

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ

LE PROBLÈME DE LA COMPARAISON
ET DE L' UNIFICATION DU DROIT
DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

- - - -

Rapport Préliminaire

par

TITO RAVÁ

Professeur de l'Université de Pérouse
Collaborateur de l'Institut

- - - -

Juillet 1951

AVANT - PROPOS

Par une résolution adoptée par le Congrès de Montreux (1947) de la Chambre de Commerce Internationale, cette dernière invitait son Comité des Sociétés Etrangères à "examiner la législation des sociétés commerciales dans le monde entier". Au dernier alinéa de ladite résolution on expliquait que "la confrontation des différents systèmes législatifs actuellement en vigueur permettra d'apprécier la possibilité d'envisager l'unification de la législation des sociétés commerciales dans le monde, dont la réalisation ne pourrait qu'apporter des facilités au mouvement général des affaires".

A la suite de cette résolution et sur suggestion de l'Institut, la Chambre de Commerce Internationale décida de confier à ce dernier la préparation d'un rapport préliminaire dont le but serait d'examiner et de comparer les législations en matière de sociétés commerciales, afin d'en dégager les affinités et les divergences les plus marquées. Sur la base de ce rapport la C.C.I. se proposerait de procéder à une enquête auprès de ses Comités Nationaux afin que ceux-ci déterminent les questions dont il faut souhaiter avant tout le règlement uniforme comme une mesure susceptible de favoriser les échanges internationaux.

L'Institut, en acceptant d'entreprendre la tâche que la C.C.I. lui confiait, précisa qu'il estimait utile de circonscrire son enquête aux seules sociétés par actions, qui sont d'ordinaire engagées dans le commerce international, sauf à voir par la suite s'il y aura lieu d'étendre l'étude aussi à certaines autres formes de sociétés à responsabilité limitée qui présentent un intérêt au point de vue international.

Ayant ainsi précisé le but de son étude, l'Institut éta-

blit un plan de travail, qui fut communiqué en octobre 1948 à la Chambre de Commerce Internationale (U.D.P. 1948 - Études: XXVI, Doc. 1).

Les résultats de l'étude sont exposés dans le présent Rapport, rédigé sous la direction de l'Institut par M. le Professeur Tito Ravà, en utilisant le conseil et les informations fournies par d'autres jurisconsultes, et notamment par MM. Mario Battaglini, Gian Carlo Frè, Carlo Alberto Funaioli, Hans Lewald, Edoardo Modigliani, Kotaro Tanaka, Ben Atkinson Wortley.

Bien que ce Rapport de l'Institut ne vise que quelques points du droit des sociétés en vue de rechercher les possibilités d'unification, même partielle, dans ce domaine, on a jugé convenable d'appliquer les conclusions de l'étude également au problème consistant à créer des "sociétés internationales". Le projet préparé par le Secrétariat du Conseil de l'Europe en vue de la création de "compagnies européennes d'intérêt privé et d'intérêt public" a été pris en considération.

L'Institut souhaite que ce Rapport, qui fait suite à une première étude accomplie sous sa direction en 1938 par M. le Professeur Antonio Lefebvre d'Ovidio portant sur la nationalité des sociétés ⁽¹⁾, puisse représenter une contribution efficace aux efforts tendant à une connaissance plus approfondie du droit des sociétés sur le plan international. Il remercie les jurisconsultes qui ont bien voulu prêter leur collaboration pour l'élaboration du présent Rapport et il se propose d'examiner avec le plus grand intérêt les observations qui lui seront adressées par toutes personnalités ou organisations qualifiées.

(1) "La Nazionalità delle Società commerciali", Milan, 1939.

I N D E X

=====

Chap. 1^{er} - INTRODUCTION

§ 1	Aperçu historique	p. 1
§ 2	Quelques problèmes fondamentaux des SPA	" 6
§ 3	Délimitation de l'objet du rapport	" 11

Chap. 2 - LES SYSTEMES ENVISAGES - LEUR ORIGINE -
LEUR TECHNIQUE LEGISLATIVE

§ 1	<u>Allemagne</u>	" 18
	I - Introduction	" 18
	II - Plan technique de la loi	" 20
§ 2	<u>États-Unis</u>	" 22
	I - Introduction	" 23
	II - Plan technique des lois	" 25
§ 3	<u>France</u>	" 32
	I - Introduction	" 32
	II - Les dispositions légales	" 33
§ 4	<u>Grande-Bretagne</u>	" 39
	I - Introduction	" 39
	II - Plan technique de la loi	" 41
§ 5	<u>Italie</u>	" 42
	I - Introduction	" 43
	II - Plan technique de la loi	" 44
§ 6	<u>Suisse</u>	" 45
	I - Introduction	" 45
	II - Plan technique de la loi	" 46

Chap. 3 - LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS EN TANT QUE
PERSONNE JURIDIQUE

§ 1	Les différentes conceptions de la personnalité et la capacité juridique des sociétés	p. 48
§ 2	Le système de la capacité générale	" 50
§ 3	Le système de la capacité juridique spéciale (théorie des <u>ultra vires</u>)	" 52
§ 4	Les systèmes latins	" 56
§ 5	Limitations légales de la capacité et actes interdits à la société	" 63
§ 6	Conclusions	" 69

Chap. 4 - LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS EN TANT QU'ACTE
JURIDIQUE

§ 1	Introduction	" 71
§ 2	L'objet de la volonté dans les actes constitutifs	" 73
§ 3	Les trois processus fondamentaux de constitution	" 76
§ 4	La succession des actes constitutifs	" 79
§ 5	L'acte constitutif et les statuts - Leurs modifications	" 87
§ 6	Conclusions	" 91

Chap. 5 - L'ASPECT CORPORATIF DE LA SPA ET LA
RESPONSABILITÉ DES ACTIONNAIRES

§ 1	Introduction	" 94
-----	--------------	------

§ 2	La condition du nombre légal au moment de la constitution	p. 97
§ 3	La condition du nombre légal après la constitution	" 100
§ 4	Conclusions	" 104
<u>Chap. 6</u>	<u>- L'ORGANISATION DE LA SOCIETE PAR ACTIONS</u>	
§ 1	Introduction	" 107
§ 2	Allemagne	" 110
§ 3	Etats-Unis d'Amérique	" 113
§ 4	France	" 118
§ 5	Grande Bretagne	" 123
§ 6	Italie	" 126
§ 7	Suisse	" 129
§ 8	Conclusions	" 132
<u>Chap. 7</u>	<u>- CONCLUSIONS</u>	
§ 1	Résultats de l'examen comparatif	" 134
§ 2	Raisons d'ordre général s'opposant à une unification législative	" 138
§ 3	Le problème d'une société par actions internationale	" 140
§ 4	Propositions de l'Institut	" 143

CHAPITRE 1^{er}

INTRODUCTION

§ 1. Aperçu historique

1. Ainsi que toute institution juridique, la société par actions⁽¹⁾ n'a pas une origine certaine et précise. En général on reconnaît un des premiers exemples dans la Compagnie des Indes néerlandaises du début du XVII^{ème} siècle, mais en même temps on en rencontre d'importants précédents historiques dans certaines banques de Gênes et de Milan; en Grande-Bretagne des Compagnies ont été créées à partir du XVI^{ème} siècle - par exemple, The Russia Company 1555 - par concession de la Couronne. Le principe de la responsabilité limitée dérive probablement de la Reederei, c'est-à-dire du droit maritime. Aux fins limitées de ce rapport, ce qu'il importe d'établir est seulement que la SPA, au sens moderne d'institution mise à la libre disposition du commerce, naît en deux phases successives.

Dans une première phase, on admet que la société par actions soit constituée par les particuliers, mais on soumet sa création à un acte de concession de l'Etat. Ce système a été introduit en France par le code de commerce de 1807, et en Allemagne par le code de commerce de 1861 (en Prusse il existait déjà depuis 1843). En Grande-Bretagne, le Parlement avait commencé à créer des sociétés par actions dès la deuxième moitié du XVIII^{ème} siècle - spécialement en matière de construction de canaux et de chemins de fer - établissant chaque fois des règles pour leur fonctionnement; ces règles furent recueillies pour la première fois dans une loi de 1845.

(1) Sur la définition de ce terme, cf. ci-dessous § 3, n° 17.

2. Dans une deuxième phase, on passe au système de la réglementation, par lequel l'État se borne à établir des règles légales pour la constitution et la naissance, oomme personne juridique, de la SPA.

Ce système est aujourd'hui le plus répandu. Il fut introduit pour la première fois dans l'État de New-York en 1811, mais pour certaines affaires seulement; en Grande-Bretagne, par une loi de 1844 (n'accordant pas aux actionnaires la responsabilité limitée); en France, par la loi de 1867 et en Allemagne, par la loi de 1870 (autres indications à propos de chaque système; cf. ci-dessous, chap. 2). C'est de ces lois que date l'histoire moderne de la SPA.

Toutefois, il ne doit pas être oublié que même à présent existent des lois dans des pays politiquement très différents - comme l'URSS et l'Argentine - qui suivent encore le système de la concession. Ce système, en effet, est né d'une part pour des raisons techniques, parce qu'on ne savait pas imaginer la naissance d'une personne juridique sans un acte de création de l'État; et, de l'autre, pour des raisons politiques, c'est-à-dire pour contrôler cette forme d'entreprise. Les raisons techniques sont désormais dépassées et seul l'âge de certaines lois peut justifier l'exigence d'une concession administrative pour la création de la personnalité juridique. Quant à la même exigence établie pour des raisons politiques - comme, pour citer des lois récentes, dans les systèmes brésilien et italien - les lois la limitent en général à des cas particuliers, et, puisqu'elle n'a pas d'influence sur la structure juridique de la société, nous considérons convenable de ne pas nous en occuper dans cet examen préliminaire. Seulement il faut souligner que l'idée de soumettre toute SPA à un examen préventif aux fins d'établir si le cas pris en considération présente les éléments économiques qui devraient justifier ce genre d'organisation financière et juridique a souvent fait l'objet de discussion à l'occasion des études pour la réforme du droit des SPA; l'exigence d'un capital minimum qui existe dans plusieurs systèmes ne repré-

sente qu'une manière indirecte pour assurer la présence de ces éléments. Il doit être rappelé aussi que dans le système anglais il existe toujours la possibilité de créer des SPA par acte spécial de la Couronne ou du Parlement.

3. Les lois qui règlementent aujourd'hui la SPA sont très nombreuses (dans le Commonwealth il y en a une cinquantaine; aux Etats-Unis il y en a cinquante deux). En principe, elles peuvent être rapportées ou à la législation anglaise ou à la législation française du XIX^{ème} siècle, ou aux deux, mais chacune a suivi un développement propre, et certaine lois, comme l'allemande et celles des E.U., pour des raisons différentes, se sont désormais éloignées de leur premier modèle.

En général, on réunit ces lois en trois groupements - l'anglais, le français et l'allemand - mais cette classification n'a qu'une valeur très relative. Il faut considérer, notamment, que les lois des Etats-Unis, comme nous venons de le dire, se sont éloignées du système anglais d'une manière considérable et présentent parfois, même entre elles, des différences profondes; les systèmes scandinaves ne peuvent être rapportés directement à aucun de ces systèmes; dans quelques législations de l'Amérique latine on rencontre des règles opposées aux principes des systèmes latins (par ex., la division du capital en séries, dans le système argentin), etc.

D'un point de vue général, on peut dire que les lois se distinguent aujourd'hui surtout par rapport à trois éléments; c'est-à-dire, par la technique du système juridique dans lequel elles sont insérées, par les tendances politiques de ce système et par leur ancienneté.

4. Comme nous venons de le dire, la classification des lois sur les SPA en trois systèmes (anglais, latin et germanique) est insuffisante et souvent inexacte; mais cette même distinction acquiert une importance fort remarquable si l'on considère chaque

loi dans le cadre du système juridique auquel elle appartient. Pour profondes que soient, par exemple, les différences entre les lois des États-Unis et celles du Royaume-Uni et du Commonwealth, le fait que les systèmes juridiques anglais et américain ont une origine, une technique et des principes communs, donne à ces différentes lois une même couleur, pour ainsi dire, et rend aisée la comparaison directe entre elles. Bien au contraire, la loi allemande a eu son premier modèle dans la loi française de 1867, mais les principes et la technique du système juridique allemand ont fini par prévaloir, donnant à la loi allemande des SPA des caractères tout à fait particuliers.

Cette remarque est évidemment valable pour toute matière juridique; toutefois, à notre avis, elle est particulièrement importante en matière de sociétés par actions. La SPA est, en effet, une institution juridique très vaste, peut-être la plus vaste du droit privé, puisqu'il est difficile de dire quels principes du droit des personnes, du droit des obligations et des droits réels ne l'intéressent pas; et il faudrait y ajouter encore l'ensemble des règles du droit public - et surtout du droit fiscal - qui ont une importance décisive pour la SPA. Nous ne nous trouvons pas en présence d'une matière particulière, mais tout au contraire des problèmes les plus généraux et difficiles du Droit.

Par conséquent, d'une part, les lois des SPA portent toutes l'empreinte des systèmes auxquels elles appartiennent et, d'autre part, la connaissance de ces lois n'est pas suffisante pour connaître le droit de la SPA dans un système déterminé. Une comparaison complète est donc presque impossible, en ce qui n'existe pas encore une comparaison satisfaisante entre les grands principes de la technique juridique des systèmes fondamentaux, lesquels peuvent en effet être réunis sous les noms de systèmes allemand, anglais et latin.

À ce propos il faut signaler un événement très récent et d'une très grande importance pour notre sujet. Le Japon vient de promulguer une nouvelle loi sur les SPA, entrée en vigueur en

juillet 1951. Cette loi cherche à harmoniser les principes du droit japonais - qui en matière de droit commercial a suivi le droit allemand - avec les principes du droit des États-Unis. Par conséquent, nous pourrions désormais suivre dans la pratique l'expérience d'une loi qui réalise dans notre matière les exigences de toute unification législative, c'est-à-dire, la fusion des principes appartenant à des systèmes très éloignés entre eux, comme les systèmes d'origine anglaise et les systèmes d'origine allemande.

5. Une deuxième différence dérive des tendances historiques des systèmes, c'est-à-dire de l'histoire politique et économique des peuples, soit en général, soit particulièrement par rapport à la production et à la finance. La raison en est la même que nous avons indiquée tout à l'heure, c'est-à-dire, l'importance de la SPA dans la vie moderne, qui en fait une des parties les plus considérables des systèmes juridiques. A ce sujet aussi, on devrait remarquer que pour comprendre et expliquer les différences existant entre les diverses lois, il serait nécessaire de tracer une histoire comparée de la vie politique et économique des peuples à partir de la fin du XVII^{ème} siècle et étudier leur développement juridique parallèle.

6. Finalement, les lois diffèrent à cause de leur ancienneté. Ceci est vrai sous deux aspects: du point de vue technique (puisque outre la technique générale des systèmes il y a une technique particulière des SPA), certaines lois, qui n'ont pas été renouvelées depuis une génération, peuvent difficilement être comparées avec les lois les plus récentes, et, du point de vue politique et économique, ces mêmes lois ne correspondent plus désormais aux besoins des peuples parmi lesquels elles sont encore en vigueur. Pour ces deux raisons, dans ce rapport préliminaire nous nous référerons surtout à des lois des vingt dernières années.

Parmi les lois les plus importantes promulguées ou réformées dans cette période il faut rappeler au moins les suivantes⁽²⁾ :

Allemagne: 1937

Brésil: 1940

États-Unis: La loi la plus récente est celle de la Californie, de 1947⁽³⁾

France: 1940-43

Grande-Bretagne: 1947-48

Italie: 1942

Japon: 1950

Mexique: 1934

Suède: 1934 (entrée en vigueur en 1948)

Suisse: 1936

Parmi les projets nous rappelons les suivants :

Espagne: 1947⁽⁴⁾

États-Unis: 1939 "Uniform business corporation act"⁽⁵⁾ qui a influencé les lois de plusieurs États et a été adopté par les États du Idaho (1929), de la Louisiana (1928), de Washington (1933), et du Kentucky (1946).

Mexique: 1947, "Código de comercio, Proyecto del Libro I".

§ 2. Quelques problèmes fondamentaux des SPA

7. Avant d'examiner le problème de la comparaison, il peut être utile de jeter un coup d'oeil sur toute la matière des

(2) La date se réfère à la promulgation de la loi fondamentale ou à sa réforme plus récente.

(3) Cf. aussi ci-dessous, Chap. 2, § 2.

(4) Sur l'origine de ce projet cf. GARRIGUES, dans Rev. Der. Merc., 1950, p. 157; cf. aussi une brève comparaison entre ce projet et la loi de New-York par PHONER Y EDER, dans la même revue, 1950, p. 261.

(5) Cf. HOLTS, Model Corporation Act, dans 48 Harvard L.R., 1334; STEVENS, Uniform Corporation Laws through interstate compacts and federal legislation, dans 34, Michigan L.R., 1353.

SPA. En effet, ce que nous venons de dire sur son étendue est bien connu, mais seul un exposé systématique, pour bref qu'il soit, permet d'avoir une idée précise de l'ensemble des questions qui doivent être envisagées dans ce domaine.

8. Une première catégorie de questions concerne les caractères généraux de la SPA, c'est-à-dire sa définition vis-à-vis des autres formes de sociétés (qui ne sont pas les mêmes dans tous les systèmes), son appartenance au droit civil ou au droit commercial (pour les systèmes encore très nombreux qui font cette distinction), les conditions pour la responsabilité limitée, l'étendue de la personnalité juridique, les modalités de sa représentation, les groupements des sociétés; et encore, l'état juridique de la SPA, son nom, son siège ou domicile, son rattachement juridique ou nationalité. De même, il faudrait étudier sous cet aspect, les caractères juridiques des faits suite auxquels la société naît, forme sa volonté, accomplit ses actes, décide de ses modifications et de sa dissolution. Finalement, on devrait étudier les conditions qu'exigent les différentes lois par rapport au capital et aux associés, soit pour la constitution, soit pour l'existence de la société.

9. Après l'examen de ces points généraux, il faudrait étudier en détail les questions qu'on pourrait dénommer de structure, c'est-à-dire celles qui se rapportent au capital, aux actions et à l'organisation de la SPA, ou en d'autres termes, à l'organisme patrimonial et corporatif de la SPA.

Les problèmes qui se présentent en matière de capital sont très nombreux et très différents d'après les divers systèmes. Il faudrait examiner les mesures par lesquelles la loi tend à fixer et à conserver un certain rapport entre le capital et la patrimoine de la SPA, et par conséquent les règles sur le capital fictif (par ex., en matière de souscriptions au-dessous du pair, d'apports en nature, d'apports d'industrie, de reprise de biens, etc.), les

règles sur les réserves, sur la réduction et l'augmentation du capital. On devrait examiner les différentes manières d'organiser la comptabilité, le bilan, l'évaluation des biens, les livres sociaux, etc.

En principe, la notion d'action ne diffère pas profondément dans les divers systèmes, mais il existe plusieurs espèces d'actions et d'autres titres semblables, qui ont une très grande importance pour connaître la structure de la SPA dans un système déterminé. Encore à ce sujet, il y a des règles sur le transfert, sur la négociabilité, sur l'émission et la négociation en bourse des actions.

Dans ce même chapitre on devrait aussi examiner la matière des obligations, donnant lieu elle aussi à de très nombreux problèmes concernant leur nature, leur montant, les organes qui peuvent délibérer quant à leur émission, l'organisation des obligataires. Un point particulièrement important à ce sujet est celui des obligations convertibles.

Deuxièmement, toujours sous l'aspect de la structure de la SPA, on devrait examiner son organisation. Nous consacrons un chapitre à ce problème dans les pages suivantes, mais en touchant seulement quelques-uns des points fondamentaux. Les règles sur la distribution des pouvoirs entre les différents organes et la manière d'après laquelle la volonté sociale se forme et s'exprime, les règles sur le fonctionnement des organes, sur la responsabilité des personnes qui les composent, sur leurs qualifications, sur leur compétence, etc. sont parmi les plus importantes dans cette matière.

10. Après la structure de la SPA, on devrait commencer à étudier les actes juridiques et, avant tout, les actes nécessaires pour sa constitution. A ce sujet, on trouvera quelques indications dans ce rapport, mais ces questions, elles aussi, sont innombrables et présentent des aspects très différents. Il serait nécessaire d'examiner le contenu des actes, leur forme, leurs caractéristiques.

tères juridiques et les conditions de leur validité et tout particulièrement les effets de leur invalidité; ce dernier est l'un des points où l'influence des principes généraux des divers systèmes est particulièrement marquée. Il faudrait examiner en détail toute la matière des versements et spécialement des apports en nature; les contrôles établies par la loi; la responsabilité des fondateurs; la capacité de la société en voie de formation et les rapports juridiques entre les promoteurs, et entre ceux-ci et les souscripteurs, etc. Le problème des effets des infractions à la loi pendant le processus de constitution est l'un des plus importants, surtout dans les législations les moins récentes, qui n'attribuent pas une valeur constitutive à la publicité. La possibilité de modifier les statuts pendant l'existence de la société est un élément décisif pour comprendre tout le régime de la SPA dans les divers systèmes, étant évident que les exigences de la loi pour la constitution doivent être appréciées eu égard à la faculté des parties de modifier leur société pour ce qui regarde les éléments essentiels de celle-ci et sa réglementation. Toujours sous l'aspect des actes constitutifs, on devrait examiner les diverses formes de publicité et de contrôle.

Parmi les actes de la société, il serait très important d'examiner la réglementation des délibérations, soit de l'assemblée soit des autres organes collégiaux, en ce qui concerne la convocation, la présidence, les pouvoirs des membres, la votation, etc., et particulièrement les conditions de leur validité. Ici aussi serait-il nécessaire d'entrer dans les détails de certaines délibérations (par ex., décharge des administrateurs et actions contre eux, émission d'obligations, augmentation et réduction du capital - qui peuvent se réaliser par des moyens très différents - répartition des bénéfices, etc.).

La dissolution, la liquidation et tous les actes nécessaires pour les produire constituent l'objet d'un autre chapitre fondamental. Avant tout, on devrait étudier dans quel rapport se

trouve la SPA, dans les divers systèmes, avec le droit de la faillite. Il faudrait distinguer et examiner séparément les diverses formes de liquidation avec tous les problèmes qu'elles posent et qui varient profondément suivant les principes généraux des systèmes.

Enfin, il faudrait étudier les diverses formes de fusion et d'absorption des sociétés.

11. Après la structure de la société et après les actes nécessaires pour la créer et la faire fonctionner, il y aurait lieu d'étudier les droits des actionnaires et des groupes d'actionnaires, les droits des tiers et des créanciers. L'importance de ce sujet est notoire.

12. Il est évidemment possible d'organiser la matière d'une façon tout à fait différente; mais il convient de remarquer dès le commencement qu'une des difficultés les plus graves qu'on doit envisager lorsqu'on effectue une comparaison dans un domaine si vaste réside dans le fait que la manière de présenter les questions varie profondément dans les divers systèmes, soit à cause de la conception même de la SPA, soit à cause de la rédaction des lois ou de la tradition suivie par les auteurs. Par conséquent, le premier problème qui se pose consiste à rechercher un système permettant d'envisager toutes les différentes questions qui se présentent dans les diverses lois. Nous avons voulu nous borner ici à mettre seulement sous les yeux du lecteur un certain nombre de questions pour lui donner une idée de la matière dans son ensemble.

§ 3. Délimitation de l'objet de ce rapport.

13. Il est bien connu qu'il n'y a peut-être pas d'autres parties du droit privé où la collaboration des peuples a été si intense qu'en matière de SPA. Les Anglais, les Hollandais, les Français, les Allemands, etc., ont tous apporté des idées qui ont contribué au développement de la SPA dans les systèmes les plus divers. Toutefois, cette collaboration spontanée ne facilite pas la comparaison dans notre domaine, ni son unification, comme on pourrait le croire, soit à cause de certaines différences historiques entre les systèmes, que nous venons de signaler, soit à cause d'autres raisons plus techniques, sur lesquelles nous voudrions maintenant rappeler l'attention du lecteur.

Des essais que l'Institut a cru convenable d'entreprendre avant de rédiger ce rapport, en approfondissant la comparaison sur quelques points particuliers, l'ont convaincu qu'une étude comparative complète des SPA n'est pas possible sans un programme de très longue haleine et la participation d'un nombre considérable de juristes spécialisés dans la matière et appartenant à des systèmes juridiques différents. Le bref aperçu que nous venons de donner au paragraphe précédent est peut-être suffisant pour montrer que notre matière est au moins aussi vaste que celle, par exemple, du droit constitutionnel - avec lequel du reste elle présente de remarquables ressemblances - et personne ne songerait à dresser un rapport détaillé sur toutes les Constitutions du monde et sur leur fonctionnement. Il serait très difficile de s'acquitter d'une tâche semblable, puisqu'il s'agirait de résumer en peu de pages des bibliothèques entières, et avec un résultat dont l'utilité paraît très douteuse.

En effet, une comparaison directe entre les innombrables règles qui composent un système juridique n'est pas possible, parce qu'il arrive trop souvent que le même problème pratique est envisagé par les divers législateurs d'une façon très différente, de

manière que les solutions juridiques ne sont pas comparables entre elles ou, ce qui revient au même, leur comparaison ne donne pas des résultats exacts. Cette remarque est bien connue de ceux qui s'occupent des problèmes comparatifs, mais elle acquiert une importance très considérable dans un domaine vaste comme celui des SPA.

Un exemple, tiré de nos études préliminaires auxquelles nous venons de nous rapporter, pourra justifier cette affirmation.

14. On peut dire que dans les systèmes continentaux il existe une règle commune, en vertu de laquelle la société ne peut pas être constituée (ou acquérir la personnalité juridique, voilà une première différence de conceptions: Allemagne, loi de 1937, § 28 et 34) si une certaine partie du capital (entièrement souscrit) n'a pas été libérée. A cette règle fait exception uniquement le droit espagnol⁽⁶⁾. Elle a été adoptée aussi par certaines lois américaines⁽⁷⁾.

On devrait donc croire qu'il est possible de comparer directement entre eux les différents pourcentages que les lois exigent comme libération préalable du capital. Cependant une telle comparaison porterait à des résultats inexacts.

Avant tout, il doit être remarqué que la valeur de cette règle est très différente suivant qu'il existe une règle parallèle en matière d'augmentation du capital, puisqu'à défaut de celle-ci il est facile de tourner cette condition légale, en constituant une société avec un capital inférieur aux besoins de l'entreprise et en l'augmentant après la constitution sans effectuer les versements correspondants par rapport au capital entier.

(6) Mais en sens contraire, le Projet, cité ci-dessus, n. 6, art. 9 et 21.

(7) Cf. ci-dessous, Chap. 4, § 4, n. 4.

En deuxième lieu, les apports peuvent être en numéraire ou en nature et il est évidemment nécessaire d'examiner si la même règle s'applique aussi à ces derniers. Or, les systèmes qui coïncident entre eux quant aux apports en numéraire ne coïncident pas tous quant aux apports en nature. Suivant certains systèmes, ces apports doivent être réalisés intégralement avant la constitution, par exemple suivant le système français⁽⁸⁾ et le système mexicain⁽⁹⁾. D'autres systèmes permettent que le versement légal soit effectué soit en numéraire soit en nature, l'exigence de la loi se référant au capital dans son ensemble; dans ce sens disposent, par exemple, le droit belge⁽¹⁰⁾ et le droit suisse⁽¹¹⁾; une disposition semblable se trouve aussi dans la loi de 1926 de l'URSS⁽¹²⁾. Dans une troisième catégorie de systèmes la réalisation des apports en nature n'est pas un élément nécessaire pour la constitution⁽¹³⁾.

Il faut ajouter encore que la réglementation des apports en nature peut donner des résultats assez différents selon les divers systèmes d'évaluation des biens et de transfert de la propriété. Cependant, même sans entrer dans ces détails, il devrait être désormais évident que la simple constatation que la loi alle-

(8) Art. 3, al. 2 de la loi de 1867 et ses modifications; sur l'interprétation de ce texte la doctrine est divisée; cf. LYON-CAEN et RENAULT, Traité de droit commercial, Paris, 1926, II, 1, n. 559; HOUPIN et BOSVIEUX, Traité général des sociétés, Paris, 1935, I, n. 664.

(9) Loi de 1934, art. 89, IV.

(10) Art. 29, n. 3, Code Comm.; cf. RESTEAU, Traité des sociétés anonymes, Paris, 1933, I, n. 272.

(11) Art. 633, al. 2 et 4; art. 635, al. 2 et art. 638, al. 2, Code Oblig.; cf. SIEGWART, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band Obligationenrecht, 5 Teil: Die Aktiengesellschaft, Zürich, 1945, art. 633, III, n. 27 et suivants; SCHUCANY, Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Zürich, 1940, art. 633, n. 5.

(12) Art. 29, 33 et 35.

