elle ne soit contraire aux statuts ; ils pourraient, en ce cas, la faire annuler : RESTEAU, t. III, n° 1562.

782. Paiement des dividendes. — L'assemblée laisse souvent au conseil le soin de déterminer la date de la mise en paiement du dividende. Celle-ci doit en tout cas avoir lieu avant la fin de l'exercice suivant : HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n° 1351 ; on a même soutenu qu'à ce moment les dividendes deviennent exigibles de plein droit : RESTEAU, t. III, n° 1569.

Quand les titres sont au porteur, le paiement du dividende se fait valablement aux porteurs des coupons détachés du titre.

783. Nature des dividendes. — Les dividendes sont, en général, considérés comme des fruits civils, qui s'acquièrent jour par jour : PLANIOL et RIPERT, t. III, n^{os} 777 et 791 ; RESTEAU, t. III, n^o 1573 ; Mons, 17 décembre 1948, *J. T.*, 1949, 512 ; voy., pour les droits respectifs des héritiers légaux et d'un légataire particulier : Bruxelles, 14 mai 1946, *J. T.*, 1946, 582. Cette qualification est très contestable, car le droit aux dividendes ne naît pas du contrat de société (comme les loyers naissent d'un bail), mais des décisions prises par l'assemblée générale. On ne devrait pas, dès lors, les considérer comme des fruits civils ; en ce sens : DEKKERS, étude dans *Rev. prat. not.*, 1943, p. 434 ; Gand, 8 février 1930, *Pas.*, 1930, II, 101 ; civ. Bruxelles, 13 mai 1948, *J. T.*, 1949, 204.

784. Prescription. — La prescription quinquennale de l'article 2277 du Code civil est, en principe, applicable aux dividendes, mais seulement s'il s'agit de titres nominatifs. S'il s'agit de titres au porteur, la loi du 24 juillet 1921 (art. 45 et 46) substitue à l'extinction du droit son transfert au profit de l'Etat. Les sociétés qui veulent invoquer la prescription — elles ne sont jamais obligées de le faire — à l'encontre d'un actionnaire, doivent déposer à la Caisse des dépôts et consignations les dividendes, sommes et avantages afférents aux titres de cet actionnaire. L'Etat pourra se les faire remettre, mais seulement après trente ans. Voy., sur la portée de ce régime singulier : cass., 13 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, 240 ; DE PAGE et DEKKERS, t. VII, n^o 1327 ; note R. PIRSON, *J. T.*, 1944-1945, 69. En pratique, les sociétés n'ont pas intérêt à faire un dépôt, qui, par lui-même, n'est pas libératoire. Les coupons non touchés seront portés dans un compte spécial : L. TART, *Rev. prat. soc.*, 1923, n^o 2534.

785. Les réserves. — La partie des bénéfices qui n'est pas répartie entre les actionnaires demeure dans l'actif de la société. Ces bénéfices non répartis constituent des réserves ; les comptes où sont portées ces réserves — à l'exception du « Report à nouveau » — figureront, dans le bilan de l'exercice suivant, sous la rubrique « Passif de la société envers elle-même » ; ils auront pour contrepartie un accroissement correspondant des valeurs actives.

On distingue, parmi les réserves proprement dites, la réserve légale, les réserves statutaires, et les réserves libres : voy. *infra*, n^{os} 787 et suivants. Pour les réserves occultes, voy. *supra*, n^o 760.

786. Les fausses réserves. — Le mot « réserves » est d'ailleurs employé souvent, bien à tort, dans un sens différent. Il désigne parfois de véritables dettes de la société envers des tiers : telles sont les « réserves mathématiques » des compagnies d'assurances ou les réserves destinées à faire face au service d'une caisse de prévoyance constituée au profit du personnel.

On l'utilise aussi, improprement, pour désigner les fonds de prévision ou les provisions qui, parfois, représentent une dette dont le montant n'est pas encore exactement connu, bien que la débiton en soit certaine (provision pour impôts), et, dans d'autres cas, sont constituées pour parer à des charges éventuelles, qui ne sont pas encore nées, mais qu'il y a lieu de prévoir : voy. *supra*, n° 749. Ces dernières provisions indiquent la partie de l'actif qui ne peut être considérée comme immédiatement acquise à la société. Ce sont donc de fausses réserves, puisque la réserve véritable correspond à un accroissement de l'avoir social définitivement acquis, à un bénéfice consolidé. Mais il arrive qu'une réserve véritable soit déguisée sous une « provision » ne correspondant à aucun risque ni à aucune charge réels ; en pareil cas, le bilan n'est pas sincère, et la responsabilité des administrateurs pourrait être engagée.

787. Réserve légale. — Elle est constituée par les prélèvements obligatoires d'un vingtième sur les bénéfices annuels, qui ne doivent plus être faits lorsque la réserve atteint le dixième du capital. Rien n'empêcherait d'ailleurs une société de constituer la réserve légale par des prélèvements plus importants, ou même par un prélèvement unique — pourvu qu'ils soient faits sur des bénéfices réels et disponibles.

L'utilité de la réserve légale est très contestable, et, dans la pratique, elle ne joue aucun rôle : voy. les observations très pertinentes de M. RIPERT, n^{os} 1340 et 1343.

Normalement, la réserve légale doit servir à combler les pertes. Elle ne peut être affectée à aucun autre emploi ; la question de savoir si elle peut être incorporée au capital est controversée : voy. *infra*, n° 837. Après cette incorporation, la société doit évidemment procéder à la constitution d'une nouvelle réserve légale.

788. Réserves statutaires. — Les statuts prévoient souvent qu'avant ou après l'attribution des dividendes, dont ils précisent au besoin la quotité, une partie des bénéfices sera employée à la constitution de certains fonds de réserves. L'assemblée doit se conformer à cette prescription ; les fonds ainsi constitués, et l'obligation de les alimenter, ne pourraient être supprimés que par la voie d'une modification des statuts.

Ces fonds doivent renforcer la situation de la société, en mettant à sa disposition le moyen de faire face à certaines difficultés imprévues, d'assurer la régularité des dividendes ou de procéder à de nouveaux investissements.

789. Réserves libres. — Lorsque les statuts n'y font pas obstacle, l'assemblée générale peut affecter les bénéfices, partiellement ou même entièrement, à la constitution ou à l'accroissement de fonds de réserve dont elle a décidé elle-même la création.

Mais l'assemblée ne peut user de ce pouvoir que dans l'intérêt, raisonnablement compris, de la société elle-même et de l'ensemble de ses actionnaires. Si elle s'en sert à d'autres fins, ou dans un but frauduleux (par exemple pour contraindre les actionnaires de la minorité à vendre leurs titres, en les privant indéfiniment de toute répartition de dividendes), sa décision peut être annulée : HOUPIIN et BOSVIEUX, t. II, n^o 1345 ; voy. *supra*, n^o 713.

L'assemblée générale dispose des réserves libres comme elle l'entend ; elle peut modifier leur affectation ou en prévoir la distribution aux actionnaires ; elle peut aussi décider leur incorporation au capital, mais il s'agit alors d'une modification des statuts (voy. *infra*, n^o 834).

Si un exercice est déficitaire, l'assemblée n'est pas obligée de compenser la perte au moyen de la réserve, et il ne peut être soutenu que cette compensation se ferait de plein droit : cass., 21 novembre 1940, *Rev. prat. soc.*, 1940-1946, 328 (cas d'une société coopérative).

790. Réserves spéciales. — Les bénéfices provenant d'opérations exceptionnelles, comme une augmentation de capital avec prime d'émission, sont généralement portés à une réserve particulière ; il en est de même des bénéfices purement nominaux provenant d'une réévaluation de l'actif pour tenir compte de la dépréciation de la monnaie : voy., pour le régime de cette réserve particulière, B. STARCK, *op. cit.*, p. 73 et suivantes.

791. Le report à nouveau. — Le report à nouveau constitue une réserve libre temporaire. C'est le reliquat du bénéfice annuel, auquel l'assemblée n'a donné aucune affectation définitive ; il sera mis à nouveau à la disposition de l'assemblée générale, l'année suivante. Pour ce motif, il apparaîtra en tête des postes figurant au crédit du compte de profits et pertes. Comp. RIPERT, n^o 1351 ; R. HOUIN, « Le report à nouveau », *Rev. de la Banque*, 1949, p. 1.

792. Distribution des réserves. — La distribution des réserves donne lieu à la perception de la taxe mobilière, mais sous déduction de la taxe professionnelle que la société aurait payée lors de la mise en réserve : article 53 des lois coordonnées relatives aux impôts sur les revenus ; le calcul de la déduction à faire, qui varie selon les cas, est fort compliqué : voy. *Le droit fiscal des sociétés*, II, p. 90 à 96, publication du Centre d'étude des sociétés.

793. Rachat ou remboursement d'actions. — Les bénéfices disponibles peuvent être affectés au rachat ou, plus exactement (cf. *supra*, n° 510), au remboursement d'actions, entièrement libérées, de la société elle-même, si les statuts autorisent cet emploi et dans les conditions qu'ils prévoient. Le cas est fréquent pour les sociétés qui exploitent une concession ou un brevet, dont la valeur diminue chaque année.

Les statuts précisent parfois comment seront désignés les titres à rembourser (tirage au sort ou achat en bourse, par exemple). S'ils sont muets, il faudra procéder d'une manière telle que le principe de l'égalité de traitement ne soit pas violé (cf. *supra*, n° 713). Pour que tous les actionnaires aient une chance égale de voir leurs titres remboursés, la méthode la plus sûre est la souscription ou la soumission au rabais (comp., en cas de liquidation, l'article 185 ; voy. *infra*, n° 844).

Même lorsqu'elle a pour objet des actions représentatives du capital l'opération n'entraîne aucune réduction du capital statutaire à l'égard des tiers ; mais elle constitue un remboursement partiel du capital *inter partes* (sur la distinction, voy. *supra*, n° 470). Les porteurs d'actions remboursées recevront normalement, en échange de leurs titres, des actions de jouissance (voy. *supra*, n° 517).

SECTION II. — LES MODIFICATIONS DES STATUTS.

§ 1^{er}. — Règles générales.

794. Système actuel. — La société anonyme étant un organisme permanent, destiné à durer, il est parfois nécessaire de modifier ses statuts, pour les adapter à des situations nouvelles. L'article 70 confère à l'assemblée générale le pouvoir de décider ces modifications, moyennant la réunion de certaines conditions de présence et de majorité. Mais, dans la conception contractuelle de la société anonyme, qui était celle du législateur en 1873,

le pouvoir modificateur de l'assemblée n'est consacré par la loi qu'à titre supplétif, par interprétation de l'intention probable des contractants originaires. Les statuts pourraient donc, par une disposition expresse, soit interdire toute modification des statuts, rendre ceux-ci intangibles, en tout ou en partie, soit au contraire dispenser l'assemblée appelée à modifier les statuts de réunir les conditions spéciales prévues par l'article 70 : DEMBOUR, n° 103 ; RESTEAU, t. II, n° 1281 (*contra* : GILSON, n° 82), — sans aller, toutefois, jusqu'à confier le pouvoir modificateur à un autre organe (le conseil d'administration, par exemple : GILSON, n° 11).

795. Critique. — Cette conception ne cadre pas avec les nécessités actuelles. La modification des statuts est une fonction spéciale, qui fait partie de la structure normale de la société anonyme, envisagée comme institution autonome. Il ne devrait donc pas être permis aux fondateurs de rendre impossibles les modifications des statuts — qui sont parfois indispensables — soit en les prohibant, soit en les subordonnant à des conditions de présence ou de majorité trop rigoureuses. En revanche, la loi ne devrait pas permettre que les intérêts de la minorité puissent être compromis par des clauses autorisant l'assemblée à modifier les statuts à la majorité simple. En un mot, les conditions requises devraient être exprimées par des dispositions légales impératives. Telle est la portée de la loi française du 1^{er} mai 1930 : voy. cass., civ., 2 juin 1947, *D. J.*, 1948, 373, note J. PERCEROU.

La loi du 10 novembre 1953, en modifiant l'article 71, a instauré un régime impératif pour les modifications aux droits respectifs des catégories et pour le remplacement de titres d'une catégorie par ceux d'une autre : voy. *infra*, n° 809 et suivants. La Cour de cassation, d'autre part, paraît disposée à renoncer à la conception purement contractuelle de la société anonyme : elle a reconnu récemment (12 juin 1953, *Pas.*, 1953, I, 796) que la délibération régulière par laquelle l'assemblée a décidé de modifier les statuts, s'impose aux actionnaires qui s'y sont opposés ou qui n'y ont pas pris part, non point en vertu d'une présomption de consentement de ces actionnaires, mais en vertu de la loi et sans leur consentement.

796. Conditions générales de validité des délibérations modificatives des statuts : article 70. — 1° L'assemblée appelée à modifier les statuts est une assemblée extraordinaire : voy. *supra*, n° 682. Les convocations devront mentionner « spécialement » l'objet des modifications proposées. On ne peut donc

se contenter d'une indication vague ou générale (« Modification aux statuts » ou « Augmentation du capital »). Il faut, sinon indiquer le texte précis des dispositions nouvelles qui seront proposées, tout au moins faire connaître l'objet et la portée de la modification prévue : cf. WAUWERMANS, n° 476 ; GILSON, n° 74. L'assemblée générale a le droit d'amender les propositions qui lui sont soumises : GILSON, *ibidem*.

2° Les actionnaires présents à l'assemblée doivent représenter la moitié au moins du capital social. Pour vérifier si cette condition est remplie, il faut prendre en considération toutes les actions représentatives du capital, dont les porteurs assistent à la réunion ; il importe peu que, par suite des réductions prescrites aux articles 74 et 76, le droit de vote attaché à ces titres ne puisse pas être exercé intégralement par leurs porteurs : GILSON, n° 76. Les actions de jouissance seront comptées pour le calcul du quorum, lorsqu'elles sont assimilées aux actions représentatives du capital pour le droit de vote : voy. *supra*, n° 518.

Si le quorum n'est pas atteint, l'assemblée sera convoquée à nouveau et pourra, cette fois, délibérer valablement, quelle que soit la partie du capital représentée par les assistants. Bien que la loi ne l'impose pas, il est prudent de convoquer la nouvelle réunion à bref délai et de rappeler dans les convocations que cette deuxième assemblée pourra modifier les statuts, quel que soit le nombre des actionnaires présents : GILSON, *op. cit.*, n° 76.

3° Aucune modification n'est admise si elle ne réunit au moins les trois quarts des voix. Cette majorité se calcule sur le total des suffrages qui pouvaient valablement s'exprimer, après les réductions imposées par les articles 74 à 76. A la différence de ce qui se passe dans les autres assemblées (voy. *supra*, n° 706), les abstentions sont assimilées aux votes négatifs : GILSON, n° 79.

4° Lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions, et que la délibération est de nature à modifier leurs droits respectifs, ou qu'elle a pour objet le remplacement de titres d'une catégorie par ceux d'une autre, la modification est soumise au régime spécial organisé par l'article 71, modifié par la loi du 10 novembre 1953. Voy., *infra*, nos 809 et suivants.

797. Conditions de forme et publicité. — Suivant l'article 12, toute modification « conventionnelle » apportée à l'acte

constitutif d'une société anonyme doit être « faite » par un acte authentique. Il faut donc que le notaire qui dresse l'acte affirme avoir constaté personnellement l'accomplissement des conditions requises par la loi ou par les statuts pour que la délibération soit régulière. En pratique, l'acte authentique sera le procès-verbal de l'assemblée elle-même, qui, en pareil cas, se tiendra en présence d'un notaire instrumentant.

L'absence d'acte authentique entraînerait la nullité de la modification. Comme l'article 12 ne renvoie pas expressément à l'article 4, on a parfois soutenu qu'il s'agirait d'une nullité ordinaire, produisant les mêmes effets pour les actionnaires que pour les tiers : RESTEAU, t. II, n° 1287. Mais la majorité de la doctrine (GILSON, n° 91 ; FREDERICQ, t. IV, n° 157 ; DEMBOUR, *Sociétés anonymes*, n° 104) et la jurisprudence (voy. notamment : comm. Bruxelles, 12 décembre 1952, *Rev. prat. soc.*, 1954, p. 61 et les références citées) admettent au contraire que l'article 12 doit être mis en concordance avec l'article 4 : la nullité opère sans rétroactivité entre les actionnaires et elle ne peut être opposée par eux aux tiers.

L'acte modificatif doit être publié *in extenso* aux annexes du *Moniteur* (art. 12, al. 2 ; pour les détails et les sanctions en cas d'absence de publicité, voy. *supra*, n°s 402 et 403).

798. Limites du pouvoir modificateur de l'assemblée générale. — Que l'on adopte la conception contractuelle ou la conception institutionnelle, le pouvoir modificateur de l'assemblée générale n'est jamais illimité : il ne peut s'exercer que dans le cadre de la société telle qu'elle a été constituée par ses fondateurs, sans effet rétroactif et en respectant la règle de l'égalité des actionnaires.

799. Interdiction absolue de modifier les éléments essentiels de la société. — L'assemblée ne peut, par une modification des statuts, porter atteinte à l'un des éléments essentiels du pacte constitutif, y apporter un changement tellement fondamental que l'on se trouverait désormais en présence d'une société nouvelle : GILSON, n° 30. La loi consacre le principe en interdisant à l'assemblée de modifier « l'objet essentiel » de la société ; la même solution doit être admise pour toutes les autres modifications de nature à enlever à la société son identité première, telles que le changement de la forme juridique : GILSON, n°s 220 et 221 ; voy. *supra*, n° 356 ; ou le transfert du siège social à l'étranger, ce qui entraîne un changement de nationalité : voy. *supra*, n° 377 ; WAUWERMANS, n° 1097.

L'accord, même unanime, des actionnaires serait insuffisant. Comme il s'agit, en réalité, de constituer une société nouvelle, il faut observer toutes les conditions de fond et de forme que la loi requiert en pareil cas, — faute de quoi la société nouvelle serait irrégulière, avec les conséquences graves qui peuvent en résulter (nullité en cas d'absence d'acte spécial, etc.) : GILSON, *op. cit.*, n° 33.

800. Justification de la règle. — L'impossibilité de modifier l'objet essentiel de la société anonyme va de soi, quel que soit le point de vue que l'on adopte au sujet de sa nature : les contrats doivent avoir un objet déterminé, que l'on ne peut remplacer par un autre sans conclure un nouveau contrat. Le principe de la spécialité des personnes morales, d'autre part, interdit que l'on donne à l'activité d'une institution un objet différent de celui qui lui avait été assigné lors de sa création : voy. *supra*, n° 355. On ne concevrait donc pas qu'une clause des statuts pût autoriser la modification de l'objet essentiel ou de tout autre élément d'une importance équivalente : cf. GILSON, n°s 32 et 42.

801. Son caractère relatif. — Mais l'interdiction légale n'empêche ni d'étendre, ni de restreindre le champ de l'activité sociale, ni d'y adjoindre des activités nouvelles qui sont le développement logique et normal de l'objet social primitif : on peut adjoindre l'exploitation d'un four à coke à celle d'un charbonnage, celle d'un tissage à celle d'une filature ; on peut ajouter un laminoir à des hauts fourneaux, une raffinerie à une sucrerie (PIRMEZ, « Notes posthumes », *Rev. prat. soc.*, 1891, n° 235 ; CORBIAU, *ibid.*, 1907, n° 1791).

L'objet essentiel étant une notion relative, si les fondateurs lui ont donné un contour précis, ou l'ont défini dans un sens restrictif, on ne pourrait y porter atteinte sans constituer une société nouvelle (GILSON, p. 69). Lorsque les statuts interdisent expressément l'extension de l'objet social, ou certaines opérations déterminées, ces clauses ne pourraient donc être ni méconnues, ni modifiées elles-mêmes par l'assemblée générale.

802. Procédés employés pour tourner l'interdiction. — L'interdiction de modifier l'objet essentiel est souvent tournée, en pratique, au moyen de participations que la société prend dans des entreprises dont l'activité n'a aucun lien avec la sienne ; il y a là un abus à réprimer : cf. P. COPPENS, *op. cit.*, p. 135 ; Rapport de la Commission bancaire, 1950-1951, p. 63.

On cherche parfois aussi à tourner l'interdiction légale en procédant à la dissolution anticipée de la société et à l'apport de son actif à une société dont l'objet est différent ; mais l'artifice peut être aisément déjoué lorsqu'il

apparaît que la dissolution anticipée et la fusion constituaient en réalité une opération unique, prohibée par l'article 70 : GILSON, *Modifications aux statuts*, n° 40 ; RESTEAU, t. II, n° 1311 ; *contra*, semble-t-il : FREDERICQ, t. V, p. 1038 et 1039 ; cf. J. VAN HOUTTE, « L'apport en société de l'avoir total ou partiel d'une société en liquidation », *Rev. prat. soc.*, 1935, n° 3420, § 8.

Pour conclure à l'existence d'une opération unique, trois conditions paraissent nécessaires : il faut que l'intention de réaliser la fusion ait été exprimée avant la dissolution, que l'état des affaires sociales ne justifie pas cette dernière, et que les actionnaires se trouvent contraints de demeurer associés : tel ne serait pas le cas si les modalités de l'opération comportaient, pour les actionnaires qui le désireraient, la possibilité d'obtenir le remboursement de leurs actions et de leur part dans les réserves. En pareil cas, l'opération équivaldrait pour eux à une liquidation anticipée, à laquelle ils ne pourraient pas s'opposer.

803. Modifications dérogatoires au régime normal de la société anonyme. — La nécessité de protéger la minorité contre les abus de pouvoir de la majorité a fait admettre qu'il existe d'autres éléments auxquels l'assemblée ne pourrait porter atteinte. On lui refuse le pouvoir d'introduire dans les statuts des dispositions dérogatoires au mécanisme normal de la société anonyme : restrictions à la négociabilité des actions, emploi d'une partie des bénéfices au rachat d'actions (« amortissement du capital »). Si ces clauses dérogatoires ne se trouvaient pas dans les statuts primitifs, arrêtés avec l'accord unanime des fondateurs, les actionnaires ont le droit de compter que le mécanisme normal de la société anonyme sera respecté.

Mais comme il ne s'agit pas de modifications susceptibles d'altérer l'identité de la société elle-même, elles pourraient être adoptées valablement si elles recueillaient l'adhésion *unanime* de tous les actionnaires intéressés (y compris, s'il y a lieu, les parts bénéficiaires).

Pour l'impossibilité d'introduire dans les statuts, par simple modification, des clauses restreignant la négociabilité des actions, voy. FREDERICQ, t. IV, p. 583 ; GILSON, *op. cit.*, n° 60 ; RIPERT, n° 1120 ; *contra* : cass., civ., 9 février 1937, *D. P.*, 1937, 1, 73 ; pour les clauses permettant le rachat d'actions : GILSON, n° 58, 61 et 168 (comme le souligne cet auteur, la modification n'est valable que s'il est prévu que les actions remboursées seront remplacées par des actions de jouissance).

Les statuts eux-mêmes peuvent interdire la modification de certaines clauses déterminées : GILSON, n° 24 ; seule l'unanimité des associés pourrait alors y déroger.

804. Interdiction de tout effet rétroactif. — Les modifications n'ont pas d'effet rétroactif; elles ne peuvent donc anéantir les droits que les actionnaires ou les tiers tiennent de l'application des statuts anciens. La réduction du capital, notamment, ne peut porter préjudice aux droits des créanciers : article 72; voy. *infra*, n° 843.

805. Respect de l'égalité des actionnaires. — Le pouvoir de modifier les statuts est soumis aux mêmes limitations que les pouvoirs ordinaires de l'assemblée générale : voy. *supra*, nos 712 et suivants. Il ne peut s'exercer, notamment, qu'en respectant les règles de l'égalité des actionnaires : la décision prise doit avoir les mêmes conséquences pour tous ceux qui délibèrent.

Tel est le cas pour la modification des règles d'accès à l'assemblée générale, le transfert du siège social, le changement de la dénomination, la dissolution anticipée, la modification des règles relatives à l'administration. La création d'une catégorie nouvelle de titres est possible, si elle entraîne des sacrifices proportionnellement égaux pour les catégories existantes : GILSON, n° 15; comm. Gand, 24 septembre 1930, *Jur. com. Fl.*, 1931, 30; Bruxelles, 30 juin 1911, *Rev. prat. soc.*, 1911, 276.

Mais on ne pourrait décider une réduction du capital par remboursement de certaines actions et non des autres : GILSON, n° 15; voy. *infra*, n° 842; ni supprimer pour l'avenir le droit de libérer anticipativement les actions, alors que certains actionnaires en ont déjà fait usage, ni prévoir des échanges de titres dans des proportions telles que le porteur d'un seul titre serait obligé de le vendre : GILSON, nos 58 et 126 (voy. cependant *infra*, n° 814). Si l'on permet, par modification des statuts, l'amortissement de certains titres, il faut que tous les actionnaires puissent, avec des chances égales, offrir leurs titres au remboursement : GILSON, n° 59.

L'assemblée ne pourrait pas non plus modifier les clauses des statuts qui confèrent des droits à certains actionnaires à l'exclusion des autres, à moins d'obtenir l'accord unanime des intéressés. La disposition expresse qui avait été proposée pour consacrer cette règle a été écartée comme inutile : FREDERICQ, t. V, n° 493.

806. Dérogation prévue par l'article 71 (modification des droits respectifs des catégories). — L'article 71 apporte à la règle de l'égalité des actionnaires une dérogation importante : lorsqu'il existe plusieurs catégories de titres, l'assemblée générale peut modifier *leurs droits respectifs*, en se conformant aux prescriptions spéciales de l'article 71, modifiées par la loi du 10 novembre 1953 : voy. ci-après, § 2.

La dérogation s'explique par des nécessités pratiques évidentes : il est parfois indispensable, notamment à l'occasion d'une augmentation de capital, de procéder à un aménagement nouveau des droits des diverses catégories de titres. Mais elle n'est pas sans danger, ainsi qu'on l'avait déjà souligné au cours des travaux préparatoires de la loi de 1913.

807. Interprétation restrictive de cette dérogation. — L'article 71 est incontestablement d'interprétation restrictive : il ne concerne que la modification des droits *respectifs* des catégories, c'est-à-dire des droits qui les différencient entre elles. Tel est le cas lorsqu'il s'agit de modifier l'emploi des bénéfices ou le mode de partage de l'avoir social ; le remplacement des titres d'une catégorie par ceux d'une autre, prévu spécialement par l'article 71, est aussi une modification des droits respectifs.

Mais l'article 71 n'autorise pas l'assemblée générale à porter atteinte à des droits communs à tous les actionnaires : GILSON, n° 16. Le rachat pur et simple des actions d'une catégorie (c'est-à-dire l'expropriation de certains associés à l'exclusion des autres) ne pourrait, notamment, être décidé sans l'assentiment unanime des intéressés : GILSON, n° 58. *Contra* : cass., 5 juin 1947, *Rev. crit. jurispr. belge*, 1948, p. 9 ; cet arrêt semble méconnaître complètement la règle de l'égalité des actionnaires : voy. les critiques de M. FREDERICQ, t. V, n° 510 ; l'exposé des motifs de la loi du 10 novembre 1953 prend soin de préciser que « l'exclusion d'une catégorie d'associés ne peut être analysée comme une modification des droits d'une catégorie par rapport à ceux d'une autre » (*Doc. parl.*, Chambre, 1950-1951, n° 95, p. 6).

D'autre part, l'application de l'article 71 suppose l'existence de véritables catégories d'actions. Il ne suffit pas qu'il existe en fait une différence entre la situation de certains actionnaires et celle des autres, — les uns ayant libéré entièrement leurs titres, les autres non, par exemple. Il faut que la différence porte sur les droits conférés par les statuts eux-mêmes : GILSON, n° 15.

808. Sanction des délibérations irrégulières. — Les formalités et les conditions imposées par l'article 70, ou les dispositions statutaires qui les remplacent éventuellement, ont un caractère substantiel ; leur inobservation entraîne la nullité des déci-

sions prises : GILSON, n° 83 ; pour les irrégularités de forme, voy. *supra*, n° 717 et 718. Il en est évidemment de même pour les formalités et les conditions imposées par l'article 71 (modifié par la loi du 10 novembre 1953).

Si l'assemblée a excédé ses pouvoirs, les sanctions seront celles que nous avons étudiées précédemment : voy. *supra*, n° 719, et comp. GILSON, n° 84.

§ 2. — *Modification des droits respectifs
des catégories d'actions.*

809. Régime nouveau institué par la loi du 10 novembre 1953. — La loi de 1913 avait voulu permettre la modification des droits respectifs des catégories de titres ; tel était l'objet de l'article 71 dans sa rédaction primitive. Il instituait le « vote par catégories » : il suffisait, pour être valable, que la délibération réunît dans chaque catégorie les conditions de présence et de majorité requises par l'article 70 pour la modification des statuts en général.

Disposition purement supplétive, à laquelle il était souvent dérogé, par exemple lorsque les droits attribués aux parts de fondateur étaient stipulés intangibles, ou lorsque les statuts interdisaient d'en augmenter le nombre. Disposition imparfaite aussi, car elle ne fournissait aucune possibilité de modifier les droits des titres non représentatifs du capital lorsque les statuts ne leur conféraient aucun droit de vote (en ce cas, l'unanimité était requise : GILSON, *op. cit.*, n° 64).

En dépit de l'article 71, les sociétés se trouvaient donc souvent dans l'impossibilité de procéder à certaines modifications statutaires indispensables — notamment pour leur permettre d'augmenter leur capital (voy., à cet égard, l'exposé des motifs de la loi du 10 novembre 1953, p. 2 à 4). Le législateur a été ainsi amené, sur l'insistance des milieux d'affaires, à abandonner nettement la conception contractuelle de la société anonyme. Désormais, l'intérêt de l'institution doit l'emporter sur les droits particuliers d'une catégorie d'actionnaires, et il n'est plus permis de réserver à telle catégorie des droits « intangibles », puisqu'ils pourront toujours être modifiés ou supprimés en observant les conditions prescrites par l'article 71. L'exposé des motifs de la loi croit d'ailleurs devoir excuser cette initiative hardie en rappo-

lant que le régime ordinaire des modifications aux statuts, tel qu'il est organisé par l'article 70, est purement supplétif (Exposé des motifs, p. 7; comp. *supra*, n^o 795).

Le régime institué par l'article 71 nouveau peut être résumé comme suit :

1^o Le pouvoir reconnu à l'assemblée générale lui est attribué par une disposition légale impérative; les statuts ne peuvent donc ni le supprimer ni en régler l'exercice autrement que ne le prescrit la loi elle-même.

2^o Les modifications des statuts régies par l'article 71 sont exclusivement celles qui portent sur les droits respectifs des catégories. La loi mentionne spécialement le remplacement des titres d'une catégorie par ceux d'une autre — opération qui, en somme, consiste aussi en une modification des droits respectifs. La suppression pure et simple d'une catégorie de titres, même contre remboursement de leur valeur, — c'est-à-dire l'exclusion de certains associés —, sort du champ de cette disposition exceptionnelle et demeure prohibée en vertu du principe de l'égalité des actionnaires (voy. *supra*, n^o 807).

3^o L'assemblée ne doit user du pouvoir exceptionnel prévu par l'article 71 que lorsque l'intérêt de la société l'exige. Pour éviter les abus, la loi prévoit deux précautions, qui alourdissent d'ailleurs sensiblement la procédure à suivre : a) les mesures proposées et leur justification doivent recevoir une publicité exceptionnelle, par le moyen d'un rapport spécial aux actionnaires; b) si la décision de l'assemblée n'a pas réuni « une majorité représentant au moins un tiers du nombre des titres existants », elle doit, pour être efficace, être homologuée par la Cour d'appel, — disposition inspirée de celle que la loi de 1913 prévoit pour certaines décisions de l'assemblée des obligataires (cf. art. 94; *supra*, n^o 733).

4^o Pour rendre possibles les délibérations dans chaque catégorie, la loi confère d'office un droit de vote aux porteurs de titres non représentatifs du capital, même si les statuts ne le prévoient pas, et sans que les limitations édictées par l'article 76 doivent être observées.

810. Portée de la réforme. — La loi du 10 novembre 1953 n'a d'autre objet que de régler les conditions nécessaires et suffisantes pour que l'assemblée générale puisse modifier les droits respectifs des catégories

de titres ou pour remplacer les titres d'une catégorie par ceux d'une autre. Elle n'apporte aucune autre modification au droit antérieur ; elle n'a changé, notamment, ni la nature ni le régime des actions non représentatives du capital. Avant comme après la loi du 10 novembre 1953, il demeure impossible de transformer une part de fondateur en action représentative du capital et de lui attribuer, après coup, par ce moyen, le même droit de vote que si elle avait rémunéré, dès sa création, un apport effectif (voy., à cet égard, *supra*, n° 521, et *infra*, n° 818). La loi, en effet, n'a apporté aux articles 74 et 75 que des modifications de pure forme (voy. Rapport de M. Oblin à la Chambre, *Doc. parl.*, 1951-1952, n° 418, p. 2), en vue de réserver, dans les cas expressément prévus par les articles 71 et 219 nouveaux, l'application des conditions spéciales de vote qu'elle institue pour ces seuls cas. Les auteurs de l'exposé des motifs ont, il est vrai, marqué incidemment leur préférence pour certaine interprétation de l'article 74 (p. 6), mais l'opinion ainsi exprimée au sujet d'une disposition légale en vigueur, et qui n'a pas été modifiée par la loi nouvelle, est évidemment dépourvue de valeur et ne pourrait être assimilée à une interprétation législative.

811. Rapport spécial aux actionnaires. — L'objet et la justification détaillée des modifications proposées doivent être exposés par le conseil d'administration dans un rapport spécial. Ce rapport est « annoncé » dans l'ordre du jour. L'expression n'est pas très claire et l'exposé des motifs n'apporte sur ce point aucune lumière. Il semble que l'on ait voulu seulement obliger le conseil d'administration à porter spécialement à l'ordre du jour, sous une rubrique distincte, le rapport du conseil d'administration exposant l'objet et la justification des modifications proposées.

La loi s'efforce d'assurer une large diffusion de ce rapport. Une copie doit être annexée à la convocation des actionnaires en nom. Elle doit être envoyée « sans délai » à tous ceux qui ont accompli les formalités requises par les statuts pour être admis à l'assemblée. Enfin, tout actionnaire a le droit d'en obtenir gratuitement un exemplaire, sur la production de son titre, quinze jours avant l'assemblée.

812. Délibération de l'assemblée. — L'article 71, lettre A, confond assez fâcheusement, dans ses 3^e, 4^e et 5^e alinéas, deux ordres d'idées nettement distincts : d'une part, certaines dérogations, d'ailleurs importantes, aux règles ordinaires qui déterminent le pouvoir de vote attaché aux titres ; d'autre part, les conditions requises pour que les modifications proposées soient valablement adoptées. Ces conditions doivent d'ailleurs être complétées par l'article 71, lettre B.

A. — Dérogations au régime ordinaire
du droit de vote.

Les unes concernent les titres non représentatifs du capital, les autres le cas où les titres ont été divisés en coupures; la dernière, enfin, se rapporte à la limitation du pouvoir de vote d'un seul porteur de titres.

1^o Les titres non représentatifs du capital donnent chacun « droit au vote dans sa catégorie ». Bien que la loi ne le précise pas, il s'agit d'une voix par titre, conformément à la règle générale exprimée par l'article 75, alinéa 2. La disposition spéciale de l'article 71 est impérative; il ne sera donc pas tenu compte des clauses statutaires qui régleraient d'une manière différente les droits attachés aux titres non représentatifs du capital. Il importe peu également que les statuts soient muets sur ce point, ce qui, selon l'article 75, devrait faire refuser tout droit de vote aux porteurs de ces titres. On n'appliquera pas non plus les deux limitations spéciales de l'article 75, alinéa 2.

2^o Lorsque les titres ont été divisés en coupures, chaque coupure donne le droit de voter — sans qu'il faille réunir un nombre de coupures suffisant pour reconstituer un titre entier. C'est la coupure « la plus faible » qui donnera droit à une voix; le pouvoir de vote des autres coupures et celui des titres entiers seront, semble-t-il, proportionnels au nombre de coupures « les plus faibles » auquel ils équivalent.

3^o Aucune limitation n'est imposée au pouvoir de vote d'un porteur de titres : il importe peu que le nombre de voix dont il dispose dépasse la cinquième partie du nombre des voix attachées à l'ensemble des titres ou les deux cinquièmes du nombre des voix attachées aux titres représentés : l'application de l'article 76 est expressément écartée par l'article 71 nouveau.

Le législateur a voulu protéger l'inventeur rémunéré par une fraction importante de parts bénéficiaires, et qui serait menacé de spoliation par l'action concertée des autres porteurs de ces parts (Exposé des motifs, p. 8). Mais l'inventeur recevra la protection nécessaire, dans ce cas, grâce au contrôle de la Cour d'appel (art. 71, litt. B; voy. *infra*, n^o 813). En revanche, il ne sera pas sans inconvénient de laisser ainsi la haute main, dans chaque catégorie, aux plus gros porteurs de titres. S'ils ont plus du tiers des titres, le contrôle par la Cour d'appel ne jouera pas, et ils pourront à leur guise disposer des droits de la majorité. Dans le système du projet primitif,

cet inconvénient n'existait pas, grâce à l'intervention de la Commission bancaire, dont le contrôle préalable était prévu dans tous les cas. Mais cette intervention a été supprimée, sans que l'on paraisse avoir aperçu la nécessité de maintenir, dès lors, l'application de l'article 76.

B. — Conditions de présence et de majorité.

La loi du 10 novembre 1953 reprend sur ce point la disposition de l'ancien article 71 : pour être valablement adoptée, la modification proposée doit réunir dans chaque catégorie les conditions de présence et de majorité requises par les trois derniers alinéas de l'article 70. Mais pour éviter qu'une minorité active puisse, grâce à l'absence d'un grand nombre d'actionnaires, faire prendre une décision contraire à leurs intérêts, la loi exige une troisième condition : il faut que, dans chaque catégorie, la majorité obtenue représente au moins un tiers du nombre des titres existants.

813. Homologation éventuelle par la Cour d'appel (art. 71, litt. B). — Si cette troisième condition n'est pas remplie, la décision ne pourra être exécutée qu'après avoir été homologuée par la Cour d'appel. La procédure est calquée sur celle que prévoit l'article 94 à l'égard des décisions de l'assemblée des obligataires. L'homologation est sollicitée par voie de requête, « à la diligence de ceux qui ont le droit de convoquer l'assemblée générale des actionnaires ou de tout propriétaire de titres ou coupures ». La requête doit être introduite dans les trente jours du vote, faute de quoi la décision sera considérée comme non avenue.

Ceux qui ont voté contre les décisions ou qui n'ont pas assisté à l'assemblée peuvent intervenir à l'instance. La Cour statue toutes affaires cessantes, et après audition du ministère public.

814. Groupement des titres (mesures temporaires : art. 219). — L'article 219, introduit par la loi du 10 novembre 1953 (art. 1^{er}, § 2), permet qu'il soit procédé, nonobstant toute disposition contraire des statuts, au « groupement en titres nouveaux » des actions, titres, parts ou coupures, représentatifs ou non du capital exprimé. Il s'agit d'une mesure provisoire, qui prendra fin le 31 décembre 1955, et qui est destinée à permettre aux sociétés de réduire le nombre de leurs titres, par voie de groupement, lorsque leur valeur se trouve considérablement réduite.

La justification du groupement doit être exposée dans un rapport spécial du conseil d'administration, auquel s'appliquent des règles identiques à celles que prévoit l'article 71 nouveau (*supra*, n° 811). S'il existe

plusieurs catégories de titres, la décision ne sera pas prise par l'assemblée générale, mais par une délibération au sein de la catégorie visée dans la proposition de groupement. Chacun des titres appartenant à la catégorie donne droit au vote, même s'il s'agit de titres non représentatifs du capital ; les porteurs de coupures sont aussi admis au vote, les voix étant comptées sur la base d'une voix à la coupure la plus faible. La décision se prend aux conditions de présence et de majorité prévues à l'article 70, alinéas 3, 4 et 5.

En l'absence de ces dispositions exceptionnelles et temporaires, le groupement des titres serait impossible, car il excède les pouvoirs de l'assemblée générale : *supra*, n° 805.

SECTION III. — LES MODIFICATIONS DU CAPITAL SOCIAL.

815. Leur importance. — Le capital social, indiqué dans les statuts, est la garantie des créanciers ; comme tel, il est intangible et invariable. Il est cependant parfois nécessaire de l'augmenter ou de le réduire, selon l'évolution des affaires de la société. Ces opérations constituent les modifications statutaires les plus fréquentes et les plus importantes. Elles sont de la compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire : FREDERICQ, t. V, n° 512. Indépendamment des règles habituelles pour la modification des statuts, elles sont soumises à des prescriptions légales particulières.