(13) Cf. par exemple Allemagne, § 28, al. 2; STAUB, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin, 1926, II, § 186, an. 4 et suiv.; § 195, an. 20; Argentine, art. 318, n. 3, C.Comm. Cf. MALARRIGA, Código de comercio, Buenos Aires, 1927, II, n. 113.

mande exige un versement préalable de 25%; la loi belge, de 20%; la loi française, de 25%; la loi mexicaine, de 25%; la loi suisse, de 20%; et la loi de l'URSS, de 25%; c'est-à-dire, que toutes ces lois exigent des pourcentages très semblables, n'a aucun sens précis, puisqu'une société allemande peut se constituer sans aucun versement si les apports sont tous en nature, une société belge pourra se constituer avec des versements en numéraire inférieurs aux 20% du capital souscrit en numéraire, s'il y a aussi une partie de capital souscrit en nature, une société française ne pourra pas se constituer sans la réalisation intégrale du capital s'il a été souscrit entièrement en nature, etc. Enfin, nous devons ajouter encore que cette matière de la réalisation des apports en nature n'a pas été étudiée profondément dans aucun des systèmes mentionnés, de manière qu'il n'est pas toujours possible de dire quel est exactement son régime dans un système déterminé (par exemple, on discute la manière d'après laquelle on doit appliquer ces règles aux actions mixtes, payables en partie en nature et en partie en numéraire).

Si, après cette constatation, on voulait comparer quand même sur ce point les systèmes latins et germaniques avec quelques uns des systèmes de common law, le résultat serait encore plus inexact. Par exemple, la loi anglaise exige elle aussi dans certains cas qu'une partie du capital soit libéré (pas avant la constitution, mais avant que la société soit autorisée à poursuivre son but)⁽¹⁴⁾; mais cette condition fait partie d'un ensemble de règles très différentes de celles du droit continental.

L'exemple que nous venons de présenter touche à une matière très simple, dans le sens que les règles légales, effectivement existantes ou imaginables, ne peuvent pas être d'une variété

(14) Cf. ci-dessous, Chap. 4, § 4, n. 6.

infinie. Mais dans le domaine des SPA il y a des matières bien plus compliquées, dans lesquelles les législateurs peuvent arriver à des solutions très éloignées entre elles du point de vue juridique, de sorte que la comparaison est presque impossible, même s'il y a une certaine coïncidence par rapport au but poursuivi. Pour s'en convaincre il suffit de penser à la matière des groupements de sociétés.

15. En outre, d'autres difficultés se présentent sous un angle un peu différent. Très fréquemment les dispositions des diverses lois sur les SPA ne sont pas susceptibles d'une comparaison, non pas parce qu'elles poursuivent des buts différents, ou le même but par des moyens juridiques différents, mais parce qu'elles ont le caractère d'un règlement d'exécution, c'est-à-dire qu'elles ne se réfèrent pas à la solution de conflits d'intérêts ou à la structure technique de la SPA, mais au contraire visent uniquement à réaliser le but d'autres dispositions. Ainsi que nous le verrons dans le chapitre 2, les lois des SPA constituent des véritables codes. On y trouve des dispositions fondamentales et d'innombrables dispositions exécutives. Ces dernières n'ont qu'un but pratique, elles varient suivant l'organisation juridique des systèmes et les habitudes des peuples; du point de vue juridique, elles ne sont pas comparables, ou au moins leur comparaison ne présente aucun intérêt, puisqu'on pourrait les changer sans modifier le régime de la SPA dans ses traits essentiels.

16. Pour ces raisons, nous avons estimé convenable dans ce rapport préliminaire de toucher seulement quelques-uns des points fondamentaux et nous avons choisi ceux qui se rapportent à la conception même de la SPA, soit comme personne morale exerçant le commerce, soit comme ensemble d'actes juridiques destinés à la créer et à la faire fonctionner. En effet, les divergences qu'on peut observer sur ces points se répercutent nécessairement sur toutes

les règles particulières et permettent d'apprécier le problème de la comparaison et de l'unification dans son ensemble.

De même nous avons limité l'analyse à quelques systèmes seulement; en premier lieu, parce qu'il nous aurait été impossible de tenir compte d'une manière effective de tous les systèmes, et surtout parce que nous nous sommes proposé spécialement de relever quelques-unes des idées fondamentales qui se présentent également dans plusieurs groupes de systèmes. Dans ce but, il nous a paru convenable de choisir comme points de repère quelques uns des systèmes les plus modernes et les plus riches de jurisprudence et de doctrine.

17. Il nous reste encore à préciser la notion de la SPA, à laquelle nous nous rapporterons dans les pages suivantes. Cette notion qui est assez facile à donner pour un système déterminé, présente des difficultés presque insurmontables sur le plan mondial. Il s'agirait de donner une notion acceptable par tous les systèmes; mais, s'il était possible de donner dès le commencement une notion universelle et suffisamment précise de la SPA, le problème fondamental de la comparaison et de l'unification serait déjà résolu. Malheureusement, il nous faudra nous contenter d'une notion un peu vague et nous servir de quelques autres délimitations.

Dans presque tous les systèmes il existe une institution juridique qui, au moins à cause de son origine, appartient à la catégorie des sociétés et se distingue parmi celles-ci par les caractères suivants :

1°) les membres de la société sont indifférents pour son identité; ils sont changeables, la qualité de membre étant transférable au moyen d'un titre; leur modification ne touche pas au capital qui est fixe et déterminé par l'acte constitutif ou ses modifications;

2°) la société est une personne morale. Par conséquent, les membres n'ont pas de dettes ou de créances ni entre eux ni vers les tiers, mais exclusivement vers la société. Ces dettes et ces créances ont leur fondement dans l'acte constitutif, de manière que la responsabilité des membres est limitée à l'apport qu'ils ont promis par cet acte. Toutefois, cette conséquence n'est pas exempte d'exceptions dans certains systèmes. (15)

Notre rapport se réfère à cette institution, que nous appelons société par actions, en adoptant un terme allemand (16) qui récemment est entré dans quelques législations européennes et présente l'avantage d'être plus intelligible pour les juristes anglo-saxons que celui de société anonyme. La société en commandite par actions et la société à responsabilité limitée des Droits latins et germaniques, la private company, les companies incorporated by royal charter ou by special act of Parliament du droit anglais, ainsi que les joint stock companies et les business trusts des États-Unis, ne seront pas prises en considération.

(15) Sur la notion de société par actions, cf. K. LEHMANN, Das Recht der Aktiengesellschaft, Vol. I, Berlin, 1898, p. 132 et s.

(16) Aktiengesellschaft.

C H A P I T R E 2

=====

LES SYSTEMES ENVISAGÉS = LEUR ORIGINE == LEUR TECHNIQUE LÉGISLATIVE

§ 1. Allemagne

La loi en vigueur est l' "Aktiengesetz" du 30 janvier 1937 ("Gesetz über Aktiengesellschaften u. Kommanditgesellschaften auf Aktien"). Cf. aussi la première loi d'exécution du 29 septembre 1937, la troisième du 21 décembre 1938 et la loi du 21 août 1949, modifiant le capital minimum et le montant minimum des actions.

Sur les droits et l'organisation des obligations il existe une loi du 4 décembre 1899, modifiée en 1914, en 1932 et en 1933.

I. - Introduction.

1. Dans une étude comparative des législations en matière de sociétés par actions, le système allemand doit occuper une place de tout premier rang. Cette forme d'entreprise a eu dans l'économie allemande une importance exceptionnelle; les études techniques, juridiques et législatives qui lui ont été dédiées sont innombrables; le système allemand a eu une très grande influence sur les législations de l'Europe orientale, sur le Japon, sur les systèmes scandinaves, et, moins directement, sur le système suisse ainsi que sur beaucoup d'autres systèmes.

Le système allemand représente l'exemple le plus accentué d'une législation très rigoureuse et détaillée sur les sociétés par actions laissant aux parties une autonomie réduite et s'inspirant très peu de l'idée contractuelle.

2. L'histoire législative moderne de la SPA commence en Allemagne par une loi de 1870 qui marque le passage du système de la concession à celui de la réglementation (cf. ci-dessus, chap. 1, n. 1 et 2). Cependant il ne faut pas oublier que le code de commerce de 1861, constituant l'un des plus importants exemples d'unification législative, permettait aux législations locales de réglementer de manière différente la constitution de la SPA et introduisait pour la première fois dans la loi l' "Aufsichtsrat" (conseil de surveillance). Celui-ci, déjà connu par la pratique sous le nom plus expressif de "Verwaltungsrat" (conseil d'administration), est un élément caractéristique du système allemand, donnant lieu à une bipartition de l'organe administratif, que la loi de 1937 a encore plus développée en acceptant par une de ses dispositions la pratique statutaire de confier au conseil de surveillance l'élection des administrateurs.

3. La loi de 1870 a été suivie de celle de 1884, qui amorce le mouvement des contrôles toujours plus accentués dans la constitution de la SPA, en vue de protéger les tiers et les associés mêmes.

4. Le nouveau code de commerce, promulgué à l'occasion du code civil de 1900, ne contient pas d'innovations radicales; en principe, il se borne à donner un ordre systématique au matériel législatif antérieur.

5. Plus tard, sous la pression des événements économiques, diverses lois furent promulguées, tandis qu'on étudiait une réforme organique de toute la matière (un projet du Ministère de la Justice parut en 1930). La pratique, elle aussi, modifiait la situation considérée par le législateur du code et des lois antérieures. En effet, après la guerre de 1914, on remarque une grande diffusion des actions à vote privilégié, ayant le but d'assurer

la stabilité de la direction, et des actions de provision, (ces actions souscrites par un tiers, souvent libérées seulement dans une proportion de 25%, tenues à la disposition de la direction de la société; les lois de 1923 et 1924 ont reconnu incidemment cette pratique).

A l'occasion de la crise de 1929, on constata également l'existence d'autres expédients créés par la pratique et des dangers qu'ils entraînaient. Par conséquent, en attendant la réforme organique projetée, des lois de 1931 prirent les mesures nécessaires pour limiter l'acquisition par la société de ses propres actions, établir la forme des bilans et le mode d'évaluation des biens; on créa la nouvelle institution des réviseurs des comptes et, enfin, on chercha à réglementer les groupements des sociétés.

D'autres mesures législatives importantes, qui préludent à la réforme de 1937, sont celles de 1934, visant à faciliter la transformation des sociétés de capitaux en sociétés de personnes et en entreprises individuelles et à liquider ou dissoudre les SPA en précaire condition financière.

6. Pour comprendre la législation allemande des SPA, il faut se rappeler qu'à cause de circonstances historiques différentes, l'industrie allemande s'est développée avec un certain retard par rapport aux autres pays industriels, et a atteint une importance mondiale en une période de temps relativement très brève. Ce retard et ce développement très rapide ont eu un double résultat; d'un côté, l'industrie allemande s'est trouvée fortement liée aux banques; de l'autre, elle a toujours préféré les grandes concentrations de capitaux et, par conséquent, la SPA comme forme juridique.

II. - Plan technique de la loi.

7. La loi de 1937 se compose de 304 paragraphes et est

divisée en quatre livres :

- Livre 1 La société par actions (§§ 1-218).
- " 2 La société en commandite par actions (§§ 219-232).
- " 3 La fusion - Le transfert du patrimoine - La transformation (§§ 233-287).
- " 4 Société par actions et Etat - Dispositions pénales (§§ 288-304).

8. Pour notre étude le livre le plus important est le premier, et il pourra être utile d'en donner un bref aperçu afin de comprendre la technique de la loi allemande.

Dans sa première "partie" (§§ 1-15), la loi définit la SPA et établit ses caractères fondamentaux ainsi que ceux des actions; on y définit aussi la notion de groupement de sociétés (Konzern), à laquelle la loi se rapporte en divers points (cf. §§ 51, 65, al. 5, 114, al. 6, 128, al. 2, 131, 134; cf. aussi l'art. IV de la première loi d'exécution, citée ci-dessus).

La deuxième "partie" est dédiée à la constitution (§§ 16-47); on y considère comme normale la constitution simultanée, tandis que pour la constitution successive toute la réglementation est contenue dans le § 30.

La troisième "partie" régit les rapports entre la société et les actionnaires (§§ 47-69).

La quatrième "partie", très vaste (§§ 70-124), a pour objet l'organisation, et régit successivement la direction (Vorstand), le conseil de surveillance (Aufsichtsrat) et l'assemblée.

La cinquième "partie" s'occupe du bilan et de ses contrôles (§§ 125-144).

La sixième partie a une extension remarquable et une grande importance (§§ 145-194); à propos des modifications des statuts, on y trouve les règles fondamentales en matière de capital.

La septième et la huitième "partie" (§§ 195-218) traitent respectivement de la nullité des actes et de la nullité et dissolution de la société.

9. De cette synthèse, il ne sera pas difficile de déduire quel est le relief que le législateur allemand a donné aux différents problèmes des SPA. En général, on peut dire que la loi ne laisse rien au hasard et très peu à la volonté des parties: de la constitution à la dissolution, tous les actes sont rigoureusement réglementés; la structure même de la société est strictement établie par la loi, laquelle est presque toujours impérative.

§ 2. États-Unis

Aux États-Unis, il y a 52 différents systèmes en vigueur. Nous donnons ci-dessous l'état actuel de quelques uns d'entre eux⁽¹⁾ :

Californie. La loi en vigueur est le "Corporations Code" de 1947.

Delaware. La loi fondamentale date de 1899; elle a été modifiée en 1901 et à plusieurs reprises jusqu'en 1935, année où la matière des sociétés fut réorganisée dans le Chapter 65 du Revised Code.

Géorgie. La dernière revision organique remonte à 1938.

Illinois. Le Business Corporation Act de 1933 y est en vigueur.

Iowa. La loi sur les sociétés remonte à 1851; elle a été modifiée plusieurs fois et forme actuellement partie du Code édicté en 1946.

(1) Les lois que nous citons constituent le texte fondamental de chaque Etat; nous ne citons pas les amendements postérieurs.

Kansas. La loi fondamentale date de 1868; son texte actuel est le General Corporation Code de 1939.

Kentucky. La matière des sociétés a été complètement révisée en 1946.

Massachusetts. La première codification eut lieu en 1903; la dernière, c'est-à-dire celle qui est actuellement en vigueur, date de 1932.

New Jersey. La loi fondamentale de 1896 a été révisée en 1937.

New-York. La Stock Corporation Law, édictée en 1909 a été modifiée profondément en 1923 et réformée à plusieurs reprises dans la suite. Les derniers amendements y ont été apportés en 1949, spécialement en matière de modification de l'acte constitutif.

Ohio. La loi en vigueur est le General Corporation Act de 1927.

Pennsylvanie. Cet Etat a révisé et coordonné en 1933 sa législation sur les sociétés par le Business Corporation Act.

I. - Introduction.

Comme nous l'avons souligné, la première loi adoptant le système de la réglementation ⁽²⁾ est celle de 1811 de l'Etat de New-York. La législation américaine s'est développée rapidement ⁽³⁾; la société par actions est devenue le moyen technique habituel pour la gestion des affaires commerciales et industrielles.

(2) Cfr. ci-dessus, chap. 1, § 1, n. 2.

(3) Sur ce développement, cfr. DAVIS, Essays in the earlier history of american corporation, 1911, BODD, Statutory developments in business corporation law, dans 50, Harvard L. R. (1936), p. 27.

Chaque Etat a le droit de réglementer cette matière, la législation fédérale pouvant intervenir seulement pour le commerce entre Etats. Mais, malgré cette autonomie, on peut remarquer une certaine tendance des divers systèmes à s'uniformiser, surtout à cause de la concurrence résultant du fait que les entrepreneurs constituent leurs sociétés dans les Etats (l'exemple du Delaware est le plus connu) qui offrent à leurs affaires les conditions les plus favorables.

Cependant cette tendance n'est pas arrivée à fondre en un système unique tous les systèmes en vigueur aux États-Unis; le Model Business Corporation Act, n'a été adopté que par un nombre restreint d'Etats ⁽⁴⁾ et on constatera d'ailleurs au cours de ce rapport les différences de conception parfois très profondes qui existent entre les différents systèmes.

Ces différences, malgré certains traits fondamentaux communs, constituent d'autre part des éléments précieux pour une étude comparative, puisqu'ils sont la preuve qu'il est possible d'harmoniser entre eux des éléments provenant de systèmes fort différents. Parmi les systèmes américains en effet, nous trouverons à côté de certaines idées propres aux systèmes d'origine anglaise, leur donnant pour ainsi dire une couleur identique, d'autres idées qui peuvent se ramener aux systèmes germaniques ou latins.

Malheureusement, l'ampleur de cet ensemble législatif jurisprudentiel et doctrinal, nous oblige à nous borner à ne donner que quelques renseignements sur les points faisant l'objet de ce rapport.

(4) Cfr. ci-dessus, chap. 1, § 1, n. 6.

II. - Plan technique des lois.

Plutôt qu'exposer le contenu de quelques unes des lois en vigueur aux Etats-Unis, il nous paraît plus convenable de présenter au lecteur le plan suivi, en ce qui concerne les lois américaines sur les sociétés, par l'un des recueils les plus connus, "The Corporation Manual", édité par J.B.R. Smith⁽⁵⁾. Cette publication a su résoudre en effet le problème de la publication de ces lois d'une manière uniforme permettant au lecteur de se renseigner rapidement sur les dispositions des différents systèmes relatives aux mêmes sujets.

Ce recueil est précédé d'une classification que nous reproduisons textuellement ci-après:

I. Incorporation and Organization.

1. Constitutional provisions.

Creation of corporations; reserved power of legislature to amend charters and to amend, alter or repeal corporation acts.

2. General act under which business corporations are formed and regulated.

Title and citation of act; application; statutory definitions and rules of constructions.

3. Incorporators and purposes for which corporations may be formed under the general corporation act.

Number, residence, citizenship and number of shares required to be subscribed for by incorporators.

Purposes for which corporations may be formed under the general act.

(5) The corporation manual, New-York, 1949, United States Corporation Company.

4. Incorporation procedure.

Outline of the successive steps to be taken in the incorporation and organization of a business corporation.

5. Articles of incorporation.

Matters to be set forth in articles of incorporation; execution of articles; acknowledgments; filing, recording, publication; certification of copy and effect as evidence; proof of incorporation.

6. Organization tax; filing and recording fees.

Organization tax, bonus or charter fee; filing and recording fees payable to state and local officials.

7. Organization meetings and commencement of business.

Meeting of incorporators or subscribers; call and notice of meeting; waiver of notice; place of meeting; authority for holding meeting without the state; quorum; business to be transacted.

First meeting of directors; call and notice of meeting; waiver of notice; place of meeting; quorum; business to be transacted.

Statutory conditions to be complied with before commencing business.

8. Incorporation of companies with non-par value shares.

Statutory authorization for the formation of companies having shares without nominal or par value; provisions to be set forth in articles of incorporation; provisions generally as to such shares.

II. Corporate Existence and Amendment of Charter.

9. Corporate existence.

Commencement and period of duration of corporate existence.

10. Extension and renewal.

Extension, renewal and revival of corporate existence.

11. Amendment of articles of incorporation.

Provision as to amendments generally.

For provisions relating exclusively to Change of Name, Change of Location of Principal Office, Changes as to Par Value or Non-par Value of Shares, Increase of Capital Stock, Decrease

of Capital Stock and Change of Number of Directors, see those subject headings; as to creation of preferred stock, see Classes of Stock; as to change of place of meeting of stockholders or date of holding annual meeting, see Meetings of Stockholders and Corporate Elections.

III. Corporate Name, Office, By-Laws, Books and Reports

12. Corporate name.

Provisions as to name; prohibited words in names.

13. Change of name.

Method of changing corporate name.

14. Principal office.

Provisions as to maintaining principal office; certificate or return as to location; sign.

15. Change of location of principal office.

16. By-Laws.

Adoption of by-laws; powers of stockholders and directors, respectively; matters to be contained in and effect of by-laws; amendment, alteration and repeal.

17. Books and accounts.

Books required to be kept; custody, right of inspection by stockholders; civil penalties for not keeping books or allowing same to be inspected.

18. Reports (other than tax reports).

Provisions as to reports (annual or otherwise) to state or local officers or boards, other than tax reports.

IV. Stock and Stockholders.

19. Amount of capital stock; issue and payment thereof; certificate of payment.

Minimum and maximum amount of authorized capital stock; amount with which corporations may commence business; amount required to be paid in money, time within which whole capital stock or specified portion thereof must be paid in; issuance of stock for property, services or other considerations than money;

mode of issuance; certificate or return of payment of capital stock.

20. Shares of stock; par value; certificates of stock; transfer of shares.

Nature of shares; minimum and maximum par value; provisions as to form and execution of certificates of stock; lost or destroyed certificates; transfer of shares, including provisions of inheritance or estate tax laws as to transfers of shares held by decedents.

21. Changes as to par value or non-par value of shares.

Change from one par value to another; change of shares with par value to shares without nominal or par value, and vice versa.

22. Increase of capital stock.

Constitutional provisions; procedure for increasing capital stock; right of stockholders to subscribe for increased capital stock.

23. Decrease of capital stock.

Procedure for decreasing authorized and issued capital stock.

24. Classes of stock.

Provisions as to preferred stock and other special classes.

25. Subscriptions, assessments and calls; forfeiture or sale of shares for non-payment of assessment.

Provisions as to form and mode of taking subscriptions; mode of levying assessments and making calls; forfeiture or sale of shares for non-payment of calls.

26. Dividends.

Power to declare and pay dividends and regulations as to same; limitations and restrictions; unlawful dividends.

27. Meetings of stockholders and corporate elections.

Mode of calling meetings in general; notice and publication thereof, waiver of notice; place of meeting; authority for holding meetings without the state; quorum and conduct of meeting in general; calling of meeting by or upon demand of stockholders; special provisions as to elections of directors; inspectors or judges of election; filing of returns of elections; summary judicial review of corporate elections.

28. Voting and proxies.

Right of stockholders to vote in general; limitations of voting powers; power to vote by proxy; provisions as to form and execution of proxies.

29. Voting trusts.

Provision as to voting trusts.

30. Cumulative voting.

Constitutional provision; statutory provision.

31. Liability of stockholders.

Liability of stockholders in general; liability to laborers, clerk, etc.

V. Directors and Other Officers.

32. Number and qualifications of directors; term of office; classification; powers of board of directors.

Minimum and maximum number of directors; qualifications as to citizenship, residence and shareholding; number of directors required to be residents of state; term of office; classification of directors as to tenure or mode of election; powers in general of board of directors.

33. Change of number of directors.

Procedure for changing number of directors.

34. Meetings of directors.

Mode of calling meetings in general; notice and waiver of notice; place of meeting; authority for holding meetings without the state; quorum and conduct of meeting in general; power to act without meeting.

35. Executive committee.

Provisions as to appointment of executive committee and delegation of powers of board of directors to such committee.

36. President, Vice-President, Secretary, Treasurer and other officers.

Mode of election or appointment; term of office, qualifications; powers and authority in general; official oaths and fidelity bonds.

37. Liability of directors and officers.

Statutory liability of directors and officers for corporate debts.

38. Resignation and removal of directors and officers; vacancies.

Resignation and removal of directors and officers; mode of filling vacancies.

VI. Corporate Powers.

39. Extent of powers in general; limitations and prohibitions.

Powers of corporations in general; constitutional and statutory limitations and prohibitions.

40. Power to acquire, hold and dispose of real estate.

Constitutional and statutory provisions.

41. Power to borrow money, contract indebtedness, issue bonds and mortgage property.

Constitutional and statutory provisions; limitations of amount of corporate indebtedness; mode of authorizing issuance of bonds; mode of authorizing corporate mortgages; application of usury laws to corporations.

42. Power to acquire, hold and dispose of stocks and securities of other corporations.

Statutory provision.

43. Power to acquire, hold and dispose of the corporation's own shares.

Statutory provision.

44. Power to do business out of state.

Statutory provision.

45. Power to sell, exchange or lease entire corporate property.

Statutory provision.

VII. Merger and Consolidation.

46. Merger and consolidation.

Merger; consolidation.

VIII. Voluntary Dissolution.

47. Surrender of franchise.

Surrender of charter or franchise by incorporators.

48. Voluntary dissolution.

Dissolution by vote or consent of stockholders; proceedings to be taken; publication; continuance of existence for purpose of winding-up; duties and powers of directors as trustees.

IX. Foreign Corporations.

49. Right to do business and authorization.

Statutory recognition of foreign corporations; limitations and prohibitions; methods of obtaining license or authority to do business and papers to be filed; period for which license or certificate of authority is issued; filing of papers covering subsequent changes or amendments.

50. Admission of foreign corporations having non-par value shares.

Special statutory provisions, if any, as to such companies.

51. Initial license tax or fee; filing and recording fees.

Bonus, charter fee or license tax or fee payable to state on obtaining authority to do business; filing and recording fees payable to state and local officials.

52. Statutory agent and office.

Provisions as to statutory agent or attorney and as to maintaining office within the state.

53. Doing business without authority.

Civil penalties for doing business without authority; validity of contracts; right to sue.

54. Powers and capacities.

Powers and capacities of foreign corporations; limitations and prohibitions.

55. Books and accounts.

Books required to be kept; custody; right of inspection by stockholders; civil penalties for not keeping books or allowing same to be inspected.

56. Reports (other than tax reports).

Provisions as to reports (annual or otherwise) to state or local officers or boards other than tax reports.

57. Withdrawal.

Method of voluntary withdrawal or revocation of authority to do business.

X. Taxation of Domestic and Foreign Corporations.

58. Domestic corporations; annual franchise tax.

Annual franchise tax payable to the state by domestic corporations.

59. Foreign corporations; annual license tax.

Annual license tax or fee payable to the state by foreign corporations.

60. Tax on shares of stock.

Taxation of shares of stock as property; also reference to statutes imposing inheritance and estate taxes.

60 a-c. Miscellaneous taxes.

Tax on corporate income.
Tax on stock transfers.
Excise taxes.

§ 3. France.

Les textes fondamentaux sont les suivants: arts. 18, 19, 29-31, 41 et 64 Code de Commerce; loi du 24 Juillet 1867 sur les sociétés, modifiée par plusieurs lois; sur ces dernières, cf. ci-dessous, sub. II.

I. - Introduction.

L'histoire de la législation européenne des sociétés par actions, spécialement dans ses origines, se rattache au code de

commerce et à la célèbre loi française de 1867. Outre cette influence fondamentale, la législation et la doctrine françaises ont influencé de manière remarquable tous les systèmes continentaux et particulièrement les systèmes latins.

Du point de vue technique, la législation française présente l'inconvénient qu'elle manque d'un texte systématique, ce qui rend l'étude très malaisée. Cependant les lois qui successivement sont venues s'ajouter au texte fondamental ou le modifier, sont le résultat d'études très approfondies et dérivent d'exigences pratiques en général communes à tous les systèmes de l'Occident. Par conséquent, dans son ensemble, le système français représente un élément d'une valeur sans pareille pour une étude comparative de notre matière et pour tout essai d'unification législative.

La littérature juridique française sur les sociétés par actions est très vaste.

Tout en se préoccupant de protéger les tiers et les associés mêmes contre les dangers de fraudes, le système est en substance libéral. Il s'est inspiré, au moins jusqu'à la loi de 1943, du principe contractuel et démocratique; cependant, dans la législation et dans la doctrine les plus récentes, on peut noter la tendance du système français à se rapprocher du système allemand et de l'idée d'institution.

II. Les dispositions légales.

Etant donné le caractère fragmentaire de la législation française, nous considérons que la forme la plus convenable d'orientation du lecteur consiste à présenter les lois dans leur ordre successif. Nous donnerons à propos de chacune quelques indications sur les buts poursuivis par le législateur. Les lois que nous indiquons sont seulement les plus importantes.

1867 (24 juillet) "sur les sociétés".

Dans sa composition actuelle, c'est-à-dire depuis les modifications qu'elle a subies et que nous citerons tout de suite, cette loi est divisée dans 6 titres: 1) des sociétés en commandite par actions; 2) des sociétés anonymes; 3) dispositions particulières aux sociétés à capital variable; 4) dispositions relatives à la publication des actes des sociétés; 5) dispositions diverses; 6) des sociétés anonymes à participation ouvrière.

Cette loi, pour la première fois, permet la libre création des sociétés par actions (anonymes, suivant la terminologie française). Elle a été édictée en tenant compte du fait que les sociétés étrangères (notamment les sociétés anglaises) étaient libres d'exercer leur activité en France. D'autre part la libre création des sociétés par actions avait été réclamée comme une application du principe de la liberté contractuelle.

1893 (1^{er} août): portant modifications de la loi du 24 juillet 1867, sur les sociétés par actions.

Cette loi a surtout une portée technique dans ce sens que son but principal est d'améliorer les textes de la loi de 1867 en en modifiant les articles 3, 27, 42, 50 et en ajoutant quelques nouvelles dispositions (spécialement l'art. 68 sur le caractère commercial des sociétés en commandite ou anonyme).

1903 (16 novembre): relative aux actions de priorité.

Cette loi établit que les actions de priorité peuvent jouir de certains avantages soit sur les bénéfices soit sur la répartition de l'actif social. (Elle modifie l'art. 34 du code et l'art. 3 de la loi de 1867).

1907 (30 Janvier): portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1907.