§ 1^{er}. — *Augmentation du capital.*

816. Motifs et modalités de l'opération. — Les sociétés y recourent pour des raisons très diverses. Elles y recourent quand elles ont besoin de capitaux, soit qu'elles aient éprouvé des pertes, soit qu'elles désirent étendre leur activité. Quand l'actif est devenu très important, ou a été réévalué à la suite d'une dépréciation monétaire, il est avantageux de consolider cette situation en incorporant au capital tout ou partie des réserves de la société. Parfois aussi un emprunt obligataire est converti en actions, ce qui implique une augmentation corrélative du capital.

817. Les deux catégories d'augmentation du capital. — Les augmentations de capital peuvent être rangées en deux catégories :

1^o L'augmentation classique se fait au moyen d'apports nouveaux, en nature ou en numéraire, qui sont faits à la société par les actionnaires anciens ou par de nouveaux souscripteurs. Les choses se passent comme s'il s'agissait de constituer le capital initial.

2^o Le capital peut être augmenté aussi par l'incorporation de réserves existantes. Il s'agit alors d'un simple jeu d'écritures,

sans que le patrimoine social s'enrichisse d'apports nouveaux : le montant de l'augmentation viendra en diminution du compte « Réserves », au passif du bilan. Voy. P. CORDONNIER, « Augmentations de capital sans apports extérieurs », *D.*, 1948, Chron., p. 9.

818. Conséquences. — Les conséquences de l'opération ne sont pas identiques, suivant qu'elle doit être rangée dans une catégorie ou dans l'autre :

1° Les titres émis à la suite d'une augmentation du capital par incorporation des réserves sont toujours immédiatement négociables : FREDERICQ, t. IV, p. 573.

2° Mais, n'étant pas émis en contrepartie d'apports nouveaux, effectués par ceux qui les reçoivent, ces titres ne peuvent, au point de vue du droit de vote, être considérés comme représentatifs du capital social, au sens de cette expression dans l'article 74. Il résulte en effet du Rapport au Roi, précédant l'arrêté royal n° 26 du 31 octobre 1934, que l'intention du législateur a été de restituer « à chacun des associés un droit de participation au vote exactement proportionnel aux intérêts pécuniaires qu'il a pris dans la société », et non de lier la puissance de vote aux droits respectifs des actionnaires sur l'actif social : voy. *supra*, n° 521. Le changement purement nominal du capital social, sans apports nouveaux, ne concerne que les créanciers et ne peut justifier l'octroi d'un pouvoir de vote supplémentaire.

Pratiquement, il est donc indispensable d'identifier les actions nouvelles remises aux anciens actionnaires, puisque ces titres ne donneront le droit de vote que si les statuts le leur attribuent, et seulement dans les limites prévues par l'article 75. Il n'en est autrement que si la réserve incorporée provient d'une réestimation de l'avoir social, — l'opération n'ayant d'autre but que de réévaluer le capital initial pour tenir compte de la dépréciation monétaire : voy. ci-après, n° 837.

A. — AUGMENTATION DU CAPITAL PAR DES APPORTS NOUVEAUX.

819. Nature de l'opération. — L'augmentation du capital au moyen d'apports nouveaux place les nouveaux souscripteurs, à l'égard de la société, dans la même situation que les actionnaires anciens. On ne peut cependant l'analyser en un contrat de société : en effet, aucune convention n'intervient entre les actionnaires anciens et les nouveaux souscripteurs ; d'autre part, un contrat

de société conclu par ces derniers avec la société elle-même est inconcevable. Les souscriptions sont, dans le cas d'augmentation du capital plus nettement encore que lors de la constitution de la société, des manifestations unilatérales de volonté marquant l'adhésion de leurs auteurs à l'institution dont ils entendent faire partie (voy. *supra*, n^o 480). Comme beaucoup d'actes de ce genre, elles sont soumises à un régime formaliste.

D'une manière plus générale, leur régime est celui des actes unilatéraux, non celui des conventions. A vrai dire, ces deux régimes coïncident sur de nombreux points, mais pas toujours d'une manière complète : la théorie des vices du consentement, par exemple, s'applique aux actes unilatéraux comme aux contrats, mais, en cas de dol, le consentement sera vicié, quelle que soit la personne à laquelle le dol est imputable : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, 1951, n^o 217 ; *contra* : FREDERICQ, t. IV, n^o 354.

820. Conditions de validité. — Il faut observer, pour les augmentations du capital, les formalités et conditions prescrites pour la constitution de la société : article 34. Ces conditions ne pourront donc pas être tournées par l'artifice d'une constitution faite dans les règles légales, suivie immédiatement d'une augmentation du capital réalisée sans aucune garantie, — abus fréquent jadis, auquel la loi de 1913 a mis fin.

1^o Conditions de fond.

821. Les trois conditions requises. — La société doit compter sept associés au moins, le capital d'augmentation doit être intégralement souscrit et chaque action nouvelle doit être libérée d'un cinquième au moins, par un versement en numéraire ou un apport effectif.

822. Nature des apports. — Les créances à charge de la société peuvent faire l'objet d'un apport en nature ; il arrive que les obligataires soient invités à échanger ainsi leurs titres contre des actions émises à l'occasion d'une augmentation de capital : voy. *supra*, n^o 723 (1). Mais les créances apportées ne

(1) La loi du 17 octobre 1945, organisant l'impôt sur le capital, prévoit que l'impôt peut être payé par l'attribution à l'État d'actions de la société débitrice : voy. comm. Bruges, 17 novembre 1949, *J. T.*, 1950, 193.

peuvent être estimées à leur valeur nominale que si la solvabilité de la société est encore intacte, ce qui n'est pas toujours vrai lorsque les porteurs d'obligations sont invités à se transformer en associés.

Les parts bénéficiaires, en revanche, ne pourraient pas faire l'objet d'un apport rémunéré par des actions représentatives du capital, car elles ne donnent pas des droits de créance, mais seulement des droits d'associé (voy. *supra*, n° 552; RIPERT, n° 1404). Leur remise à la société ne procurerait donc à cette dernière aucun accroissement de son actif et les actions nouvelles ne seraient pas libérées par un apport effectif. L'opération ne peut se réaliser qu'à l'occasion d'une augmentation du capital par incorporation des réserves, ou par un échange de parts bénéficiaires contre des parts sociales sans désignation de valeur, sans aucune augmentation du capital : voy. *infra*, n° 845.

823. Taux d'émission des actions. — Les actions nouvelles sont parfois émises *au-dessus* du pair, avec une « prime d'émission » : voy. ci-après, n° 832. Elles ne peuvent pas, en revanche, être émises *au-dessous* de leur valeur nominale ; si elles l'étaient, le capital d'augmentation ne serait pas intégralement souscrit.

824. Emission au-dessous du « pair comptable ». — Le problème se pose différemment lorsqu'il s'agit d'une émission « au-dessous du pair comptable ». Quand les actions anciennes sont des parts sociales sans désignation de valeur, la société peut émettre des actions nouvelles ayant le même caractère, et donnant des droits identiques, mais à un prix de souscription *inférieur* au prix de souscription des parts primitives : le capital originaire étant, par exemple, de 5 millions, représenté par 5.000 parts sociales sans désignation de valeur, la société peut augmenter son capital à concurrence de 4 millions par l'émission de 5.000 parts sociales nouvelles, donnant les mêmes droits que les anciennes, notamment sur les réserves, en cas de liquidation, mais qui seront souscrites à 800 francs alors que les parts originaires l'avaient été à 1.000 francs. L'avantage pour les nouveaux actionnaires est souvent considérable, quand la société dispose de réserves importantes.

En pareil cas, le capital d'augmentation est intégralement souscrit ; le principe de l'égalité des actionnaires est respecté, puisque l'opération comporte pour ceux qui délibéraient — c'est-à-dire les actionnaires anciens — un sacrifice réparti sur tous de façon proportionnellement égale. Mais les actions nouvelles ne pourront pas jouir d'un pouvoir de vote égal au pouvoir de vote des parts anciennes : ce droit, en effet, doit être proportionnel aux intérêts pécuniaires que chaque actionnaire a pris dans la société, c'est-à-dire à son apport réel, à sa mise effective ; or l'apport des nouveaux actionnaires, dans le cas envisagé, est moindre que celui des actionnaires anciens ; on devra donc appliquer les règles énoncées par l'article 74, donner une voix aux titres nouveaux et, suivant les cas,

2 ou 3 voix aux titres anciens : Rapport de la Commission bancaire, 1947-1948, p. 68 à 71. Mais l'application de l'article 74 restera souvent sans effet pratique parce qu'on ne doit pas tenir compte des fractions de voix.

Ces opérations, comme le souligne la Commission bancaire (*loc. cit.*), ont souvent lieu pour réaliser des spéculations malsaines ; mais elles ne sont pas objectivement illicites : cf. l'étude de M. JACOBS VAN MERLEN, *Rev. prat. soc.*, 1953, p. 129. Elles ne pourraient être annulées que si la fraude ou le détournement de pouvoir étaient établis : voy. *supra*, n^o 713.

825. Responsabilité des administrateurs. — L'inobservation des conditions de fond n'entraîne pas la nullité de l'augmentation, mais la responsabilité des administrateurs qui étaient en fonctions lorsqu'elle a été décidée. Leurs obligations seront celles que l'article 35 impose aux fondateurs, lors de la constitution de la société : voy. *supra*, n^{os} 498 et suivants.

Par suite d'une inadvertance dans la rédaction de l'article 35, les administrateurs ne sont pas expressément assimilés aux fondateurs, pour ce qui concerne les engagements pris par des souscripteurs qui ont déclaré se porter fort pour des tiers. L'intention du législateur ne fait cependant aucun doute : voy. RESTEAU, *Comment. légis.*, t. III, p. 235, n^o 13. Mais la doctrine et la jurisprudence s'en tiennent étroitement au texte et refusent d'admettre la responsabilité des administrateurs dans ce cas particulier : comm. Bruxelles, 30 septembre 1937, *Rev. prat. soc.*, 1940-1946, p. 367 ; FREDERICQ, t. V, n^o 515.

2^o Conditions de forme.

826. Règles générales. — Ce sont celles que requiert toute modification des statuts (voy. *supra*, n^o 797) et, en outre, celles que prescrivent les articles 29 à 33 pour la constitution de la société : voy. *supra*, n^{os} 480 et suivants. Comme la constitution de la société, l'augmentation du capital peut se faire soit directement (par un seul acte : art. 31), soit en deux phases (par souscriptions : art. 32 et 33).

827. Augmentation du capital par souscriptions. — Le projet d'augmentation, dans ce cas, est le procès-verbal authentique de la décision prise par l'assemblée générale dans les conditions requises pour la modification des statuts. Les souscriptions doivent contenir les mentions indiquées par l'article 34. Quand elles ont été recueillies, les administrateurs doivent-ils convoquer les souscripteurs à une assemblée appelée à constater, dans les conditions prévues par l'article 33, que l'augmentation du capital est définitive ? La question est controversée. L'article 34 omet, parmi les énonciations obligatoires dans les souscriptions, la convocation à une assemblée, et cette omission semble intentionnelle, si l'on se réfère

aux travaux préparatoires de la loi de 1913; la tenue d'une assemblée n'est donc pas obligatoire. En ce sens : GILSON, n° 99; *contra* : FREDERICQ, t. V, p. 735; RESTEAU, t. III, n° 1367 et suivants.

828. Sanction de l'inobservation des conditions de forme.

— L'inobservation des conditions de forme est sanctionnée par la nullité dans les mêmes cas que pour la constitution de la société : voy. *supra*, n° 797. Les effets de cette nullité soulèvent des problèmes délicats si la société a déjà fonctionné avec les nouveaux apports incorporés à son capital : voy. HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n° 916. Les administrateurs seront, en outre, passibles de la responsabilité qui incombe aux fondateurs en cas de violation des formes prescrites pour la constitution de la société.

S'il est fait appel au public pour la souscription des actions nouvelles ou si celles-ci sont publiquement offertes en vente, il faudra observer diverses prescriptions spéciales et permettre à la Commission bancaire d'exercer son contrôle préalable : voy. *infra*, t. II.

829. Mesures de protection en faveur des actionnaires anciens. — L'augmentation du capital peut porter préjudice aux actionnaires anciens, surtout si la société est prospère et quand ses titres sont cotés en bourse à un taux supérieur à la valeur nominale. L'émission d'actions nouvelles va diminuer la quotité de l'avoir social revenant aux actionnaires anciens, — diminution qui se traduira normalement par une baisse des cours. D'autre part, si les actions nouvelles sont émises au même taux que les actions anciennes, les souscripteurs vont acquérir gratuitement une quote-part éventuelle des réserves constituées depuis la création de la société; ils s'enrichiront ainsi au détriment des actionnaires anciens, car les actions nouvelles seront évidemment cotées, dès leur admission à la bourse, au-dessus de leur taux d'émission.

Pour obvier à ces inconvénients, la pratique des affaires a imaginé deux moyens : le droit de souscription et la prime d'émission.

830. Droit de souscription. — Notion. — C'est la faculté réservée aux actionnaires anciens de souscrire par préférence les actions nouvelles, en cas d'augmentation du capital. S'ils usent de cette faculté, la quotité de l'avoir social qui leur revient demeure

raera inchangée. S'ils n'en font pas usage, ils peuvent négocier leurs droits de souscription : RIPERT, n° 1394.

Comme il prémunit les actionnaires anciens contre une sorte d'expropriation partielle, le droit de souscription devrait être imposé et réglementé par la loi. Les auteurs de la loi de 1913 s'y sont cependant refusés : voy. FREDERICQ, t. V, p. 738. Le droit de souscription n'existe donc que si les statuts le prévoient ou si l'assemblée générale l'accorde en décidant l'augmentation du capital. La solution contraire est consacrée en France par le décret-loi du 9 août 1935. La Commission bancaire s'efforce, par voie de recommandations, de faire insérer le droit de souscription dans les conditions des augmentations de capital par souscription publique. Dans certains cas, notamment si aucune prime d'émission n'est imposée aux tiers souscripteurs, on pourrait considérer le refus, par l'assemblée générale, d'accorder un droit préférentiel de souscription aux actionnaires anciens comme un détournement de pouvoir : cf. FREDERICQ, t. V, n° 523.

Selon la pratique habituelle, que recommande la Commission bancaire (Rapport 1946-1947, p. 77), mais qui n'est pas obligatoire, les actionnaires anciens disposent tout d'abord d'un droit de souscription « irréductible », leur permettant de se faire attribuer un nombre d'actions nouvelles proportionnel au nombre d'actions anciennes qu'ils possèdent. Normalement, toutes les actions nouvelles ne seront pas absorbées par l'exercice de ce droit ; il y a toujours des actionnaires négligents ou qui n'ont pas eu connaissance de l'opération. Les actionnaires anciens disposent du droit de souscrire « à titre réductible » les actions nouvelles qui n'ont pas trouvé preneur. Elles seront réparties entre eux proportionnellement au nombre d'actions anciennes qu'ils possèdent, et dans la limite de leurs demandes. Le surplus des actions nouvelles est placé dans le public, mais, normalement, les tiers souscripteurs devront verser une prime d'émission : voy. ci-après, n° 832.

Sur les abus auxquels donnent lieu ces opérations, voy. FREDERICQ, t. V, n° 521, et rapport de la Commission bancaire, 1946-1947, p. 79 et 80.

831. Nature du droit de souscription. — Le droit de souscription et les actions nouvelles qu'il permet d'acquérir, constituent un démembrement de l'action ancienne et sont donc une valeur *de capital*. La qualification est importante quand les actions sont grevées d'un usufruit et pour l'application du régime matrimonial.

832. Prime d'émission. — *Notion.* — Pour rétablir l'équilibre entre les actionnaires anciens et les nouveaux souscripteurs, il suffit d'exiger de ces derniers, en plus du montant nominal des actions souscrites par eux, le versement d'une somme représentant l'avantage qu'ils obtiennent en entrant dans une société qui a déjà constitué des réserves. C'est une sorte de « droit

d'entrée ». La prime d'émission est calculée en tenant compte du cours moyen qu'obtiendront toutes les actions, anciennes et nouvelles, quand l'augmentation de capital sera réalisée. Elle n'a pas de raison d'être quand les actions sont entièrement réservées aux actionnaires anciens : HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n° 885.

833. Nature juridique. — La nature juridique de la prime d'émission a été longtemps controversée. On s'accorde à reconnaître qu'elle ne doit pas être considérée comme un bénéfice, mais comme un apport supplémentaire, qui, toutefois, n'est pas englobé dans le capital social. Le montant des primes est porté à une réserve spéciale. Cette réserve pourrait être ultérieurement incorporée au capital. Bien que cela ne soit pas conforme à sa destination normale, elle pourrait aussi faire l'objet d'une distribution ; toutefois, comme il ne s'agit pas d'une réserve provenant de bénéfices accumulés, elle ne pourrait être répartie qu'entre les actionnaires ; ni les administrateurs, ni les porteurs de titres bénéficiaires, ne pourraient en recevoir une part : Bruxelles, 18 mai 1929, *Jur. com. Brux.*, 1929, 313.

Lorsque la réserve est incorporée au capital ou portée à une réserve *indisponible*, elle n'est pas considérée, au point de vue fiscal, comme un bénéfice taxable, mais le droit d'enregistrement est dû sur le montant de la prime comme sur les autres apports : cf. cass., 1^{er} mars 1928, *Pas.*, 1928, I, 89.

B. — AUGMENTATION DU CAPITAL PAR INCORPORATION DE RÉSERVES.

834. Nature de l'opération. — Elle diffère profondément de l'augmentation de capital ordinaire, car elle se réalise sans apports nouveaux : l'opération « consiste uniquement dans une modification de l'organisation interne de la société, réalisée en raison et à l'aide de biens qu'elle possédait, sans apport venu du dehors » (cass., 9 juin 1932, *Pas.*, 1932, I, 185). C'est une augmentation purement nominale, dont l'effet essentiel est d'accroître l'importance de la garantie promise aux créanciers de la société. On peut la comparer à la *réduction* nominale du capital, lorsqu'il y a lieu de consolider des pertes : voy. ci-après, n° 839. Il s'agit cette fois, au contraire, de consolider des bénéfices accumulés.

La doctrine s'était précédemment efforcée, par des analyses subtiles,
VAN RYM, I

mais sans succès, de démontrer que les actionnaires faisaient malgré tout un certain apport à la société : apport de leur quote-part des réserves ou « renonciation » à leur droit de décréter en assemblée générale la distribution de ces réserves : COART-FRÉSART, *Rev. prat. soc.*, 1927, n° 2738. Mais les actionnaires n'ont aucun droit individuel sur les réserves (voy. cass., 21 novembre 1940, *Pas.*, 1940, I, 300, à propos d'une société coopérative); on ne conçoit pas davantage comment la simple faculté de participer à une délibération éventuelle de l'assemblée générale pourrait être considérée comme un droit susceptible d'évaluation pécuniaire. L'apport qu'on suppose fait par les actionnaires est donc tout à fait illusoire.

D'autre part, la théorie selon laquelle l'opération devrait s'analyser en deux actes distincts (une répartition des réserves, suivie d'une souscription au capital d'augmentation) est abandonnée aujourd'hui : FREDERICQ, t. V, p. 745; HOUPIN et BOSVIEUX, 7^e éd., t. II, n° 872; elle conduirait d'ailleurs à rendre l'opération impossible sans l'accord unanime de tous les actionnaires, puisque l'assemblée générale ne saurait, à quelque majorité que ce soit, les contraindre à assumer de nouveaux engagements envers la société. Il s'agit au contraire d'une opération unique, purement interne, et sans apports nouveaux : voy. conclusions de l'avocat général Gesché et cass., 17 décembre 1931, *Pas.*, 1932, I, 8.

835. Régime applicable à ces augmentations. — La nature spéciale de l'augmentation du capital par l'incorporation des réserves empêche que toutes les règles prescrites pour les augmentations de capital ordinaires puissent lui être appliquées. Les conditions de forme doivent assurément être respectées. Mais il n'y a ni souscription, ni libération de titres, puisqu'il n'y a point d'apports nouveaux. Il suffit donc d'une décision de l'assemblée générale, prise dans les formes et aux majorités requises : HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n° 890.

836. Réalisation et conséquences de l'opération. — Le jeu d'écritures à réaliser est très simple : le compte capital est majoré, et le compte des réserves est diminué dans la même proportion. Des titres nouveaux pourront être émis par la société, à concurrence du montant de l'augmentation; ils seront distribués gratuitement aux actionnaires. Ces titres ne peuvent, en principe, être considérés comme « représentatifs du capital social » au point de vue du droit de vote : voy. *supra*, n° 818. La création de titres nouveaux n'est d'ailleurs pas obligatoire : la société pourrait aussi supprimer la valeur nominale des titres existants (transformés en « parts sans désignation de valeur »); ce moyen ne peut être utilisé que s'il n'existe qu'une seule catégorie de titres. Un autre procédé consiste à élever le taux nominal des actions.

S'il existe plusieurs catégories d'actions (donnant chacune droit à une quotité des réserves), il faudra observer les conditions prescrites par l'article 71 (voy. *supra*, n° 809). L'opération provoque souvent des ruptures d'équilibre entre les diverses catégories : voy. B. STARCK, « La réévaluation des bilans », *Rev. trim. dr. comm.*, 1949, p. 82 ; Rapport de la Commission bancaire, 1950-1951, p. 64 à 67.

837. Réserves susceptibles d'être incorporées. — Toutes les réserves peuvent être utilisées ; l'incorporation de la réserve légale est toutefois contestable : voy. J. HEENEN, « L'augmentation du capital social par l'incorporation de la réserve légale », *Rev. prat. not.*, 1942, p. 387. Il faut, d'autre part, qu'il s'agisse de réserves véritables, c'est-à-dire de bénéfiques consolidés, correspondant à un enrichissement réel. Il ne peut donc être question d'augmenter le capital par l'incorporation de simples plus-values de l'actif : HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n° 875 ; LECOMTE et BOSVIEUX, étude dans *Journ. soc.*, 1947, 12. La situation est cependant différente lorsqu'il s'agit de la réserve de réévaluation, correspondant à la dévaluation monétaire, et dont la constitution n'entraîne pas le paiement d'impôts sur les revenus : cf. B. STARCK, étude précitée, p. 48 et suivantes. L'incorporation de cette réserve est admise en raison de la nature très spéciale de l'opération. Il s'agit, en somme, d'une réestimation du capital initial, et non d'une véritable augmentation. La différence est importante : les actions remises à la suite de cette opération peuvent être considérées comme représentatives du capital, au même titre que les actions primitives, dont elles constatent seulement la réestimation.

838. Conséquences fiscales. — Le droit d'enregistrement n'est pas dû sur le montant de l'augmentation, puisque celle-ci se réalise sans apports nouveaux : cass., 9 juin 1932, précité. Les titres distribués aux actionnaires ne sont pas non plus passibles de la taxe mobilière au moment de leur répartition : cass., 6 décembre 1926, *Pas.*, 1927, I, 100.

§ 2. — Réduction du capital social.

839. Motifs et modalités de l'opération. — La réduction du capital, comme l'augmentation, peut être soit réelle et effective, soit formelle ou nominale.

Elle est effective quand elle se traduit par une réduction matérielle de l'actif social : en exécution de la mesure décidée par

l'assemblée générale, les actionnaires vont recevoir, au moyen des fonds de la société, le remboursement total ou partiel de leurs apports ; si leurs titres ne sont pas entièrement libérés, la réduction du capital pourra se réaliser par l'exonération, totale ou partielle, des versements restant à effectuer. La réduction effective a lieu lorsque le capital paraît trop élevé pour les besoins réels de la société.

L'opération est au contraire purement nominale quand elle est seulement la constatation juridique d'une situation de fait : si la société a éprouvé des pertes telles que son actif net est devenu inférieur au montant du capital social, elle peut, par une réduction de ce dernier, le remettre en concordance avec la valeur réelle de son patrimoine. La valeur nominale des actions sera réduite dans la même proportion ; elle peut aussi être supprimée ; on recourt parfois à un échange de titres.

L'utilité de la réduction, en pareil cas, est de dispenser désormais la société de consacrer ses bénéfices d'exploitation à la reconstitution d'un actif net égal au capital ancien. Elle est souvent la condition préalable d'une augmentation du capital qui apportera à la société des ressources nouvelles, et qui serait irréalisable si la société devait continuer à consacrer ses bénéfices à la reconstitution du capital primitif. La question de savoir si l'assemblée peut imposer une réduction supérieure au montant de la perte est controversée : cf. RIPERT, n^o 1410.

840. Conséquences. — Les conséquences de la réduction du capital diffèrent, selon qu'elle est nominale ou effective :

1^o Le droit de vote attaché aux titres représentant le capital réduit, sera désormais calculé en fonction de leur valeur nominale nouvelle. La solution — importante en cas d'augmentation du capital subséquente — ne fait aucun doute si la réduction a été effective. Elle est plus discutable s'il s'agit d'une réduction purement nominale : voy. dans le sens du maintien, en faveur des actions anciennes, de leur pouvoir de vote originaire, P. CORDONNIER, « Commentaire législatif », *D. P.*, 1934, 4, 41.

2^o La société peut remettre des actions de jouissance aux porteurs des actions remboursées ou annulées. La question est toutefois controversée s'il s'agit d'une réduction effective, motivée par des pertes : cf. BASTIAN, étude dans *J. C. P.*, 1951, II, 6342.

841. Impossibilité de supprimer le capital. — Qu'elle soit nominale ou effective, la réduction ne peut aboutir à la suppression du capital social, en le ramenant à zéro : RIPERT, n^{os} 1055 et 1410. En pareil cas, il n'y aurait plus d'apports mis en commun, et, partant, plus de société. Il n'en serait autrement que si la réduction à zéro était immédiatement suivie d'une augmentation du capital.

842. Formes et conditions de la réduction. — La réduction du capital peut toujours se faire par un seul acte, qui sera le procès-verbal en forme authentique de l'assemblée générale des actionnaires et qui sera publié conformément à l'article 12.

La décision de l'assemblée, prise dans les conditions prescrites pour les modifications des statuts, doit respecter le principe de l'égalité des actionnaires. La réduction du capital ne peut donc pas se faire par le remboursement de certaines actions déterminées, à l'exclusion des autres : HOUPIIN et BOSVIEUX, t. II, n^{os} 927, 928 et 942. La même solution s'impose, à notre avis, si les actions à rembourser constituent une catégorie : l'observation de l'article 71 (vote par catégories) serait impuissante à valider l'opération, puisque la décision à prendre n'a pas pour objet une modification des droits respectifs des catégories les unes à l'égard des autres, mais porte sur des droits qui sont communs à tous les actionnaires : celui de rester membre de la société (pour les actionnaires dont les titres seraient remboursés) et celui de participer aux répartitions ou aux restitutions éventuelles sur un pied d'égalité (pour les actionnaires appartenant aux autres catégories).

Si la réduction du capital donne lieu à un échange de titres, les conditions de cet échange doivent être telles qu'aucun actionnaire ne soit contraint, pour y participer, soit de vendre des titres anciens, soit d'en acheter : HOUPIIN et BOSVIEUX, t. II, n^o 922 ; CORDONNIER, *Journ. soc.*, 1951, 65.

843. Protection des droits des tiers. — La réduction du capital est toujours dangereuse pour les créanciers sociaux, puisqu'elle diminue les garanties sur lesquelles ils étaient en droit de compter. Diverses précautions sont prévues pour limiter le péril auquel ils sont exposés (art. 72) :

1^o Les créanciers doivent être avertis en temps utile, si la société se propose d'effectuer des remboursements aux actionnaires, afin de leur permettre de faire valoir leurs droits avant qu'il soit trop tard. Le mode suivant lequel la réduction doit

avoir lieu sera indiqué dans la convocation, faute de quoi l'assemblée ne pourra décider valablement la réduction proposée. D'autre part, aucun remboursement ne peut être fait aux actionnaires avant l'expiration d'un délai de six mois, à compter de la publication de la décision de l'assemblée générale; cette disposition est d'ordre public : les remboursements qui auraient été faits avant l'expiration du délai légal pourraient être annulés.

2^o En aucun cas, la réduction du capital ne peut préjudicier aux droits des tiers : article 72, alinéa 4. La réduction décidée par l'assemblée générale est donc inopposable, comme telle, aux créanciers sociaux qui ont traité avec la société avant que la décision n'ait été prise et publiée. Ils ont le droit de considérer que le capital social est, à leur égard, demeuré inchangé et, si c'est nécessaire pour qu'ils obtiennent le paiement de leurs avances, ils pourront éventuellement faire annuler la décision prise et contraindre les actionnaires « au paiement du solde de leurs apports ou au refournissement de ce qui leur a été remboursé » : Rapport à la Chambre, RESTEAU, *Commentaire législatif*, p. 66. Ce droit leur appartient même en l'absence de toute fraude, ce qui différencie l'action fondée sur l'article 72 de l'action paulienne : comm. Ostende, 24 juin 1937, *B. J.*, 1938, col. 88.

Pratiquement, la réduction du capital ne peut donc être décidée d'une manière efficace qu'avec l'accord préalable de tous les créanciers sociaux : FREDERICQ, t. V, n^o 529.

844. « Amortissement du capital » par remboursement ou rachat d'actions. — L'expression « amortissement du capital » désigne, en pratique, diverses opérations qui ne comportent aucune réduction du capital social, mais entraînent la suppression d'une partie des titres en circulation.

Le rachat — ou, plus exactement, le remboursement — de ses propres titres par une société constitue un acte punissable lorsqu'il a pour effet de ramener l'actif net de la société à un montant inférieur à celui du capital social et de la réserve légale : article 206. Les droits des créanciers sociaux sont, en effet, directement menacés en pareil cas, puisque l'actif constituant leur gage est partiellement distribué aux actionnaires : voy. *supra*, n^o 335. Les raisons qui justifient cette disposition rigoureuse doivent la faire appliquer également au rachat de titres non représentatifs du capital. *Contra* : GILSON, p. 265.

Pour être valable, le rachat ou le remboursement d'actions doit être fait à l'aide des bénéfices disponibles, être autorisé par les statuts (et, le cas échéant, par l'assemblée générale), n'avoir pour objet que des actions entièrement libérées, et être réalisé dans des conditions telles que l'égalité entre les actionnaires soit respectée : cf. J. VANDER STEGEN, « Le rachat par une société anonyme de ses propres actions à l'aide des bénéfices », *Jur. com. Fl.*, 1936, p. 122.

L'égalité entre les actionnaires n'est assurée que si tous ont été mis en mesure de participer à l'opération. Le rachat en bourse ne met pas tous les actionnaires sur le même pied, car les sommes réservées au remboursement sont forcément limitées ; les premiers vendeurs seront les seuls bénéficiaires de l'opération ; on ne peut donc recourir à ce procédé que si les statuts le prévoient. Il en est de même pour le tirage au sort. Le meilleur procédé pour respecter l'égalité est de réaliser le remboursement par voie de souscriptions, un délai suffisant étant laissé aux actionnaires pour faire connaître leurs intentions. Si les demandes de remboursement excèdent les sommes dont la société dispose pour l'opération projetée, les demandes seront proportionnellement réduites ; si les offres sont insuffisantes, la société pourra, sans inconvénient cette fois, procéder à des achats en bourse pour l'excédent. Le remboursement ne pourrait être fait à certains actionnaires ou à une catégorie d'actionnaires qu'avec l'accord unanime de tous les porteurs de titres, quels qu'ils soient : comp., en cas de réduction du capital, *supra*, n° 842.

Les titres remboursés devront être annulés : voy. *supra*, n° 510 ; pour éviter des difficultés lors du calcul des voix dans les assemblées générales, il est utile de transformer les actions demeurées en circulation en parts sans désignation de valeur. En échange des titres remboursés, les porteurs reçoivent des actions de jouissance, qui leur donnent des droits identiques, sauf le droit au remboursement de la valeur nominale de l'action : voy. *supra*, n° 518. Le capital social demeure inchangé ; il restera contrebalancé, à l'actif, par l'avoir social, qui continuera à constituer sa contrepartie intégrale.

§ 3. — *Rachat des parts bénéficiaires.*

845. Conditions et modalités. — L'existence de parts bénéficiaires est parfois gênante, lorsque la société veut augmenter son capital. Plusieurs procédés peuvent être envisagés pour les faire disparaître. Leur rachat pur et simple, contre remboursement de leur valeur, ne pourrait être réalisé qu'avec l'accord unanime de tous les porteurs, à moins qu'il n'ait été prévu dans les statuts : *supra*, n° 556 (voy. cependant : Paris, 15 juillet 1952, *D. J.*, 1952, 727).

Leur échange contre des actions représentatives du capital peut être réalisé dans les conditions prévues par l'article 71. Pour que l'opération soit régulière, le capital doit être préalablement augmenté par l'incorporation de la quote-part des réserves revenant aux porteurs des parts bénéficiaires, faute de quoi les actions qui leur seraient délivrées n'auraient aucune cause (*supra*, n° 822). On peut aussi, sans augmenter le capital, transformer les actions représentatives de ce dernier en parts sans valeur nominale. Le nombre de ces parts sera ensuite augmenté dans la mesure nécessaire pour procéder à l'échange des parts bénéficiaires (Pour les règles du droit français, voy. note G. RIPERT, sous Paris, 15 juillet 1952, *D. J.*, 1952, 727).

Il faut cependant, sans rétablir des catégories proprement dites au sein des titres unifiés, veiller à ce que les actions remises en échange des anciennes parts bénéficiaires demeurent identifiables; leur droit de vote ne peut en effet se trouver modifié après coup par cette opération; à ce point de vue, les actions nouvelles continuent à devoir être considérées comme n'étant pas représentatives du capital : voy. *supra*, nos 521, 810 et 818.

SECTION IV. — DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ.

846. Causes de dissolution de la société anonyme. — **Rappel.** — La société anonyme, comme toute autre société commerciale, est dissoute de plein droit au terme fixé par les statuts, ou par suite de la disparition ou de l'impossibilité de l'objet social, ou encore lorsque tous les droits sociaux se trouvent réunis entre les mains d'une seule personne : *supra*, nos 342 à 344. Sa dissolution anticipée peut être décidée par l'assemblée générale, délibérant dans les conditions prescrites pour les modifications des statuts (voy. ci-dessous, n° 847); elle peut aussi être demandée par un associé, lorsqu'il existe de justes motifs, ou lorsque la société n'a pas été constituée par un acte écrit régulier (nos 345 à 347). Enfin, la perte

du capital ou la réduction du nombre des associés à moins de sept peuvent entraîner la dissolution anticipée, dans les conditions prévues par les articles 103 et 104 (n° 350).

L'inactivité d'une société n'est pas une cause de dissolution : comm. Bruxelles, 21 avril 1949, *Jur. com. Brux.*, 1949, 337. La vente de ses installations à une autre société entraîne la dissolution de plein droit, à moins que le prix ne soit payable à terme ; l'affermage des installations, en revanche, ne met pas fin à la société : voy., sur ces points, GILSON, n° 204. Le changement de la forme juridique implique la constitution d'une société nouvelle : voy. *supra*, n° 356.

§ 1^{er}. — *Dissolution anticipée.*

847. Conditions de validité. — L'assemblée générale a le pouvoir de décider, par une modification des statuts adoptée dans les conditions prescrites par la loi ou les statuts, la dissolution de la société avant l'arrivée de son terme. Elle ne serait privée de ce pouvoir que si les statuts y faisaient obstacle, en interdisant leur modification, ou donnaient un caractère intangible à la clause fixant la durée de la société.

S'il existe plusieurs catégories de titres, la décision ne devra pas nécessairement faire l'objet d'une délibération spéciale au sein de chaque catégorie, conformément à l'article 71. Elle ne modifie leurs « droits respectifs », en effet, que si les titres d'une catégorie au moins sont privés, en vertu des statuts, de tout droit dans le bénéfice de liquidation, — ce qui est exceptionnel (comp. GILSON, n° 194). En pareil cas, les clauses des statuts interdisant la dissolution anticipée resteraient même sans effet, en vertu de l'article 71, A, alinéa 1^{er} (modifié par la loi du 10 novembre 1953 ; voy. *supra*, nos 809 et suiv.).

La dissolution anticipée donnait lieu jadis à de grandes difficultés lorsqu'il existait des parts de fondateur sans droit de vote (cf. FREDERICQ, t. V, n° 611). Ces difficultés se présenteront moins souvent, depuis que l'article 71 a été modifié : si la dissolution anticipée est de nature à porter atteinte aux droits propres des parts de fondateur, les porteurs de ces parts devront être consultés et pourront se prononcer par un vote, même si ce droit leur est refusé par les statuts. En cas de rejet de la proposition par la majorité des porteurs de parts, la dissolution sera impossible (la solution est différente en France : voy. RIPERT, n° 1426).

Pour être valable, la décision de l'assemblée générale doit, en tout cas, répondre aux conditions que nous avons étudiées précédemment (voy. *supra*, nos 702 et suiv., et 798 et suiv.).

Il n'est pas sans exemple que la dissolution anticipée soit décidée grâce à des manœuvres frauduleuses ou pour l'avantage exclusif de certains actionnaires au détriment des autres, ce qui constitue un détournement de pouvoir; voy., notamment : FREDERICQ, t. V, n^o 611; P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, n^{os} 192 à 195. En pareil cas, les actionnaires lésés pourront poursuivre l'annulation de la décision; si elle a déjà servi de base à des engagements envers des tiers de bonne foi, ils auront seulement le droit de se faire indemniser par les actionnaires qui l'avaient approuvée : voy. *supra*, n^o 713. Il n'y a pas lieu de distinguer, à cet égard, selon que le vote a eu lieu, ou non, par catégories : P. COPPENS, *op. cit.*, n^o 200.

848. Droits des parts de fondateur. — Lorsque les porteurs de parts de fondateur n'ont pas été consultés, — ce qui, rappelons-le, suppose que la décision n'était pas de nature à porter atteinte aux droits propres à cette catégorie de titres —, peuvent-ils réclamer des dommages-intérêts en faisant valoir que la décision, sans modifier leurs droits, est cependant de nature à leur porter préjudice? Une réponse négative paraît s'imposer, si la décision a été prise régulièrement. Par leur adhésion aux statuts, les porteurs de parts de fondateur — qui sont des associés, et non de simples créanciers : voy. n^o 552 — se sont soumis d'avance aux modifications statutaires régulièrement décidées par l'assemblée générale.

C'est donc à tort, selon nous, qu'on leur reconnaît parfois le droit d'invoquer l'article 1142 du Code civil, comme si la décision de l'assemblée constituait un refus d'exécuter le contrat intervenu entre la société et les porteurs de parts. Ce contrat est purement imaginaire. Voy. cependant, dans le sens de l'opinion critiquée ci-dessus : comm. Bruxelles, 19 septembre 1930, *Pas.*, 1931, III, 21; P. COPPENS, *op. cit.*, n^o 203. Mais il va de soi que, dans des cas de ce genre, l'on découvrira souvent les indices d'un détournement de pouvoir ou d'un abus de droit : WAUWERMANS, n^o 201.

§ 2. — *Dissolution en vue d'une reconstitution.*

849. Nature et but de l'opération. — Il y a « reconstitution » lorsqu'une société se dissout et qu'avec les éléments qui composaient son actif — ou avec une partie de ces derniers — une société nouvelle est fondée, qui prend la suite des affaires sociales : GILSON, n^o 205.

La dissolution de la société n'est alors que le moyen de réaliser l'opération projetée. Ceux qui la décident, loin d'avoir l'intention de mettre fin aux affaires sociales, veulent au contraire procéder à une réorganisation fondamentale de la société ancienne, soit

pour corriger une irrégularité de forme, soit pour assainir les bases financières de l'entreprise.

C'est par là que la reconstitution se distingue du simple apport, à une société nouvelle, de l'actif d'une société dissoute et en liquidation. La distinction est parfois délicate, car elle dépend de l'intention qui a inspiré les promoteurs de l'opération. Elle est cependant importante, car la dissolution faite en vue d'une reconstitution de la société n'est régulière que si l'opération entière répond à certaines conditions.

850. Conditions de validité. — La reconstitution ne peut être utilisée pour échapper aux limitations que comporte le pouvoir de modifier les statuts (voy. *supra*, nos 802 et 803). En pareil cas, elle constituerait un cas particulier d'excès ou de détournement de pouvoir. La société nouvelle, créée pour reprendre l'activité de l'ancienne, ne peut donc différer de celle-ci par un élément essentiel (la forme juridique, l'objet social, la nationalité), ni comporter des dérogations au régime normal des sociétés anonymes qui ne se trouvaient pas dans les statuts de la société ancienne (restriction à la cessibilité des actions, par exemple). D'autre part, les modalités de l'échange des titres doivent être telles que tous les propriétaires d'actions de la société ancienne soient en mesure de devenir actionnaires de la société nouvelle : GILSON, n° 207.