L'art. 3 de cette loi "a pour but de protéger l'épargne français contre la mise en vente, surtout à la bourse de Paris, de valeurs douteuses représentant à peine un peu plus que la valeur du papier"⁽⁶⁾. A cette loi se réfère expressément l'art. 1, al. 4, de la loi de 1867 dans son texte actuel pour le cas d'émission d'actions par voie d'appel au public. Le but de protéger l'épargne est invoqué dans les rapports officiels de presque toutes les lois qui se réfèrent à notre matière.

1917 (26 avril): sur les sociétés anonymes à participation ouvrière.

Cette loi constitue l'actuel titre VI de la loi de 1867 et a aussi modifié l'art. 64 de la même loi concernant l'obligation d'user de la dénomination de la société dans tous les actes de celle-ci. Suivant ses auteurs, cette loi devait faire cesser le conflit entre capital et travail. On retrouvera la même idée dans le code italien.

1929 (23 janvier): sur les parts de fondateur émises par les sociétés.

L'initiative de cette loi remonte à 1914. La loi réglement pour la première fois les "parts de fondateur" ou "bénéficiaires", qui étaient devenues assez fréquentes après l'expérience de la Compagnie du Canal de Suez.

(6) Dalloz P., 1907, IV, 24.

1930 (1^{er} mai): modifiant la loi du 22 novembre 1913 etc.

Cette loi, qui modifie et remplace l'art. 31 de la loi de 1867 (antérieurement modifié par une loi de 1913) et l'art. 34 du code (actions de priorité, modifications dans les droits attachés à une catégorie d'actions, quorum), a surtout pour but d'interpréter des dispositions antérieures en matière d'assemblées extraordinaires.

1933 (13 novembre): règlementant le droit de vote dans les assemblées d'actionnaires des sociétés.

La loi a pour but d'organiser sur une base égalitaire le droit de vote, tout en reconnaissant la possibilité d'un vote double attaché à une catégorie d'actions. Les raisons qui ont donné lieu en France au vote plural sont en général les mêmes qui, après la guerre de 1914, ont imposé ce problème à toutes les sociétés par actions d'Europe: il s'agissait d'éviter la conquête de la société et de sa direction par des spéculateurs, dont la puissance avait énormément augmenté suite à l'inflation.

1935 (8 août): portant application aux gérants et administrateurs de sociétés de la législation de la faillite et de la banqueroute, etc.

1935 (8 août): modifiant la loi du 24 juillet etc.

Cette loi très importante modifie la loi fondamentale, aux articles 4, 15, 32-34 et 45, en matière de commissaires aux comptes et de responsabilité des administrateurs.

1935 (8 août): créant au profit des actionnaires un droit préférentiel de souscription aux augmentations du capital.

1935 (30 octobre): modifiant l'art. 35 de la loi du 24 juillet 1867 sur les bilans et comptes.

1935 (30 octobre): relatif aux formalités de publicité des sociétés.

Cette loi a modifié les articles 8, 55-59, 61-63 de la loi fondamentale.

1935 (30 octobre): complétant la loi du 13 novembre 1933 réglementant le droit de vote dans les assemblées d'actionnaires.

1935 (30 octobre): relatif à la protection des obligataires.

Il s'agit d'une vaste loi comptant 37 articles, se divisant en titres et chapitres comme suit:

Titre I: Emission; chap. 1: dispositions générales; chap. 2: dispositions applicables aux sociétés ayant leur siège à l'étranger et aux collectivités publiques étrangères. Titre II: Masse des obligataires ou porteurs de titres d'emprunt; chap. 1: dispositions générales (ce chapitre réglemente l'assemblée des obligataires); chap. 2: Dispositions applicables aux émissions ou introductions antérieures. Titre III: Dispositions d'ordre pénal. Titre IV: Dispositions diverses.

1937 (31 août): modifiant ou complétant diverses dispositions de la loi de 1867 et de la loi de 1933.

Cette loi a pour but de perfectionner le système de la loi fondamentale et de la loi de 1933 sur la réglementation du vote. Elle a surtout un caractère technique. Les articles suivants de la loi de 1867 ont été modifiés: 1, 4, 15, 17, 28, 32, 33 et 35. Quant à la loi de 1933, son art. 4 a été modifié (nullité des clauses contraires au libre exercice du droit de vote).

1938 (17 juin): tendant à faciliter certains investissements de capitaux.

Cette loi modifie celle de 1935 sur la protection des obligataires.

1940 (16 novembre): relative aux sociétés anonymes.

1943 (4 mars): relative aux sociétés par actions.

Ces deux lois (la deuxième modifiant en partie la première) constituent une très remarquable réforme du régime des sociétés par actions établi par la loi de 1867 et ses successives modifications. Les points fondamentaux sont les suivants:

- 1) organisation de l'administration et rémunération des administrateurs;
- 2) libération des actions;
- 3) augmentation du capital;
- 4) participations réciproques des sociétés.

1946 (23 décembre): portant ouverture de crédits provisoires applicables aux dépenses du budget ordinaire, etc.

L'art. 88 visant les opérations d'un montant supérieur à 25 millions de francs relatives à l'augmentation de capital, émission d'actions et d'obligations etc., exige une autorisation préalable du Ministre des Finances.

§ 4. Grande - Bretagne.

La matière des SPA est réglementée complètement par une seule loi, dénommée "Companies Act, 1948" (11 et 12 Geo. 6, c. 38). Son titre entier est le suivant: "An Act to consolidate the Companies Act, 1929, the Companies Act, 1947 (other than the provisions thereof relating to the registration of business names, bankruptcy and the prevention of fraud in connection with unit trusts), and certain other enactments amending the first-mentioned Act".

I. - Introduction.

La législation anglaise des sociétés par actions est celle qui a connu l'évolution la plus longue, graduelle et constante. Elle a influencé les lois du Commonwealth (où sont actuellement en vigueur à peu près 50 lois en cette matière) et celle des E.U., ainsi que, quoiqu'en une mesure plus réduite, tous les systèmes, latins et germaniques. Par conséquent, les principes dont elle s'inspire trouvent une application directe ou indirecte dans une partie très considérable de l'économie mondiale.

Du point de vue technique et politique, le système anglais des SPA représente l'antithèse la plus nette du système allemand; il laisse aux parties une grande liberté et s'inspire en général de l'idée du contrat.

La première loi anglaise concevant la possibilité qu'une société puisse acquérir la personnalité juridique au moyen d'enregistrement (et introduisant ainsi le système de la réglementation) remonte à 1844; cependant cette loi n'admet pas la limitation de la responsabilité des actionnaires, qui ne sera établie que par une loi postérieure, en 1855.

L'histoire moderne des SPA - et non seulement en

Grande-Bretagne - s'inaugure par une loi de 1862⁽⁷⁾, qui devait exercer une influence tellement considérable sur les législations du Continent.

Par cette loi, et surtout en matière de constitution de SPA, le système anglais s'esquisse déjà clairement d'après les principes également appliqués par la loi en vigueur.

La nécessité d'un contrôle plus précis a entraîné des interventions répétées du législateur jusqu'au moment où, en 1908, une loi organique ("Companies Consolidation Act, 1908) reprit toute la matière pour la refondre en un seul texte. Parmi les lois postérieures, il faut rappeler surtout une loi de 1918 qui accentue la responsabilité des administrateurs et la loi organique de 1929.

De nouvelles modifications ont été apportées par une loi de 1947, notamment en matière d'assemblées, de protection des actionnaires, d'administrateurs, de modifications de l'objet social, et de holdings.

La loi de 1948, qui a refondu la matière toute entière, représente donc le fruit d'une élaboration séculaire.

Pour mieux comprendre le système anglais, il nous paraît opportun de rappeler que l'industrie anglaise, à la différence de l'industrie allemande a connu un développement historique fort long et lent; par habitude, elle recherche en elle-même les fonds qui lui sont nécessaires; ses rapports avec les banques sont moins étroits; la SPA est l'un des instruments qui lui servent pour obtenir les moyens financiers, sans être toutefois le seul, parce que l'industrie anglaise tend à maintenir vivant le caractère individuel ou familial des entreprises, relativement peu étendues; et son instrument plus courant est la "private company", qui, plus qu'à la SPA du droit continental, peut être comparée à la société à responsabilité limitée.

(7) "a masterpiece of legislation", suivant les mots de PALMER, Company law, Londres, 1949, p. 8.

II. Plan technique de la loi.

La loi anglaise est d'une très grande ampleur; elle se compose de 462 "sections" qui en général sont plus étendues que les articles des lois continentales; elle présente tous les caractères typiques de précision de la méthode législative anglaise. Il est nécessaire de noter qu'elle ne s'occupe pas seulement des "public companies by shares" qui font l'objet de notre étude (cf. ci-dessus, chap. 1); que les sections 211-365 sont dédiées à la liquidation et comprennent aussi la liquidation judiciaire, qui, en matière de sociétés, remplace la faillite.

La loi est suivie de 18 annexes (schedules) qui en augmentent encore le volume. Pour notre exposé, il faut rappeler notamment la première annexe qui, dans la "Table" A, contient, divisé en 136 numéros, un statut-type constituant un important ensemble de règles dispositives.

La loi est divisée en treize parties dont les suivantes nous intéressent:

- Partie 1. - La constitution de la société (s. 37-94)
- " 2. - Actions et obligations (s. 37-94)
- " 4. - Direction et administration (s. 107-210)
- " 5. - La liquidation (s. 211-365).

Dans la première partie, la loi s'occupe de l'acte constitutif (s. 1-5), des statuts (s. 6-10, mais pour celle-ci v. aussi la table A de la première annexe), de l'enregistrement (s. 12-16), du nom (s. 17-19), de la portée juridique de l'acte constitutif et des statuts et de leurs modifications (s. 20-25), de l'acquisition de l'état d'actionnaire et des participations réciproques de sociétés (s. 26-27); des effets de la réduction du nombre des actionnaires au dessous de sept (s. 31); de la représentation dans l'accomplissement des actes juridiques (s. 32-36).

La deuxième partie, dédiée aux actions et aux obligations réglemente le "prospectus" (s.37-46), la répartition du capital entre les souscripteurs (s.47-52), les commissions pour la vente des actions et obligations et l'émission au-dessous et au-dessus du pair (s.53-58), le capital (s.59-71); enfin elle réglemente les droits des actionnaires, les titres des actions et des obligations (s.72-94).

La quatrième partie - de la direction et administration se divise dans les chapitres suivants: domicile et nom (s.107-108) conditions pour le commencement de l'activité de la société (s.109 livre des associés et état annuel des associés et des actions (s.110-129), assemblées (s.130-146), livres des comptes, bilan et réviseurs (s.147-163), inspection de la société (s.164-175), administrateurs et fonctionnaires (s.176-205); concordat, transfert du patrimoine et fusion (s.206-209).

Quant à la cinquième partie qui, comme nous l'avons déjà noté, est très étendue, il convient d'en rappeler les titres suivants: liquidation décidée par l'autorité judiciaire (s.218-277); liquidation volontaire (s.278-310); liquidation soumise au contrôle de l'autorité judiciaire (s.311-315); dispositions communes à toute forme de liquidation relatives à la vérification des créances (s.316-319); actes accomplis en fraude des droits des créanciers (s.320-327); dispositions pénales (s.328-334).

§ 5. - Italie.

La matière des sociétés par actions est réglementée par le code civil de 1942. Parmi les lois spéciales qui complètent ou modifient le régime du code, il faut mentionner la loi du 25 octobre 1941 - 9 février 1942 sur la "nominativité obligatoire des actions", et le D. 29 mars 1942, n. 239, sur le même sujet.

I. - Introduction.

Le système italien n'est pas un système original; il a subi dans une mesure fort remarquable l'influence de toutes les principales législations étrangères. Cependant, une certaine originalité lui peut être reconnue à cause de la fusion qu'il réalise entre des éléments différents et parfois hétérogènes. En tous cas, il faut le mentionner ici parce que la récente législation italienne repose sur une jurisprudence et une doctrine qui, dans cette matière, sont particulièrement intéressantes. Par rapport aux systèmes anglais et allemand, la loi italienne se distingue par sa simplicité et sa concision. Quant à son orientation, le système italien, comme en général les systèmes latins, occupe une position intermédiaire entre le rigorisme allemand et le libéralisme anglais.

La législation italienne a commencé à s'émanciper du système français dès le code de commerce de 1882. Après ce code, le législateur est intervenu à plusieurs reprises, mais jusqu'au code civil de 1942 aucune loi ne l'avait modifié radicalement. L'évolution est due spécialement à la jurisprudence et à la doctrine, qui ont eu une remarquable influence dans le système italien. Aussi la nouvelle codification s'est-elle maintenue dans la ligne traditionnelle; cependant il nous paraît opportun de signaler les dispositions suivantes.

Le code s'est proposé de réserver la SPA aux grandes entreprises; cependant, tant que le minimum d'un million établi par l'art. 2327 (en 1942) ne sera pas augmenté, on ne peut pas dire que ce but soit atteint. Les actions à vote plural sont interdites (art. 2351), mais le même article permet les actions à vote limité, privilégiées quant à la répartition des bénéfices; les actions de jouissance sont aussi réglementées (art. 2353). Des dispositions assez nombreuses, par rapport à la concision de la loi, sont consacrées au problème des groupements de sociétés (art. 2359-61). La loi est très rigoureuse en matière de modifications des statuts

et exige, dans certains cas, le vote favorable de la moitié du capital (arts. 2368-69). Elle réglemente aussi le comité exécutif du conseil d'administration (art. 2381) et l'assemblée des obligationnaires (art. 2415) et établit d'une manière rigoureuse le contenu du bilan et les critères pour l'évaluation des biens (art. 2423 et s.).

II. - Plan technique de la loi.

Le code civil dédie à la SPA 136 articles (2325-2461); quelques autres dispositions sont applicables à toutes les sociétés (art. 2247-2250: dispositions générales; 2498-2504: transformation et fusion; 2505-2510: sociétés constituées à l'étranger ou qui opèrent à l'étranger).

En outre, la SPA est soumise à la loi des faillites, entrée en vigueur avec le code.

Dans ses vingt premiers articles, divisés en quatre sections, le code réglemente la constitution simultanée et celle par souscription publique. Les actions sont réglementées dans la cinquième section. La sixième section (art. 2363-2409) est consacrée aux organes de la société (l'assemblée, les administrateurs et le conseil des commissaires). La septième section s'occupe des obligations (art. 2410-2420). Les deux sections suivantes (art. 2421-2435) réglementent les livres sociaux et le bilan. La dixième section réunit les règles relatives à la modification des statuts (art. 2436-2447). Dans les articles successifs (2448-2457), la loi réglemente la dissolution et la liquidation. Les deux dernières sections, très brèves, sont dédiées à la société avec participation de l'Etat et à la société d'intérêt national (art. 2458-2461).

§ 6. - Suisse.

La matière des sociétés par actions est réglementée par le code des obligations, art. 620-763; 1156-1182 (ces derniers concernent les emprunts par obligations en général).

I. - Introduction.

Les études pour la revision du code des obligations, achevées en 1936, ont commencé en 1912 après la publication du code civil. Deux projets ont paru en 1919 et 1923. Cependant, jusqu'à la publication du code révisé, le code de 1881 est resté en vigueur sans subir aucune réforme considérable. Ce dernier, en ce qui concerne la SPA, avait été inspiré par la loi allemande de 1870.

La revision de 1936 n'a pas apporté des modifications très profondes; cependant, sur divers points, comme nous aurons l'occasion de le signaler au cours de ce rapport, le système suisse s'est éloigné du système allemand par cette loi.

La loi suisse suit la tendance moderne de limiter la SPA aux grandes entreprises (art. 621);

établit un nombre minimum d'actionnaires (art. 625);

réglemente les deux formes de constitution (art. 626-639);

donne des dispositions précises sur les droits individuels des actionnaires (art. 646, al. 2 et 3), sur les actions privilégiées (art. 654-656) et les bons de jouissance (art. 657-658);

établit des règles sur l'acquisition par la société de ses propres actions (art. 659);

réglemente les fonds de réserve (art. 671-674);

établit avec une certaine rigueur la compétence des différents organes (art. 698 et s.).

donne des dispositions précises sur la réduction du capital (art. 732-735);

visé à protéger les obligataires (art. 1156 et s.)
s'inspirant à une loi de 1919;

enfin, l'art. 14 des "dispositions finales" mérite d'être signalé; suivant ce texte une société étrangère peut transférer en Suisse son siège et y être enregistrée.

II. - Plan technique de la loi.

Le titre vingt-six du code des obligations, dédié à la "société anonyme", se compose de 143 articles et est divisé en huit chapitres comme suit:

I.-Dispositions générales (caractères de la société, procédés de constitutions, protection des actionnaires et du capital social, modifications des statuts, augmentation du capital, actions privilégiées, bons de jouissance, acquisition par la société de ses propres actions).

II.-Droits et obligations des actionnaires (droits des actionnaires dans la liquidation, éléments qui doivent ressortir du bilan, fonds de réserve, dividendes; versements des actionnaires, actions non libérées; droits inhérents à la qualité d'actionnaire, droit de vote).

III.-Organisation de la société (l'assemblée, ses pouvoirs; les administrateurs, leur qualité, leur élection, leur organisation, leurs pouvoirs, leurs obligations; les contrôleurs, leurs devoirs).

IV.-Réduction du capital social.

V.-Dissolution de la société (Causes de dissolution, procédé de liquidation, dissolution par fusion, par réunion dans une nouvelle société et par reprise par une corporation de droit public).

VI.- Responsabilité (responsabilité civile des auteurs du prospectus, des fondateurs, des administrateurs, des contrôleurs et des liquidateurs; actions de responsabilité).

VII.- Participation de corporations de droit public (délégation de représentants publics dans les organes de la société).

VIII.- Institutions de droit public non soumises à la présente loi.

Le titre trente-quatre sur les "emprunts par obligations" se divise en deux chapitres comme suit:

I.- Du prospectus obligatoire pour les émissions.

II.- De la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations.

LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS EN TANT QUE PERSONNE JURIDIQUE

§ 1. Les différentes conceptions de la personnalité et la capacité juridique des sociétés.

1. Dans tous les systèmes, la société par actions est considérée comme une personne juridique. Cependant les conceptions de la personnalité juridique sont très différentes dans les divers systèmes et on peut dire qu'elles sont influencées par l'une ou par l'autre des deux doctrines qui divisent la science juridique sur ce point.

Suivant la théorie organique, la société est non seulement une personne douée d'une existence réelle, mais elle existe en soi même comme organisation; les individus qui agissent pour elle, singulièrement ou collectivement, sont les organes qui la composent. Suivant la théorie de la fiction, la personnalité n'est qu'un moyen technique pour atteindre certains résultats juridiques, pour unifier un patrimoine en le détachant de ses sujets: l'assemblée n'est que la réunion des associés; les administrateurs ne sont que des mandataires de ces derniers.

2. L'opposition la plus nette qui puisse découler de ces conceptions apparaît dans le système allemand, d'une part, et dans le système anglais, de l'autre. Le premier suit la théorie organique qui est toujours plus acceptée par les systèmes latins et germaniques au moins sous certains aspects⁽¹⁾.

3. Cependant, en ce qui concerne la personnalité, le

(1) Sur la théorie organique en matière de sociétés cf. WIELAND, Handelsrecht, Berlin 1921, I, § 35; BRUNETTI, Trattato del diritto delle società, Milan, 1946, II, n. 552 et s.

point sur lequel diffèrent les divers systèmes, et particulièrement le système allemand et le système anglais, est la capacité. Celle-ci sans aucun doute représente l'un des aspects les plus importants de la personnalité juridique, mais elle ne dépend pas nécessairement des conceptions théoriques que nous avons rappelées quoiqu'on puisse dire en général qu'il existe, dans les différents systèmes, un certain parallélisme sur ces points.

4. Suivant le système allemand, la capacité juridique a un caractère général et les pouvoirs des représentants de la société sont aussi généraux; une fois constituée, celle-ci peut effectuer valablement tout acte juridique, et sa capacité n'est pas limitée par son but. Dans le système anglais au contraire, la personnalité est spéciale; elle se limite à une série déterminée d'actes nécessaires pour atteindre le but social; elle se compose d'un ensemble de facultés et les actes qui n'y rentrent pas sont nuls. Le pouvoir des administrateurs, qu'on considère comme des quasi-trustees de la société, peut être limité ultérieurement.

5. Entre ces deux tendances extrêmes, suivies d'une manière plus ou moins rigoureuse par un nombre considérable de systèmes, il est peut-être possible de considérer comme une position intermédiaire celle des systèmes latins, qui n'acceptent ni l'extension illimitée du système allemand ni la délimitation excessive du système anglais. En tous cas, il ne s'agit que de tendances apparaissant plus ou moins clairement dans les différents systèmes, suivant la technique juridique et les orientations scientifiques de chacun.

6. Quant aux systèmes en vigueur aux Etats-Unis, on peut dire qu'ils sont sous l'influence de la conception anglaise, mais quelques uns d'entre eux l'ont complètement abandonnée sur

ce point⁽²⁾ et les autres en font en général une application moins rigoureuse⁽³⁾.

§ 2. Le systèmes de la capacité générale.

A) Principe.

1. Allemagne⁽⁴⁾. La capacité de la société est limitée uniquement par sa nature de personne non physique⁽⁵⁾ et par les dispositions de la loi⁽⁶⁾; la capacité est générale par disposition impérative; les parties ne peuvent pas la restreindre.

2. Le pouvoir de représentation des administrateurs a les caractères d'une représentation légale; la société ne peut pas le limiter; ce pouvoir est général comme la capacité de la société; le but social constitue une restriction interne⁽⁷⁾. La société peut uniquement établir que le pouvoir de représentation n'appartient pas à tous les administrateurs, mais à quelques-uns seulement d'entre eux (§ 71, al. 3). En d'autres termes, la capacité juridique de la société et le pouvoir de représentation coïncident complètement et comprennent tout acte juridique du droit

(2) Cf. ci-dessous § 2, n. 9-10.

(3) Cf. ci-dessous § 3, n. 9-13.

(4) § 1 ("La SPA est une société ayant une personnalité juridique propre"); § 48, al. 1 (idem); § 74 ("les limitations au pouvoir de représentation, établies par l'acte constitutif ou par le Conseil de surveillance sont inopposables aux tiers"). Sur l'origine de cette disposition, cf. K. LEHMANN, Das Recht der Aktiengesellschaften, vol.2, Berlin 1904, p. 324

(5) ex.: elle ne peut pas avoir de droits de famille; v. SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI, Aktiengesetz, Berlin 1939; § 48, an. 3 et s.

(6) Aut.cit., § 74, an. 1 et 11. Contra: v. GIERKE J., Handelsrecht Berlin, 1941, p. 92 et 232. D'après cet auteur la capacité de la SPA n'est pas illimitée; le pouvoir de représentation des administrateurs ne peut pas arriver jusqu'à engager la responsabilité de la SPA par des actes manifestement abusifs ou qui ne rentreraient pas dans le but économique de toute SPA.

(7) v. TEICHMANN-KOEHLER, Aktiengesetz, Berlin 1939, § 71, an. 1.

patrimonial⁽⁸⁾.

B) Conséquences.

3. Il suffit que dans l'acte constitutif, l'objet de la société soit indiqué en termes généraux⁽⁹⁾.

4. Les actes juridiques qui excèdent l'objet ainsi déterminé sont valables; ils peuvent uniquement entraîner la responsabilité interne des administrateurs⁽¹⁰⁾.

5. La modification de l'objet de la société, réalisée par voie de fait, est une cause de nullité pour la société, mais elle n'a aucune influence sur la validité des actes de la société, tant que la nullité n'a pas été prononcée⁽¹¹⁾.

6. La capacité de la société et le pouvoir de représentation des administrateurs est déterminé par la loi et non pas par l'acte constitutif ou les délibérations de l'assemblée.

7. Certaines de ces conséquences dérivent évidemment de la théorie organique.

C) Autres systèmes adoptant la capacité générale.

8. Ontario (Canada) Ch. 35, § 6: "Every corporation or company shall have the general capacity which the common law ordinarily attaches to corporations created by charter".

9. Vermont (États-Unis d'Amérique), Public laws, 1933,

(8) v. STAUB, Kommentar, Berlin, 1926, § 235, an. 10

(9) SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI, cit. § 16, an. 12 et s.

(10) Aut. cités, § 16, an. 12; § 74, an. 1 et 11.

(11) Aut. cit., § 216, an. 4.

Chap. 239, § 5817. D'après cette disposition, entrée en vigueur en 1915, tout acte autorisé ou ratifié par les directeurs de la société est considéré comme un acte de la société, même si cet acte n'était pas nécessaire ou convenable pour atteindre le but social.

10. Après la publication du Model business corporation act ⁽¹²⁾, plusieurs États américains ont adopté le système de la capacité générale. Nous rappelons les suivants :

Ohio, General Code, § 8623-126

"Every Corporation shall have the capacity possessed by natural persons"

Californie, General Corporation Law, § 801-803.

Minnesota, Revised Statutes (1945), § 301.12

Illinois, Business Corporation Act, § 5 et 8.

Cependant sur ce point de la capacité, le Model Business Corporation Act est beaucoup moins avancé que les législations que nous venons de mentionner. D'ailleurs ces dernières ont adopté le système de la capacité générale à des degrés différents que nous ne pouvons pas examiner ici.

§ 3. Le système de la capacité juridique spéciale
(théorie des ultra vires).

A) Principe.

1. Grande Bretagne (§ 13, al. 2). Dans le droit anglais la notion de personne juridique a été élaborée par la jurisprudence. Le § 13 de la loi se borne à établir que "from the date of

(12) Cf. ci-dessus, Chap. 2, § 2 et ci-dessous, § 4, n. 2, où nous en citons la disposition relative à la capacité.

incorporation ... the subscribers of the memorandum together with such other persons as may from time to time become members of the company, shall be a body corporate ... capable forthwith of exercising all the functions fo an incorporated company ...". Selon la jurisprudence, l'extension de la capacité est déterminée par l'objet social; celui-ci peut être considéré comme un ensemble de pouvoirs énumérés par l'acte constitutif.

2. Ces pouvoirs peuvent se distinguer de la manière suivante⁽¹³⁾:

1. Pouvoir d'effectuer tous les actes nécessaires au but poursuivi par la société;
2. Pouvoir d'effectuer les actes qu'on peut considérer comme impliqués par ce but ou comme conséquence de celui-ci;
3. Pouvoir d'effectuer les actes autorisés par la loi des sociétés ou par toute autre loi⁽¹⁴⁾

3. La portée pratique de cette théorie dépend en partie aussi de la possibilité de modifier l'objet social par délibération de l'assemblée. A l'origine, une telle modification était impossible (ou on ne pouvait l'effectuer que par des moyens exceptionnels). Ensuite cette interdiction a été atténuée. Suivant la loi de 1947, refondue dans celle de 1948, la modification de l'objet est possible dans une certaine mesure; la loi la régleme avec précision à le § 5.

(13) Cf. PALMER'S Company Law, 1949, p. 45.

(14) Pour une liste de ces derniers, cf. PALMER, cit. p. 575.

Pendant la discussion de la loi de 1947, on avait proposé d'abandonner la théorie des ultra vires⁽¹⁵⁾. La proposition n'a pas été acceptée par le Parlement. Malgré la possibilité de modifier les statuts, le principe juridique de la capacité spéciale, c'est-à-dire la théorie des actes ultra vires, garde toute son importance et a des conséquences considérables⁽¹⁶⁾.

4. Le pouvoir de représentation est déterminé par les statuts⁽¹⁷⁾.

Si les administrateurs exercent un tel pouvoir et que leurs actes ne sont pas ultra vires par rapport à la constitution de la société, celle-ci peut les ratifier; mais à défaut de ratification ces actes n'obligent pas la société⁽¹⁸⁾.

Ceci revient à dire que le système anglais applique entièrement les principes de la représentation volontaire; cette solution découle évidemment de la théorie de la fiction⁽¹⁹⁾, ainsi que de la notion que les administrateurs sont des quasi-trustees pour la société.

B) Conséquences.

5. Il est nécessaire que l'acte constitutif spécifie l'objet de la société en déclarant les actes que la société peut effectuer.

(15) Sur ce problème, aussi du point de vue historique, cf. HARROWITZ, Company law reform and the ultra vires doctrine, dans LQR., 1946 p. 66.

(16) Sur cette théorie cf. l'article récent de SIEBEL, Betrachtungen zur Ultra-vires Lehre Englands, dans ZGH., 1949, p. 119.

(17) Cf. la "clause" 80 de la Table A du I^{er} Schedule; sur ces termes v. ci-dessus chap. 2, § 4, II).

(18) Cf. PALMER, op. cit. p. 158; BENDER, Deutsches u. englisches Aktienrecht, Berlin, 1937, p. 95-96; ARDIGO, Le società per azioni nel diritto inglese, Padoue, 1939, p. 271 et s.

(19) Cf. ci-dessus, § 1.

6. Les actes excédant l'objet social sont nuls et ne peuvent pas être ratifiés, fût-ce même par l'accord de tous les actionnaires (ces derniers ne peuvent pas les valider par la modification successive de l'acte constitutif), puisque l'art. 5 permet seulement quelques légères modifications de l'acte constitutif et uniquement pour l'avenir.