Si des modifications sont apportées aux droits respectifs des diverses catégories de titres de la société ancienne, la décision doit être prise conformément à l'article 71. La reconstitution de la société ne pourrait évidemment permettre la suppression pure et simple — même avec indemnité — d'une catégorie : voy. *supra*, n° 807.

851. Sort du passif de la société qui se reconstitue. — Les règles applicables sont les mêmes qu'en cas de fusion, puisque, dans l'un et l'autre cas, il s'agit de deux personnes juridiques distinctes dont la seconde reprend le passif de la première : voy. GILSON, n° 210, et *infra*, n° 860.

§ 3. — Fusions et absorptions.

852. Définition. — La fusion, au sens large, est la réunion de deux sociétés par l'apport global de leurs biens et de leurs charges à une société nouvelle (fusion proprement dite), ou par l'absorption de l'une par l'autre (absorption ou annexion). L'opé-

ration ne change pas de nature si plus de deux sociétés y prennent part.

Pour qu'il y ait fusion ou absorption, diverses conditions doivent se trouver réunies :

1^o L'apport effectué à la société nouvelle ou à la société absorbante doit avoir pour objet l'actif et le passif tout entiers, faute de quoi il s'agirait seulement d'une cession, totale ou partielle, de l'avoir social, qui n'affecte pas nécessairement l'existence même de la société cédante. La fusion ou l'absorption entraînent au contraire la disparition, comme personne juridique distincte, de la société qui fait apport de son actif et de ses charges ; elle devra se dissoudre et entrer en liquidation.

2^o La société absorbante doit comprendre d'autres éléments que ceux qui font l'objet de l'apport effectué par la société absorbée. S'il n'en était pas ainsi, l'opération serait une reconstitution de la société dissoute, et non une fusion : voy. *supra*, n^o 849.

3^o Si la société absorbée était déjà dissoute par l'arrivée de son terme, l'apport de son avoir social à une autre société serait une simple opération de liquidation, prévue expressément par l'article 182, et non une fusion. Cette opération n'est pas soumise aux conditions restrictives exigées en cas de fusion ; l'apport pourrait être fait, en termes de liquidation, à une société dont l'objet serait entièrement différent : voy. *infra*, t. II.

853. Possibilité des fusions et des absorptions de sociétés.

— Ces opérations sont des modifications statutaires qui ont été expressément citées, au cours des travaux préparatoires de la loi de 1873, comme exemples de décisions rentrant dans la compétence de l'assemblée générale : Rapport Pirmez, GUILLERY, *Commentaire législatif*, t. II, p. 62. Mais il faut tenir compte des restrictions générales applicables au pouvoir de modifier les statuts, et du fait que la fusion et l'absorption doivent permettre la continuation de l'activité de la société ancienne, qui « survit » dans la nouvelle (RIPERT, n^o 1420).

A cet égard, ces opérations se rapprochent de la reconstitution. La fusion ne peut donc être valablement décidée si la société annexante ou nouvelle diffère essentiellement de l'autre par son objet social, sa nationalité ou sa forme juridique, ou si ses statuts comportent des dérogations au régime normal des sociétés anonymes (cf. *supra*, pour la reconstitution : n^o 850 ; RESTEAU, t. II,

n^{os} 1310 et 1311). Pour échapper à ces restrictions, on tente parfois de dissimuler l'opération sous une simple dissolution anticipée : sur ce subterfuge, voy. *supra*, n^o 802.

854. Conditions de validité. — La décision doit être prise, par chacune des sociétés, dans les conditions prescrites pour les modifications aux statuts. S'il y a plusieurs catégories de titres, il se conçoit difficilement que l'opération n'entraîne pas une modification, au moins indirecte, de leurs droits respectifs. Il faudra donc observer les prescriptions de l'article 71. Depuis la modification de cet article par la loi du 10 novembre 1953, l'existence de parts bénéficiaires, même dépourvues du droit de vote, ne fait plus obstacle aux fusions, puisqu'il sera toujours possible de consulter les porteurs de ces parts (voy. *supra*, n^o 809). En revanche, l'opération est impossible si elle ne recueille pas dans toutes les catégories la majorité requise. Si elle a été réalisée par des procédés frauduleux, ou si elle est entachée de détournement de pouvoir, sa validité pourra être contestée, comme en cas de reconstitution : voy. *supra*, n^o 850. Il en serait de même si les conditions d'échange des titres ne permettraient pas au possesseur d'une action unique de demeurer associé : voy. *supra*, n^o 850 ; RESTEAU, t. II, n^o 1308.

855. Réalisation de la fusion. — La fusion ou l'absorption impliquent un accord entre les sociétés intéressées ; on a même parlé d'un « contrat de fusion ». Il s'agit, en réalité, de négociations préalables entre les conseils d'administration. Pour être obligatoire à l'égard des sociétés, l'accord relatif à la fusion doit, en effet, se traduire, dans le cadre de chacune d'elles, par une modification appropriée des statuts : l'augmentation du capital de la société absorbante, d'une part, et, d'autre part, la dissolution anticipée de la société absorbée, avec apport de l'actif à la société absorbante. En pratique, l'accord entre les sociétés intéressées ne s'exprime pas autrement que par les décisions parallèles par lesquelles leurs assemblées générales réalisent les modifications statutaires requises. Il s'agit de deux actes unilatéraux. Par prudence, chaque société subordonne en général les décisions qu'elle prend à la condition suspensive que l'autre société prenne les décisions corrélatives : cf. GILSON, n^o 214 ; RESTEAU, t. II, n^o 1307. Lorsqu'il s'agit d'une fusion proprement

dite, l'opération s'analyse en une souscription, par les sociétés fusionnées, du capital de la société nouvelle : RESTEAU, t. II, n^o 1306.

856. Liquidation de la société absorbée. — Bien que son activité doive se poursuivre dans le cadre de la société qui l'a absorbée, la société ancienne ne disparaît pas immédiatement d'une manière complète. La fusion ne permet pas, en effet, d'éviter la liquidation : RESTEAU, t. II, n^o 1309 ; *Rép. prat. dr. belge*, v^o *Sociétés anonymes*, n^o 1510. La société absorbée est réputée exister, après la fusion, pour les besoins de sa liquidation, conformément à l'article 178 ; la séparation des patrimoines est donc maintenue à l'égard des tiers : Gand, 29 juin 1901, *Pas.*, 1902, II, 60 ; *contra*, mais à tort, selon nous : J. VAN HOUTTE, étude dans *Rev. prat. soc.*, 1935, n^o 3420, § 23.

Toutefois, lorsque les titres remis par la société absorbante sont délivrés directement aux actionnaires des sociétés absorbées en échange de leurs actions, la liquidation de ces sociétés se trouve immédiatement terminée par cette répartition, qui réalise le partage de l'actif ; il en est ainsi même si le passif n'a pas encore été payé : cass., 8 mai 1930, *Pas.*, 1930, I, 202.

857. Nature juridique de la fusion. — La fusion des sociétés peut être comparée à une institution du droit civil : la cession de droits successifs (cf. DE PAGE, t. IV, n^{os} 447 et suiv.). Comme elle, la fusion comporte la substitution d'une personne nouvelle (la société absorbante) dans une situation juridique demeurant pour le surplus inchangée : DE PAGE, t. IV, n^{os} 450 et suivants. C'est un acte juridique *sui generis*, assurant la prolongation de la personnalité d'une société dans une nouvelle entité où elle continue d'exister : Liège, 31 mars 1939, *Rev. prat. soc.*, 1939, p. 294 ; *Rép. prat. dr. belge*, v^o *Sociétés anonymes*, n^o 1511.

Le transfert qui se réalise par la fusion porte sur une *universalité*, sur un ensemble de droits et de charges, sur une situation active et passive. C'est le patrimoine de la société absorbée qui est recueilli dans son universalité par la société absorbante : RIPERT, n^o 1423 ; celle-ci est un ayant cause à titre universel : Liège, 31 mars 1939, précité ; comm. Bruxelles, 6 décembre 1935, *Rev. prat. soc.*, 1936, p. 20.

858. Conséquences qui en résultent. — 1^o La société absorbante est tenue, même *ultra vires*, des dettes de la société absorbée. Sans doute les créanciers ne sont-ils pas obligés de s'adresser à elle, mais ils en ont le droit : J. VAN HOUTTE, *op. cit.*, § 22. Ils conservent également le droit de s'adresser à la société

absorbée, car la cession de dette sans le consentement du créancier n'est pas admise : J. VAN HOUTTE, *op. cit.*, § 23. En pratique, ils n'y auraient intérêt que si le passif de la société absorbante était supérieur à son actif propre (sur l'action paulienne, en pareil cas, voy. *infra*, n° 860). Mais comme le transfert du passif est en tout cas valable entre les sociétés qui ont réalisé la fusion, la société absorbée, si elle a dû payer un créancier, disposera toujours d'un recours contre la société absorbante (cf., en cas de cession de droits successifs : DE PAGE, t. IV, nos 450 et 457).

2° Le transfert des droits et créances résultant de la fusion ne doit pas, pour être opposable aux tiers, faire l'objet des formalités prévues par l'article 1690 du Code civil (comm. Bruxelles, 15 décembre 1941, *Rev. prat. soc.*, 1947, p. 309 ; ce jugement considère que la publication de l'acte de fusion est suffisante) ni des autres formalités requises en cas de transmission à titre particulier : endossement pour les effets à ordre (comm. Bruxelles, 6 décembre 1935, *Rev. prat. soc.*, 1936, p. 20) ; inscription pour les créances hypothécaires (civ. Bruxelles, 23 mai 1907, *Pand. pér.*, 1907, n° 988).

Quand l'actif comprend des immeubles, faut-il faire transcrire les actes de fusion ? En présence des termes de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, il est difficile de le contester. La transcription paraît cependant bien moins nécessaire ici que dans l'hypothèse d'une transmission à cause de mort, qui ne reçoit par ailleurs aucune publicité quelconque, alors que les actes de fusion recevront la publicité imposée aux modifications des statuts. Il en est de même pour les navires et pour les brevets (loi maritime, art. 8 ; arrêté royal du 24 mai 1854, art. 19).

Lorsque l'apport a seulement pour objet l'actif net, déduction faite des dettes, il n'y a plus transfert d'une universalité juridique et il est beaucoup plus contestable que l'on puisse se dispenser des formalités ordinaires. L'opération ressemble à la cession d'un fonds de commerce : voy. *supra*, nos 257 et suivants ; comp. DE PAGE, t. IV, n° 389bis.

3° Le bénéfice et les charges des contrats en cours passent de plein droit — dans les conditions indiquées ci-dessus — à la société absorbante, à moins qu'il ne s'agisse de contrats conclus *intuitu personae*, auxquels la fusion mettra fin, sauf stipulation contraire : ouverture de crédit, compte courant, mandat, assurance (cf. J. de P. Wellin, 10 juin 1948, *Rev. prat. soc.*, 1950, p. 165).

859. Délivrance des actions. — La société absorbée reçoit, en échange de son apport, des actions de la société absorbante ou de la société nouvelle-

ment créée. Ces actions, qui représentent un apport « ne consistant pas en numéraire », échappent néanmoins à l'innégociabilité relative prévue par l'article 47, lorsque la société absorbée a plus de cinq ans d'existence (art. 48, 1^o).

Il est préférable de ne pas procéder à l'échange de ces titres contre les actions des sociétés absorbées avant que les assemblées nécessaires pour clôturer la liquidation n'aient été réunies; la disparition des actions anciennes pourrait rendre fort difficile la convocation de ces assemblées.

860. Situation des créanciers. — a) Les créanciers de la société absorbée ne peuvent pas s'opposer à l'opération. Les créanciers à terme — les obligataires, par exemple, — ne pourraient exiger le paiement immédiat de leurs créances que s'ils démontraient que l'opération diminue leurs sûretés, par exemple lorsque la société absorbante a elle-même un passif proportionnellement plus lourd. Si le passif de la société absorbante dépassait son propre actif, les créanciers de la société absorbée pourraient faire annuler la fusion par l'action paulienne, puisque l'opération aurait eu pour effet de créer ou d'aggraver l'insolvabilité de leur débiteur : cf. cass., 5 juin 1902, *Pas.*, 1902, I, 264. Ils pourraient aussi tenter l'action paulienne si les titres délivrés par la société absorbante avaient été répartis directement entre les actionnaires de la société absorbée qui, de la sorte, n'aurait plus aucun actif : J. VAN HOUTTE, *op. cit.*, n^o 24 ; on ne pourrait leur objecter que la société absorbante, qui a repris la charge du passif, est solvable, car les créanciers ne sont jamais tenus de subir les effets d'une cession de dette à laquelle ils n'ont pas consenti.

Si la société absorbée a émis des obligations, l'assemblée générale des porteurs pourra décider valablement, aux conditions prévues par l'article 93, la substitution aux obligations anciennes, soit d'actions, soit d'obligations nouvelles, émises par la société absorbante : GILSON, n^o 210 ; J. VAN HOUTTE, *op. cit.*, n^o 26.

b) Les créanciers de la société absorbante pourraient aussi faire annuler l'opération par la voie de l'action paulienne, si le passif de la société absorbée excédait son actif et compromettrait ainsi la solvabilité de la société absorbante.

861. Droit fiscal. — L'apport fait en exécution d'une fusion n'est passible que d'un droit d'enregistrement réduit (0,50 p. c. ; 1,20 p. c. sur les apports immobiliers), à la condition que, si la fusion s'opère par création d'une société nouvelle, le terme d'existence de cette dernière ne soit pas plus éloigné

que celui des sociétés fusionnées, ou, en cas d'absorption, que le terme d'existence de la société absorbante ne dépasse que de deux années au maximum celui des sociétés absorbées (Code dr. enreg., art. 117). Le droit est calculé sur le montant des avoirs de toutes les sociétés existantes qui participent à l'opération, sans distraction des charges.

La répartition, entre les actionnaires des sociétés absorbées, des actions reçues en échange de leurs apports, échappe aux impôts sur les revenus et à la contribution nationale de crise. Il s'agit d'un régime de faveur temporaire, applicable aux fusions jusqu'au 31 décembre 1957 (loi du 24 novembre 1953, art. 1^{er}; les articles 2 et 3 de la même loi accordent, sans limite dans le temps, des avantages fiscaux appréciables à la société absorbante).

§ 4. — *Perte partielle du capital social.*

862. Principe : article 103. — Lorsque les pertes éprouvées par la société atteignent la moitié du capital, l'assemblée générale, délibérant dans les formes prescrites pour les modifications des statuts, doit être invitée à se prononcer sur la dissolution éventuelle de la société. Si la perte atteint les trois quarts du capital, la dissolution sera valablement décidée par les actionnaires possédant un quart des actions représentées à l'assemblée.

La quotité de la perte doit s'apprécier par référence au capital statuaire figurant au dernier bilan : il faut vérifier si l'actif net (c'est-à-dire déduction faite du passif envers les tiers) n'atteint plus la moitié ou le quart du capital social.

863. La décision de l'assemblée. — Pour que l'assemblée puisse délibérer valablement, il faut que la dissolution éventuelle soit mentionnée dans l'ordre du jour reproduit dans les convocations. Si ceux qui assistent à la réunion ne représentent pas la moitié au moins du capital, une nouvelle convocation est nécessaire et la nouvelle assemblée délibérera valablement, quelle que soit la portion du capital représentée par les actionnaires présents (art. 70).

La dissolution ne sera admise que si elle réunit les trois quarts des voix (pour les détails, voy. *supra*, n° 796).

Quand la perte atteint les trois quarts du capital, les mêmes règles sont observées, mais il suffit, pour que la dissolution soit admise, qu'elle recueille le quart des voix des actions donnant droit au vote, représentées dans l'assemblée, et après réduction éventuelle conformément aux articles 74 à 76 : RESTEAU, t. IV, n° 1815.

Le procès-verbal doit être dressé par acte authentique, si l'assemblée a décidé la dissolution, puisqu'il s'agit d'une modification des statuts (art. 12).

864. Devoirs et responsabilité des administrateurs. — C'est aux administrateurs qu'il incombe de prendre l'initiative de convoquer l'assemblée et de la consulter, quand les conditions prévues par l'article 103 sont réalisées. Mais ils ne doivent convoquer l'assemblée qu'une seule fois, dans chacune des deux éventualités prévues par la loi. En revanche, ils ne peuvent pas y surseoir, dès qu'ils ont connaissance, même au cours d'un exercice et avant l'établissement du bilan, de l'étendue de la perte : RESTEAU, t. IV, n^{os} 1814 et 1821.

Si la perte dépasse les trois quarts du capital, et que l'assemblée convoquée par les administrateurs ait rejeté la dissolution, les actionnaires peuvent encore ultérieurement requérir la convocation d'une nouvelle assemblée, au cours de laquelle la dissolution pourra être valablement décidée par les titulaires du quart des actions représentées : RESTEAU, t. IV, n^o 1816.

Les administrateurs qui négligent de se conformer à l'article 103 commettent une infraction à la loi qui engage leur responsabilité solidaire même envers les tiers (art. 62). Aucune autre sanction n'est prévue, et il sera généralement très difficile d'obtenir une condamnation des administrateurs, car le demandeur devra commencer par démontrer que l'assemblée, si elle avait été convoquée, aurait certainement décidé la dissolution : RESTEAU, t. IV, n^o 1823.

865. Caractère impératif de l'article 103. — Les règles énoncées par la loi dans l'article 103 sont destinées à protéger les actionnaires contre l'éventualité d'une ruine totale de la société, sans qu'ils aient été avertis du cours des événements. Il s'agit d'une mesure de sauvegarde en faveur de l'institution que constitue la société anonyme. Les statuts ne pourraient donc y déroger valablement (*contra* : RESTEAU, t. IV, n^o 1819). Mais ils pourraient la renforcer, en disposant que, dans le cas de perte atteignant une certaine quotité du capital, la dissolution aurait lieu de plein droit : RESTEAU, t. IV, n^o 1820.

§ 5. — Diminution du nombre des associés.

866. Principe : article 104. — Lorsque le nombre des associés a été réduit à moins de sept et que cette situation s'est maintenue

pendant six mois au moins, la dissolution peut être demandée en justice par tout intéressé (actionnaire ou créancier, par exemple). Le tribunal saisi de la demande ne jouit d'aucun pouvoir d'appréciation. Lorsque le nombre des associés a été réduit par suite de décès, mais que les héritiers n'ont pas encore procédé au partage, le juge ne peut néanmoins refuser de prononcer la dissolution : cass., 22 novembre 1951, *Pas.*, 1952, I, 154; cf. FREDERICQ, t. V, n° 614.

Le cas prévu par l'article 104 doit être distingué soigneusement de celui où toutes les actions sont réunies aux mains d'une seule personne, ce qui entraîne la dissolution immédiate et de plein droit : voy. *supra*, n° 344.

B. — LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS.

SECTION I^{re}. — RÈGLES GÉNÉRALES.

867. Définition et régime juridique. — La société en commandite par actions se caractérise par l'existence de deux catégories d'associés : 1° un ou des « commandités », tenus personnellement et solidairement des engagements sociaux, comme des associés en nom collectif; 2° un ou des « commanditaires », tenus seulement à concurrence de leur mise et qui ne sont que des actionnaires : article 105.

Ce qui la distingue de la commandite simple, c'est que les apports constituant le capital initial sont représentés par des titres négociables.

Malgré son caractère hybride, elle est, en principe, soumise aux mêmes règles que la société anonyme : article 107. Elle doit donc compter sept associés au moins, son capital doit être intégralement souscrit et chaque action libérée d'un cinquième au moins; les règles relatives à la responsabilité des fondateurs lui sont applicables : Gand, 15 mars 1905, *Pas.*, 1906, II, 279.

868. Importance limitée de cette forme de société. — Organisée par le Code de commerce de 1807, la commandite par actions a dû son succès, jusqu'en 1873, au fait qu'elle pouvait se constituer sans l'autorisation préalable exigée pour les sociétés anonymes.

La formule est rarement employée à présent. Son seul avantage, par rapport à la société anonyme, est la situation stable des gérants, qui sont

des commandités. Mais la société de personnes à responsabilité limitée permet d'aboutir au même résultat, sans que les gérants doivent, comme dans la commandite par actions, assumer la responsabilité personnelle des engagements sociaux.

869. Raison sociale et dénomination particulière. —

Comme la société en commandite simple, la société en commandite par actions existe sous une raison sociale qui ne comprend que les noms d'un ou de plusieurs associés responsables. Mais on peut y ajouter une dénomination particulière ou la désignation de l'objet de l'entreprise : article 106. S'il est fait usage de cette faculté, toutes les pièces émanant de la société porteront, avant ou après la dénomination sociale, les mots « commandite par actions », pour éviter toute confusion au sujet de la forme juridique de la société : article 114.

D'autre part, les articles 28 (obligation de choisir une dénomination originale) et 82 (sanction en cas d'absence de la mention prescrite par la loi) sont applicables : argument article 107 ; voy. FREDERICQ, t. IV, n^o 278.

870. Apports et capital social. — La question de savoir si la société est par actions « à l'égard de tous les associés » fait l'objet d'une controverse classique ; elle a donné lieu, au cours des travaux préparatoires, à une discussion remarquablement confuse : cf. DE VOS et VAN MEENEN, t. II, art. 74, n^{os} 2 à 5. On peut se demander si elle n'est pas mal formulée.

Comme dans toute société commerciale (voy. *supra*, n^o 334), les apports estimables en argent qui forment le patrimoine original de la société, constituent son capital, gage commun des créanciers, auquel il est exclusivement réservé. La commandite par actions étant soumise aux mêmes règles que les sociétés anonymes, on doit lui appliquer le principe de l'intangibilité du capital social (voy. *supra*, n^o 310) et la règle selon laquelle ce capital est représenté par des actions, c'est-à-dire par des titres négociables (art. 41), soumis au même régime que les actions des sociétés anonymes ; la signature des administrateurs est remplacée, sur les titres, par celles des gérants et de deux commissaires : article 109.

Les commandités recevront donc des actions, comme les commanditaires, en contrepartie des apports qu'ils font et qui entrent dans la composition du capital social. Toutefois, en leur qualité

de commandités, ils restent personnellement tenus, sans limitation, de tous les engagements sociaux, — même s'ils cèdent leurs actions à des tiers. S'ils font, par ailleurs, d'autres apports (en industrie, par exemple), l'acte constitutif peut leur reconnaître, en contrepartie de ces apports non compris dans le capital social, une *part d'intérêt* dans les bénéfices sociaux : cf. RIPERT, n° 1437. Cette part pourrait d'ailleurs être incorporée dans des titres négociables, non représentatifs du capital : articles 107 et 41 combinés.

SECTION II. — DÉROGATIONS AU RÉGIME DES SOCIÉTÉS ANONYMES.

871. Situation des associés à l'égard des tiers. — Les commandités sont, à l'égard des tiers, dans la même situation que des associés en nom collectif (cf. art. 105). Ceux qui ont la gérance (voy. n° 872) seront nécessairement responsables comme fondateurs : article 108. Les commanditaires, assimilés en principe aux actionnaires d'une société anonyme, deviennent responsables des engagements de la société s'ils prennent la signature sociale autrement que par procuration ou si leur nom figure dans la raison sociale : article 112, alinéa 2.

872. Les trois organes essentiels : 1° La gérance. — Le ou les gérants occupent la place du conseil d'administration de la société anonyme. Leur régime diffère sensiblement de celui des administrateurs.

Les gérants doivent être choisis parmi les associés commandités, bien que la loi ne l'exige pas expressément : FREDERICQ, t. V, n° 552. Ils doivent être désignés par les statuts : article 110. Leur situation est la même que celle des gérants statutaires dans la commandite simple : ils sont irrévocables, sauf motif grave ou disposition contraire des statuts eux-mêmes.

En revanche, leurs pouvoirs et leur responsabilité sont ceux du conseil d'administration de la société anonyme, puisque la loi n'en dispose pas autrement (cf. art. 107) ; leur compétence peut toutefois, comme celle des administrateurs, être étendue ou restreinte par les statuts.

Les actionnaires ne peuvent intervenir dans la gestion sans perdre le bénéfice de leur responsabilité limitée. Mais, à la différence des commanditaires dans la société en commandite simple, ils peuvent agir « par procuration » : FREDERICQ, t. V, n° 554.

La mort du gérant ou de l'un d'eux met fin à la société, sauf disposition contraire des statuts. Dans ce dernier cas, et dans tous ceux où le gérant devient incapable ou est empêché d'agir, les commissaires peuvent désigner un administrateur chargé d'accomplir les actes urgents et de simple administration jusqu'à la réunion de l'assemblée générale, qu'ils doivent convoquer dans la quinzaine : article 115, alinéas 2 et 3 (dispositions purement supplétives).

873. 2^o La surveillance. — Elle est confiée à trois commissaires au moins (art. 111) ; ils forment un collège (art. 67). Cette exigence s'explique par les pouvoirs des gérants, qui sont souvent plus étendus que ceux des administrateurs, et par le fait qu'il peut n'y avoir qu'un seul gérant, alors que les administrateurs de la société anonyme sont supposés exercer entre eux une surveillance mutuelle. Si la société fait publiquement appel à l'épargne, l'un des commissaires au moins doit être membre de l'Institut des reviseurs d'entreprises (loi du 1^{er} décembre 1953, art. 9).

Le mode de nomination, la durée du mandat, la mission de surveillance des commissaires, et leur responsabilité de ce chef, sont les mêmes que dans les sociétés anonymes. La loi précise qu'ils peuvent donner des avis sur les affaires que les gérants leur soumettent et autoriser les actes que les statuts subordonnent à leur approbation préalable (art. 112), sans que ces interventions puissent être considérées comme une immixtion dans la gestion.

874. 3^o L'assemblée générale des actionnaires. — Elle comprend nécessairement tous les commanditaires, mais les commandités peuvent y prendre part lorsqu'ils sont eux-mêmes actionnaires (cf. RIPERT, n^o 1437).

Elle ne dispose pas d'un pouvoir souverain comme dans la société anonyme. Composée principalement des associés dont la contribution aux pertes est limitée à leur apport, elle n'a point qualité pour prendre seule des décisions dont les conséquences défavorables seraient subies par les gérants et par les autres commandités.

Pour cette raison, la loi réserve aux gérants un droit de veto : les décisions de l'assemblée ne seront valables que si elles sont prises avec l'accord des gérants : article 113. Mais, sous cette importante réserve, sa compétence est la même que dans les sociétés anonymes et les délibérations sont soumises à un régime identique.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.

PAGES

CHAPITRE PREMIER. — DÉFINITION, DOMAINE ET CARACTÈRES DU DROIT COMMERCIAL	3
SECTION I^{re}. — NOTION ET DOMAINE DU DROIT COMMERCIAL	3
1. Définition : droit économique	3
2. Domaine virtuel du droit commercial	4
3. Domaine formel du droit commercial	5
SECTION II. — AUTONOMIE ET TENDANCES PERMANENTES DU DROIT COMMERCIAL	6
4. Unité et autonomie du droit commercial	6
5. Constantes du droit commercial	7
6. Permanence de ces tendances	8
7. Originalité du droit commercial	9
7bis. Situation actuelle	10
SECTION III. — LES NOTIONS TRADITIONNELLES : COMMERÇANT, ACTE DE COMMERCE, BUT DE LUCRE	11
8. Caractère suranné des notions du commerçant et de l'acte de commerce	11
9. La conception objective du droit commercial	12
10. Critique	13
11. La théorie classique du but de lucre. — Critique	14
12. Rôle du but de lucre dans le droit commercial con- temporain	16
CHAPITRE II. — SOURCES DU DROIT COMMERCIAL	18
13. Sources formelles et sources réelles. — Les institu- tions commerciales	18
SECTION I^{re}. — SOURCES FORMELLES	20
14. 1 ^o Code de commerce et lois particulières	20
15. 2 ^o Réglementations professionnelles	22
16. 3 ^o Droit civil	22
17. 4 ^o La coutume ou les usages de droit	22
18. Rapports entre les usages de droit et la loi	23
19. 5 ^o Les usages conventionnels	24
20. Les codifications privées	25

	PAGES
SECTION II. — LES INSTITUTIONS COMMERCIALES	25
21. Notion générale de l'institution juridique	25
22. Application en droit commercial	27
23. Rôle de la jurisprudence et de la doctrine	28
SECTION III. — HIÉRARCHIE DES SOURCES	29
24. Résumé	29
CHAPITRE III. — LA TECHNIQUE JURIDIQUE EN DROIT COMMERCIAL	30
25. Tendance à l'« objectivation » des obligations. — Ses raisons	30
26. Les procédés techniques d'objectivation	30
27. La notion de compte	32
CHAPITRE IV. — TENDANCES DU DROIT COMMERCIAL CONTEMPORAIN	34
28. Complexité du droit commercial moderne	34
29. Evolution rapide	34
30. Transformation d'un droit principalement contractuel et coutumier en un droit institutionnel et légal	35
31. Conséquences	36
32. Tendance à l'internationalisation	37
BIBLIOGRAPHIE	38

LIVRE PREMIER. — *LE CADRE : STRUCTURE DE L'ORGANISATION ÉCONOMIQUE.*

PREMIÈRE PARTIE. — RÉGIME GÉNÉRAL DES ENTREPRISES ÉCONOMIQUES

CHAPITRE PREMIER. — LES ENTREPRISES ÉCONOMIQUES EN DROIT POSITIF	41
SECTION I ^{re} . — NOTIONS GÉNÉRALES	41
33. Rôle des entreprises dans l'activité économique	41
34. Caractères essentiels de l'entreprise	42
35. Diversité des entreprises	43
36. Les entreprises comme sujets de droit	43
37. Prépondérance de la notion d'entreprise	44
38. Statut juridique imparfait des entreprises	45
39. Détermination des entreprises en droit positif	46
40. Critique du régime actuel	47
41. Classement rationnel des entreprises	48

SECTION II. — EXAMEN DÉTAILLÉ DES DIVERSES CATÉGORIES D'ENTREPRISES COMMERCIALES	49
§ 1 ^{er} . — <i>Entreprises de distribution</i>	49
42. Définition. — Exclusion des opérations immobilières	49
43. Nature juridique des opérations faites	49
44. Commerce sédentaire et commerce ambulante	50
45. Mise en œuvre des produits	50
§ 2. — <i>Entreprises de production</i>	50
46. Caractère de ces entreprises	50
47. Les entreprises de manufactures ou d'usines	51
48. Les entreprises de travaux publics ou privés	51
49. Les expéditions maritimes de pêche	52
§ 3. — <i>Entreprises de services</i>	52
50. Notion générale	52
51. Entreprises de transport	52
52. Spectacles publics	53
53. Locations et dépôts	54
§ 4. — <i>Entreprises auxiliaires et intermédiaires du commerce</i>	54
A. — <i>Entreprises auxiliaires</i>	54
54. Entreprises de banque	54
55. Les banques proprement dites (arrêté royal du 9 juillet 1935)	55
56. Les assurances	56
B. — <i>Entreprises intermédiaires</i>	56
57. Caractère commun	56
58. Agence ou bureau d'affaires	57
59. Ventes à l'encan	57
60. Entreprises de commission	58
61. Les courtiers	58
62. Les représentants de commerce	59
63. Les concessionnaires pour la vente	59
§ 5. — <i>Les entreprises économiques non commerciales</i>	59
64. Exclusion de certaines entreprises	59
65. Exploitations agricoles et industries extractives	59
66. Professions libérales	61
67. Cas des professions mixtes	61
68. Les artisans	62
SECTION III. — LES ACTES DE COMMERCE	63
§ 1 ^{er} . — <i>Théorie des actes de commerce</i>	63
69. Origine	63
70. Imperfection de cette théorie	64
71. Classement rationnel des actes de commerce	65

§ 2. — <i>Actes rentrant dans l'exercice d'un commerce.</i>	65
72. Présomption de commercialité	65
73. Caractère général de la présomption	66
74. Renversement de la présomption légale	67
75. Sens de l'expression « cause étrangère au commerce »	68
76. Théorie des actes « essentiellement civils »	69
77. Critique	69
78. Opérations immobilières	70
79. Cautionnements.	70
80. Absence d'intention lucrative.	71
§ 3. — <i>Actes de commerce accomplis par des non-commerçants.</i>	72
81. Notion générale de ces actes	72
82. Renversement de la présomption de commercialité	72
A. — Actes de commerce par leur forme	73
83. — Effets à ordre ou au porteur	73
B. — Actes de commerce par leur objet	75
84. Notion générale	75
85. Opérations de banque	75
86. Opérations de change	75
87. Courtage	76
88. Opérations à terme sur denrées et marchandises	76
89. Opérations relatives à la navigation : article 3	78
C. — Actes de commerce par leur cause	79
90. Opérations sur denrées et marchandises inspirées par une intention spéculative	79
91. Accessoires d'une opération commerciale	80
§ 4. — <i>Régime juridique des actes de commerce.</i>	80
92. Principe	80
93. Compétence	81
94. Preuve	81
95. Règles propres aux obligations commerciales	81
CHAPITRE II. — RÉGIME JURIDIQUE DES ENTREPRISES ÉCONOMIQUES	82
96. Plan	82
SECTION I^{re}. — RÈGLES APPLICABLES AUX COMMERÇANTS (PERSONNES PHYSIQUES)	82
§ 1 ^{er} . — <i>La profession commerciale</i>	82
97. Définition	82
98. Mandataires et gérants	83
99. Prête-nom	83
100. Conditions non requises	84
§ 2. — <i>La preuve de la qualité de commerçant</i>	84
101. Preuve par présomptions	84

	PAGES
§ 3. — <i>Durée de la qualité de commerçant.</i>	85
102. Acquisition et fin	85
103. Période de liquidation	85
104. Autres causes de cessation	86
105. Héritiers du commerçant	86
§ 4. — <i>Les incapacités et les interdictions</i>	86
106. Leur but	86
A. — Les incapacités	87
107. Caractère général	87
I. — Personnes radicalement incapables d'acquérir la qualité de commerçant	87
1° Le mineur en tutelle ou sous puissance paternelle	87
108. Incapacité absolue	87
109. Commerce des parents	87
2° L'interdit (judiciaire ou légal) et l'aliéné interné	88
110. a) L'interdit judiciaire	88
111. b) L'interdit légal	88
112. c) L'aliéné interné : loi du 18 juin 1850	88
3° Les personnes pourvues d'un conseil judiciaire	89
113. Principe de l'incapacité	89
114. Actes isolés	89
II. — Personnes susceptibles d'acquérir la qualité de commerçant à certaines conditions	89
1° Le mineur émancipé	89
115. Conditions requises	89
116. Régime de l'autorisation	90
117. Actes isolés	90
118. Effets de l'autorisation	91
119. Sanction de l'inobservation des conditions pre- scrites	91
2° La femme mariée	93
120. Nécessité d'une autorisation expresse	93
121. Renvoi au droit civil	93
122. Publication	94
123. Cas de l'autorisation tacite	94
124. Effets de l'autorisation	94
125. Sanction de l'incapacité	95
126. Cas où le mari est également commerçant	95
B. — Incompatibilités et interdictions	96
127. Caractère général	96
128. Incompatibilités	96
129. Interdictions	97

	PAGES
§ 5. — <i>La profession de commerçant et les étrangers</i>	97
130. Carte professionnelle	97
131. Rôle du Conseil d'enquête économique pour étrangers	98
132. Condition du commerçant étranger	99
§ 6. — <i>Effets de la qualité de commerçant sur l'état de la personne et sur le patrimoine</i>	99
133. Le patrimoine du commerçant	99
134. Le nom commercial	100
135. Domicile commercial	101
136. Publicité de certains actes relatifs à la vie civile	101
137. Publication du régime matrimonial	102
138. Publication de certains jugements	102
SECTION II. — LES PERSONNES MORALES DE NATURE COMMERCIALE OU EXERÇANT UNE ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE	102
§ 1 ^{er} . — <i>Notions générales</i>	102
139. Importance de la notion de personnalité morale pour les entreprises	102
140. Plan	103
141. Principe de la spécialité des personnes morales	103
§ 2. — <i>Les sociétés commerciales proprement dites</i>	104
142. Le critère : l'objet social	104
143. Conséquences	105
144. Objet social mixte	105
145. Les « cadres obligatoires »	105
§ 3. — <i>Les sociétés commerciales par extension (sociétés civiles à forme commerciale)</i>	106
146. Adoption de la forme commerciale par une société civile	106
147. Caractère hybride de la société civile à forme commerciale	106
148. Portée réelle de la loi de 1926 : extension du domaine du droit commercial	107
§ 4. — <i>Les services publics de nature économique</i>	108
149. Evolution actuelle	108
150. Sociétés commerciales soumises à un statut particulier	108
151. Personnes de droit public	109
152. Formules hybrides	109
153. Nature commerciale de ces organismes	109

	PAGES
SECTION III. — LE RÉGIME JURIDIQUE DES ENTREPRISES EN DROIT POSITIF	111
§ 1 ^{er} . — <i>Le principe de la liberté du commerce</i>	111
154. Fondement juridique et portée	111
155. Sanction	112
156. Limitations et restrictions légales	113
157. La police du commerce	114
§ 2. — <i>Organisation et fonctionnement de l'entreprise</i>	114
158. Direction de l'entreprise	114
159. Rôle du personnel	115
160. Organisation des conseils d'entreprise	116
161. Fonctions	116
§ 3. — <i>Publicité de l'entreprise</i>	117
162. Rôle du registre du commerce	117
163. Moyens d'information du public	118
164. Entreprises obligées de se faire immatriculer	119
165. Tenue du registre	120
166. Mentions obligatoires	120
167. Sanctions	121
§ 4. — <i>Les livres de commerce et la comptabilité commerciale</i>	122
168. Nécessité et importance	122
169. Régime actuel et réformes proposées	123
A. — <i>Les règles du Code de commerce</i>	124
170. Esquisse du régime légal	124
171. Domaine d'application	124
172. Les livres obligatoires	125
173. Les livres facultatifs	126
174. Tenue et conservation des livres	127
175. Sanction des prescriptions légales	128
B. — <i>La comptabilité commerciale</i>	129
176. Notions générales	129
177. Le grand livre	130
178. La comptabilité en partie double	130
179. Avantages de cette méthode	132
180. Détermination des résultats : le bilan de l'exercice	132
181. Confection du bilan	132
182. Interprétation du bilan	133
183. La notion de bénéfice	133
184. Pertes non apparentes et réserves occultes	134
SECTION IV. — LA PROTECTION DES ENTREPRISES	134
185. Raisons d'être et modalités de cette protection	134
186. Plan	136

	PAGES
§ 1 ^{er} . — <i>La propriété industrielle</i>	136
<i>A.</i> — Règles générales	136
187. Sens de l'expression	136
188. Naissance de ces droits	137
189. La nouveauté	137
190. L'appropriation publique	138
191. Extinction des droits industriels	138
192. Transmission des droits industriels	139
193. Cession des brevets	140
194. Cession des marques de fabrique	141
195. Cession du nom commercial, de la raison de commerce et de l'enseigne	142
<i>B.</i> — Brevets d'invention	142
196. Inventions brevetables	142
197. Demande et octroi du brevet	143
198. Conditions de validité	143
199. Protection du brevet	143
200. Conventions internationales	144
201. Inventions faites par les membres du personnel de l'entreprise	144
<i>C.</i> — Dessins et modèles industriels	145
202. Droit exclusif de leurs créateurs	145
203. Protection de ce droit	145
<i>D.</i> — Marques de fabrique	146
204. Notions générales	146
205. Le dépôt des marques	146
206. Protection des marques déposées	147
207. Marques collectives	147
<i>E.</i> — Nom commercial. — Dénomination de fantaisie. — Enseigne	148
208. Sanctions diverses	148
§ 2. — <i>La concurrence prohibée</i>	148
209. Sanction des restrictions légales à la libre concurrence	148
210. Inopérance des usages	149
211. Caractère juridique des actes de concurrence prohibée	149
§ 3. — <i>La concurrence déloyale</i>	150
<i>A.</i> — Règles générales	150
212. Concurrence correcte et concurrence déloyale	150
213. Nature juridique des actes de concurrence déloyale	151
214. Éléments constitutifs de la concurrence déloyale	152