7. Le patrimoine social est entièrement réservé à l'objet social (tel est l'avantage que cette théorie présente pour les actionnaires et pour les créanciers).

8. Les tiers doivent se prémunir contre le danger de la nullité de leurs actes en examinant, avant de les accomplir, l'acte constitutif.

C) La théorie des actes "ultra vires" aux Etats-Unis.

9. Comme nous l'avons vu au paragraphe précédent (n.9-10) plusieurs Etats des Etats-Unis ont abandonné la théorie des ultra vires ou ont cherché à en atténuer les effets. D'une manière générale, on peut dire qu'aux Etats-Unis cette théorie est beaucoup moins rigoureuse qu'en Angleterre⁽²⁰⁾. Pour les Etats qui n'ont pas dérogé à cette théorie ou qui n'ont pas procédé à une réglementation par voie de disposition législative, trois points doivent faire l'objet d'une remarque spéciale:

10. Définition de l'objet et des pouvoirs.

En général, on admet que l'objet et les pouvoirs de la société peuvent être définis d'une manière très compréhensive.

11. Ratification des actes ultra vires.

Les tribunaux américains admettent en général que les actes excédant le but social, peuvent être ratifiés par l'approba-

(20) Sur la théorie des actes ultra-vires aux Etats-Unis cf. BALLANTINE, On Corporations, Chicago, 1946, chap. 8.

tion unanime des actionnaires pourvu qu'ils ne préjugent pas les droits des créanciers⁽²¹⁾.

12. Les actes "ultra vires" avant et après leur exécution.

Quand il n'existe pas de dispositions légales, en principe, la jurisprudence américaine décide de la manière suivante⁽²²⁾ en ce qui concerne les contrats qui ne rentraient pas dans le but social:

a) si le contrat a été exécuté par les deux parties, il produit ses pleins effets juridiques;

b) si le contrat n'a été exécuté ni par l'une ni par l'autre des parties, aucune d'entre elles ne peut en demander l'exécution;

c) si le contrat a été exécuté par l'une des parties seulement, il y a, d'après une certaine tendance jurisprudentielle, une obligation quasi-contractuelle pour les avantages résultant de l'exécution, tandis que, suivant une autre tendance⁽²³⁾, la partie qui a reçu la prestation, ne peut pas refuser d'effectuer la sienne en alléguant que le contrat est "ultra vires".

§ 4. - Les systèmes latins.

A) Introduction.

1. Dans les systèmes qui n'acceptent ni l'une ni l'autre des positions extrêmes du système allemand (de la capacité illimitée) ou du système anglais (de la capacité spécifiquement définie par les statuts), il est difficile d'établir dans quelles limites

(21) BALLANTINE, op. cit. § 100; cf. ci-dessus, n. 6.

(22) BALLANTINE, op. cit. § 92 et s.

(23) Cour de New-York, Whitney Arms Co. v. BARLOW, 63 N.Y. 62, 20 Am. Rep. 504.

la société peut valablement effectuer des actes juridiques. En outre, dans ces systèmes, le problème de la capacité de la société et celui des pouvoirs de représentation de ses administrateurs ne sont pas toujours clairement séparés.

En principe, on peut dire que l'objet social, tel qu'il résulte des statuts, limite la capacité de la société; si étendu que soit le pouvoir de représentation concédé aux administrateurs, il ne peut pas inclure des actes qui ne seraient pas destinés à réaliser l'objet social.

2. Il peut être convenable de citer à ce propos le § 11 du Model Business Corporation Act américain⁽²⁴⁾ d'après lequel la société aura la "capacity to act possessed by natural persons", mais aura l' "authority to perform only such acts as are necessary or proper to accomplish its purposes and which are not repugnant to law". En d'autres termes, on reconnaît à la société une capacité semblable à celles des personnes physiques, mais en même temps on établit qu'elle est autorisée à accomplir uniquement les actes qui rentrent dans son but social. Comme nous le verrons dans les pages suivantes, on peut dire que ce système est celui adopté par les pays latins.

B) Le système français.

3. Dans la législation française, il n'y a pas de texte spécial sur la personnalité des sociétés par actions; elle a été définie (comme celle de toute société commerciale) par la doctrine et la jurisprudence.

4. En principe, on peut dire que dans le système français on reconnaît à la société par actions une personnalité parallèle à celle des personnes physiques et une capacité générale. Par

(24) Cf. ci-dessus, chap. 2, § 2.

conséquent, la société peut posséder toute sorte de biens; recevoir par donation et legs; faire elle-même des donations. Mais il est nécessaire que ces actes soient compatibles avec le but social. L'acte excédant le but social ne pourrait même pas être autorisé par l'assemblée sans une modification préalable des statuts, réalisée suivant les règles de la modification des statuts⁽²⁵⁾

5. Sauf disposition contraire des statuts, on reconnaît aux administrateurs le pouvoir d'effectuer les actes d'administration nécessaires pour réaliser l'objet social⁽²⁶⁾, mais en général on en exclut les actes de disposition⁽²⁷⁾.

A ce propos, il est important de noter que la pratique française - avec un certain parallélisme avec la doctrine anglaise des ultra vires en matière de but ou objet social - emploie une clause statutaire très détaillée qui établit tous les actes que les administrateurs peuvent effectuer. Cette pratique se rattache évidemment à l'idée du mandat et par conséquent de la personnalité fictive⁽²⁸⁾.

6. Après la récente réforme de 1940-1943, quelques auteurs considèrent que désormais le conseil d'administration a des pouvoirs propres s'étendant à tous les actes nécessaires au but social⁽²⁹⁾. La jurisprudence accepte ce dernier point de vue qui coïncide avec

(25) LYON-CAEN et RENAULT, Traité de droit commercial, Paris 1929, II, 2, n° 820; HOUPIN et BOSVIEUX, Traité générale des sociétés, Paris 1935, II, n° 1049; contra: ESCARRA, Some points of comparison between the Companies Act, 1948, and the french law of Companies, dans Cambridge L. J., XI, p. 24.

(26) v. PIC-KRÉHER, Des sociétés commerciales, Paris 1948, II, n° 2083.

(27) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit. n° 819; HOUPIN et BOSVIEUX, op. cit. n° 1048 et s.; PIC et KRÉHER, op. cit. n° 2084.

(28) Cf. ci-dessus, § 1.

(29) RIPERT, Traité élémentaire de droit commercial, Paris 1948, n° 1143.

celui des systèmes italien et suisse⁽³⁰⁾.

Les statuts peuvent restreindre les pouvoirs légaux.

La clause des statuts est opposable aux tiers pourvu qu'elle soit publiée⁽³¹⁾. L'assemblée peut ratifier l'acte excédant les pouvoirs des administrateurs, s'ils n'excèdent pas le but de la société: dans le cas contraire, il serait nécessaire de modifier les statuts.

C) Le système italien.

7. (Art. 2331, al. 1: "par l'inscription au registre, la société acquiert la personnalité juridique").

8. Dans le système italien, on reconnaît à la personne morale une capacité générale: on en exclut uniquement les actes incompatibles avec sa nature de personne morale⁽³²⁾. Cette règle a été appliquée aussi aux sociétés par actions, de manière qu'on les considère capables de tout acte juridique de droit patrimonial.

9. Sous l'empire du code de commerce aujourd'hui abrogé, on avait discuté longuement (comme en France) quant à l'extension du mandat des administrateurs; aujourd'hui l'art. 2298 (rappelé par l'art. 2384) dispose que: "l'administrateur qui a la représentation de la société peut effectuer tous les actes inclus dans l'objet social, sauf les limitations résultantes de l'acte constitutif ou de la procuration". Ces limitations sont opposables aux tiers pourvu qu'elles résultent du registre de commerce ou qu'elles soient connues du tiers intéressé. Les administrateurs ont donc un pouvoir propre, ressortissant à leur qualité d'administrateurs. De la lettre de l'article cité, on pourrait aussi déduire que les statuts

(30) Cf. ci-dessus, lettres C et D.

(31) PIC-KRÉHER, op. cit. n° 2086; RIPERT, op. et loc. cit.

(32) FERRARA, Le persone giuridiche, Turin 1938, n. 83.

ou l'assemblée peuvent restreindre ce pouvoir, tandis qu'ils ne peuvent pas l'étendre, puisqu'il ne peut pas excéder l'objet social.

Cependant il est difficile d'établir exactement la position du système italien vis-à-vis de ce problème; la doctrine et la jurisprudence ont examiné surtout le problème de l'extension du mandat des administrateurs en relation avec la nature des actes (33) et celui des différents pouvoirs des membres de l'administration (34). En général, on peut dire que dans le système italien le pouvoir de représentation des administrateurs ne peut en aucun cas excéder l'objet de la société (35). Suivant quelques auteurs, l'objet social peut s'étendre ou se restreindre au cours de l'activité sociale sans une délibération expresse; les limites qui en résultent sont opposables aux tiers qui seraient au courant de l'extension ou restriction de l'objet (36).

En général, on considère le pouvoir de représentation des administrateurs comme un pouvoir légal (37).

10. L'art. 2361 interdit à la société d'acquérir des participations dans d'autres entreprises, lorsque cette acquisition entraîne une modification de l'objet social.

(33) v. VIVANTE, Trattato di diritto commerciale, 1923, II, n.556 et s.; SRAFFA, dans RDC., 1912, I p. 371; DE GREGORIO, Delle società e delle associazioni commerciali, Turin 1938, n. 172.

(34) VIVANTE, II, n. 558; DE GREGORIO; op. cit. n. 179; FRE', L'organo amministrativo delle società anonime, Rome 1938, chap. III.

(35) Dans ce sens expressément, DE GREGORIO, op. cit. n. 177; FRE' op. cit. p. 255; GRAZIANI, Le società per azioni, Naples 1948, p. 185 et la jurisprudence; cf. Cass., 11 février 1943, n. 313 publié dans Dir. Fallimentare, 1943, II p. 14; en sens contraire, ASCARELLI, Appunti di diritto commerciale, Rome 1938, II, p. 52.

(36) DE GREGORIO, op. cit. n. 177; contra: FRE', op. loc. ult. cit.

(37) Cf. BRUNETTI, op. cit. I, n. 138.

D) Le système suisse.

11. (Art. 52, C. civ.: "Les sociétés organisées corporativement ... acquièrent la personnalité en se faisant inscrire au registre de commerce"; art. 643, C. O., idem; art. 53 C. civ.: "Les personnes morales peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme, telles que le sexe, l'âge ou la parenté"; art. 54: "Les personnes morales ont l'exercice des droits civils dès qu'elles possèdent les organes ..."; art. 55, C. civ.; "La volonté d'une personne morale s'exprime par ses organes. Ceux-ci obligent la personne morale par leurs actes juridique et par tous autres faits..."; art. 718, C. civ., v. infra).

12. Par l'art. 718 du C. O., révisé en 1936, le système suisse s'est éloigné du système allemand en ce qui concerne la capacité juridique des sociétés et a accepté une solution semblable à celle des systèmes latins.

En principe, la SPA jouit d'une capacité générale, c'est-à-dire qu'elle peut effectuer tous les actes juridiques qui ne sont pas incompatibles avec sa nature de personne morale. Mais chaque société ne peut effectuer que les actes nécessaires à son but social. Cette même limitation s'applique aux administrateurs, comme il résulte de l'art. 718, suivant lequel les administrateurs sont autorisés à "faire tous les actes que peut comporter le but social". La formule de la loi est assez compréhensive; cependant la référence au but social, en opposition à la jurisprudence antérieure concédant aux administrateurs un pouvoir général, fait ressortir que désormais la société sera obligée par les actes de ses administrateurs uniquement dans les limites de son but⁽³⁸⁾;

(38) STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, Zurich 1946, p. 28 et s.

la limitation qui résulte de ce principe a un caractère très général, analogue à celui des systèmes français et italien⁽³⁹⁾.

En d'autres termes, la capacité juridique de la société est limitée par son but; toutefois, dans les limites de ce but, elle peut s'étendre à tout acte compatible avec sa nature de personne morale.

13. Les pouvoirs de représentation étant déterminés par la loi, il n'y a pas lieu de distinguer entre les actes d'administration et les actes de disposition⁽⁴⁰⁾. La société peut limiter ces pouvoirs (art. 718, al. 2); la limitation n'est pas opposable aux tiers de bonne foi, à moins qu'il ne s'agisse de la représentation exclusive de l'établissement principal ou d'une succursale ou de la représentation collective de la raison sociale.

E) Conséquences communes à ces systèmes.

14. Comme nous l'avons vu, il n'est pas possible de connaître exactement l'extension de la capacité juridique de la société dans les systèmes latins; mais, de l'idée que l'objet social constitue la limite de cette capacité, on peut déduire des conséquences communes qui caractérisent ces systèmes.

15. Il est suffisant que l'objet social (ou but) soit établi dans les statuts d'une manière générale par l'indication des affaires auxquelles la société va se consacrer (comme dans le système allemand).

(39) STEIGER, op. cit. p. 229 et s.

(40) Cf. ci-dessus, n. 5; SCHUCANY, Kommentar zum Schweiz. Aktienrecht, Zurich, 1940 p. 157.

16. La capacité juridique de la société s'étend à tout droit et tout acte destiné à réaliser cet objet (sauf exception légales)⁽⁴¹⁾. Les actes qui excèdent cet objet sont nuls (comme dans le systèmes anglais).

17. En principe, le pouvoir de représentation de l'organe administratif est déterminé par la loi; il coïncide avec la capacité de la société; on peut dire qu'il dérive de la notion d'organe⁽⁴²⁾, et il est par conséquent très vaste.

18. La société peut, soit réserver à l'assemblée ou au conseil d'administration la délibération de certaines opérations, en y subordonnant le pouvoir de représentation, soit attribuer ce pouvoir à quelques-uns des administrateurs seulement.

19. En principe, les limitations du pouvoir de représentation qui résultent de l'organisation de la société, sont opposables aux tiers qui les connaissent ou doivent les connaître.

§ 5. - Limitations légales de la capacité et actes interdits à la société.

A) Introduction.

I. Il y a dans presque tous les systèmes des actes juridiques qui sont interdits à la société. La sanction légale de cette interdiction n'est pas toujours la nullité. C'est pour cette raison, c'est-à-dire parce qu'il ne s'agit pas, en général,

(41) Cf. ci-dessous, § 5.

(42) Application de la théorie organique, ci-dessus, § 1.

d'une véritable limitation de la capacité, que nous en traitons ici dans un paragraphe à part et sans entrer dans les détails. L'interdiction concerne spécialement les actes par lesquels la société devrait acquérir ses propres actions ou les actions d'autres sociétés, ou des droits sur ces actions.

B) L'acquisition par la société de ses propres actions⁽⁴³⁾

2. Allemagne (§ 65, al. 1-4 et 7). La loi détermine rigoureusement les cas dans lesquels la société peut acquérir la propriété de ses propres actions ou un droit de gage sur celles-ci. Ces cas sont les suivants: acquisition pour réduire le capital, acquisition pour éviter un dommage grave pour la société (jusqu'à 10 % du capital social), acquisition à titre gratuit ou en exécution d'une commission d'achat, pourvu que les actions soient entièrement libérées.

3. Etats-Unis. Il n'existe pas de doctrine uniforme sur ce point, aussi ne pouvons-nous donner à cet égard que quelques indications. Le Model Corporation Act⁽⁴⁴⁾ n'a établi aucune règle. Certains Etats ont réglementé la matière par des dispositions légales; d'autres l'ont confiée à la jurisprudence.

Parmi les premiers, il faut citer particulièrement l'Etat de Californie, qui dans les arts. 802, 1706-1713 de son nouveau Corporation Code (1947) établit d'une manière très précise les cas dans lesquels la société est autorisée à acheter ses propres actions.

Dans l'Etat de New-York, l'acquisition par la société de ses propres actions est autorisée indirectement par le § 664

(43) Sur ce problème en général voir NUSSBAUM, Acquisition by a corporation of its own stock, dans Col. L. R., XXXV (1935) p. 971.

(44) Cf. ci-dessus, chap. 2, § 2.

du Code pénal⁽⁴⁵⁾ pourvu qu'il s'agisse d'un achat effectué au moyen des bénéfices de la société. Des dispositions se trouvent aussi dans les lois du Kansas⁽⁴⁶⁾, du Kentucky⁽⁴⁷⁾, de l'Ohio⁽⁴⁸⁾ et dans d'autres lois.

Pour les systèmes n'ayant pas de dispositions législatives, il est fort difficile de dégager des règles générales. En principe, on peut dire que l'achat par la société de ses propres actions n'est pas interdit, mais la jurisprudence exige que les intérêts des créanciers ne soient pas préjugés. Pour les systèmes ayant des dispositions interdisant à la société de restituer son capital aux associés, on décide en général que l'achat par la société de ses propres actions tombe ou peut tomber sous cette prohibition⁽⁴⁹⁾

4. France. Dans le système français, il n'existe pas une disposition légale interdisant à la société d'acquérir ses propres actions. En principe, la doctrine et la jurisprudence, décident que l'achat est nul quand le prix est prélevé sur le capital social, et qu'il est valable quand il est affectée au moyen des bénéfices ou des réserves⁽⁵⁰⁾.

5. Grande-Bretagne. La question a été décidée dans un sens négatif dès 1887 dans un cas célèbre⁽⁵¹⁾.

(45) Laws of 1909, chap. 88, mod. par les L. of 1924, Chap. 221 et L. 1941, Chap. 838.

(46) General Corporation Code, § 17 - 3004, dans General Statutes Cumulative Supplements, Chapter 17

(47) Revised Statutes, § 271.135.

(48) General Corporation Act, dans General Code, § 8623-41.

(49) Cf. BALLANTINE, op. cit., § 256 et s.

(50) Cf. PIC et KRÉHER, op. cit., n. 2095-3004.

(51) TREVOR v. WIHTWORTH, L.R., 12 App. cas. 409.

Tout acte d'acquisition par la société de ses propres actions, est considérée ultra vires, même s'il est prévu par l'acte constitutif⁽⁵²⁾. La loi anglaise (§ 54) interdit aussi et sanctionne par une amende tout emploi de fonds de la société destiné à financer directement ou indirectement l'achat de ses propres actions par des tiers: on le considère comme une réduction non autorisée du capital.

6. Italie. Aux termes de l'art. 2357, l'acquisition par la société de ses propres actions est interdite, sauf en cas de réduction du capital et dans l'hypothèse où il s'agit d'actions entièrement libérées que la société acquiert au moyen de ses bénéfices.

7. Suisse. En principe (art. 659, al. 1), "la société ne peut ni acquérir ses propres actions ni les recevoir en nantissement", mais l'al. 2 du même article prévoit cinq cas où l'acquisition est permise: acquisition par réduction du capital, acquisition en paiement de créances de la société, acquisition par effet de la reprise d'une entreprise, acquisition par effet d'une opération qui rentre dans l'objet de la société, acquisition en conséquence de la garantie en actions déposées par les directeurs ou employés.

0) L'acquisition et la souscription par une société des actions d'autres sociétés.

8. Allemagne. (§ 65, al. 5). L'acquisition par la société "fille" des actions de la société "mère" est permise uniquement dans la mesure établie en matière d'acquisition par la société de ses propres actions (cf. ci-dessus n. 2).

(52) v. PALMER, op. cit. p. 51 et s.

9. Etats-Unis. En principe, la question de savoir si une société peut acquérir les actions d'une autre société doit être décidée d'après les règles sur la capacité. Cependant les lois des Etats qui limitent le pouvoir des sociétés par rapport à l'acquisition de leurs propres actions, le limitent en général, aussi en ce qui concerne l'acquisition par une société "fille" des actions de la société "mère" (53)

10. France. Loi de 1943, art. 8, al. 1., "toute société dont une fraction du capital social égale ou supérieure à 10 p. 100 est la propriété d'une autre société ne peut posséder d'actions de cette dernière société".

11. Grande-Bretagne. Les dispositions de la loi anglaise étant particulièrement détaillées, nous préférons citer le texte intégral du § 27:

" (1) Except in the cases hereafter in this section mentioned, a body corporate cannot be a member of a company which is its holding company, and any allotment or transfer of shares in a company to its subsidiary shall be void."

" (2) Nothing in this section shall apply where the subsidiary is concerned as personal representative, or where it is concerned as trustee, unless the holding company or a subsidiary thereof is beneficially interested under the trust and is not so interested only by way of security for the purposes of a transaction entered into by it in the ordinary course of a business which includes the lending of money."

" (3) This section shall not prevent a subsidiary which is, at the commencement of this Act, a member of its holding company

(53) Cf. dans ce sens: Californie, § 1706 et 1707, Kansas 17-304, Ohio § 8623-41 (cités, ci-dessus, n. 3).

from continuing to be a member but, subject to the last foregoing subsection, the subsidiary shall have no right to vote at meetings of the holding company or any class of member thereof."

" (4) Subject to subsection (2) of this section, subsections (1) and (3) thereof shall apply in relation to a nominee for a body corporate which is a subsidiary, as if references in the said subsections (1) and (3) to such a body corporate included references to a nominee for it."

" (5) In relation to a company limited by guarantee or unlimited which is a holding company, the reference in this section to shares, whether or not it has share capital, shall be construed as including a reference to the interest of its members as such, whatever the form of that interest."

12. Italie. arts. 2359 et 2360. La société ne peut pas acquérir les actions d'une société par laquelle elle est contrôlée; la société ne peut pas constituer ou augmenter son capital au moyen d'une souscription d'actions réciproque avec une autre société.

13. Suisse. Il n'existe pas de dispositions limitant expressément la participation de la société à d'autres sociétés⁽⁵⁴⁾; mais, suivant certains auteurs⁽⁵⁵⁾, l'art. 659 (cf. ci-dessus, n. 7) s'applique également à ces cas quand il s'agit d'une société "fille" vis-à-vis de la société "mère".

(54) Les arts. 671, al. 4 et 711, al. 2, favorisent les "sociétés holdings".

(55) Cf. STEIGER, op. cit. p. 153.

§ 6. - Conclusions.

1. Notre brève analyse nous permet de préciser que dans le commerce juridique trois espèces fondamentales de sociétés par actions se présentent aujourd'hui:

a) les sociétés du type anglais: leur personnalité consiste dans un nombre limité de pouvoirs;

b) les sociétés du type allemand, qui consistent dans une organisation personnifiée capable de tout acte juridique relevant du Droit patrimonial;

c) les sociétés du type latin, dont la capacité a une ampleur variable selon leur but, et vaguement définie: en principe, on peut les considérer comme des entreprises personnifiées.

d) quant aux sociétés des Etats-Unis, comme nous l'avons vu, on peut dire qu'en général leur capacité est plus voisine de celle des sociétés latines que de celle des sociétés anglaises; dans certains Etats, elles jouissent d'une capacité générale semblable à celle des sociétés allemandes

2. Il est important de noter que le problème de la personnalité des sociétés par actions n'a pas été étudié d'une manière approfondie. Il n'est pas entièrement improbable qu'on pourrait satisfaire aux différentes exigences qui se manifestent dans les trois tendances examinées. Evidemment, le système allemand veut assurer les tiers que leurs actes envers la société seront en tout cas valables; le système anglais cherche à protéger les actionnaires et les créanciers; les systèmes latins et plusieurs systèmes américains représentent peut-être un point d'équilibre entre ces deux tendances extrêmes; mais il est douteux que dans la pratique ils arrivent à atteindre leur but.

3. En tous cas, le problème est très vaste. En premier lieu, il faudrait fixer dans quelle mesure la personne juridique

doit répondre des actes - licites et illicites - de ses représentants, et dans quelle mesure les représentants eux-mêmes doivent répondre vis-à-vis des tiers pour les actes effectués en leur qualité d'organes d'une société. Il devrait être possible d'arriver à un accord sur ces points quoiqu'ils touchent à la conception même de la personne juridique comme organisation ou comme fiction juridique. En deuxième lieu, il serait nécessaire d'arriver à un accord sur la manière de circonscrire l'objet de la société par actions; ce qui est extrêmement difficile parce qu'il s'agit de donner une définition satisfaisante de l'entreprise d'un point de vue objectif; celle-ci a été toujours conçue et définie jusqu'à présent du point de vue subjectif, c'est-à-dire, par rapport à son titulaire. Ce dernier problème est très importante pour la liberté du commerce. Des sociétés par actions douées d'une personnalité illimitée, capables d'étendre à l'infini leur objet social sur le plan mondial ou international constitueraient, en puissance, des monopoles illimités.

4. En ce qui concerne la capacité de la SPA d'acheter ses propres actions ou les actions d'une société qui la contrôle, on peut constater, dans toutes les législations examinées dans ce chapitre, une remarquable tendance commune et d'autre part le fait que dans les systèmes qui n'ont pas de dispositions légales à ce sujet, la jurisprudence est orientée dans le sens de ne pas admettre un pouvoir illimité en cette matière.

C H A P I T R E 4

LA SOCIETE PAR ACTIONS EN TANT QU'ACTE JURIDIQUE

§ 1. Introduction

1. Dans toutes les législations modernes la naissance de la personnalité juridique des SPA se rattache à des formes de publicité. Celle-ci a pour but de faire connaître aux tiers le fait de la constitution et les éléments essentiels de la société. Cependant, quoique ce but soit commun à tous les systèmes, le processus de constitution et le moment de la publicité diffèrent. Deux tendances opposées se présentent.

2. Dans les systèmes latins et germaniques, la personnalité juridique ne peut pas naître avant que les parties ne se soient accordées sur tous les éléments essentiels du contrat de société. Parmi ces éléments le capital occupe une position éminente; on ne peut pas considérer le contrat comme conclu si le capital n'a pas été réparti entièrement, c'est-à-dire si le nombre des souscripteurs et les actions souscrites par chacun ne sont pas suffisants pour couvrir tout le capital. Tant que le contrat n'est pas conclu, la personnalité ne peut pas naître puisqu'elle en est un des effets juridiques; la théorie suivant laquelle la société en formation jouit de la personnalité juridique n'est pas contraire à cette thèse, parce qu'une telle personnalité est en tous cas soumise à la condition résolutoire de la non-constitution. La publicité est donc le dernier des actes qui forment le processus de constitution; elle a précisément pour objet le contrat et il n'y a pas de contrat aussi longtemps que le capital n'est pas entièrement souscrit.

3. Dans le système anglais et dans ceux des États-Unis, la naissance de la personnalité juridique ne se rattache pas au contrat de société, tout au moins du point de vue que nous venons de mentionner. En effet, il est suffisant (et c'est en cela que réside la simplicité de ces systèmes) que ceux qui prennent l'initiative de la constitution soient d'accord sur certains éléments essentiels de la société et souscrivent chacun une action, et dans certains systèmes américains aucune souscription n'est même nécessaire⁽¹⁾. C'est uniquement dans un sens tout à fait particulier, que cet accord - le memorandum en droit anglais, la charter ou les articles of incorporation du Droit des États-Unis - peut être considéré comme le contrat de société, puisqu'il ne crée d'obligations que pour une partie du capital. Le contrat est soumis à la condition de l'enregistrement. C'est par l'effet de l'enregistrement que naît la personnalité juridique.

Il est important de noter que le memorandum - cet accord qui n'a pour objet qu'une partie du capital - est obligatoire pour les signataires et leur attribue la qualité d'actionnaires est définitif; les souscripteurs postérieurs entrent dans un contrat et une société déjà existants. A cet égard, la loi anglaise s'exprime d'une manière très claire (§ 13): "dès la date mentionnée dans le certificat d'enregistrement les signataires du memorandum, ainsi que toutes autres personnes qui successivement deviennent membres de la société, forment une personne juridique", etc.

4. Dans les systèmes des États-Unis, les parties du contrat (charter) sont primitivement les promoteurs, qui agissent dans l'intérêt des futurs actionnaires, et l'État; après l'incorporation ce sont d'une part la société et d'autre part les personnes qui

(1) Cf. ci-dessous, § 4, n.4

successivement deviennent actionnaires⁽²⁾.

5. Du point de vue des conséquences pratiques, la différence entre les systèmes latino-germaniques et anglo-américains que nous venons de préciser, est moins grave qu'il n'apparaît à première vue. Dans le système anglais, par exemple, la société quoique déjà constituée par l'enregistrement du memorandum, n'est pas encore autorisée par la loi à poursuivre son objet; d'autres conditions sont nécessaires et parmi celle-ci on prévoit aussi dans certains cas la souscription d'une partie du capital. De même certains systèmes américains exigent qu'une partie du capital soit entièrement souscrite et libérée avant que la société ne commence ses affaires⁽³⁾. D'autre part, dans les systèmes latins on attribue parfois aussi, comme nous l'avons vu, une certaine personnalité à la société en voie de formation.

Cependant, la différence susmentionnée est profonde du point de vue formel, parce que dans les systèmes du type anglo-américain l'enregistrement et la naissance de la personnalité juridique de la SPA précèdent la souscription du capital, tandis que dans les systèmes latins et germaniques le processus est tout à fait inverse. En réalité, nous sommes ici en présence d'une différence de conceptions juridiques qu'il faut étudier, puisqu'il s'agit d'un point très important pour toute unification législative à envisager.

§ 2. L'objet de la volonté dans les actes constitutifs.

A notre avis, la différence susmentionnée concerne surtout l'objet de l'acte constitutif.

(2) Cf. BALLANTINE, On Corporations, Chicago, 1946, p. 61-62.

(3) Cf. ci-dessous, § 4, n. 4.

6. Les législateurs latins et germaniques considèrent que les parties se proposent de conclure un contrat en vertu duquel chacune d'elles s'oblige à verser une fraction du capital et se soumet à cette obligation compte tenu d'une obligation égale des autres, de manière que le capital soit entièrement couvert. La personnalité juridique est un effet du contrat et le contrat a pour objet de réunir un capital déterminé pour poursuivre, grâce à ce dernier, le but commun des associés.

Les législateurs des systèmes d'origine anglaise partent d'un point de vue différent et peut-être plus réaliste. Ils considèrent que le but principal est celui de créer une personne juridique afin de s'en servir pour réaliser certaines affaires. Par conséquent, le contrat et le capital lui apparaissent surtout comme des instruments, le but des parties étant celui de créer la personne juridique.

Ces deux points de vue ont leurs racines dans des conceptions différentes.

Nous avons déjà précisé que dans les systèmes du type anglais la personnalité juridique a une extension limitée⁽⁴⁾ et que ces systèmes s'opposent aux systèmes germaniques par une appréciation différente de l'objet de la société. Une opposition analogue existe, quoique moins accentuée, entre les systèmes anglais et les systèmes latins, puisque, dans ces derniers, la notion d'objet est assez générale. Nous venons de voir maintenant que les systèmes du type anglais diffèrent aussi des systèmes germaniques et latins en ce qui concerne la création de la personne juridique. Ici l'opposition découle de la valeur différente attribuée à la notion de capital. Les systèmes continentaux ne peuvent concevoir un contrat de société sans que les parties ne se soient accordées sur la répar-

(4) Cf. ci-dessus, Chap. 3, § 3.

tition du capital, tandis que les systèmes anglais ne ressentent pas la même exigence; il est beaucoup plus important pour eux que les parties aient clairement défini les actes que la SPA pourra accomplir, c'est-à-dire ses pouvoirs (dans le système anglais il suffit que les signataires du memorandum soient au nombre de sept et que chacun souscrive une seule action; dans plusieurs systèmes des États-Unis, il n'est pas nécessaire que les signataires des articles of incorporation souscrivent eux-mêmes des actions, de manière que la SPA peut naître sans aucun capital souscrit⁽⁵⁾.

7. Si les considérations que nous avons exposées sont exactes, on peut résumer de la manière suivante les différences existant sur ce point entre les systèmes mentionnés.

La personnalité de la SPA dans les systèmes latins et germaniques trouve son fondement dans le capital souscrit qui par conséquent acquiert l'importance d'une notion juridique et d'un élément formel de la SPA. Qui connaît l'un ou l'autre des systèmes latins ou germaniques sait toute l'importance qui s'attache à la notion de capital dans toute la réglementation de la SPA. Pour la création de la SPA, la volonté d'un certain nombre de personnes n'est pas suffisante; il est nécessaire que celles-ci s'obligent à apporter tout le capital; un certain rapport doit constamment exister pendant la vie de la société entre le capital et le patrimoine effectif de la SPA.

Dans les systèmes du type anglais, au contraire, la personnalité se rattache plutôt à l'objet social. Il est nécessaire que les parties s'accordent soit sur l'objet soit sur le capital, mais un tel accord peut se perfectionner sans que le capital existe effectivement sous forme d'engagements des souscripteurs envers la

(5) Cf. ci-dessous, § 4, n. 4.

société; les engagements visant à procurer sous forme de capital les moyens financiers dont la société a besoin pour poursuivre son but, peuvent naître postérieurement; ils peuvent aussi ne jamais naître; ils ne sont pas nécessaires (sauf dans une mesure très limitée) pour la naissance et l'existence de la personne juridique. Et il faut ajouter encore que, comme nous l'avons vu⁽⁶⁾ dans les systèmes en vigueur aux États-Unis les règles sur l'objet social sont beaucoup moins rigoureuses que dans la loi anglaise, de manière que dans ces systèmes la simple volonté des promoteurs de créer une corporation est, peut-être, l'unique élément essentiel de l'acte de constitution.

Cette divergence de conceptions apparaît encore plus profonde si l'on considère que les systèmes latins et germaniques ne se bornent pas à exiger que le capital soit entièrement souscrit, c'est-à-dire qu'il existe sous forme d'engagement des souscripteurs; en général, ils exigent aussi qu'une partie parfois fort considérable du capital - jusqu'à 30% (Italie art. 2329) - soit effectivement versée et se trouve à la disposition des administrateurs. Aussi les lois d'origine anglaise, dans certains cas, exigent-elles un pareil versement, mais celui-ci est en général tellement modeste qu'on ne pourrait pas le considérer comme une formation partielle préalable du patrimoine réel de la société⁽⁷⁾. Certains systèmes américains coïncident complètement sur ce point avec les systèmes latino-germaniques⁽⁸⁾.

§ 3. Les trois processus fondamentaux de constitution.

8. L'élément caractéristique des systèmes du type anglais - la constitution au moyen du "memorandum" - n'a pas manqué

(6) Cf. ci-dessus, Chap. 3, § 1, n. 6.

(7) Cf. ci-dessous, § 4, n. 4 et 6.

(8) Cf. ci-dessous, § 4, n. 4.

d'exercer son influence sur les systèmes latins et germaniques, ou tout au moins trouve chez eux un certain parallélisme, quoique d'une manière différente dans les systèmes latins et dans les systèmes germaniques. Il faut rappeler à ce propos que le système anglais a influencé au début tous les systèmes continentaux.

Le processus anglais du memorandum a son pendant dans le système allemand dans la "Feststellung der Satzung" (établissement des statuts), qui est le premier acte nécessaire pour la constitution de la SPA. Il doit contenir des éléments très semblables à ceux que les systèmes d'origine anglaise exigent pour le memorandum. Toutefois cet acte n'est pas encore le contrat de société, fût-il même partiel, car la loi ne lui attribue pas une telle qualité.

Dans les systèmes latins, le memorandum trouve un certain pendant dans le programme, qui est exigé en général uniquement dans la constitution par appel au public (sauf en France où il est toujours nécessaire, tout au moins selon la lettre de la loi), et qui contient l'indication des éléments essentiels de la SPA. Le programme (appelé dans certaines législations "projet des statuts") présente aussi des ressemblances avec le prospectus du droit anglais nécessaire pour la vente au public des actions. Mais le programme, qui établit les éléments fondamentaux de la société peut être rédigé par une seule personne, qui ne souscrit aucune action; dans les systèmes latins, les promoteurs ne sont pas nécessairement des actionnaires. Sur ce point, ces systèmes présentent donc des ressemblances avec certains systèmes américains⁽⁹⁾.

(9) Cf. ci-dessous, § 4, n. 4.

9. Ces différentes conceptions quant à la création de la SPA se dégagent clairement lorsqu'on compare la succession des actes nécessaires dans les différents systèmes, comme nous le ferons dans les paragraphes suivants. A ce point de vue, les systèmes peuvent être classés en trois groupements. Dans le premier - les systèmes d'origine anglaise - l'accord des fondateurs sur les éléments essentiels de la société, c'est-à-dire le memorandum, constitue le contrat de société en formation; à ce contrat adhérent, en une ou plusieurs fois, les personnes qui veulent entrer comme actionnaires dans la société et qui y sont acceptées; il crée immédiatement la société entre les fondateurs⁽¹⁰⁾. Dans un deuxième groupement, on peut réunir les systèmes d'origine allemande; ici, l'accord des fondateurs a seulement pour but de fixer les éléments fondamentaux de la société, tandis que seul l'accord de toutes les personnes nécessaires à couvrir le capital entier ou une délibération de l'assemblée constitutive des souscripteurs du capital de perfectionne l'acte constitutif. Dans le troisième groupement, nous réunissons tous les systèmes latins, quoiqu'il faille remarquer qu'il existe parfois des différences profondes entre ceux-ci. Dans ce systèmes, la société se constitue par un contrat auquel participent toutes les personnes indispensables à la couverture du capital, ou, en assemblée constitutive, par la délibération des personnes qui ont adhéré au programme du ou des promoteurs. Ce programme existe donc seulement dans la constitution successive qui a désormais un caractère exceptionnel, même peut-être en France où elle a été employée plus longuement.

(10) En ce qui concerne la conception américaine, cf. aussi ci-dessous, § 4, n. 4.

10. Finalement, il convient de remarquer que lorsque les parties établissent par un seul acte les éléments fondamentaux du contrat et déclarent les accepter en se répartissant entre elles tout le capital - ce qui est le cas habituel dans la pratique continentale de plusieurs pays - toutes les différences disparaissent: la constitution de la société consiste en la conclusion du contrat et son enregistrement; ce qui nous indique clairement l'unique voie par laquelle on pourrait arriver à l'unification sur ce point.

§ 4. La succession des actes constitutifs.

1. L'approbation des statuts et la souscription du capital varient profondément selon que les opérations contractuelles sont effectuées de manière simultanée ou successive; dans le premier cas, au moyen d'une seule déclaration de volonté, les parties donnent leur consentement aux statuts et souscrivent chacune une fraction du capital: l'approbation des statuts, la souscription du capital, la répartition des actions coïncidant. Dans la constitution successive, ces mêmes opérations se produisent à des moments différents: on établit d'abord un projet de statuts; ensuite on souscrit le capital et on donne son adhésion à ce projet; enfin, lorsque le capital est entièrement souscrit et réparti entre les souscripteurs, une assemblée de ces derniers délibère au sujet de la fondation. Dans le deuxième cas, l'engagement des parties est fondé sur les actes de souscription; dans le premier, sur l'acte de constitution lui-même⁽¹¹⁾.

(11) Cf. WIENER, Die Errichtung der Aktiengesellschaft und die Gründer-Verantwortlichkeit, dans Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht XXIV (1879), p. 3; 28-29; 31-32; VIVANTE, Trattato di diritto commerciale, 5ème éd., Milan, 1923, Vol. II, n° 416.

Par conséquent, les problèmes nés à l'occasion de la période de souscription ne se présentent que dans la constitution successive ou, tout au moins, ils n'ont une importance fondamentale que dans cette dernière seulement.

Cette distinction n'est pas acceptée par tous les systèmes. Dans certains systèmes, il est toujours nécessaire que la constitution soit effectuée au moyen d'une délibération d'assemblée, même lorsqu'il n'existe pas une période de souscription proprement dite. D'autre part, cette distinction de la science juridique continentale n'est pas très appropriée aux systèmes du type anglais; en effet, comme nous l'avons vu dans ces systèmes, la naissance de la société comme personne juridique est indépendante de la souscription du capital. Celle-ci, et non pas la constitution, peut donc s'effectuer simultanément ou en plusieurs fois.

2. La constitution successive - ou la souscription successive, dans les systèmes du type anglais - peut s'effectuer au moyen d'un appel au public ou sous forme privée. Comme on le verra ensuite, elle non plus cette distinction, ne se retrouve pas dans toutes les lois, puisque les deux hypothèses les plus importantes du point de vue pratique sont celles de la constitution simultanée et la constitution avec appel au public: celle-ci est nécessairement successive. Toutefois, les dispositions tendant à protéger le public ne devraient pas trouver d'application lorsque la constitution successive s'effectue sous forme privée, même si la loi ne fait pas cette distinction.

3. Allemagne (§ 2, 16, 32, 38, 30). La loi allemande de 1937 a maintenu les deux espèces de constitutions, mais il résulte de tout son système que l'on considère comme normale la constitution simultanée.

Les opérations constitutives commencent par l'établissement des statuts par cinq personnes au moins, souscrivant chacune une action au moins. Si les fondateurs souscrivent eux-mêmes tout le capital, le contrat de société est conclu. Les fondateurs peuvent aussi souscrire postérieurement la partie du capital qu'ils n'ont pas souscrite au moment de l'établissement des statuts, par des actes successifs. Même dans ce cas, la constitution est simultanée. S'ils ne le font pas, il est nécessaire de suivre la procédure de la constitution successive.

Dans le cas où le capital est entièrement souscrit par les fondateurs, ceux-ci doivent nommer le premier conseil de surveillance, qui à son tour doit nommer le premier conseil d'administration⁽¹²⁾.

En cas de constitution successive, quand le capital est entièrement souscrit, les fondateurs doivent convoquer une première assemblée générale des souscripteurs aux fins d'élire le premier conseil de surveillance (cette assemblée n'est pas l'assemblée constitutive).

Les fondateurs doivent faire un rapport sur la constitution. Les membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance doivent contrôler la constitution; dans certains cas particuliers, le contrôle est en outre dévolu à un ou plusieurs contrôleurs nommés par le tribunal.

Pour la constitution, il est encore nécessaire d'effectuer le versement légal. Les actes doivent ensuite être communiqués au tribunal et la société n'existe comme personne juridique qu'après son enregistrement.

Dans la constitution successive, une fois la communication faite au tribunal, celui-ci convoque l'assemblée constitutive

(12) Sur l'organisation, cf. ci-dessous, Chap. 6.

et l'acte de constitution consiste en la délibération de cette assemblée; il est donc postérieur à la communication des actes au tribunal et ne consiste pas dans les souscriptions.

4. États-Unis. Étant donné le nombre considérable des systèmes en vigueur aux États-Unis, nous ne pouvons fournir sur ce point que quelques renseignements seulement. Ces systèmes présentent plusieurs éléments communs, mais on y rencontre aussi des analogies remarquables avec les différents systèmes européens. En général, ils dérivent du système anglais et, comme ce dernier, l'acte de constitution et l'acte par lequel sont établies les règles relatives au fonctionnement de la société⁽¹³⁾ sont considérés par eux comme deux actes juridiques distincts; cependant, à la différence du système anglais^(13 bis), les systèmes américains n'exigent pas que le second de ces actes soit enregistré.

L'acte juridique nécessaire à la constitution de la SPA est la charter (ou articles of incorporation), établissant les éléments essentiels de la société⁽¹⁴⁾. En général, les lois admettent que la charter puisse contenir également des dispositions quant à l'organisation de la société, et plusieurs d'entre-eux précisent ces éléments.⁽¹⁵⁾

D'après certains systèmes, les fondateurs (incorporators) ne sont pas nécessairement eux-mêmes des souscripteurs du capital;

(13) Sur ce point cf. ci-dessous, § 5.

(13 bis) Sur ce point cf. ci-dessous n° 6.

(14) En général: le nom et le domicile de la société; le nombre des administrateurs, l'objet, le capital, les actions et, dans certains systèmes, la portion du capital qui doit être versée avant que la société commence ses affaires (Cf. ci-dessous, sous les notes 19 et 20).

(15) Cf., p. ex., New-York, Stock Corporation Law, § 9.

leur activité se borne à la rédaction, à la souscription, et à l'enregistrement de l'acte constitutif⁽¹⁶⁾, ou éventuellement à l'organisation de la société⁽¹⁷⁾. Suivant d'autres systèmes, les fondateurs doivent être des souscripteurs, mais on exige en général uniquement qu'ils souscrivent une action, comme dans le système anglais⁽¹⁸⁾.

Après l'enregistrement de l'acte constitutif, certains systèmes exigent la convocation d'une assemblée des fondateurs pour l'élection des administrateurs; d'autres systèmes au contraire, prescrivent que le premier conseil d'administration soit nommé dans l'acte constitutif.

La divergence la plus remarquable entre les systèmes américains vise le moment où la société peut commencer ses affaires, par rapport à la formation du patrimoine social. Certaines lois, proches des systèmes latino-germaniques, exigent un certain versement avant l'enregistrement⁽¹⁹⁾; d'autres veulent un versement, en

(16) P.ex., Californie, Corporations Code, § 300: "A corporation may be formed under this division for any lawful purposes by the execution of articles of incorporation by three or more persons, and the filing of the articles in the manner provided in this chapter".

(17) P. ex., Delaware, Revised Code (1935), § 8: "until the directors are elected, the signers of the certificate of incorporation shall have the direction of the affairs and of the organization of the corporation, and may take such steps as are proper to obtain the necessary subscriptions to stock and to perfect the organization of the corporation, including the election of the directors"; Cf. aussi, Massachusetts, General law (1932), Chap. 156, § 6-9; Virginie, Code (1930), § 3778.

(18) Quelques importantes exceptions sont mentionnées à la note suivante.

(19) P.ex., District of Columbia, Code of laws (1940), § 29-104: avant l'enregistrement, le capital doit être entièrement souscrit et un pourcentage de 10% doit en être versé; Texas, Revised Civil Statutes (1925) art. 108: "before the charter of a private corporation created for profit can be filed by the Secretary of State, the full amount of its authorized capital stock must be

général assez modeste, avant que la société commence ses affaires (20) mais la plupart d'entre-elles (21) n'exigent aucun versement.

5. France. (arts. 1, 24-25, 27-28, 30; art. 3, Loi du 30 janvier 1907; art. 10 du D.L. du 8 août 1935; D.L. 30 octobre 1935). La loi française ne connaît que la constitution successive, par voie d'appel au public ou par souscription privée. La doctrine admet aussi la constitution simultanée.

Le promoteur - ou les promoteurs - doit dresser, certifier et déposer au greffe du tribunal un projet de statuts. En cas d'offre au public il faut publier une "notice" contenant les éléments fondamentaux de la société. Le prospectus n'est pas obligatoire. La souscription est constatée par des bulletins dont la loi établit le contenu.

(suit de la note n. 19 à la page précédente)
in good faith subscribed by its stockholders and fifty per cent thereof paid in cash, or its equivalent in other property or labor done, the product of which shall be worth to the company the actual value at which it was taken or at which the property was received."

- (20) P.ex., Minnesota, Revised Statuts, (1945) § 301.131 (doll. 1000); Géorgie, Corporation Act (1938), § 1 (doll.200); Illinois, Business Corporation Act (1933), § 47 et 50 (doll.1000); Kansas, General Statutes (1935), § 17-2802 et 17-2806 (doll. 1000); Kentucky, Revised Statutes (1946), § 271.035 et 271.095 (doll. 1000); Louisiane, Business Corporation Act (1928), § 8 et 9 (doll. 1000); Minnesota, Revised Statutes (1945); § 301-04 et 301-13 (doll.1000) Ohio, General Code, (1939), § 8623-4 et 11 (doll. 500).

- (21) p. ex. Californie, Delaware, New-York, South-Dakota. En 1928, d'après les rédacteurs du Model Business Corporation Act (v. leur note sous la section 8), douze Etats suivaient le premier système; dix-neuf le deuxième et vingt-deux le troisième; mais postérieurement à cette date plusieurs Etats ont modifié leur droit des sociétés. L'acte constitutif peut disposer qu'une certaine partie du capital soit immédiatement versée; le Model Business Act (§ 7) propose que la loi fixe un versement minimum et que cette règle soit sanctionnée (§ 8) par la responsabilité personnelle et solidaire des administrateurs.

La souscription du capital et les versements que la loi exige sont constatés par une déclaration des fondateurs dans un acte notarié; les fondateurs, c'est-à-dire les souscripteurs du capital, doivent être au moins au nombre de sept.

Postérieurement à cet acte, on doit convoquer l'assemblée constitutive; celle-ci délibère - quoique la loi ne le dise pas - sur l'approbation des statuts et nomme les premiers commissaires aux comptes et administrateurs⁽²²⁾. La loi déclare que la société est constituée à partir de l'acceptation de ceux-ci.

6. Grande Bretagne. (§ 1-19; 37-39; 109; 130). Dans ce système, comme en général dans les systèmes d'origine anglaise, il faut distinguer deux processus différents, l'un visant à la constitution de la personne juridique, l'autre à la formation du capital.

Les fondateurs, au nombre de sept au moins, doivent dresser le memorandum - et établir s'il le considèrent convenable, les règles pour le fonctionnement de la société - souscrire chacun au moins une action et remettre cet acte au bureau des sociétés (registrar), ainsi qu'une déclaration relative à l'accomplissement des prescriptions légales exigées. Une fois les actes enregistrés, la société existe comme personne juridique, mais elle n'est pas autorisée à poursuivre son objet. Il est nécessaire en outre que le bureau lui délivre le trading certificate. En cas de souscription sous forme privée, ce document peut être délivré immédiatement moyennant une simple formalité. En cas de souscription publique, la procédure est plus compliquée. La loi précise les éléments qui doivent être mentionnés dans le prospectus; elle exige qu'un montant déterminé du capital soit souscrit c'est-à-dire la "minimum subscription", dont le montant est fixé par les directeurs dans les prospectus; que 5 % de ce montant soient

(22) Sur l'organisation, cf. ci-dessous, chap. 6, § 4.

libérés (à moins que le memorandum ne fixe un montant supérieur) ainsi que d'autres formalités encore. Ce n'est qu'après l'accomplissement de ces actes que le bureau peut certifier que la société est autorisée à commencer ses affaires. Par conséquent, même dans le cas de souscription publique, la société existe en vertu de son enregistrement et peut exercer ses droits de personne juridique; le certificat une fois obtenu, elle peut commencer ses affaires même si le capital n'a été souscrit qu'en partie.

Après l'accomplissement des opérations de constitution, on convoque l'assemblée générale (statutory meeting) pour informer les souscripteurs de la constitution et leur permettre de discuter toutes les questions qui la concernent; cette assemblée n'est pas une assemblée constitutive au sens des systèmes latino-germaniques.

7. Italie (art. 2328-2336). La loi italienne distingue constitution simultanée et constitution successive; la première est la forme normale de constitution.

Pour la constitution simultanée, la loi se borne à fixer le contenu de l'acte et les deux conditions de la souscription du capital entier et du versement légal.

Le processus de constitution successive commence par la rédaction d'un programma et son dépôt chez un notaire. La loi précise le contenu des actes de souscription; elle fixe des termes pour les versements légaux et la convocation de l'assemblée constitutive. Cette assemblée et son objet sont réglementés par la loi. Les présents représentent les absents; après la délibération, ceux qui ont participé à l'assemblée dressent l'acte constitutif.

Par l'enregistrement de l'acte constitutif, la société acquiert la personnalité juridique.

8. Suisse (art. 629, 631-643). Le Code des Obligations distingue fondation successive et fondation simultanée. Dans le premier cas, les fondateurs doivent rédiger et signer le projet des statuts avant l'ouverture de la souscription. Celle-ci peut être privée ou publique. L'appel au public doit être fait au moyen d'un prospectus signé par tous les fondateurs; la loi établit les indications qu'il doit contenir, mais il n'est pas nécessaire si les mêmes indications se trouvent dans les bulletins de souscription.

Après la clôture de la souscription, et les versements légaux une fois effectués, la constitution est délibérée par une assemblée constitutive dont les attributions sont fixées par la loi.

La société n'acquiert la personnalité juridique que par son inscription au registre du commerce.

§ 5. L'acte constitutif et les statuts - Leurs modifications.

1. Nous n'avons pas pris en considération dans les pages précédentes une différence qui en matière d'actes de constitution, oppose spécialement les systèmes latino-germaniques aux systèmes anglo-américains. Cette différence se manifeste surtout par rapport aux modifications auxquelles les actes constitutifs peuvent être soumis pendant la vie de la société.

Dans toute société, on peut reconnaître deux éléments contractuels, c'est-à-dire la déclaration par laquelle les parties établissent ses caractères fondamentaux et la déclaration par laquelle elles réglementent son fonctionnement. Cette dernière déclaration peut faire défaut du point de vue formel, dans ce sens que les parties, par leur silence ou expressément, peuvent s'en remettre aux règles dispositives de la loi.

Les deux déclarations peuvent coïncider en un acte juridique unique. Cependant, en général, on les distingue dans la pratique et cette distinction produit des effets juridiques dans certains systèmes.

Dans les pages suivantes, nous appellerons acte constitutif (correspondant dans la terminologie anglaise au memorandum et dans la terminologie américaine, aux articles, ou charter, ou certificate, ou memorandum of incorporation; dans les systèmes latins à l'acte constitutif ou statuts; dans le système allemand, qui ne fait pas de différences entre les termes, à la Satzung), l'acte par lequel on établit les éléments fondamentaux de la SPA, et statuts (dans les droits anglais articles; aux États-Unis by-laws, dans les droits latins, statuts), l'acte par lequel on établit les règles pour l'organisation et le fonctionnement de la société⁽²³⁾.

Cette terminologie n'est pas exacte; on y confond les actes, c'est-à-dire déclarations de volonté, et leur contenu. Par exemple, en droit anglais l'acte constitutif (memorandum) comprend tout ce que les parties y incluent, même s'il s'agit de questions relatives au fonctionnement de la société; par conséquent, la différence entre memorandum et articles ne regarde pas exclusivement le contenu de ces actes; le memorandum doit contenir certains éléments, mais il peut aussi contenir d'autres éléments qu'on pourrait aussi inclure dans les articles ou statuts. Il convient donc d'entendre avec une certaine prudence les termes que nous venons d'adopter.

(23) Comme nous venons de le préciser dans le texte, les anglais appellent articles ce que les américains appellent by-laws, et ces derniers emploient le terme articles pour indiquer ce que les anglais appellent memorandum. Dans les pays latins on emploie indifféremment les termes acte constitutif et statuts, mais ce terme statuts est employé aussi d'une manière spéciale pour indiquer la réglementation correspondant aux articles du Droit anglais et aux by-laws du Droit américain.

3. Il faut remarquer, tout d'abord, après ces précisions, qu'en général, la distinction entre acte constitutif et statuts ne produit pas d'effets dans les systèmes latino-germaniques, tandis qu'elle est très importante dans les systèmes d'origine anglaise. Dans les premiers, la loi considère comme un acte juridique unique l'acte constitutif et les statuts, au point qu'en général on confond ces deux termes. Et des codes modernes, comme par exemple le code italien (art. 2328), ont soin de préciser que "les statuts ... même s'ils forment l'objet d'un acte séparé sont considérés comme partie de l'acte constitutif".

Toutefois, ce principe des systèmes latins et germaniques n'est pas aussi simple qu'il peut paraître à première vue, parce que les lois n'établissent pas une règle unique pour toute modification des statuts ou acte constitutif. Certains éléments peuvent être toujours modifiés, d'autres ne peuvent l'être qu'exceptionnellement; certaines modifications peuvent être prévues par les statuts et être déléguées aux administrateurs, etc.

Nous n'estimons pas opportun d'entrer dans les détails de cette question, parce qu'elle a été résolue dans les divers systèmes par des règles parfois assez différentes. Du reste, il faut relever que le principe dont nous venons de parler n'est pas absolu, même du point de vue formel; peut-être l'évolution la plus récente des lois à ce sujet est-elle dans le sens de séparer les éléments essentiels de la société des règles relatives à son fonctionnement. Ainsi par exemple, le C.O. suisse établit que "les statuts (ou acte constitutif) peuvent charger le conseil d'administration d'établir le règlement relatif à ses pouvoirs (art. 712)".

4. Dans le système anglais, on trouve un principe tout à fait opposé. Le memorandum (acte constitutif) doit contenir certains éléments essentiels de la société: le nom, le lieu d'enregistrement, l'objet, la limitation de la responsabilité, le montant du capital et des actions. Il peut contenir aussi d'autres éléments

que les parties considèrent comme essentiels, mais en général les règles relatives au fonctionnement se trouvent dans les articles (statuts). Jusqu'à la récente réforme anglaise de 1947-1948, l'opposition entre acte constitutif et statuts était décisive, puisque la possibilité de modifier le premier de ces actes était très limitée; mais, à présent, la modification de l'acte constitutif et celle des statuts sont soumises à des règles différentes et la possibilité de modifier l'acte constitutif en ce qui concerne l'objet de la société est particulièrement limitée. Encore faut-il souligner qu'à la différence des systèmes latino-germaniques, la loi anglaise offre aux parties un système complet des règles dispositives pour régler le fonctionnement de la société pour le cas où elle n'aurait pas rédigé de statuts ou bien où ceux-ci ne seraient pas suffisants.

5. Quant aux systèmes américains, comme nous l'avons vu, ils font la même distinction qu'on retrouve dans le système anglais entre acte constitutif (charter ou articles) et statuts (by-laws). Mais, à la différence du système anglais, les systèmes américains sont beaucoup plus libéraux en matière d'objet social⁽²⁴⁾, de manière qu'aucun problème particulier ne se présente pour la modification de celui-ci. D'autre part, les statuts ou by-laws ont leur fondement dans une délibération de l'assemblée ou du conseil d'administration; ceux-ci peuvent donc les modifier par une délibération successive.

Quand à la modification de l'acte constitutif, les lois les plus récentes, comme par exemple le Model Business Corporation Act (§ 38-42), s'inspirent dans leurs dispositions d'idées coïncidant en général avec celles des systèmes latino-germaniques.

(24) Cf. ci-dessus, Chap. 3, § 3, lettre c.

§ 6 - Conclusions.