215. Classification des actes contraires aux usages honnêtes	154
216. Actes exclus du domaine de la concurrence déloyale	154
B. — Les actes de concurrence déloyale	156
1° Actes de nature à créer la confusion	156
217. Utilisation ou imitation du nom commercial	156
218. Utilisation ou imitation du nom de fantaisie ou de l'enseigne	157
219. Utilisation ou imitation des autres éléments caractéristiques	157
220. Indications inexactes relatives à la provenance	158
2° Détournement de la clientèle par des procédés artificiels	159
221. Principe général	159
222. Indication d'une supériorité imaginaire	159
223. Dénigrement des concurrents	160
224. Utilisation du nom des concurrents dans la publicité	161
225. Boycottage et mise à l'index	162
226. Vente à prix réduit ou à perte	162
3° Actes contraires à la moralité commerciale	162
227. Actes inspirés par la malveillance	162
228. Procédés frauduleux	163
229. Participation à la violation d'engagements contractuels	163
C. — Les actions fondées sur la concurrence déloyale	165
230. Dommages-intérêts ou réparation en nature	165
231. Compétence territoriale	166
232. Conditions d'exercice de l'action en cessation	166
233. Compétence et procédure	167
234. Pouvoirs du président	167
235. Voies de recours	167
236. Sanction pénale des injonctions ou défenses	167
§ 4. — Les conventions relatives à la concurrence	168
237. Conditions de validité	168
238. Sanction	168
A. — Conventions relatives à la création des entreprises.	169
239. Objet et modalités	169
B. — Conventions relatives à l'exercice de certaines activités commerciales.	170
240. Objet	170
241. Conventions relatives aux fournitures	170
242. Prix imposés	171
243. Conventions entre concurrents.	171

	PAGES
SECTION V. — LES ÉTABLISSEMENTS COMMERCIAUX	171
244. Définition et importance	171
§ 1 ^{er} . — <i>Le fonds de commerce</i>	172
A. — Définition et nature juridique	172
245. Théorie classique	172
246. Nature juridique : droit de clientèle	173
247. Précarité du fonds de commerce	173
248. Nature mobilière et incorporelle du droit	174
249. Chose non consomptible	174
250. Importance pratique de la notion du fonds de commerce	174
251. Législation	175
B. — Éléments constitutifs du fonds de commerce	175
252. Variabilité de ces éléments	175
253. Éléments susceptibles d'entrer dans la constitution d'un fonds de commerce	175
254. Éléments considérés comme essentiels	176
255. Éléments traditionnellement exclus	177
C. — Opérations portant sur le fonds de commerce	179
256. Critique du régime actuel	179
1 ^o La vente du fonds de commerce	179
257. Caractère consensuel	179
258. Éléments englobés dans la cession	179
259. Obligations du vendeur	180
260. L'interdiction de se rétablir	181
261. Situation des ayants cause du cessionnaire et du cédant	182
262. Sanction	182
263. Obligations de l'acheteur	182
264. Garanties du vendeur	182
2 ^o La location du fonds de commerce	183
265. Notion générale	183
3 ^o Contrat de « gérance »	183
266. Modalités	183
4 ^o La mise en gage du fonds de commerce	184
267. Renvoi	184
§ 2. — <i>La propriété commerciale</i>	184
A. — Règles générales	184
268. Origine et définition	184
269. Nature juridique	185
270. Régime mixte des baux commerciaux	185
271. Définition du bail commercial et champ d'application de la loi	186

	PAGES
272. Caractère impératif de la loi	187
273. Résumé de l'économie de la loi	188
<i>B. — Durée des baux commerciaux</i>	<i>189</i>
274. Terme de neuf années	189
275. Exceptions et dérogations	189
<i>C. — Revision du loyer (art. 6)</i>	<i>190</i>
276. Modalités	190
<i>D. — Droit du preneur d'effectuer certains travaux (art. 7 à 9)</i>	<i>190</i>
277. Intérêts à concilier	190
278. Droit du locataire	191
279. Conditions d'exercice de ce droit	191
280. Sort des travaux à la fin du bail	191
<i>E. — Le droit de céder le bail et de sous-louer (art. 10)</i>	<i>192</i>
281. Portée du régime spécial	192
282. Procédure imposée au preneur	192
283. Caractère de ces dispositions	193
284. Conséquences de la cession et de la sous-location autorisées	193
<i>F. — Le droit au renouvellement du bail</i>	<i>194</i>
285. Caractères de ce droit	194
286. Conditions légales du renouvellement	194
287. Mécanisme du renouvellement	195
288. Refus non motivé	195
289. Offre d'un tiers	196
290. Désaccord sur les conditions proposées	196
291. Refus fondé sur un motif légal	197
292. Motifs de refus sans indemnité	198
293. Refus de renouvellement avec indemnité limitée	198
294. Formalités et délais	198
295. L'indemnité d'éviction	200
296. Indemnités exceptionnelles dues après l'éviction	201
297. Augmentations ou diminutions éventuelles	201
298. Situation du locataire en cas de vente	201
299. Situation du sous-locataire	202
300. Procédure	204

DEUXIÈME PARTIE. — LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

Titre I^{er}. — Règles générales.

CHAPITRE PREMIER. — ÉVOLUTION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	205
301. Du contrat à l'institution	205
302. Situation actuelle	206

	PAGES
CHAPITRE II. — CARACTÈRES JURIDIQUES DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	208
303. Définition et régime actuel	208
SECTION I^{re}. — DIVISION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	209
§ 1 ^{er} . — <i>Sociétés de personnes (ou par intérêts) et sociétés de capitaux (ou par actions)</i>	209
304. Notions générales	209
305. Caractères communs des sociétés de personnes	210
306. Caractères communs des sociétés de capitaux	212
307. Modifications conventionnelles au régime légal des sociétés	212
§ 2. — <i>Classification d'après l'étendue de la responsabilité des associés</i>	214
308. Répartition des sociétés d'après ce critère	214
309. Situation des créanciers sociaux	214
310. Intangibilité du capital	215
SECTION II. — L'ÉLÉMENT CONTRACTUEL ET L'ÉLÉMENT INSTITUTIONNEL DANS LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	215
311. Leur importance respective	215
312. Le contrat de société.	217
313. Plan	217
CHAPITRE III. — LE CONTRAT OU L'ACTE CONSTITUTIF	218
314. Caractères.	218
315. Nécessité de deux contractants au moins	218
SECTION I^{re}. — CONDITIONS GÉNÉRALES DE VALIDITÉ DES CONTRATS	219
§ 1 ^{er} . — <i>Consentement des associés</i>	219
316. Le concours des consentements	219
317. Les vices du consentement	220
318. Conséquences	221
319. Les sociétés fictives ou simulées	222
320. Situation des associés en cas de simulation	223
321. Droits des tiers	223
322. Déguisement de la forme juridique	225
§ 2. — <i>Capacité des contractants</i>	225
323. Capacité requise	225
324. Effets de l'incapacité d'un associé	227
325. Les sociétés entre époux	227
§ 3. — <i>Objet et cause licites</i>	228
326. L'objet et la cause dans le contrat de société	228

TABLE DES MATIÈRES

531

	PAGES
SECTION II. — CARACTÈRES SPÉCIFIQUES DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ	229
327. Énumération	229
§ 1 ^{er} . — <i>L'intention de réaliser des bénéfices et de les partager</i>	229
328. L'intention lucrative	229
329. Les bénéfices : avantages matériels de nature patri- moniale	230
§ 2. — <i>Nécessité d'un apport par chaque associé</i>	231
330. Principes	231
331. Les diverses espèces d'apports	231
332. Nature de l'apport en société	232
333. Garantie de l'apport	233
334. Capital social et évaluation des apports	234
335. Importance du capital social	235
§ 3. — <i>L'esprit de collaboration et d'égalité (Jus fraternitatis)</i>	235
336. Son importance	235
337. La participation aux bénéfices et aux pertes	236
338. L'exclusion d'un associé	237
339. Dissolution pour justes motifs	238
340. Conséquences du <i>jus fraternitatis</i> dans les sociétés de capitaux	238
SECTION III. — DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ	239
341. Règles générales	239
§ 1 ^{er} . — <i>Causes de dissolution communes à toutes les sociétés commerciales</i>	239
A. — Dissolution de plein droit	239
342. 1 ^o Arrivée du terme fixé par l'acte de société	239
343. 2 ^o La disparition ou l'impossibilité de l'objet social	240
344. 3 ^o Réunion de tous les droits sociaux dans le chef d'une seule personne	241
B. — Dissolution par la volonté des parties ou par décision judiciaire	241
345. 1 ^o Résiliation anticipée du contrat de société	241
346. 2 ^o Dissolution pour justes motifs (Code civ., art. 1871)	242
347. 3 ^o Absence d'acte écrit	243
§ 2. — <i>Causes de dissolution propres aux sociétés de personnes</i>	244
348. Renonciation notifiée par l'un des associés (Code civ., art. 1865, 5 ^o)	244
349. Causes personnelles à l'un des associés (Code civ., art. 1865, 3 ^o et 4 ^o).	244
§ 3. — <i>Causes de dissolution propres aux sociétés de capitaux</i>	245
350. Aperçu général	245

	PAGES
SECTION IV. — LA PREUVE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ	246
351. Application limitée du principe de la liberté des preuves	246
CHAPITRE IV. — LA PERSONNALITÉ MORALE DES SOCIÉTÉS COM- MERCIALES	248
SECTION I ^{re} . — NOTIONS GÉNÉRALES	248
352. Nature de la personnalité juridique	248
353. Conditions de son acquisition	248
354. Application aux sociétés commerciales	249
355. La spécialité des personnes morales	250
356. Impossibilité de la « transformation » d'une société commerciale	250
SECTION II. — NAISSANCE ET DISPARITION DE LA PERSONNALITÉ	251
357. Naissance de la personnalité et opposabilité aux tiers	251
358. Disparition de la personnalité	252
SECTION III. — CONSÉQUENCES DE LA PERSONNALITÉ.	252
359. Énumération	252
§ 1 ^{er} . — <i>Le patrimoine de la société</i>	253
360. Effet de la distinction des patrimoines	253
§ 2. — <i>Situation des associés</i>	253
361. Analyse de leur situation	253
362. Caractère mobilier de leurs droits	254
363. Durée de leurs droits contre la société	255
§ 3. — <i>Capacité de la société</i>	255
364. Pleine capacité dans le cadre de l'objet social	255
365. Applications diverses	256
366. Libéralités	256
367. Responsabilité civile et pénale	257
368. Délation du serment	258
§ 4. — <i>La représentation des sociétés commerciales par leurs organes</i>	258
369. La théorie de l'organe appliquée aux sociétés com- merciales	258
370. Conséquences	259
371. Capacité requise	260
372. Statut des organes dans le cadre intérieur de la société	262
§ 5. — <i>Nom des sociétés commerciales</i>	263
373. Dénomination particulière ou raison sociale	263

	PAGES
§ 6. — <i>Siège social des sociétés commerciales</i>	264
374. Définition et détermination du siège social	264
375. Déplacement du siège social	264
376. Importance du siège social	265
§ 7. — <i>Nationalité des sociétés commerciales</i>	265
377. Sens de l'expression	265
378. Comment se détermine la nationalité d'une société	265
379. Régime des sociétés coloniales	266
CHAPITRE V. — LES RÈGLES DE FORME	267
380. Sens du formalisme imposé par la loi	267
SECTION I^{re}. — NÉCESSITÉ D'UN ACTE ÉCRIT SPÉCIAL	267
381. Condition de la validité du contrat	267
§ 1 ^{er} . — <i>Formes de l'acte</i>	268
382. Distinction entre les sociétés de personnes et de capitaux	268
383. Nécessité d'un acte régulier et complet	270
§ 2. — <i>Nullité des sociétés commerciales pour irrégularité de forme</i>	271
384. Caractères de cette nullité	271
385. Situation et droits des tiers	272
386. L'option accordée aux tiers	273
387. Effets de la nullité invoquée par un tiers	274
388. Effets de la nullité entre associés	274
389. Autorité relative du jugement d'annulation	275
390. Examen critique et solution proposée	275
391. Conséquences de la nullité prononcée	277
SECTION II. — PUBLICATION OBLIGATOIRE	278
392. Principe	278
393. Etendue et modalités de la publication	279
394. Mécanisme de la publication (art. 10 du titre IX et arrêté royal du 21 mai 1873)	280
395. Absence de publication ou publication tardive	281
396. Irrecevabilité des actions intentées par les sociétés non publiées	281
397. Conditions de cette irrecevabilité	281
398. Inopposabilité des dispositions non publiées	283
399. Amende pour dépôt tardif de l'acte	284
SECTION III. — MODIFICATIONS DE L'ACTE CONSTITUTIF	284
400. Principe	284
401. Forme de la modification	285
402. Publicité des modifications	285
403. Sanction	286

Titre II. — Les sociétés de personnes.

404. Vue générale	287
CHAPITRE PREMIER. — LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF	287
SECTION I^{re}. — NOTIONS GÉNÉRALES	287
405. Définition	287
406. Sa place parmi les sociétés commerciales	287
407. Personnalité morale	288
SECTION II. — LES ASSOCIÉS	289
§ 1 ^{er} . — <i>Condition juridique des associés</i>	289
408. Leur qualité de commerçants	289
409. Responsabilité personnelle et solidaire	289
§ 2. — <i>Rapports entre associés</i>	291
410. Importance de l'esprit de coopération (<i>affectio societatis</i> ou <i>ius fratermitatis</i>).	291
411. Répartition des bénéfices	291
412. Répartition des pertes	292
§ 3. — <i>Incessibilité et intransmissibilité des parts</i>	292
413. Principe de l'incessibilité et dérogations conventionnelles permises	292
414. Conséquences de la cession des parts	292
415. Intransmissibilité des parts	293
416. Clause de maintien de la société entre les survivants	293
417. Clause de continuation de la société avec les héritiers	294
418. Clause de continuation de la société avec un des héritiers ou de reprise par le conjoint	295
419. Licéité de ces clauses	295
SECTION III. — FONCTIONNEMENT	295
§ 1 ^{er} . — <i>La raison sociale</i>	295
420. Définition et règles générales	295
421. Différence avec l'enseigne et la firme	296
422. Raison sociale tacite	296
§ 2. — <i>Nomination et révocation des gérants</i>	297
423. Différents modes de gérance	297
424. Personnes qui peuvent être choisies comme gérant	297
425. Gérant statutaire	297
426. Gérant nommé par les associés	298
§ 3. — <i>Pouvoirs du gérant</i>	298
427. Principe.	298
428. Limite de ses pouvoirs. — Critère	298

	PAGES
429. Pluralité de gérants	299
430. Engagement de la société par le gérant	299
431. Responsabilité de la société	300
432. Responsabilité personnelle du gérant	301
§ 4. — <i>Droits des associés non gérants</i>	301
433. Actes de gestion	301
434. Actes de contrôle et de surveillance	302
§ 5. — <i>Modification des statuts</i>	302
435. Nécessité d'un accord unanime	302
CHAPITRE II. — LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE.	303
SECTION I ^{re} . — NOTIONS GÉNÉRALES	303
436. Définition	303
437. Sa place parmi les sociétés commerciales	303
SECTION II. — CARACTÈRES COMMUNS AVEC LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF	303
438. Raison sociale. — Responsabilité des commandités. — Incessibilité des parts	303
SECTION III. — SITUATION DU COMMANDITAIRE	304
439. Son statut juridique	304
440. La participation des commanditaires aux bénéfices et aux pertes	305
441. Droits des tiers à l'égard des commanditaires	306
SECTION IV. — FONCTIONNEMENT	307
442. Principe.	307
443. La défense d'immixtion par le commanditaire	307
444. Sanction	308
CHAPITRE III. — SOCIÉTÉ MOMENTANÉE ET SOCIÉTÉ EN PARTI- CIPATION	310
445. Notion générale	310
446. Absence de personnalité juridique. — Conséquences	310
SECTION I ^{re} . — LA SOCIÉTÉ MOMENTANÉE	311
447. Définition	311
SECTION II. — LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION	311
448. Définition	311
449. Utilité	311
§ 1 ^{er} . — <i>Caractères juridiques</i>	312
450. Nature du contrat	312
451. Absence de raison sociale	313
452. Caractère personnel	313

	PAGES
§ 2. — <i>Fonctionnement</i>	314
453. Les apports	314
454. Gestion	314
455. Partage des bénéfices et des pertes	315
Titre III. — Les sociétés de capitaux.	
A. — LA SOCIÉTÉ ANONYME.	
CHAPITRE PREMIER. — NOTIONS GÉNÉRALES	316
SECTION I^{re}. — DÉFINITION. — ORIGINE. — ÉVOLUTION	316
456. Définition	316
457. Origine	316
458. Evolution du régime légal	317
459. Réformes proposées	318
SECTION II. — NATURE JURIDIQUE DE LA SOCIÉTÉ ANONYME	319
460. Conception traditionnelle. — Critique	319
SECTION III. — PERSONNALITÉ MORALE DE LA SOCIÉTÉ ANONYME	320
461. Caractère de cette personnalité	320
§ 1 ^{er} . — <i>Dénomination</i>	321
462. Absence de raison sociale	321
463. Mentions obligatoires dans les actes	321
464. Droit exclusif de la société sur sa dénomination	321
§ 2. — <i>Siège social</i>	322
465. Détermination et importance du siège social	322
466. Indication dans les documents sociaux	322
§ 3. — <i>Capital social</i>	323
467. Importance	323
468. Détermination du capital	323
469. Indication du capital dans les actes et pièces	323
470. Double sens du mot « capital »	324
471. Sanction de l'intangibilité du capital	324
§ 4. — <i>Représentation de la société anonyme</i>	325
472. Principe.	325
473. Clauses particulières des statuts	326
474. Indication de la qualité des signataires : article 83	327
475. Responsabilité spéciale des signataires : article 82	327
§ 5. — <i>Filiales</i>	328
476. Importance. — Insuffisance de leur régime	328

	PAGES
CHAPITRE II. — CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME . . .	329
477. Régime actuel	329
478. Naissance de la société	329
479. Concordance nécessaire des statuts avec les règles légales	329
SECTION I^{re}. — LES PROCÉDÉS DE CONSTITUTION	330
480. Analyse juridique	330
§ 1 ^{er} . — <i>Constitution ou fondation directe : article 31</i>	331
481. Comparution des associés devant un notaire	331
482. Mentions obligatoires dans l'acte	331
483. Comparution par mandataire	331
§ 2. — <i>Constitution par souscriptions : articles 32 et 33</i>	331
484. Rareté de son emploi	331
485. Premier stade : l'acte projet (art. 32, al. 2)	332
486. Deuxième stade : les souscriptions	332
487. Mentions obligatoires	332
488. Sanction	332
489. Troisième stade : l'assemblée constitutive (art. 33)	333
§ 3. — <i>Règles spéciales applicables aux mandataires et aux porte- fort</i>	333
490. But de ces règles	333
491. Les trois catégories légales	334
SECTION II. — LES CONDITIONS DE FOND LÉGALEMENT REQUISES :	
ARTICLE 29	334
492. Régime actuel	334
493. Première condition : sept associés au moins	335
494. Deuxième condition : souscription du capital	335
495. Conditions de validité de la souscription	336
496. Souscriptions simulées ou non sérieuses	337
497. Troisième condition : libération de chaque action à concurrence d'un cinquième	338
SECTION III. — SANCTIONS DE LA CONSTITUTION IRRÉGULIÈRE	339
§ 1 ^{er} . — <i>Principes généraux</i>	339
498. Cas de nullité	339
499. Nature juridique de la responsabilité des fondateurs	339
§ 2. — <i>La responsabilité des fondateurs</i>	340
500. Personnes qui ont la qualité de fondateur	340
501. Cas de responsabilité proprement dite	341
502. Obligations personnelles imposées par la loi aux fondateurs	341
503. Effets de la responsabilité des fondateurs	341
504. Compétence et prescription	342
505. Responsabilité du droit commun	342