1. Comme nous venons de le voir, les actes nécessaires à la création de la SPA diffèrent dans les divers systèmes même si, dans une certaine mesure, il est possible de les ramener tous à certaines idées fondamentales. Les lois d'origine allemande et latine exigent en général la souscription du capital tout entier, c'est-à-dire un contrat par lequel les parties s'obligent chacune vis-à-vis de la société pour une fraction du total; les lois d'origine anglaise n'ont pas la même exigence (d'autres systèmes - par ex. l'argentin - permettent que le capital soit divisé en séries et que seule la première série soit entièrement souscrite lors de la constitution); la loi anglaise distingue entre acte de constitution et statuts, tandis que dans les systèmes latino-germaniques cette opposition ne produit presque pas de différences juridiques; la même distinction existe aux États-Unis, mais les statuts ne sont pas sujets à l'enregistrement; la modification de ces actes est soumise à des règles différentes dans les divers systèmes. Toutes ces différences et beaucoup d'autres existent sans doute dans cette matière. Cependant il faut remarquer que, dans leurs effets pratiques, elles ne sont pas aussi importantes qu'elles ne le paraissent à première vue.

2. Le point fondamental de divergence entre les systèmes latino-germaniques et les systèmes d'origine anglaise - la nécessité d'une part de la souscription du capital entier, la possibilité de l'autre que la société soit constituée presque sans capital souscrit - ne conduit pas nécessairement à de très grandes différences pratiques. Dans les systèmes latino-germaniques, les fondateurs peuvent fixer comme capital un chiffre inférieur à celui qui, selon leurs prévisions, serait nécessaire aux affaires sociales, et l'augmenter après la constitution, ce qui ne présente aucune difficulté dans ces systèmes quoiqu'il

faillie nécessairement modifier l'acte constitutif; ils peuvent même dans certaines législations charger le conseil d'administration, par une clause statutaire, de décider lui-même l'augmentation du capital et d'émettre les actions nécessaires; dans ce cas l'augmentation du capital se produit sans une modification de l'acte constitutif⁽²⁵⁾.

3. La distinction qu'on fait dans le système allemand entre établissement des statuts et contrat de société est due d'une part à des raisons techniques - c'est l'idée par laquelle on justifie l'engagement des souscripteurs dans la constitution successive et la création de la société par une délibération d'assemblée - et de l'autre, vise à établir la responsabilité de cinq personnes au moins. Une distinction semblable existe dans les systèmes latins lorsqu'ils distinguent entre le programme ou projet de statuts, auquel adhèrent les souscripteurs du capital, et la délibération de l'assemblée constitutive: toutefois le programme n'est pas nécessairement un acte plurilatéral entraînant des obligations de plusieurs personnes entre elles.

4. Comme nous l'avons déjà remarqué dans la constitution simultanée, tous les systèmes arrivent au même résultat en suivant un processus très semblable: formation du contrat de société et enregistrement. La différence qui subsiste, même dans ce cas, entre les systèmes d'origine anglaise et les systèmes latino-germaniques concerne la notion de capital, mais, à notre

(25) Cf. p.ex. Italie, art. 2443: "l'acte constitutif peut attribuer aux administrateurs le pouvoir d'augmenter en une ou plusieurs fois, le capital ... pour une période d'un an ... Ce pouvoir peut être attribué également grâce à une modification de l'acte constitutif au cours de l'existence de la société pour une période d'un an à partir de la date de la délibération".

avis, cette différence du point de vue des actes constitutifs est plus formelle que substantielle; il s'agit surtout d'une différence technique en vue d'atteindre le but de proportionner les moyens financiers aux besoins de la société, en considération du fait que dans ces systèmes diffèrent les règles sur la modification des statuts. La notion de capital est effectivement très différente dans ces systèmes et produit des effets juridiques divers dans toute la réglementation de la matière, mais dans la constitution elle n'est pas peut-être aussi importante que dans d'autres questions.

5. En ce qui concerne la modification de l'acte constitutif et les statuts au cours de l'existence de la société, après la réforme anglaise de 1947-48 qui rend possible la modification de l'objet de la société, l'obstacle le plus grave pour un rapprochement des systèmes a désormais disparu. Cependant la possibilité de modifier l'objet est toujours très limitée dans le système anglais et d'autre part la distinction entre acte constitutif et statuts ne vise pas seulement le problème de la modification de ces actes mais la conception même du processus de constitution.

Toutefois, à notre avis, dans cette matière des actes juridiques par lesquels la SPA naît et se modifie, l'unification des systèmes ne serait pas aussi difficile qu'en matière de personnalité juridique.

CHAPITRE 5

L'ASPECT CORPORATIF DE LA SPA ET LA RESPONSABILITE DES ACTIONNAIRES

§ 1. Introduction.

1. Malgré la différente importance que les systèmes d'origine anglaise donnent à l'objet, et les systèmes latins et germaniques au capital, on peut dire qu'en principe tous les systèmes rattachent la naissance de la personne juridique, outre qu'à l'un et à l'autre de ces éléments, à la présence d'un certain nombre de personnes s'engageant à apporter des capitaux pour atteindre le but social; sur ce point, il existe une coïncidence presque complète.

Certaines législations fixent un nombre minimum de fondateurs, et c'est le cas le plus fréquent; d'autres n'établissent rien à ce propos, mais par ce silence même, elles exigent au moins deux fondateurs, puisque ce nombre est le minimum nécessaire pour la conclusion d'un contrat et, suivant presque tous les systèmes, la création de la SPA doit être réalisée par un contrat⁽¹⁾

2. Allemagne, § 2: pour l'établissement des statuts, il est nécessaire que cinq personnes au moins souscrivent chacune une action.

3. Etats-Unis. En principe, les lois américaines exigent que les articles soient signés par un certain nombre de personnes⁽²⁾

(1) Contra: Iowa (E.U.), Code (1946), § 491.2; Lichtenstein, Zivilgesetzbuch, Teil III, art.637, qui admettent la constitution par acte unilatéral; v. aussi ci-dessous, n.3.

(2) En général trois, p.ex.: Californie, Corporations Code, § 300, Delaware, Revised Code § 1; Illinois, Business Corporation Act § 46, New-York, Stock Corporation Law, § 5. Pour certains autres Etats, deux suffisent, p.ex.: Arizona, Code (1939) § 53-205; Nebraska, Revised Statutes (1943), § 21-102. D'après, le Code de l'Utah (1943), § 18-2-3 les incorporators doivent être au moins au nombre de cinq.

mais, comme nous l'avons vu⁽³⁾, les signataires de l'acte constitutif ne sont pas nécessairement dans tous les systèmes des actionnaires de la société. Par conséquent, il n'existe pas toujours un contrat liant les souscripteurs entre eux puisque ceux qui souscrivent après la constitution s'obligent directement envers la société⁽⁴⁾

4. France: art. 23: la société doit se constituer sur la base d'un projet, déposé même par un seul promoteur (art.1), mais pour la constitution l'accord d'au moins sept souscripteurs est nécessaire. Cette disposition a été empruntée au système anglais.

5. Grande-Bretagne, § 1: pour la formation du memorandum sept personnes sont nécessaires; chacune doit souscrire au moins une action.

6. Italie: le code civil italien n'exige pas un nombre minimum d'actionnaires pour la constitution de la SPA; par conséquent deux suffisent et sont nécessaires puisque l'art. 2247 définit la société comme un contrat. Dans la constitution par appel au public, il est possible qu'une seule personne ait la responsabilité du programme.

7. Suisse, art. 625: "La société comptera, lors de sa fondation, au moins autant d'actionnaires qu'il est nécessaire pour constituer l'administration et le contrôle conformément aux statuts; leur nombre ne peut être inférieur à trois". Avant la revision du code des obligations, il était généralement admis que - sauf disposition contraire des statuts - deux personnes suffisaient pour le fonctionnement de la SPA⁽⁵⁾.

(3) Cf. ci-dessus, chap. 4; § 4, n. 4.

(4) Cf. aussi, ci-dessus, chap. 4, § 1, n. 4.

(5) Cf. STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, Zurich, 1946, p. 34.

8. Les systèmes coïncident aussi en ce qui concerne la distinction entre société et actionnaires: tous les considèrent comme des sujets complètement indépendants. Par conséquent, le principe de la limitation de la responsabilité des actionnaires peut être formulé pour tous les systèmes de la manière suivante: les actionnaires répondent sans limitation pour ce qu'ils ont promis à la société et ne répondent en aucune manière pour les obligations de la société envers les tiers et envers les actionnaires eux-mêmes; la société répond sans limitation pour ses obligations envers les tiers et envers les actionnaires (6)

9. Du point de vue historique, ce principe est lié à la structure corporative de la société, mais il y a désormais des hypothèses - très fréquentes dans la pratique - où il est difficile d'affirmer que la SPA est une société au véritable sens de ce terme.

En effet, les systèmes parlent de la SPA comme d'un corps collectif; ils fondent sa personnalité juridique sur une société, c'est-à-dire sur une communauté d'intérêts et de risque;

(6) Cf. ASCARELLI, Problemas das sociedades anônimas, São Paulo, 1946, p. 341; PALMER, Company Law, Londres 1949, p.42. Toutefois la limitation de la responsabilité dans le système anglais se rattache à une déclaration des associés dans le memorandum (Gr. Br., § 2); dans les systèmes des E.U., elle n'est pas toujours absolue. D'après certains lois, les actionnaires répondant sans limitation pour les obligations de la société envers les employés (cf. p. ex. New York, Stock Corporation Law, § 71, "The stockholders of every stock corporation shall jointly and severally be personally liable for all debts due and owing to any of its laborers, servants or employees other than contractors for services performed by them for such corporation..."; Pennsylvanie, Business Corporation Law (1933) § 54). Il doit aussi être signalé que la jurisprudence américaine considère la personnalité de la SPA comme une fiction juridique qui doit tomber lorsque les actionnaires en abusent. Nous ne pouvons entrer ici dans les détails de cette théorie; cf. BALLANTINE, On Corporations, 1946 p. 292 et s.

seules quelques lois admettent-elles que la SPA puisse être créée par un acte unilatéral⁽⁷⁾. Pourtant il est aisé de s'apercevoir que, dans beaucoup de systèmes, la pluralité des associés n'est qu'une condition formelle, ne se rattachant pas à l'idée de société mais plutôt à celle de responsabilité.⁽⁸⁾ Par conséquent, il est probablement exact de dire qu'aujourd'hui la SPA n'est pas toujours nécessairement une société dans le sens d'une pluralité de personnes poursuivant un but commun.

Ce problème doit être envisagé d'après deux points de vue, connexes mais différents, au point que les systèmes qui concordent par rapport au premier ne concordent pas toujours par rapport au second. Nous en traiterons dans les deux paragraphes suivants.

§ 2. La condition du nombre légal au moment de la constitution.

1. En principe et dans tous les systèmes, le nombre d'actions souscrites par chaque fondateur n'a aucune importance; les fondateurs sont libres de répartir entre eux les actions dans la mesure qu'ils jugent convenable. En général, il est également sans importance que quelques uns parmi les fondateurs participent à la société en leur nom propre et dans l'intérêt de tiers et même d'autres fondateurs. Cependant, quand une telle répartition des actions peut apparaître contraire à la condition légale du nombre minimum de fondateurs, les systèmes ne concordent pas complètement, comme il résulte des détails suivants.

(7) Cf. ci-dessus, note 1.

(8) v. aussi ci-dessous, § 2, n.2.

2. Allemagne: Il est généralement admis que des personnes agissant en leur propre nom et dans l'intérêt d'autrui peuvent également participer à la constitution; la loi elle-même fait allusion à une telle possibilité⁽⁹⁾. Cependant, suivant certains auteurs, la participation de prête-noms à la constitution n'est pas permise quand par ce moyen on tente de violer la règle fondamentale suivant laquelle au moins cinq personnes doivent participer à la constitution⁽¹⁰⁾.

Il y a lieu de remarquer que les auteurs qui adhèrent à la première théorie expliquent que la loi exige la participation de cinq membres effectifs afin qu'il existe un ensemble de cinq personnes responsables, civilement et pénalement, pour la constitution. Or, sans entrer dans cette question particulière au droit allemand, il paraît opportun l'observer que cet argument ne se fonde pas sur l'aspect corporatif de la SPA, mais sur les dangers qu'implique sa constitution et sur la convenance qu'il y ait un certain nombre de personnes responsables. Cela est si vrai que tous les auteurs admettent qu'après la constitution les actions puissent se trouver réunies entre les mains d'un seul actionnaire.

3. Etats-Unis. Dans les systèmes en vigueur aux Etats-Unis, il est généralement admis qu'une SPA puisse se constituer à l'aide de prête-noms⁽¹¹⁾.

(9) Cf. § 25, al. 2, n° 2; § 39 al. 5.

(10) SCHLEGELBERGER - QUASSOWSKI, Aktiengesetz, Berlin 1939, § 2, ann. 13; en sens contraire, TEICHMANN-KOEHLER, Aktiengesetz, Berlin 1939, § 2, ann. 6. Sur le problème en général, HERBIG, cit. par SCHL. - QUASS., loc. cit.; PISKO, Die beschränkte Haftung des Einzelcomp., dans Grünh. Z., 1910.

(11) Cf. FULLER, The incorporated individual: A study of the one-men company, dans 51, Harvard L. R. 1938, p. 1373; cf. aussi BALLANTINE, op. cit., p. 59-60.

4. France. Suivant l'art. 41 de la loi de 1867, la société est nulle si elle a été constituée par un nombre de souscripteurs inférieur à sept. En cas de participation à la constitution de prête-noms, hommes de paille, etc., d'autres souscripteurs, la doctrine et la jurisprudence française considèrent qu'il faut distinguer: en principe, le prête-nom est obligé personnellement; par conséquent il peut participer à la constitution de la société et participer au nombre minimum de sept fondateurs; mais, s'il s'agit d'une souscription fictive ou non sincère, c'est-à-dire si le souscripteur n'est pas en condition de satisfaire son engagement, la souscription est nulle et la condition du nombre légal n'est pas remplie. On juge, en général, qu'il s'agit d'une question de fait⁽¹²⁾. Il n'est pas nécessaire de remarquer que cette solution du système français est très semblable à celle d'une partie des auteurs allemands.

5. Grande Bretagne. D'après le système anglais, le nombre légal constitue une condition purement formelle. Il est nécessaire que sept personnes souscrivent le memorandum et au moins une action chacune, mais elles peuvent agir dans leur propre intérêt ou dans l'intérêt d'autrui, fût-ce de l'un des sept souscripteurs; on ne distingue pas entre souscriptions fictives et sérieuses. La question a été résolue dans le cas Salomon v. Salomon et Co.⁽¹³⁾ Dans cette affaire restée célèbre, il y avait sept fondateurs, dont six avaient souscrit une seule action tandis que le septième souscrivait toutes les autres; le but poursuivi

(12) v. HOUPIN et BOSVIEUX, Traité général des sociétés, Paris 1935, II, n. 754 et 655; RIPERT, Traité élémentaire de droit commercial, Paris 1948, n. 946 et 960; v. aussi la jurisprudence citée par ces auteurs.

(13) 1897, A.C. 22 (H.L.).

était uniquement celui de transformer une entreprise individuelle en SPA, en laissant au titulaire de l'entreprise tous les pouvoirs qu'il possédait avant la constitution de la SPA⁽¹⁴⁾.

6. Italie. Dans la doctrine italienne la question a été fort discutée, spécialement sous l'aspect de la simulation⁽¹⁵⁾. Aujourd'hui, on admet en général que la société est valablement constituée même si les parties avaient l'intention de réunir entre les mains d'une seule d'entre elles toutes les actions après la constitution.

7. Suisse. Le nombre minimum de fondateurs est considéré comme une condition purement formelle. La participation de prête-noms est admise parce qu'on considère que ceux-ci sont également responsables pour la constitution⁽¹⁶⁾.

§ 3. La condition du nombre légal après la constitution.

La réduction au-dessous du nombre légal des actionnaires après la constitution peut être accidentelle ou se produire par effet d'un accord préalable des parties au moment de la constitution; mais, comme nous venons de le voir, en principe, les systèmes ne distinguent pas entre ces deux hypothèses, puisqu'ils

(14) Sur ce cas cf. BALLANTINE, op. cit., p. 298.

(15) Cf. SRAFFA e BONFANTE, Società anonima in fraudem legis dans RDC., 1922; ASCARELLI, Il negozio indiretto, dans Saggi giuridici, Milan 1949, p.149 et s.; AULETTA, Il contratto di società commerciale, p. 225 et s.

(16) Cf. STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft, Zurich 1946, p. 34; SIEGWART, Die Aktiengesellschaft, Zurich 1945, § 625, ann. 9-12; cf. aussi, ci-dessus, n° 2 in fine.

considèrent que le prête-nom, lui aussi, est un associé véritable.

La réduction peut être telle que toutes les actions soient réunies entre les mains d'un seul actionnaire; c'est là l'unique hypothèse de réduction au dessous du nombre légal dans les systèmes n'exigeant que deux fondateurs.

Le problème de la réduction au-dessous du nombre légal des actionnaires connaît dans les systèmes envisagés des solutions parfois très différentes car deux principes entrent ici en conflit. Suivant le principe corporatif, il paraît impossible d'admettre une société sans une pluralité d'associés; suivant le principe de l'anonymat, la présence d'une pluralité (effective) d'associés n'est pas nécessaire. Comme nous le verrons tout de suite, on peut dire en général que c'est le deuxième principe qui l'emporte. En effet, même les systèmes qui n'admettent pas une SPA sans une pluralité d'actionnaires n'exigent qu'une participation purement formelle.

2. Allemagne. La loi allemande ne prévoit pas la réduction des actionnaires au-dessous du nombre légal comme une cause de dissolution de la SPA. La doctrine et la jurisprudence en déduisent que la société continue à exister même si toutes les actions se trouvent réunies entre les mains d'un seul actionnaire. Pareille réunion n'a aucune influence sur la responsabilité limitée ou, plus exactement, sur l'indépendance réciproques des patrimoines de la SPA et de son actionnaire unique; les actions peuvent toujours rentrer en circulation⁽¹⁷⁾

3. Etats-Unis. La one-man corporation est généralement reconnue dans les systèmes des E.U.. La réduction au-dessous du

(17) Cf. TEICHMANN - KOEHLER, op. cit. § 1, ann.6; SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI, op. cit. § 2, ann. 14; cf. aussi WIELAND, Handelsrecht, II, Munich, 1931, § 124.

nombre légal n'est pas une cause de dissolution et n'entraîne pas la responsabilité personnelle de l'actionnaire⁽¹⁸⁾.

4. France. Dans le système français, il faut distinguer entre les deux hypothèses déjà mentionnées. En cas de réunion de toutes les action entre les mains d'un seul actionnaire, la société cesse d'exister et elle ne peut pas revivre par une répartition postérieure des actions⁽¹⁹⁾. En cas de réduction du nombre des actionnaires au-dessous de sept, l'art. 38 dispose qu'après un an, la dissolution peut être prononcée sur la demande de toute partie intéressée, mais cette règle n'a évidemment pas d'application pratique⁽²⁰⁾.

5. Grande Bretagne. La réduction des associés au-dessous du nombre légal de sept est une cause de dissolution judiciaire (§ 222). Avant que la dissolution ne soit prononcée, si la société continue ses opérations pendant six mois, les associés sont responsables sans limitation après ce terme (§ 31). Cependant il faut noter que pour satisfaire aux exigences de la loi il suffit qu'il y ait sept associés même si certains parmi eux ne possèdent qu'une seule action⁽²¹⁾.

6. Italie. Le système italien a deux règles, ce qui le place entre le système allemand et le système anglais. La

(18) Cf. jurisprudence citée par BALLANTINE, op. cit., p. 301, note 49. Cependant, comme nous l'avons signalé (ci-dessus § 1, note 6) dans les systèmes américains on peut disregard la personnalité juridique lorsque les actionnaires, ou le seul actionnaire en abusent.

(19) Doctrine unanime: BASTIAN, De la réunion des actions d'une société aux mains d'une seule personne, dans Jour. Soc., 1933 HOUP. et BOS., op. cit. n. 1389-90; RIPERT, op. cit. n. 1428

(20) RIPERT, op. cit. n° 1428.

(21) Cf. PALMER, Company Law, Londres 1949, p. 44 et ci-dessus, § 2, n. 5.

réunion de toutes les actions aux mains d'un seul actionnaire (il n'existe pas de nombre légal dans ce système⁽²²⁾) n'est pas une cause de dissolution; les actions peuvent toujours rentrer en circulation; en cas d'insolvabilité de la société, l'actionnaire unique est responsable sans limitations pour les dettes nées pendant la période au cours de laquelle il s'est trouvé dans cette situation (art. 2362). Cette dernière solution du système italien a son origine dans la théorie de quelques auteurs⁽²³⁾ qui soutenaient sous l'empire du code aujourd'hui abrogé que l'actionnaire unique devait être responsable sans limitations. On ne peut pas savoir comment cette nouvelle règle du code sera appliquée par la jurisprudence; c'est-à-dire si cette dernière se contentera d'une pluralité seulement formelle d'actionnaires.

7. Suisse. Suivant l'art. 625, al. 2, lorsque le nombre des actionnaires tombe au-dessous du chiffre légal⁽²⁴⁾, ou lorsque la société ne possède pas les organes prescrits "le juge peut, à la requête d'un actionnaire ou d'un créancier, prononcer la dissolution, à moins que la société ne rétablisse la situation légale dans un délai convenable".

Par conséquent, selon le système suisse, la société peut exister même avec un seul actionnaire; la réduction des actionnaires au-dessous du nombre légal n'est pas une cause de dissolution nécessaire. Pourtant, on ne déduit en général pas de ce principe toutes les conséquences qu'il pourrait impliquer.

La doctrine et la jurisprudence suisses distinguent deux cas: s'il existe une pluralité d'actionnaires (au moins deux),

(22) Cf. ci-dessus, § 1, n° 6.

(23) MOSSA, Responsabilità dell'unico socio di un anonima, dans Foro Italiano 1922.

(24) Cf. ci-dessus, § 1, n° 7.

l'indépendance entre SPA et actionnaires est complète, même si l'intérêt d'un des deux actionnaires est très limité; s'il existe un seul actionnaire ou si les autres n'ont qu'un intérêt insignifiant, l'indépendance n'est pas complète mais la personnalité juridique de la SPA subsiste également et les actions peuvent toujours rentrer en circulation si la dissolution de la société n'a pas été prononcée. Dans le cas de l'actionnaire unique, la doctrine et la jurisprudence suisses⁽²⁵⁾ décident que la société et l'actionnaire ne doivent pas être considérés comme des sujets indépendants, lorsque ce dernier abuse de la situation pour commettre, en se servant de la société, des actes contraires à la loi.

§ 4. Conclusions.

Il nous paraît fort probable que l'exigence d'une pluralité de personnes pour la constitution de la SPA, qu'on retrouve aujourd'hui dans presque toutes les lois, est un phénomène d'inertie historique; la société par actions est née assurément de la notion générale de société, mais celle-ci se concilie difficilement avec l'idée d'anonymat, inhérente à l'essence même de la SPA⁽²⁶⁾.

La chose apparaît clairement dans tous les systèmes américains⁽²⁷⁾ pour lesquels la société peut même se constituer sans qu'aucune action ne soit souscrite, c'est-à-dire, sans l'existence d'un contrat de société, tandis qu'évidemment les systèmes tels que l'anglais, qui se bornent à exiger que chaque fondateur souscrive une seule action, font du contrat de société une condition purement formelle de sa constitution.

(25) Cf. surtout SIEGWART, op. cit. art. 625, ann.15 et s.; BGE., 71, II p. 272 - 11 décembre 1945 - BGE., 72, II, p. 275 - 19 mars 1946.

(26) Cf. ci-dessus, chap. 1, § 3, n. 17.

(27) Cf. ci-dessus, chap. 4, § 4, n. 4.

Les systèmes latino-germaniques sont restés fidèles à l'idée du contrat de société en ce qui concerne la constitution, mais ils ont dû renoncer eux aussi à son application durant la vie de la SPA: à tel point qu'on peut dire que le principe de l'anonymat a fini par l'emporter sur la principe du contrat. Et les systèmes que nous venons s'examiner représentent divers degrés d'une telle évolution.

Il est presque impossible d'empêcher qu'après la constitution, ne disparaisse la pluralité des associés si l'intérêt de ceux-ci l'exige; il est fort probable que la formule de la loi italienne⁽²⁸⁾, qui tente de s'y opposer, n'arrivera pas à des résultants utiles; d'autre part il n'existe en réalité aucun argument favorable à la limitation de la responsabilité d'une pluralité de personnes et contraire à une pareille limitation en faveur d'une seule personne.

Si les considérations que nous avons exposées sont fondées, il devrait être possible d'arriver à un accord sur une solution intermédiaire entre les systèmes latino-germaniques, d'une part, et les systèmes anglo-américains de l'autre: en développant les différentes tendances qu'ils impliquent. On pourrait admettre la constitution par un seul fondateur en imposant à celui-ci de souscrire le capital tout entier avant la constitution ou avant que la SPA ne puisse commencer ses affaires; la doctrine américaine d'après laquelle on doit laisser de côté la personnalité juridique lorsque les actionnaires en abusent pourrait compléter le système. Cette doctrine est du reste en harmonie avec la tendance récente⁽²⁹⁾ de soumettre à un nouvel examen la théorie de la

(28) Cf. ci-dessus, § 3, n. 6.

(29) Cf. DE CASTRO Y BRAVO, La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica, Madrid 1949.

personnalité juridique des SPA, qui a peut-être été appliquée jusqu'à présent d'une manière trop rigide et formaliste.

En tous cas, la one-man corporation est un fait historique que les législateurs ont dû reconnaître. Même le système français qui ne veut absolument pas abandonner l'idée de contrat, n'exige pas que les actions restent réparties entre sept personnes dans une mesure justifiant d'un point de vue substantiel l'existence entre elles d'une corporation au vrai sens du terme. D'autre part, il existe aujourd'hui tout un mouvement tendant à reconnaître et à réglementer l'entreprise individuelle à responsabilité limitée.

C H A P I T R E 6

=====

L'ORGANISATION DE LA SOCIETE PAR ACTIONS

§ 1. Introduction

1. Du point de vue juridique, l'un des problèmes fondamentaux en matière de SPA est celui de l'organisation de la société, c'est-à-dire des organes que la loi exige pour lui reconnaître la personnalité morale et les autres caractères propres de cette forme d'entreprise.

Nous nous occuperons de ce problème dans les pages suivantes, mais avant d'examiner certains des différents systèmes et de les comparer entre eux, il est nécessaire de préciser dans quelle mesure notre recherche peut nous éclairer en cette matière.

2. La connaissance des organes, de leurs pouvoirs, de leur constitution et fonctionnement, est nécessaire pour comprendre la structure de la SPA dans les différents systèmes et en constitue un des points fondamentaux, mais elle n'est pas suffisante pour mettre entièrement en lumière la situation réelle, c'est-à-dire l'influence des actionnaires sur les affaires sociales, la position des administrateurs vis-à-vis des actionnaires, etc., ou, d'une manière plus générale, la distribution des pouvoirs au sein de la SPA. Du reste, comme nous l'avons déjà vu, cette observation peut être étendue à toute la matière des SPA; elle explique la difficulté de la comparaison dans un domaine aussi vaste et précise les limites de sa convenance⁽¹⁾.

(1) Cf. ci-dessus, Chap. 1, § 3.

L'organisation ne résulte pas uniquement des dispositions que les lois lui consacrent d'une manière expresse, mais de tout le système juridique de la société par actions. Parfois, des dispositions très générales exercent aussi leur influence sur l'organisation. Ainsi, par exemple, dans les systèmes d'origine anglaise qui ont accepté la théorie des ultra vires, la notion d'objet de la société, en limitant la capacité juridique de la société, rend moins important pour le législateur le problème de l'organisation, qui a, au contraire, une importance fondamentale dans les systèmes accordant à la SPA une capacité générale⁽²⁾. En particulier, le pouvoir réel des administrateurs, constituant l'élément central de l'organisation de la SPA, dépend - outre que des dispositions sur leur élection, leur compétence, et leur responsabilité - de la possibilité qu'ils ont, ou peuvent avoir, de dominer l'assemblée ainsi que les autres organes de la société grâce aux actions d'autres sociétés existant dans le portefeuille de la société; au pouvoir des minorités, qui peuvent en fait constituer la majorité au sein de l'assemblée par leur accord ou leur concentration; aux actions à vote plural, etc.

Par conséquent, il est possible qu'à cause du système dans lequel ils sont insérés, des organes juridiques différents puissent conduire dans une certaine mesure au même résultat, ou vice versa. Cependant, nous nous bornerons, dans les pages suivantes, à examiner les dispositions qui concernent directement l'organisation, parce que seules celles-ci sont susceptibles d'une comparaison directe.

(2) Cf. ci-dessus, Chap. 3, § 2.

3. Lorsqu'on parle de l'organisation de la SPA on adopte déjà par ce fait même une théorie, la théorie organique de la personnalité réelle. Celle-ci n'est pas commune à tous les systèmes⁽³⁾ toutefois, il est nécessaire de les examiner tous sous un angle d'observation unique si l'on veut arriver à des résultats comparables. Comme nous l'avons déjà vu, la théorie organique est sans doute la plus répandue dans les systèmes latino-germaniques et son importance apparaît clairement dans l'évolution de l'organe administratif, telle qu'on peut l'observer dans toutes les lois plus récentes.

Dans les systèmes d'origine anglaise, la théorie de la personnalité fictive, fondée sur le contrat de société, sur l'idée de limitation de la responsabilité et sur le mandat conféré aux administrateurs de la part des associés, est toujours celle qui apparaît la plus satisfaisante. Cependant il nous a paru opportun de nous placer du point de vue latino-germanique, parce que, même dans les systèmes anglais et américain, on peut noter une tendance vers la conception organique. Jusqu'à la réforme de 1929, la loi anglaise ne connaissait pas d'organes permanents en dehors de l'assemblée. La loi de cette même année a introduit l'organe administratif comme organe obligatoire, donnant ainsi lieu à une organisation et répartition de compétences.

4. De toute façon, il ne faut pas oublier l'origine contractuelle de la SPA moderne, parce que seule cette origine peut expliquer le fait qu'on ne rencontre en général pas dans les lois et dans les ouvrages concernant la SPA une partie générale sur l'organisation. L'assemblée est considérée presque comme la société elle-même; aussi ne pose-t-on pas toujours clairement le problème d'établir quelles sont ses attributions ou ses pouvoirs.

(3) Cf. ci-dessus, Chap. 3, § 1.

D'autre part, il ne faut pas oublier non plus qu'avant les législations modernes du XIX^{ème} siècle, les sociétés par actions contrôlées par l'État concédaient aux associés des droits très limités, le pouvoir étant concentré aux mains des administrateurs nommés par l'État.

Du point de vue historique, l'assemblée est née sans doute comme organe souverain - même les lois les plus récentes et les plus contraires au principe de la volonté individuelle lui reconnaissent encore le pouvoir de modifier l'acte constitutif - mais dans l'évolution moderne de la SPA il n'est pas difficile de reconnaître aussi une tendance contraire. Tous les organes exigés par la loi sont nécessaires; chaque organe a des fonctions que les lois cherchent à définir; il n'est désormais pas possible de parler de souveraineté d'un des organes vis-à-vis des autres, car chacun a une compétence propre, établie par la loi.

Le problème de l'organisation est envisagé par les auteurs surtout en matière d'administration. Ce point est celui qui a été mis en discussion le plus souvent et sur lequel le législateur a cru de son devoir d'intervenir en limitant l'autonomie des fondateurs et des associés.

§ 2. Le système allemand.

1. Allemagne. § 70, 75, 95, 103, 105, 106, 125.

2. La loi de 1937 a profondément modifié l'organisation de la SPA établie par le Code de commerce.

Suivant celui-ci, l'assemblée n'était pas limitée par le pouvoir des autres organes; elle pouvait délibérer sur n'importe quel objet.

Les affaires de la société étaient confiés au Vorstand (direction) dans la mesure établie par les statuts et l'assemblée.

Un troisième organe, l'Aufsichtsrat (conseil de surveillance)⁽⁴⁾, avait des fonctions de contrôle, mais il pouvait avoir en même temps d'autres attributions, même administratives, et dans la pratique, sa position était devenue prééminente.

3. Les raisons qui ont déterminé le législateur allemand à modifier la structure de la SPA sont bien connues; et elles ont donné lieu à une littérature juridique très vaste. D'autre part, il s'agit de problèmes qui, dans leurs termes généraux, se présentent aujourd'hui dans beaucoup de pays⁽⁵⁾. Le point fondamental de la réforme a consisté en ce que les attributions des différents organes sont établies presque exclusivement par la loi.

4. La loi impose l'organisation suivante :

a) en principe, l'assemblée a toutes les fonctions constitutionnelles; la modification de l'acte constitutif et les délibérations relatives à la structure économique de la société lui sont réservées. En outre, elle délibère sur la répartition des bénéfices et sur la décharge de la direction et du conseil de surveillance; elle élit les membres du conseil de surveillance et peut les révoquer.

En matière d'administration, l'assemblée peut seulement intervenir à la demande de la direction.

En matière de règlement de comptes, elle a uniquement des pouvoirs dans des cas exceptionnels et déterminés.

L'assemblée doit être convoquée dans les cas prévus par la loi et les statuts, et toute les fois que les actionnaires re-

(4) Cf. ci-dessus, Chap. 2, § 1, n° 2.

(5) v. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris, 1946, passim.

présentant 20% du capital en demandent la convocation.

b) Le conseil de surveillance a principalement des fonctions de contrôle; la loi lui assure des pouvoirs d'inspection très vastes, pour accomplir cette tâche. Ses membres ne doivent pas être nécessairement des actionnaires de la société.

En matière d'administration, le conseil peut uniquement disposer que certaines opérations ne seront effectuées qu'avec son autorisation; cette même règle peut être établie par l'acte constitutif.

Le conseil de surveillance doit convoquer l'assemblée quand l'intérêt de la société l'exige.

Enfin, la nomination des membres de la direction, qu'en général l'acte constitutif lui confiaient auparavant, est désormais de sa compétence exclusive, ce qui lui donne un pouvoir fort considérable dans l'administration de la société.

Le Conseil de surveillance est composé de trois membres au moins; l'acte constitutif peut fixer un nombre supérieur, de cinq membres au maximum, suivant le montant du capital.

c) La direction est l'organe responsable de la gestion des affaires.

Elle se compose d'une ou de plusieurs personnes - il n'est pas nécessaire qu'elles soient actionnaires - nommées par le conseil de surveillance. Celui-ci peut aussi nommer un président. Suivant la loi, le président a le pouvoir de prendre toute décision, même contre l'opinion des autres membres de la direction (§ 70, 2); les statuts peuvent en disposer autrement. Le président ne constitue donc pas un organe nécessaire de la société; il peut ne pas exister; il peut avoir des fonctions très limitées; il peut avoir un pouvoir tout à fait prééminente.

Les membres de la direction sont nommés pour au moins cinq ans; ils ne peuvent être révoqués que pour des raisons graves. Cette règle a pour but de garantir leur indépendance.

La direction doit convoquer l'assemblée dans tous les cas prévus par la loi.

La direction a la représentation légale de la société⁽⁶⁾.

d) Les réviseurs des comptes.

Suivant le système allemand, la révision des comptes et de la situation financière réelle de la société est confiée à un ou plusieurs réviseurs qui ne peuvent être membres ni du conseil de surveillance ni de la direction. Ces réviseurs n'ont pas de fonctions permanentes; ils sont nommés chaque année par l'assemblée et leur tâche est uniquement celle de contrôler le règlement des comptes, la comptabilité et le rapport social rédigé par la direction.

§ 3. États-Unis d'Amérique.

a) L'organisation en général.

1. Les remarques que nous formulerons ci-après pour le droit anglais, valent également pour le droit des États-Unis: c'est-à-dire qu'à la différence des systèmes latino-germaniques, en principe les lois en vigueur aux États-Unis édictent assez peu de règles quant à l'organisation de la SPA. On peut dire que ces systèmes, partant toujours du point de vue contractuel, laissent aux parties des pouvoirs très vastes pour organiser la société, conformément à leur volonté.

(6) Cf. aussi, ci-dessus, Chap. 3, § 2, n° 2.

2. Cependant, en général, les lois réglementent le droit de vote, et spécialement les différentes manières d'après lesquelles sont régis les droits des actionnaires, comme par exemple le voting trust. D'autre part, on peut signaler la tendance portant à distinguer d'une manière très nette la compétence de l'assemblée et celle du conseil d'administration (board of directors), dont relève exclusivement la gestion des affaires sociales. Cette tendance est traditionnelle dans les systèmes germaniques, quoique moins accentuée dans les systèmes latins, et récente dans le système anglais.

3. L'assemblée peut à peine s'ingérer dans l'administration, puisque l'approbation du bilan, du compte de profits et pertes et même le pouvoir de décider quant à la répartition des bénéfices, sont de la compétence du conseil d'administration. A quelque approximation près, on peut dire que le conseil d'administration a un pouvoir semblable à celui des deux organes administratifs du système allemand; il décide de la gestion et la surveillance. Mais, comme nous venons de le souligner, la décision quant à la répartition des bénéfices lui appartient aussi, ce qui constitue un des éléments particulièrement caractéristiques des systèmes américains.

Encore faut-il ajouter qu'en général, par disposition légale ou statutaire, le conseil a le pouvoir d'établir et de modifier les By-laws ⁽⁷⁾.

On peut donc conclure d'une manière très générale, qu'en principe l'assemblée a les pouvoirs constitutionnels: toute décision impliquant une modification de l'acte constitutif, et le pouvoir d'élire les administrateurs (directors) lui appartiennent; le conseil d'administration a un pouvoir de gestion, dans un sens assez vaste, comprenant en général également le pouvoir réglementaire.

(7) Cf. ci-dessus, Chap. 4, § 5, n° 1.

4. A côté du conseil d'administration, et sous sa direction, on trouve dans les sociétés américaines les "officers" dont un certain nombre est obligatoire d'après plusieurs lois. Les officers, quoiqu'employés de la société, présentent des caractères particuliers qu'en font de véritables organes de celle-ci; aussi peut-on les considérer comme des fonctionnaires de la SPA.

A la différence des administrateurs, les officers sont toujours révocables, ce qui souligne leur qualité de mandataires.

5. Les administrateurs et les fonctionnaires sont considérés par les différentes lois comme des "fiduciaires" de la société⁽⁸⁾.

6. Dans le droit américain, on ne trouve pas d'organe obligatoire pour le contrôle des comptes.

b) L'assemblée.

7. L'assemblée a deux fonctions fondamentales: d'élire les administrateurs et délibérer quant aux modifications de l'acte constitutif - et éventuellement des statuts⁽⁹⁾ - lorsque la chose apparaît nécessaire ou convenable pour la réalisation du but social ou pour la modification de ce même but.

8. Dans cette matière, le Droit des États-Unis laisse aux parties une grande autonomie. En général, on trouve des assemblées ordinaires, annuelles, et des assemblées extraordinaires, pour la modification de l'acte constitutif; on reconnaît aux actionnaires représentant un certain pourcentage du capital le droit d'obtenir la convocation de l'assemblée.

(8) A ce propos, le Model Business Corporation Act s'exprime de la manière suivante (§ 33): "Officers and directors shall be deemed to stand in a fiduciary relation to the corporation ...". Nous trouverons la même règle dans le droit anglais.

(9) Cf. ci-dessus, Chap. 4, § 5, n° 1.

Nous avons déjà donné quelques renseignements quant à la fonction de l'assemblée dans la constitution de la SPA⁽¹⁰⁾.

c) Le conseil d'administration et les fonctionnaires.

9. En principe, les lois exigent que les administrateurs soient au moins au nombre de trois⁽¹¹⁾; de plus, certaines d'entre-elles exigent qu'ils soient des actionnaires de la société; mais d'autres ne l'exigent pas.

Les administrateurs peuvent être révoqués uniquement pour une juste cause⁽¹²⁾, à moins que la loi⁽¹³⁾ ou l'acte constitutif n'en disposent autrement.

10. D'après la doctrine et la jurisprudence américaines, les administrateurs représentent la société dans son ensemble, à tel point qu'en matière de gestion, ils ne sont pas liés par la volonté de la majorité des actionnaires; ce qui leur donne une position prééminente dans l'organisation de la société et distingue cette organisation de celle d'autres pays reconnaissant encore à l'assemblée la qualité d'organe souverain de la société. La majorité ne peut substituer les administrateurs que conformément aux dispositions légales ou statutaires, c'est-à-dire, en principe, lorsqu'est venu à expiration le terme pour lequel ils ont été élus⁽¹⁴⁾.

(10) Cf. ci-dessus, Chap. 4, § 4, n° 4.

(11) Dans ce sens également le Model business corporation act, § 32.

(12) Cf. BALLANTINE, On corporations, Chicago, 1946, p. 434.

(13) Par ex.: Californie, Corporations Code (1947), § 810, réglementant la révocation et exigeant des majorités spéciales; Cf. aussi: Idaho, Code (1932), § 29-138; Minnesota, Revised Statutes (1945), § 301.29; Pennsylvanie, Business corporation law (1933), § 405.

(14) Cf. BALLANTINE, op.cit., § 44 et ci-dessus, notes 12 et 13.

11. Les administrateurs forment un organe collégial, le conseil d'administration (board of directors) et, en principe, ce n'est qu'en conseil qu'ils peuvent exercer leurs fonctions. Les lois contiennent d'ailleurs des dispositions détaillées quant au fonctionnement du conseil.

Il est admis que le conseil peut déléguer ses pouvoirs à des comités, dont font partie ses membres, mais on discute la mesure où pareille délégation est admissible. Aussi les membres des comités doivent-ils exercer leur fonctions collégalement.

12. Les fonctionnaires sont les organes exécutifs et représentatifs (agents) de la société; leurs pouvoirs dépendent du conseil d'administration et éventuellement des dispositions de l'acte constitutif et des statuts. Certaines lois exigent qu'il existe dans chaque SPA un certain nombre de fonctionnaires, à savoir le président - qui doit être en général un des administrateurs - le secrétaire et le trésorier⁽¹⁵⁾.

(15) Californie, Corporation Code (1947), § 2129; Connecticut, General Statutes, § 3410 (as amended by L. 1947, Act 295 - Supp., 914 i); Delaware, Revised Code (1935), § 10; Illinois, Business Corp. Act., § 43 (as amended by L. 1945, p. 544); Kentucky, Revised Statutes (1946) § 271-355; Minnesota, Revised Statutes, (1945), § 301.30; etc. Sur ce point on peut dire que les principes proposés par le Model Business Corporation Act tendent à se généraliser. Ils sont les suivants:

§ 32: Officers and Agents

I. The board of directors shall elect a president, a secretary and a treasurer, and may elect one or more vice-presidents. No one of said officers, except the president, need be a director, but a vice-president who is not a director cannot succeed to or fill the office of president. Any two of the offices of vice-president, secretary and treasurer may be combined in one person.

II. Such offices and agents as may be necessary for the business of the corporation may be appointed by the board of directors or in the manner provided in the by-laws.

III. All officers and agents shall respectively have such authority and perform such duties in the management of the property and affairs of the corporation, subject to the control of the board of directors, as may be prescribed in the by-laws, or, in the absence of controlling provisions in the by-laws, as may be determined by the board of directors

Les fonctionnaires élus par le conseil d'administration peuvent à tout moment être destitués par celui-ci.

§ 4. France.

1. Art. 25, 27, 28, 29, 31, 32 et 33 (mod. par les D.L. de 1937 et de 1938), 34; L. 16 nov. 1940 et mars 1943 (sur ces lois cf. ci-dessus, Chap. 2, § 3, II).

2. En fait d'organisation, la loi de 1867, directement inspirée par la législation anglaise, n'était pas fort rigoureuse. Pareille situation n'a pas été modifiée profondément avant la réforme des commissaires aux comptes, en 1938, et celle de l'administration en 1940-43.

En matière d'administration, la loi de 1867 reposait sur l'idée du contrat de société et du mandat des associés (cfr. art. 22); cette idée fondamentale, et commune à toutes les lois anciennes sur les SPA, a été désormais dépassée à plusieurs points de vue dans la loi de 1940. En tout cas, dans la législation, la doctrine et la jurisprudence françaises⁽¹⁶⁾ on peut noter actuellement une tendance à se rapprocher de la conception de la théorie organique de la personnalité morale⁽¹⁷⁾ qui a influencé spécialement le système allemand, ou, d'un point de vue plus général, de l'idée de l'institution.

(suite de la note n. 15 à la page précédente)

IV. Any officer or agent may be removed by the board of directors whenever in their judgment the best interests of the corporation will be served thereby, such removal, however, shall be without prejudice to the contract rights of the person so removed.

(16) v. notamment RIPERT, Droit comm. cit. n. 1069, 1089, 1121, 1142, 1143, 1161, 1177, 1178, 1192-93, ainsi que les auteurs et la jurisprudence cités par cet auteur.

(17) Cf. ci-dessus, chap. 3, § 1.

3. Dans le système français, toute société doit posséder quatre organes, c'est-à-dire l'assemblée, le conseil d'administration, le président-directeur général et les commissaires.

La loi n'établit pas clairement le rôle des trois premiers de ces organes, ni leur compétence; cependant on peut affirmer que, sauf en matière d'administration, certaines fonctions ne peuvent être exercées que par l'assemblée, tandis que d'autres appartiennent au conseil d'administration ou au président d'une manière exclusive.

Il faut remarquer qu'à la suite de la réforme de 1940-43, le président du conseil a désormais des attributions légales propres qui imposent peut-être de le concevoir comme un organe indépendant.

4. Dans le système français, il y a surtout deux formes d'assemblées, l'assemblée constitutive et l'assemblée ordinaire, annuelle; une troisième forme d'assemblée, l'assemblée extraordinaire, qui se présente du reste dans presque tous les systèmes, n'est nécessaire que pour modifier les statuts.

L'assemblée constitutive est toujours nécessaire parce que la loi française ne réglemente pas la constitution simultanée son objet fondamental est celui de vérifier les actes de constitution, de voter les statuts et de nommer les administrateurs et les commissaires aux comptes⁽¹⁸⁾.

L'assemblée ordinaire doit obligatoirement se réunir chaque année pour approuver les comptes et le bilan, pour renouveler le mandat des administrateurs et commissaires et pour délibérer sur les actes de gestion qui ne rentrent pas dans la compétence des administrateurs. Dans ce sens, elle a aussi des fonc-

(18) Dans le même sens, tous les systèmes qui admettent la constitution successive, par appel au public ou privée; dans un sens tout à fait différent, les systèmes d'origine anglaise; cfr. ci-dessus, chap. 4, § 4.

tions administratives; mais après la réforme mentionnée, on peut se demander à quel point les statuts peuvent l'autoriser à empiéter sur l'administration.

L'assemblée est convoquée par les administrateurs ou, à défaut de ceux-ci, par les commissaires aux comptes; la réunion peut aussi être ordonnée par le Tribunal à la requête des actionnaires.

5. D'un point de vue comparatif, l'organe le plus intéressant du système français est l'organe administratif.

La loi établit que les administrateurs doivent être au nombre de trois à douze et qu'ils forment le conseil d'administration, c'est-à-dire un organe collégial; chaque administrateur ne peut être nommé que pour une période de six ans, mais il est rééligible. Les administrateurs, ou plus exactement les membres du conseil d'administration, doivent être des actionnaires de la société; ils peuvent être des personnes physiques ou juridiques⁽¹⁹⁾

Les administrateurs sont nommés par l'assemblée, au nombre établi par les statuts, ou, à défaut d'une disposition statutaire, par l'assemblée elle-même dans les limites comprises entre le maximum et le minimum légal.

Le conseil élit parmi ses membres un président qui est en même temps, par une disposition impérative de la loi, le directeur général de la société⁽²⁰⁾.

Les membres du conseil d'administration, le président inclus, sont révocables ad nutum par l'assemblée.

La loi n'est pas très claire quant aux attributions du conseil, parce qu'elle a abandonné dans son esprit le système ancien sans toutefois le réformer complètement dans ses dispositions. Comme nous l'avons déjà vu, les membres du conseil sont toujours

(19) Cf. PERCEROU, dans Dalloz C., 1943, L. p. 70.

(20) Cf. ci-dessous, n° 6.

révocables; par conséquent, et nonobstant la réforme, l'assemblée demeure l'organe fondamental de la société même en matière d'administration. Cependant on peut remarquer dans la jurisprudence⁽²¹⁾ une tendance à reconnaître des attributions propres au conseil et le président du conseil a, lui aussi, des fonctions directement établies par la loi, quoiqu'il ne soit pas facile de les préciser.

Il appartient au conseil de convoquer l'assemblée suivant les dispositions de la loi et des statuts; il lui appartient aussi d'établir le bilan de la société et le compte de profits et pertes et de rédiger un rapport pour l'assemblée; finalement et c'est peut-être le point le plus important, le conseil est exclusivement compétent pour nommer parmi ses membres le président qu'il peut d'ailleurs révoquer ad nutum⁽²²⁾.

6. Le président-directeur général doit être une personne physique (d'où la conséquence qu'il n'est pas possible désormais de constituer une SPA uniquement entre SPA). La loi le considère comme un commerçant et le soumet à une responsabilité pécuniaire et pénale considérable.

Par une disposition impérative de la loi, le président "assure, sous sa responsabilité, la direction générale de la société et aucun membre du conseil ... ne peut être investi de fonctions de direction dans la société", sauf les deux exceptions suivantes: le président peut faire nommer par le conseil "pour l'assister à titre de directeur général" adjoint, soit un membre du conseil, soit un mandataire choisi hors de son sein (sauf disposition des statuts établissant qu'il doit, ou qu'il ne doit pas, être membre du conseil); il peut aussi, en cas d'empêchement, déléguer temporairement ses fonctions à un membre du conseil.

(21) Cf. RIPERT, op. cit., n° 1143.

(22) L'assemblée peut le révoquer indirectement en ce qu'il est membre du conseil d'administration.

Le directeur général adjoint est sous le contrôle du président (23)

Par conséquent, quoique la loi ne précise la compétence du président-directeur général vis-à-vis du conseil et de l'assemblée que par les mots "fonctions de direction", il est évident que celui-ci est un organe nécessaire de la société, ayant des attributions que ni les statuts ni les autres organes ne peuvent lui ôter. Et on peut tracer un certain parallèle - sans plus - entre le conseil d'administration du système français et le conseil de surveillance (Aufsichtsrat) du système allemand d'une part, et de l'autre, entre le président-directeur de celui-là et la direction (Vorstand) de celui-ci. En effet, le conseil d'administration du système français a surtout des fonctions de contrôle, la direction effective de la société étant réservée au président et se trouvant sous sa responsabilité personnelle.

7. Les commissaires aux comptes ont pour fonction de "vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société, de contrôler la régularité et la sincérité des inventaires et des bilans ainsi que l'exactitude des informations données sur les comptes de la société dans le rapport du conseil d'administration". Pour l'exercice de leurs attributions "ils peuvent, à toute époque de l'année, opérer les vérifications et contrôles qu'ils jugent opportuns".

Par cette disposition, la loi française a abandonné les systèmes anglais et allemand des commissaires nommés uniquement pour reviser la comptabilité annuelle, et a fait des commissaires un organe permanent. Les commissaires peuvent être nommés pour une période de trois ans - et ils le sont en général - au nombre d'un ou plus; ils peuvent ne pas être des actionnaires; la loi établit une série d'incompatibilités visant à assurer leur

(23) PERCEROU, loc. cit.

indépendance. La question de savoir s'ils sont révocables ad nutum est discutée⁽²⁴⁾.

Dans les sociétés "faisant appel à l'épargne publique", l'un des commissaires doit être choisi sur une liste de commissaires agréés, existant auprès de chaque Cour d'appel.

§ 5. Grande Bretagne.

1. Gr., Br., § 130, 131, 153, 159, 162, 181-184, 222.

2. En matière d'organisation, le système anglais est beaucoup plus libéral que le système allemand et les systèmes latins. Cependant, le législateur anglais de 1947-1948 s'est préoccupé, lui aussi, du fait que dans les grandes sociétés modernes la participation des actionnaires à la vie de la société présente de grandes difficultés. Dans la loi actuelle, on trouve plusieurs dispositions inspirées par ce problème. Naturellement, conformément à l'esprit et à la tradition anglaise, on a cherché à le résoudre sans porter atteinte à la liberté des parties et sans trop modifier la structure contractuelle de la société. Par conséquent, les principes impératifs sur l'organisation de la SPA auxquels nous dédions ce chapitre ne sont guère nombreux.

3. Les organes obligatoires sont trois: l'assemblée, les directeurs (administrateurs) et le secrétaire.

Pour le contrôle de la comptabilité, la société doit nommer des commissaires qui ont des fonctions très limitées et ne sont pas des organes permanents.

(24) 'Cf. RIPERT, op. cit. n° 1187.

4. Les règles impératives fondamentales sont les suivantes:

a) L'assemblée doit être convoquée une première fois, sous peine de liquidation judiciaire (§ 222), après que la société a été déclarée en droit de commencer ses affaires (statutory meeting),⁽²⁵⁾ Cette assemblée a pour but de mettre les actionnaires au courant des actes de constitution.

Au cours de la vie de la société, l'assemblée doit se réunir au moins une fois par an. Elle doit être convoquée en outre à la requête d'un ou de plusieurs actionnaires représentant dix pour cent du capital versé.

La loi réglemeute rigoureusement la convocation et le fonctionnement de l'assemblée. Ces règles sont très importantes car c'est grâce à elles que le législateur anglais vise à protéger les actionnaires et leurs droits.

La competence de l'assemblée n'est pas délimitée par la loi.

b) Toute SPA doit être administrée par deux directors au moins, sans qu'il y ait de nombre maximum. Les administrateurs peuvent être organisés par les statuts en conseil d'administration; la loi n'offre pas de disposition à ce sujet, cependant on considère en général que le pouvoir de gestion appartient à tous les administrateurs en leur qualité de membres d'un organe collégial⁽²⁶⁾. La loi ne dispose pas non plus que les administrateurs doivent être des actionnaires, mais les statuts l'exigent en général et la loi établit des règles pour l'exécution de cette clause statutaire.

Les administrateurs sont en même temps des représentants (agents) et des "fiduciaires" (trustees) de la société.

(25) Cf. ci-dessus, chap. 4, § 4, n° 5.

(26) PALMER, Company Law, Londres 1949, p. 179.

La loi édicte des dispositions importantes sur leur nomination et sur leur révocation. En cas de nomination par l'assemblée, il est nécessaire que chaque administrateur soit élu individuellement, à moins que, par une délibération unanime, l'assemblée ne renonce à cette garantie. La révocation est toujours possible par une délibération de l'assemblée sans qu'une majorité spéciale soit nécessaire, même si les statuts ou le contrat entre la société et l'administrateur en disposent autrement. Ces dispositions constituent une innovation due à la loi de 1947.

La compétence des administrateurs n'est pas déterminée par la loi.

c) Les lois de 1947-48 ont introduit dans la législation anglaise un nouvel organe déjà connu par la pratique, le secrétaire, dont les caractères juridiques ne sont cependant pas clairement esquissés. En effet, la loi établit que toute société par actions doit avoir un secrétaire et que la qualité d'administrateur et de secrétaire peuvent coïncider; mais elle n'offre aucune disposition générale sur les fonctions de cet organe que la pratique avait déjà fait connaître. Les dispositions les plus importantes où la loi se réfère au secrétaire sont celles des s. 126 et 127; aux termes de ces articles, l'état annuel (annual return) et une copie des comptes qui lui est annexée doivent être signés, outre que par un des directeurs, par le secrétaire de la société.

d) D'une manière très semblable au système allemand⁽²⁷⁾ le contrôle des comptes doit être effectué par un ou plusieurs auditeurs (reviseurs, commissaires aux comptes), qui sont nommés par l'assemblée annuelle et qui restent en charge jusqu'à l'assemblée annuelle suivante. La loi établit rigoureusement le mode de

(27) Cf. ci-dessus, § 2, n° 4.

nomination et de révocation des réviseurs des comptes et les qualités qu'ils doivent réunir. Il est nécessaire qu'ils appartiennent à une association reconnue de réviseurs⁽²⁸⁾.

L'annexe n° IX de la loi établit regoureusement les points que le rapport annuel des réviseurs doit considères; ceux-ci ont, pour l'accomplissement de leur tâche, des droits d'inspection et d'information très étendus.

§ 6. Italie.

1. Code civil, art. 2363-2409.

2. Le Code civil italien montre clairement l'intention d'appliquer la théorie organique de la SPA. En effet, la section VI du chapitre de la Société par actions, est intitulé "des organes sociaux" et se divise en trois paragraphes comme suit: l'assemblée, les administrateurs, le collège des contrôleurs (collegio sindacale).

3. La loi distingue entre assemblée ordinaire et assemblée extraordinaire. Cette dernière pour compétence exclusive outre la modification des statuts, de décider de l'émission d'obligations et de la non-émission des titres des actions.

L'assemblée ordinaire, qui doit se réunir au moins une fois par an, délibère sur le bilan, sur la nomination des administrateurs, des contrôleurs et du président du collège des contrôleurs, sur la responsabilité de ces personnes et sur les affaires de la société que les statuts réservent à sa compétence

(28) Sur ce dernier point cf. aussi, ci-dessous, Italie, § 6, n° 6.

ou qui lui ont été soumises par les administrateurs.

En principe, l'assemblée est convoquée librement par les administrateurs; ceux-ci sont obligés de la convoquer quand un certain nombre d'actionnaires représentant 20 % du capital l'exigent, ainsi que dans d'autres circonstances expressément prévues par la loi. Dans des cas particuliers, et spécialement en cas d'omission due aux administrateurs, l'assemblée peut être convoquée par les contrôleurs. L'assemblée peut être convoquée aussi par l'autorité judiciaire dans des cas déterminés.

La loi prévoit des assemblées spéciales d'une catégorie déterminée d'actionnaires; elles se réunissent uniquement pour délibérer sur les décisions de l'assemblée générale concernant les actions privilégiées.