	PAGES
CHAPITRE III. — LES TITRES ÉMIS PAR LES SOCIÉTÉS ANONYMES	343
SECTION I ^{re} . — RÈGLES GÉNÉRALES	343
506. Actions. — Parts bénéficiaires. — Obligations . . .	343
507. Incorporation des droits dans des titres nominatifs ou au porteur	344
508. Indivisibilité des titres	344
509. Division en coupures. — Groupement en titres col- lectifs	345
510. Acquisition par une société de titres émis par elle- même	345
511. Prescription	347
SECTION II. — LES ACTIONS	347
§ 1 ^{er} . — <i>Nature des actions</i>	347
512. Caractères distinctifs	347
513. Représentation du capital par les actions	348
514. Valeur nominale des actions	348
§ 2. — <i>Les diverses espèces d'actions</i>	349
515. Actions ordinaires, de capital, parts sociales.	349
516. Actions privilégiées, de priorité ou de préférence.	349
517. Actions de jouissance	349
518. Nature hybride des actions de jouissance	350
§ 3. — <i>Forme des actions</i>	351
519. Règles générales	351
§ 4. — <i>Les droits des actionnaires.</i>	351
520. Nature juridique	351
521. Droits de l'actionnaire comme associé	351
522. Droits de créance de l'actionnaire	352
523. Restriction de ces droits par les statuts	353
524. Théorie des droits individuels de l'actionnaire	353
525. Portée réelle de cette théorie	353
§ 5. — <i>Obligations de l'actionnaire</i>	354
526. Libération des apports	354
527. Appels de fonds	354
528. Libération anticipée	355
529. Situation des porteurs successifs	355
530. Sanction des obligations de l'actionnaire	356
531. Clause d'exécution en bourse	356
532. Nature juridique et effets de cette clause	357
533. Clause de déchéance	358
534. Droits des créanciers sociaux	358
§ 6. — <i>Cession des actions</i>	359
535. Règles générales	359
536. Restrictions à la négociabilité des actions.	360

	PAGES
A. — Restrictions légales	360
537. Incessibilité des actions d'une société non définitivement constituée : article 46	360
538. Constitution définitive. — Sens de l'expression	360
539. Interprétation restrictive de l'incessibilité	361
540. Sanction : nullité absolue	361
541. Application en cas d'augmentation du capital	362
542. Blocage et innégociabilité relative des actions d'apport : article 47	362
543. Régime des titres frappés de blocage	363
544. Exceptions : article 48	363
B. — Restrictions conventionnelles	364
545. Conditions de leur licéité	364
546. Modalités diverses	364
547. Clause d'agrément	364
548. Clause de préemption	365
SECTION III. — LES PARTS BÉNÉFICIAIRES	366
§ 1 ^{er} . — <i>Règles générales</i>	366
549. Caractères communs	366
550. Droits des porteurs de parts bénéficiaires	366
551. Variétés de parts bénéficiaires	367
552. Nature juridique de ces parts	368
§ 2. — <i>Régime des parts bénéficiaires</i>	368
553. Principe	368
554. Droit de vote des parts bénéficiaires	369
555. Blocage temporaire et innégociabilité relative : article 49	369
556. Modification de leurs droits	369
SECTION IV. — LES OBLIGATIONS	370
§ 1 ^{er} . — <i>Règles générales</i>	370
557. L'emprunt obligataire	370
558. Utilité	370
559. Statut des obligataires	370
560. Critère distinctif de l'emprunt obligataire	371
561. La masse des obligataires	372
§ 2. — <i>Emission des obligations</i>	372
562. Décision d'émettre l'emprunt	372
563. Appel au public	373
564. Délivrance et placement des titres	373
565. Forme des titres	373
566. Les obligations au porteur non encore placées ni souscrites	373

	PAGES
§ 3. — <i>Régimes particuliers</i>	374
567. Obligations à prime	374
568. Obligations hypothécaires	375
§ 4. — <i>Droits des obligataires</i>	376
569. Régime actuel	376
A. — Droits de l'obligataire comme créancier	376
570. Paiement des intérêts	376
571. Remboursement des titres	377
572. Modalités du remboursement	377
573. Remboursement anticipé	378
574. Remboursement des obligations à prime	378
575. Sanction des droits de l'obligataire	378
B. — Droits de l'obligataire dans la société	379
576. Caractère limité de ces droits	379
CHÂPITRE IV. — FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME	380
577. Esquisse du régime actuel	380
578. Critique	381
SECTION I ^{re} . — LE CONSEIL D'ADMINISTRATION	383
§ 1 ^{er} . — <i>Formation du conseil d'administration</i>	383
579. Nombre des administrateurs et conditions de leur nomination	383
580. Remplacement par cooptation	383
581. Impossibilité de reconstituer le conseil	384
§ 2. — <i>Condition juridique des administrateurs</i>	384
582. Organe collectif	384
583. Délégation de ses pouvoirs par le conseil	385
584. Durée des fonctions	385
585. Assimilation à des mandataires	386
586. Révocabilité par l'assemblée générale	386
587. Révocation immédiate en cas d'urgence	386
588. Absence d'indemnité en cas de révocation	387
589. Démission des administrateurs	387
590. Publication des démissions et révocations	388
591. Responsabilité : renvoi	388
592. Caractère personnel de la fonction	388
593. Rémunération	388
594. Causes mettant fin aux fonctions	389
595. Compétence du tribunal de commerce	389
596. Situation fiscale des administrateurs	389
§ 3. — <i>Fonctionnement du conseil d'administration</i>	390
597. Mode de délibération	390
598. Procès-verbaux des séances	391

599. Conflit d'intérêts entre un administrateur et la société : article 60	391
600. Sanction insuffisante	391
§ 4. — <i>Attributions du conseil d'administration</i>	392
601. Principes	392
602. Clauses statutaires usuelles	392
603. Clauses relatives à la représentation de la société en justice	392
604. Pouvoirs des administrateurs en cas de silence des statuts.	393
605. Cas particuliers	394
§ 5. — <i>Responsabilité des administrateurs</i>	394
606. Caractères généraux	394
A. — Responsabilité envers la société pour les fautes de gestion	395
607. Responsabilité assimilée à celle d'un mandataire	395
608. Faute commune	395
609. Exercice de l'action par la société	396
610. Absence d'action individuelle des actionnaires	396
611. Droits des créanciers	397
B. — Responsabilité du droit commun (Code civ., art. 1382 et 1383) en cas de faute délictuelle ou quasi délictuelle.	397
612. Principe.	397
613. Droit des tiers	397
614. Droit des actionnaires	398
615. Droit de la société	398
616. Responsabilité spéciale pour l'absence d'indications obligatoires	399
617. Responsabilité envers les tiers en cas de violation des statuts	399
C. — Règles spéciales en cas de violation de la loi ou des statuts (art. 62, al. 2).	399
618. Responsabilité envers les tiers	399
619. Exemples d'application	399
620. Solidarité fondée sur une faute présumée	400
621. Renversement de la présomption	400
D. — Responsabilité en cas d'augmentation du capital	401
622. Assimilation des administrateurs aux fondateurs	401
E. — Cas de responsabilité pénale	401
623. Infractions de droit commun	401
624. Infractions spéciales	401
625. Délits relatifs à la constitution de la société	401
626. Délits relatifs à l'administration de la société	402
627. Délits relatifs au bilan et aux dividendes	402
628. Preuve des imputations	402

	PAGES
F. — La décharge	402
629. Nécessité d'un vote spécial	402
630. Effets de la décharge	403
631. Actes non couverts.	403
632. Conditions de validité	403
G. — Responsabilité de la société du fait de ses administra- teurs	404
633. Nature juridique et conditions	404
H. — Prescription	405
634. Durée	405
635. Point de départ du délai	405
636. Caractère général de la prescription quinquennale	405
§ 6. — <i>Le cautionnement des administrateurs</i>	406
637. Motifs de l'institution	406
638. Nature du cautionnement obligatoire	406
639. Composition et modalités	406
640. Objet de la garantie	406
641. Nature du cautionnement supplémentaire (art. 58, § 3)	407
642. Sanction : démission présumée (art. 59)	407
§ 7. — <i>La gestion journalière</i>	408
643. Délégation de cette gestion. — Motifs et modalités	408
644. Statut juridique des personnes déléguées à la gestion journalière	408
645. Mandataires, fondés de pouvoirs, préposés	409
646. Nomination des délégués et durée de leurs pouvoirs	410
647. Rémunération	410
648. Révocation	411
649. Pouvoirs des délégués à la gestion journalière	411
650. Conflit d'intérêts avec la société	412
651. Responsabilité des délégués	412
652. Cumul des fonctions de préposé avec celles d'ad- ministrateur ou de délégué à la gestion journalière	413
§ 8. — <i>Nullité des actes d'administration</i>	414
653. Cas de nullité	414
654. Conséquences pour la société	414
655. Droit des tiers	415
SECTION II. — LE COLLÈGE DES COMMISSAIRES	416
656. Nécessité d'un contrôle de la gestion par un organe distinct	416
657. Critique du régime actuel	417
§ 1 ^{er} . — <i>Statut juridique des commissaires</i>	418
658. Leur nombre (art. 64)	418
659. Qualification requise	418
660. Incompatibilités et interdictions	418

	PAGES
661. Nomination	419
662. Durée et fin de leurs fonctions	419
663. Rémunération	419
§ 2. — <i>Fonctions des commissaires</i> (art. 65)	421
664. Commissaire unique ou collège délibérant	421
665. Pouvoir d'investigation des commissaires	422
666. Droit de recourir à des experts	422
667. Pouvoir de convoquer l'assemblée générale	423
668. Obligations des commissaires : 1 ^o Procéder aux vérifications nécessaires	423
669. 2 ^o Rapport à l'assemblée ordinaire	424
670. 3 ^o Secret professionnel	424
§ 3. — <i>Responsabilité des commissaires</i>	424
671. Renvoi au régime applicable aux administrateurs	424
672. Responsabilité pénale	425
673. Cautionnement des commissaires (art. 69)	425
674. Solidarité éventuelle avec les administrateurs	425
§ 4. — <i>Les commissaires-reviseurs</i>	425
675. Portée des innovations de la loi du 1 ^{er} décembre 1953	425
676. Domaine d'application du régime spécial	427
677. Statut des commissaires-reviseurs	428
678. Incompatibilités spéciales	429
679. Mission et responsabilité des commissaires-reviseurs	429
§ 5. — <i>Le conseil général</i> (art. 68)	430
680. Notion et critique	430
SECTION III. — L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES ACTIONNAIRES	430
§ 1 ^{er} . — <i>Notions générales</i>	430
681. Rôle légal de l'assemblée générale	430
682. Assemblées ordinaires et extraordinaires	431
§ 2. — <i>Composition de l'assemblée générale</i>	431
683. Personnes admises à y assister	431
684. Personnes admises au vote	432
685. Titres en indivision, grevés d'usufruit ou consti- tués en nantissement	433
686. Représentants légaux	433
687. Mandats donnés en vue d'assister aux assemblées générales	433
688. Mandats en blanc	434
689. Mandats irrévocables	434
§ 3. — <i>Convocation de l'assemblée générale</i>	435
690. Initiative de la convocation	435
691. Cas de convocation obligatoire	435

	PAGES
§ 4. — <i>Formes de la convocation</i> (art. 73)	436
692. Principe.	436
693. Publicité en cas d'actions au porteur	436
694. Publicité en cas d'actions nominatives	436
695. Contenu des convocations.	437
§ 5. — <i>Organisation et tenue de l'assemblée.</i>	437
696. Lieu de la réunion.	437
697. Importance de l'ordre du jour	437
698. Rédaction de l'ordre du jour	438
699. Tenue de l'assemblée	438
700. Liste de présence	439
701. Constitution du bureau	439
702. Vérification de la qualité des assistants	439
703. Nombre des actionnaires présents	439
704. Rôle du président	440
705. Réglementation légale de l'exercice du droit de vote	440
706. Vote des résolutions	441
707. Conventions relatives à l'exercice du droit de vote	442
708. Les procès-verbaux	442
§ 6. — <i>Pouvoirs de l'assemblée générale</i>	442
709. Principes généraux	442
710. Respect des statuts.	443
711. Respect de la compétence des autres organes sociaux	443
712. Absence de fraude.	443
713. Cas de détournement de pouvoirs	444
714. Respect des caractères essentiels de la société anonyme	445
715. Effets des décisions de l'assemblée	445
716. Nullité des délibérations irrégulières	445
717. Irrégularité de forme : nullité conditionnelle	446
718. Violation de formes substantielles ou de règles impératives : nullité sans condition	446
719. Décisions irrégulières par leur objet ou leur mobile	447
720. Mise en œuvre de la nullité.	447
721. Autorité du jugement d'annulation	448
SECTION IV. — LES ASSEMBLÉES D'OBLIGATAIRES	448
722. But de leur institution et caractère	448
723. Régime de ces assemblées	448
§ 1 ^{er} . — <i>Convocation et tenue des assemblées.</i>	449
724. Convocation	449
725. Délibérations de l'assemblée	449
726. Sanctions	449
§ 2. — <i>Pouvoirs de l'assemblée des obligataires</i> (art. 93)	450
727. Principe.	450
728. Modification des garanties	450

	PAGES
729. Modification de la créance des obligataires	450
730. Substitution d'actions aux obligations	451
731. Nature de l'opération	451
732. Mesures conservatoires	452
§ 3. — <i>Conditions requises pour la validité des décisions</i>	452
733. Majorités et homologations	452
734. Etat du capital social	453
735. Consentement de la société	453
SECTION V. — LES COMMISSAIRES-VÉRIFICATEURS (art. 191)	453
736. Inefficacité des dispositions actuelles	453
737. Conditions requises	453
738. Procédure	454
CHAPITRE V. — LA VIE SOCIALE	455
SECTION I ^{re} . — LA REDDITION DES COMPTES ANNUELLE ET L'EMPLOI DES BÉNÉFICES	455
739. Notions générales	455
§ 1 ^{er} . — <i>Les documents comptables</i>	455
740. Obligations des organes sociaux	455
A. — L'inventaire et son annexe (art. 77)	455
741. Renvoi aux règles générales	455
742. Les évaluations dans l'inventaire	456
743. Marchandises et valeurs mobilières	456
744. Valeurs immobilisées	457
745. Les amortissements	457
746. Calcul des amortissements	457
747. Distinction entre l'amortissement et l'estimation raisonnée	458
748. Les fonds de renouvellement	458
749. Provisions pour risques de pertes ou pour dettes non liquides	459
750. L'annexe à l'inventaire	459
B. — Le bilan	460
751. Définition	460
752. Son importance dans les sociétés anonymes	460
753. Système actuel	460
754. Sincérité du bilan	460
755. Intangibilité du bilan et de la réserve légale	461
756. Résumé des prescriptions légales	462
757. Rubriques obligatoires à l'actif	462
758. Rubriques obligatoires au passif	463
759. Comptes d'ordre	463
760. Les réserves occultes	464

	PAGES
761. Conséquences de la constitution illicite de réserves occultes	464
762. Réévaluation du bilan	465
C. — Le compte de profits et pertes	465
763. Objet et contenu	465
764. Le solde du compte de profits et pertes	465
§ 2. — <i>La reddition des comptes à l'assemblée générale</i>	466
765. Mesures préparatoires	466
766. Rapport des commissaires.	466
767. Examen des documents par les actionnaires	467
768. Les rapports à l'assemblée générale	467
769. Décisions de l'assemblée	468
770. Prorogation de l'assemblée	468
771. Vote de la décharge	469
772. Publication des résultats de l'exercice	469
773. Sanction	469
774. Conséquences de l'approbation du bilan	469
§ 3. — <i>Les bénéfiques et leur affectation</i>	470
775. Notion du bénéfice disponible	470
776. Emploi des bénéfiques	471
777. Les dividendes	472
778. Les dividendes fictifs	472
779. Acomptes sur dividendes	472
780. Clause d'intérêts fixes	473
781. Droit des actionnaires au dividende voté par l'assemblée générale	473
782. Paiement des dividendes	473
783. Nature des dividendes	474
784. Prescription	474
785. Les réserves	474
786. Les fausses réserves	475
787. Réserve légale	475
788. Réserves statutaires	475
789. Réserves libres	476
790. Réserves spéciales	476
791. Le report à nouveau	476
792. Distribution des réserves	477
793. Rachat ou remboursement d'actions	477
SECTION II. — LES MODIFICATIONS DES STATUTS	477
§ 1 ^{er} . — <i>Règles générales</i>	477
794. Système actuel	477
795. Critique	478
796. Conditions générales de validité des délibérations modificatives des statuts : article 70	478

	PAGES
797. Conditions de forme et publicité	479
798. Limites du pouvoir modificateur de l'assemblée générale	480
799. Interdiction absolue de modifier les éléments essentiels de la société	480
800. Justification de la règle	481
801. Son caractère relatif	481
802. Procédés employés pour tourner l'interdiction	481
803. Modifications dérogatoires au régime normal de la société anonyme	482
804. Interdiction de tout effet rétroactif	483
805. Respect de l'égalité des actionnaires	483
806. Dérogation prévue par l'article 71 (modification des droits respectifs des catégories)	484
807. Interprétation restrictive de cette dérogation	484
808. Sanction des délibérations irrégulières	484
§ 2. — <i>Modification des droits respectifs des catégories d'actions</i>	485
809. Régime nouveau institué par la loi du 10 novembre 1953	485
810. Portée de la réforme	486
811. Rapport spécial aux actionnaires	487
812. Délibération de l'assemblée	487
813. Homologation éventuelle par la Cour d'appel (art. 71, litt. B)	489
814. Groupement des titres (mesures temporaires : article 219)	489
SECTION III. — LES MODIFICATIONS DU CAPITAL SOCIAL	490
815. Leur importance	490
§ 1 ^{er} . — <i>Augmentation du capital</i>	490
816. Motifs et modalités de l'opération	490
817. Les deux catégories d'augmentation du capital	490
818. Conséquences	491
A. — <i>Augmentation du capital par des apports nouveaux</i>	491
819. Nature de l'opération	491
820. Conditions de validité	492
1 ^o Conditions de fond	492
821. Les trois conditions requises	492
822. Nature des apports	492
823. Taux d'émission des actions	493
824. Emission au-dessous du « pair comptable »	493
825. Responsabilité des administrateurs	494
2 ^o Conditions de forme	494
826. Règles générales	494

	PAGES
827. Augmentation du capital par souscriptions	494
828. Sanction de l'inobservation des conditions de forme	495
829. Mesures de protection en faveur des actionnaires anciens	495
830. Droits de souscription. — Notion	495
831. Nature du droit de souscription	496
832. Prime d'émission. — Notion	496
833. Nature juridique	497
B. — Augmentation du capital par incorporation de réserves	497
834. Nature de l'opération	497
835. Régime applicable à ces augmentations	498
836. Réalisation et conséquences de l'opération	498
837. Réserves susceptibles d'être incorporées	499
838. Conséquences fiscales	499
§ 2. — <i>Réduction du capital social</i>	499
839. Motifs et modalités de l'opération	499
840. Conséquences	500
841. Impossibilité de supprimer le capital	501
842. Formes et conditions de la réduction	501
843. Protection des droits des tiers	501
844. « Amortissement du capital » par remboursement ou rachat d'actions	502
§ 3. — <i>Rachat des parts bénéficiaires</i>	504
845. Conditions et modalités.	504
SECTION IV. — DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ.	504
846. Causes de dissolution de la société anonyme. — Rappel	504
§ 1 ^{er} . — <i>Dissolution anticipée</i>	505
847. Conditions de validité	505
848. Droits des parts de fondateur	506
§ 2. — <i>Dissolution en vue d'une reconstitution</i>	506
849. Nature et but de l'opération	506
850. Conditions de validité	507
851. Sort du passif de la société qui se reconstitue	507
§ 3. — <i>Fusions et absorptions</i>	507
852. Définition	507
853. Possibilité des fusions et des absorptions de sociétés	508
854. Conditions de validité	509
855. Réalisation de la fusion	509
856. Liquidation de la société absorbée	510
857. Nature juridique de la fusion	510
858. Conséquences qui en résultent	510
859. Délivrance des actions	511

TABLE DES MATIÈRES

549

	PAGES
860. Situation des créanciers	512
861. Droit fiscal	512
§ 4. — <i>Perte partielle du capital social</i>	513
862. Principe : article 103	513
863. La décision de l'assemblée	513
864. Devoirs et responsabilité des administrateurs	514
865. Caractère impératif de l'article 103	514
§ 5. — <i>Diminution du nombre des associés</i>	514
866. Principe : article 104	514

B. — LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS.

SECTION I ^{re} . — RÈGLES GÉNÉRALES	515
867. Définition et régime juridique	515
868. Importance limitée de cette forme de société	515
869. Raison sociale et dénomination particulière	516
870. Apports et capital social	516
SECTION II. — DÉROGATIONS AU RÉGIME DES SOCIÉTÉS ANONYMES	517
871. Situation des associés à l'égard des tiers	517
872. Les trois organes essentiels : 1 ^o La gérance	517
873. 2 ^o La surveillance	518
874. 3 ^o L'assemblée générale des actionnaires	518