La loi règle d'une manière assez complète la nullité des délibérations.

4. La gestion et la représentation de la société sont confiées, suivant les dispositions des statuts, à un ou plusieurs administrateurs. Les statuts peuvent en fixer le nombre maximum et minimum; dans ce cas, la loi réserve à l'assemblée le pouvoir de décider.

Il n'est pas nécessaire que les administrateurs soient des actionnaires de la société, mais ils doivent fournir une garantie en actions de la société ou en titres de l'Etat. La loi établit le minimum de cette caution par rapport au capital de la société (un cinquantième).

Les administrateurs peuvent être nommés pour une période de trois ans au maximum; ils sont rééligibles. Ils sont révocables ad nutum (29).

(29) Sauf leur droit aux dommages-intérêts s'il n'existe pas une "juste cause" de révocation.

Quand il y a plusieurs administrateurs, ils forment un conseil d'administration. Celui-ci élit son président parmi ses membres; les statuts peuvent réserver cette élection à l'assemblée.

Le conseil d'administration peut déléguer ses attributions à un ou plusieurs de ses membres; individuellement (administrateurs délégués) ou sous forme de comité exécutif. La délégation doit être autorisée par le statuts ou par une délibération de l'assemblée. Certaines attributions ne peuvent pas être déléguées (rédaction du bilan, augmentation du capital par disposition de l'acte constitutif, mesures à prendre en cas de réduction du patrimoine au dessous de deux tiers du minimum légal du capital).

La loi réglemente le fonctionnement du conseil d'administration.

La représentation de la société doit être confiée par les statuts à un ou plusieurs administrateurs.

5. Par les dispositions susmentionnées, la loi laisse aux fondateurs et aux associés une autonomie assez vaste en matière d'organisation. Certaines attributions appartiennent à l'assemblée, d'autres aux administrateurs, par disposition impérative, mais la gestion peut rentrer dans la compétence de ces deux organes dans la mesure que les intéressés jugent convenable. L'organisation interne et le pouvoir de représentation peuvent être réglés librement.

6. La loi italienne est plus rigoureuse en matière de contrôle. Elle établit avec précision la tâche du collège des contrôleurs. Celui-ci doit contrôler l'administration, veiller à l'observation de la loi et des statuts, examiner la comptabilité à tous points de vue, contrôler la caisse et le portefeuille de la société.

Chaque contrôleur, individuellement, a le droit d'inspection ainsi que l'obligation de participer aux séances du conseil d'administration et aux assemblées; le collège peut exiger toutes informations nécessaires sur les affaires de la société.

Le collège des contrôleurs est un organe permanent; il doit se réunir au moins chaque trimestre; la loi réglemente ses délibérations.

Les contrôleurs - actionnaires ou non - sont nommés par l'assemblée pour une période de trois ans, ils ne peuvent être révoqués que pour une "juste cause"; ils sont au nombre de trois à cinq, outre deux suppléants. Un certain nombre d'entre eux - d'après le montant du capital social - doivent être choisis parmi des personnes spécialement qualifiées.

§ 7. Suisse.

1. Suisse, C.O., art. 698-731.

2. Le code des obligations (chap. II, titre vingt-six consacré à la SPA), s'occupe de l'"organisation" de la SPA et réglemente en trois sections l'"assemblée générale", l'"administration" et le "contrôle"⁽³⁰⁾, qui constituent ses organes obligatoires. Il accepte ainsi, au moins du point de vue formel, la théorie organique⁽³¹⁾.

3. Comme principe fondamental, la loi établit que l'"assemblée générale des actionnaires est le pouvoir suprême

(30) Comme nous venons de le dire, le système italien a adopté la même disposition de la matière; cf. ci-dessus, § 6.

(31) Cf. ci-dessus, chap. 3, § 1.

de la société"; cependant il faut signaler qu'immédiatement, et dans le même article, la loi précise cinq matières qui entrent dans sa compétence exclusive par "droit inaliénable", tandis que les autres organes ont eux aussi des attributions propres, nécessaires pour le fonctionnement de la SPA. La loi établit donc par ces règles une organisation, donnant à chaque organe une compétence déterminée⁽³²⁾, et on ne peut pas dire que l'une ou l'autre aient un pouvoir prééminent.

4. L'assemblée générale a le pouvoir de modifier les statuts, de nommer les administrateurs et les contrôleurs, d'approuver les comptes et de fixer le dividende, de donner décharge aux administrateurs, de prendre toute autre décision qui lui serait réservée par la loi ou les statuts.

L'assemblée doit être convoquée par les administrateurs et "au besoin", par les contrôleurs. Des actionnaires représentant au moins 10 % du capital peuvent toujours exiger sa convocation.

La loi réglemente les contestations relatives à la validité des décisions contraires aux lois et aux statuts.

5. L'administration doit être confiée à une ou plusieurs personnes physiques, actionnaires de la société. Au lieu des personnes morales, leurs représentants peuvent être nommés administrateurs.

La majorité des administrateurs doit être de nationalité suisse et avoir leur domicile en Suisse, mais le Conseil Fédéral peut déroger à cette règle en faveur des sociétés holding et, dans la pratique, cette limitation n'a pas été interprétée d'une manière très rigoureuse⁽³³⁾.

(32) Cf. STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, Zurich 1946, p. 193.

(33) STEIGER, op. cit. p. 213.

6. Par une disposition de la loi, les administrateurs constituent un organe collectif, le conseil d'administration. Les statuts peuvent définir les pouvoirs du conseil et régler son fonctionnement ou charger le même conseil de cette réglementation. La loi se borne à établir que les membres du conseil ont le droit d'être renseignés sur les affaires sociales et d'exiger la convocation du conseil; que le conseil lui-même peut prendre toute décision qui ne soit pas réservée à l'assemblée ou à d'autres organes; qu'il désigne son président et son secrétaire, mais elle ne détermine pas les fonctions de ces derniers. L'assemblée générale peut toujours révoquer les membres du conseil d'administration.

Le conseil peut constituer des comités parmi ses membres, nommer des directeurs et des mandataires, ainsi que les révoquer.

En outre, la loi établit certaines règles générales sur les obligations des administrateurs.

7. Le troisième organe obligatoire, l'organe de contrôle, se compose d'un ou plusieurs contrôleurs, personnes physiques ou morales, actionnaires ou non, élues par l'assemblée. Les administrateurs et les employés de la SPA ne peuvent pas être contrôleurs.

Dans le système suisse, l'organe de contrôle est un organe permanent, chargé d'examiner si les comptes de profits et pertes et le bilan sont conformes aux livres sociaux et si ceux-ci sont tenus régulièrement. Il doit aussi contrôler le patrimoine de la société et l'évaluation de celui-ci. Les contrôleurs ont un droit d'inspection et d'informations. Les statuts peuvent régler le pouvoir des contrôleurs et l'étendre, à condition de ne pas attribuer aux contrôleurs des fonctions administratives.

§ 8. Conclusions.

On peut déduire de ce bref aperçu de quelques uns des systèmes existants en cette matière, qu'en général, les lois les plus récentes consacrent d'assez nombreuses dispositions à l'organisation de la société, se préoccupant d'établir une certaine délimitation obligatoire de compétences. Mais le statut légal qui en résulte est parfois très différent. Il y a en effet dans tous les systèmes des organes constitués par la réunion des actionnaires, des organes chargés de la gestion, dont les membres, dans certains systèmes, ne sont pas nécessairement des actionnaires, et des organes de contrôle; ces derniers font défaut dans les systèmes américains, dans le sens que la gestion et le contrôle coïncident dans le même organe. Cependant les attributions de l'assemblée et spécialement la structure et la position de l'organe administratif présentent des variétés considérables. Quant aux organes de contrôle, tantôt ceux-ci sont des organes permanents, tantôt ils sont chargés uniquement d'examiner les comptes relatifs à un exercice financier annuel de la société.

D'autre part, on peut dire que nous nous trouvons en présence en ce moment d'une évolution dans l'organisation de la SPA, qui se produit dans tous les systèmes et dont les grandes lignes diffèrent cependant, et surtout ne sont pas encore fort claires. Le rapprochement qu'on peut noter entre des systèmes autrefois très éloignés (par exemple entre le système allemand et le système français) est peut-être plus apparent que réel. Cet aspect de la réglementation de la SPA n'est pas seulement important du point de vue technique, puisque c'est ici au contraire que le législateur peut intervenir d'une manière efficace pour contraindre la SPA à servir aux fins économiques et politiques de l'Etat. Il faut ajouter encore que, comme nous l'avons remarqué au début, les règles relatives aux organes ne

sont pas les seules qui déterminent l'organisation effective, la distribution du pouvoir au sein de la société.

Ces considérations nous portent à conclure qu'un accord entre les Etats sur ce point central de droit de la SPA apparaît aujourd'hui comme très difficile.

CHAPITRE 7

=====

CONCLUSIONS

§ 1. - Résultats de l'examen comparatif

1. Nous avons étudié dans les pages précédentes la personnalité de la SPA, les actes par lesquelles elle se constitue, son aspect corporatif et son organisation. Nous avons aussi donné un bref aperçu de la disposition de la matière dans quelques uns des différents systèmes.

Nos conclusions peuvent désormais se résumer de la manière suivante.

2. Au sujet de la personnalité juridique de la SPA, nous avons dû constater qu'il y a une opposition très nette entre les systèmes anglais et allemand - le premier accordant à la SPA une capacité très limitée, le second lui accordant une capacité générale - tandis que les systèmes latins ont une position intermédiaire qui cependant n'est pas toujours la même. Dans ces derniers systèmes, le but social délimite la capacité de la SPA, mais, en général, les lois n'exigent pas qu'il soit rigoureusement défini. D'autre part, aux Etats-Unis on retrouve toutes les différentes solutions des systèmes européens⁽¹⁾.

A notre avis, ce point est très important pour tout essai d'unification législative parce qu'il a trait à la SPA en tant que sujet de droit agissant dans le commerce juridique. L'étendue de la capacité des personnes morales est l'un des points fondamentaux de tout système, et il paraît très difficile qu'il puisse être modifié par une conférence internationale.

(1) Cf. ci-dessus, Chap. 3, § 1, n° 6.

Il faut remarquer que dans les systèmes des Etats-Unis une tendance très précise s'affirme, tendant à abandonner l' "outmoded doctrine of ultra vires"⁽²⁾, doctrine qui est encore fortement enracinée dans le système anglais. En effet, pendant les travaux pour la récente réforme de ce droit⁽³⁾, la commission d'études avait proposé d'attribuer à la SPA une capacité générale; malgré cela, le Parlement a préféré maintenir la solution traditionnelle.

D'autre part, comme nous venons de le rappeler, la position des systèmes latins vis-à-vis de cette question n'est pas très nette; il paraît toutefois douteux qu'ils puissent accepter une disposition législative par laquelle la SPA aurait la même capacité générale que les personnes physiques et les personnes morales sans but lucratif, l'existence de ces dernières étant soumise à une concession de l'Etat et leurs actes à son contrôle.

Nous avons souligné que, d'un point de vue théorique, il n'est pas exclu qu'on puisse arriver à un accord sur ce problème central de l'unification; toutefois nous avons dû avertir en même temps que le problème de l'étendue de la personnalité juridique des SPA n'a pas été étudié profondément dans les divers systèmes et surtout dans les systèmes latins. Un résultat de notre examen comparatif est, peut-être, précisément d'attirer l'attention sur cette question, qui passe très souvent inaperçue dans la pratique, parce que les cas dans lesquels les administrateurs accomplissent des actes excédant le but social ne sont pas fréquents, ou ne sont pas toujours importants, mais constituent un obstacle fort grave pour l'unification, puisque dans ce cas il serait nécessaire de les résoudre.

(2) BALLANTINE, On corporations, Chicago 1946, préface. Sur cette théorie, cf. Chap. 3, § 3.

(3) Cf. ci-dessus, Chap. 2, § 3, I.

3. En ce qui concerne les actes par lesquels la société naît et se modifie au cours de son existence, nous avons dû constater plusieurs différences de conception et une très grande variété de règles. Deux points nous paraissent fondamentaux; nous les avons déjà soulignés. Dans les systèmes latins et germaniques, la SPA naît grâce à un véritable contrat de société. Outre que sur ses caractères fondamentaux, les fondateurs s'accordent sur la formation du capital, s'obligent à le fournir; dans les systèmes d'origine anglaise, au contraire, la SPA peut naître et fonctionner sans que le capital prévu par l'acte constitutif existe sous forme d'obligations de ses membres. Dans les premiers systèmes, toutes les dispositions établies par les fondateurs constituent un acte juridique unique, tandis que dans les systèmes d'origine anglaise on distingue entre acte de constitution et statuts⁽⁴⁾.

Nous croyons qu'en principe, ces deux différences et toutes les autres qui en découlent, ne représentent pas des difficultés insurmontables, bien qu'elles se rattachent en partie à une conception différente du capital⁽⁵⁾; cependant, du point de vue pratique, on ne peut espérer arriver à un accord sans procéder à des études très approfondies, sans examiner toutes les conséquences qui dérivent de ces différentes conceptions et notamment sans abandonner des idées traditionnelles fortement enracinées.

4. Nous avons vu qu'en général les lois exigent qu'un certain nombre de personnes participent à la constitution de la SPA. Nous avons vu aussi que l'on apprécie différemment dans les divers systèmes la participation de prête-noms, d'hommes de pail-

(4) Les actes de souscription peuvent être nécessaires si la souscription s'effectue dans la suite - comme dans les systèmes latino-germaniques, dans la constitution successive (cf. Chap. 4, § 4, n. 1 et 2) - mais ils peuvent aussi coïncider avec l'acte de constitution.

(5) Cf. Chap. 4, § 2, n. 5 et 6.

le, etc.; toutefois cette différence n'est pas très grave. En effet, on peut observer sans aucun doute l'existence d'une tendance fort répandue vers une conception institutionnelle de la SPA. On voit dans l'acte constitutif, une déclaration au public plus qu'un contrat; l'exigence de la pluralité des fondateurs et de leur nombre minimum trouve son fondement dans l'idée qu'un certain nombre de personnes doit répondre de la constitution plutôt que dans celle qu'un contrat est nécessaire entre elles pour la constitution de la société, étant donné que les obligations qui naissent de l'acte constitutif ne créent pas de dettes des associés entre eux, mais des associés vers la société.

Les divergences sont plus accentuées en ce qui concerne la réduction des associés au dessous du nombre légal après la constitution. Dans certains systèmes - notamment dans le système français - l'idée contractuelle est encore très forte; d'autres regardent avec méfiance la concentration des actions entre les mains d'un seul actionnaire ou d'un nombre d'actionnaires inférieur au nombre légal et exigent dans ce cas que la SPA soit liquidée. Cependant tous les systèmes coïncident sur le point fondamental, c'est-à-dire qu'ils admettent que la société peut exister pourvu qu'il existe une pluralité formelle d'actionnaires, même si, du point de vue substantiel, elle est administrée par un seul actionnaire possédant presque toutes les actions. Par conséquent, dans la pratique, la SPA appartenant à une seule personne peut exister dans tous les systèmes. Il reste en tous cas une idée sur laquelle il paraît très difficile de s'accorder; il s'agit de la théorie américaine permettant d'ignorer la personnalité juridique de la SPA lorsque les actionnaires en abusent⁽⁶⁾.

(6) Cf. Chap. 5, § 1, n. 8, note 6.

Il paraît donc très difficile qu'on puisse arriver à un accord sur ces questions, influencées en outre par la conception politique générale des divers pays. Notamment, faut-il rappeler à ce propos la position tout à fait prééminente qu'ont les administrateurs dans le Droit américain et qu'on ne retrouve pas dans le Droit européen, fût-ce dans le système allemand.

6. En conclusion, dans son ensemble, le résultat de notre recherche est négatif, quoique nous n'ayons pris en considération que quelques points seulement du droit des sociétés par actions. Comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, même sans étendre l'examen à d'autres questions, ce résultat est corroboré par des raisons d'ordre général qui nous paraissent décisives.

§ 2. Raisons d'ordre général s'opposant
à une unification législative.

7. Il nous a paru convenable de faire précéder notre exposé analytique de quelques notions sur l'origine et la composition actuelle de quelques unes des lois les plus récentes et les plus connues sur la SPA, et nous avons attiré plusieurs fois au cours de ce rapport l'attention du lecteur sur le fait que nous nous trouvons en présence d'une matière très vaste, régie par des lois spéciales qui constituent de véritables codes, sans compter en outre tout le droit patrimonial des divers systèmes. Nous avons souligné aussi que chaque loi contient un nombre considérable de dispositions qui n'influent pas sur la structure et le fonctionnement de la SPA, étant donné leur caractère exécutif, mais qui ont leurs racines dans l'organisation juridique des divers peuples et que, par conséquent, il est très difficile de modifier.

Or, l'étendue de la matière et la complexité des lois qui la règlent, même sans en examiner le contenu, sont à notre avis des raisons décisives pour exclure qu'on puisse arriver à un droit uniforme des sociétés par actions, au moyen d'une unification législative, consacrée par un accord international. Il est en effet invraisemblable qu'on puisse arriver à établir un projet capable de satisfaire à la fois et les raisons politiques et économiques et la tradition et la technique juridiques, qui ont déterminé les différences existant aujourd'hui entre plusieurs centaines de lois. Du reste, le fait que le Model Business Corporation Act n'a été adopté que par quelques Etats⁽⁷⁾ prouve l'énorme difficulté de l'unification dans ce domaine.

8. Deuxièmement, nous avons eu aussi l'occasion de remarquer que notre matière est continuellement en mouvement. Cette tendance du droit des SPA à se renouveler et à se modifier selon les exigences de la vie économique est particulièrement accentuée à notre époque; elle se rattache à la conception même de l'Etat et de ses fonctions, puisque la SPA représente une des institutions fondamentales de l'économie moderne. Il est donc évident qu'on ne pourrait arriver que difficilement à un accord sur cette partie du Droit, aussi longtemps que les Etats chercheront eux-même de nouveaux points d'équilibre politique.

9. Finalement, nous devons rappeler que la SPA étant un moyen d'organisation financière, certaines différences devront probablement toujours subsister suivant les différentes économies des peuples.

10. Si nous ajoutons à ces considérations d'ordre général les différences de conception, de technique et de tendances

(7) Cf. Chap. 1, § 1, n. 6.

politiques que nous avons précédemment signalées, il nous paraît hors de doute qu'il est au moins prématuré d'envisager dès à présent l'unification législative du droit des SPA, à moins qu'on ne la limite à quelques systèmes seulement, fondés sur des principes très semblables⁽⁸⁾.

§ 3. Le problème d'une société par actions internationale.

11. En général, quand le problème de l'unification législative présente trop de difficultés, on cherche à tourner ces dernières grâce à une loi uniforme visant uniquement les rapports entre différents systèmes juridiques. C'est ainsi que notre Institut a préparé un projet de loi uniforme sur la vente internationale, et que récemment, au Congrès de droit privé de Rome, on a proposé de mettre à l'étude une loi uniforme sur la lettre de change internationale, etc. Nous devons donc nous demander s'il serait possible d'envisager de cette manière l'unification du droit des sociétés par actions. Notre problème a été posé dans ces mêmes termes par l'International Law Association lors de sa réunion de 1948 à Bruxelles, et on a parlé en plusieurs occasions de la nécessité d'une société par actions internationale.

Le Conseil de l'Europe a également mis à l'étude une "Convention générale sur les Compagnies européennes".

Examinons brièvement ce problème.

12. En premier lieu on pourrait imaginer de créer par un traité entre Etats un véritable système international, c'est-à-dire un régime par lequel certaines sociétés seraient soumises à

(8) Il y a lieu de remarquer que les Pays Scandinaves, tout en ayant abordé, dès 1934, le problème de l'unification du droit des sociétés anonymes, ne sont pas encore parvenus à des résultats concrets.

un Droit indépendant des Droits en vigueur dans les Etats signataires.

Ce système toutefois se heurterait à des difficultés qu'on ne doit sous-évaluer. En effet, il devrait établir un code des sociétés internationales et en même temps il devrait concéder aux sociétés qui l'adoptent, ou qui doivent s'y soumettre aux termes du traité, des pouvoirs supranationaux, c'est-à-dire une certaine indépendance juridique par rapport aux systèmes nationaux.

La société pourrait alors émettre ses actions et obligations dans n'importe lequel des Etats adhérents, pourrait transférer ses capitaux d'un pays à l'autre, pourrait compenser librement ses dettes dans un pays avec ses créances dans un autre pays, etc.: elle jouirait, en somme, d'une unité patrimoniale en dépit des barrières existantes entre les Etats.

Les considérations qui s'opposeraient à l'adoption d'un régime semblable sont évidentes. Avant tout, il suppose un ordre juridique international, réservé à certaines entreprises, ordre que les Etats pourraient accepter seulement en des cas déterminés parce que, dans la mesure de son extension, il empêcherait la politique économique des Etats adhérents. En deuxième lieu, ce régime exige que les Etats puissent s'accorder sur une loi uniforme des sociétés par actions. Cette loi uniforme présente l'avantage d'être applicable seulement aux sociétés par actions ayant l'objet prévu par le traité, mais, d'une part, comme nous l'avons vu, la détermination de l'objet des sociétés constitue un problème juridique très difficile à résoudre, et, de l'autre, le problème de l'unification législative présente les mêmes difficultés déjà soulignées, même si on le pose uniquement pour certaines sociétés.

Finalement, ce régime présenterait l'inconvénient que dans chaque Etat adhérent il existerait des sociétés soumises au régime national et des sociétés soumises au régime international.

13. Il paraît donc fort improbable que les Etats puissent aujourd'hui s'accorder sur un pareil système qui exige un ordre juridique international et une loi uniforme des sociétés par actions.

Ce régime pourrait peut-être trouver une application pratique en des cas déterminés, c'est-à-dire pour certaines entreprises, et au moyen d'un système semblable à celui de la concession qui se présente au début de l'histoire des sociétés par actions⁽⁹⁾.

En d'autres termes, la société par actions internationale pourrait naître en vertu d'un privilège octroyé par les Etats intéressés et ces Etats pourraient, soit s'accorder précédemment sur un régime général des sociétés internationales, soit - ce qui nous paraît plus facile - établir chaque fois ce régime.

Nous devons remarquer qu'en tout cas cette solution ne concerne pas le problème de l'unification du droit des sociétés par actions.

14. En deuxième lieu, sous le terme de société internationale on pourrait comprendre un régime beaucoup plus limité.

Par un traité international on pourrait établir que les sociétés, légalement constituées dans un des Etats signataires, seront reconnues dans les autres, y pourront exercer leur commerce ou industrie, et que leurs actes seront régis par les règles de droit international privé sanctionnées par ce traité.⁽¹⁰⁾ Dans un pareil régime, ces sociétés par actions seraient soumises à leur loi nationale quant à la constitution et à l'organisation interne, tandis que leurs actes seraient réglementés par le traité international. Il serait nécessaire d'établir également des règles sur la représentation de la société et sur la publicité des actes par lesquels elle nomme ses représentants et établit leurs pouvoirs.

(9) Cf. Chap. 1, § 1, n. 1.

(10) Le problème du droit applicable aux actes des sociétés formera l'objet de la prochaine Conférence de droit international privé de La Haye.

Ce régime - déjà adopté dans un projet de convention bilatérale type de la Chambre de Commerce Internationale et par celui du Conseil de l'Europe que nous avons précédemment mentionné - ne présente pas de très grandes difficultés, puisque dans les différentes législations il existe déjà des règles sur les sociétés étrangères, de manière qu'il ne s'agirait que de s'accorder sur une réglementation uniforme. Cela est fort possible notamment dans l'hypothèse que les Etats intéressés aient des systèmes juridiques semblables.

Cependant nous devons souligner que ce système produirait un résultat assez modeste. La personnalité des sociétés par actions serait reconnue dans tous les Etats adhérents, mais elles resteraient des sociétés nationales quant à leur organisation financière et juridique puisque le traité envisagé se limiterait à établir d'une manière uniforme les règles pour la validité des actes des sociétés.

D'autre part le traité devrait prendre certaines mesures de précaution afin d'éviter que les intéressés puissent choisir le système juridique auquel soumettre leurs sociétés par actions, étant donné que les divers systèmes juridiques ont des règles très différentes sur la constitution, la capacité et l'organisation des sociétés.

§ 4. Propositions de l'Institut

15. Le problème juridique que la Chambre de commerce internationale a envisagé en chargeant l'Institut de dresser un rapport sur l'unification du droit des SPA est l'un des plus importants pour les relations économiques entre les peuples. Le résultat négatif de notre recherche de droit comparé par rapport à la possibilité d'unifier cette branche du droit ou de créer un régime international ne peut donc épuiser la question.

D'autre part, l'uniformité du droit n'exige pas pour se réaliser une complète uniformité législative. Ce qui intéresse est beaucoup plus l'uniformité des solutions pratiques que l'uniformité des moyens juridiques par lesquels elle se produit. Et même quand on ne peut atteindre l'uniformité des solutions, il reste toujours la possibilité d'arriver à les rapprocher dans une certaine mesure.

En réalité, il n'est pas question d'examiner dans notre matière, s'il serait possible de réaliser l'unification du droit au moyen d'une loi uniforme - ce qui déjà paraît aujourd'hui tout à fait exclu à première vue - mais plutôt d'établir quelles sont les mesures les plus indiquées à prendre en vue de rapprocher peu à peu les divers systèmes et peut-être d'arriver dans l'avenir à l'unification législative sur les points qui intéressent le commerce international.

Sous cet aspect, le problème apparaît beaucoup plus accessible et nous nous croyons autorisés à indiquer quelques-unes de ces mesures qu'il conviendrait d'adopter en vue d'un rapprochement progressif des divers systèmes.

16. En matière de SPA, il y a des questions dont la solution dépend des directives politiques des Etats, par exemple, sous certains aspects, celle de l'organisation. D'autres dépendent de la diversité des conceptions juridiques qui ont influencé la formation de cette branche du droit; nous pouvons citer comme exemple la constitution de la SPA. Finalement il y a une troisième catégorie de questions, exclusivement pratiques et à caractère exécutif.

A notre avis, la catégorie la plus importante et décisive du point de vue qui nous occupe est la deuxième, puisqu'elle comprend les dispositions qui donnent à la SPA ses caractères juridiques fondamentaux; la première en doit nécessairement tenir compte et la troisième ne fait que lui donner exécution. Or, cette caté-

gorie est aussi celle qui présente le plus de difficultés juridiques, parce que les différences qu'on peut constater sur ce point entre les divers systèmes ne dépendent pas de raisons pratiques, c'est-à-dire politiques ou exécutives, mais des différentes conceptions juridiques quant à la personnalité, la responsabilité limitée, la qualité de membre d'une personne juridique, la nature des actes qui la réalisent, la font fonctionner, etc. Tout essai d'unification doit nécessairement se proposer avant tout d'éclaircir ces différences, d'établir les raisons qui les ont déterminées, d'examiner la possibilité de remplacer ces diverses conceptions par une conception unique harmonisant entre elles ces tendances de principe.

En d'autres termes, toute possibilité d'unification pratique nous paraît exclue aussi longtemps que le problème théorique de l'unification n'aura pas été résolu; c'est sur les divergences de conception qu'il faut s'accorder d'abord, et la chose n'est pas possible si on ne les connaît pas profondément. Mais vice versa l'étude et le progrès théorique doivent nécessairement entraîner un rapprochement des systèmes, tant parce que les points de vue théoriques ont beaucoup d'influence sur l'interprétation et l'application des lois, que parce que notre matière est continuellement en mouvement et parce que les divers systèmes s'influencent réciproquement, les dispositions qui ont donné de bons résultats tendant à se généraliser.

17. D'autre part, il faut avouer franchement que l'une des raisons les plus sérieuses qui empêchent ou ralentissent la collaboration juridique internationale, et par conséquent l'harmonisation des lois entre elles, est l'ignorance réciproque des divers systèmes de la part des législateurs. Cette ignorance - nous pourrions dire, officielle - s'étend aux juristes ou, plus exactement, dépend de leur ignorance même: elle a son fondement - et ceci est

le point fondamental - dans une raison objective, qu'on ne pourrait pas abattre par une simple exhortation à la bonne volonté et à la collaboration. La raison en est, en effet, que notre matière présente des aspects si différents et une étendue si vaste que bien peu de juristes arrivent à la dominer, et ceux qui y arrivent doivent se contenter de connaître tout au plus les innombrables questions qui se posent dans leur système juridique, sans pouvoir n'arriver à avoir que des notions assez vagues sur les autres systèmes.

18. Par conséquent, il nous semble que dans l'état actuel des systèmes juridiques examinés, le problème de l'unification du Droit des SPA doit être envisagé surtout comme problème scientifique. Il est nécessaire que les questions fondamentales soient examinées et approfondies du point de vue comparatif avec la participation d'un certain nombre de juristes appartenant aux principaux systèmes juridiques. Ce sera seulement en travaillant sur la base d'un programme de longue haleine, qu'il sera possible de dominer peu à peu cette matière pour harmoniser, fondre et finalement unifier entre elles les conceptions des divers systèmes.

====