

La création d'une société à finalité sociale. Son impact sur la classification des groupements en droit belge et sur la théorie de la commercialité

Anne BENOIT-MOURY

Professeur ordinaire à la Faculté de Droit de Liège

I. INTRODUCTION

I. L'économie sociale est devenue actuellement un domaine d'investigation. Sous réserve du choix de la société coopérative ou de l'association sans but lucratif, le droit belge offrait peu de formules adéquates pour répondre aux besoins de ces groupements poursuivant des finalités spécifiques (assistance au quart monde ou au tiers monde, solutions aux problèmes d'environnement, recyclage de produits, travail des handicapés ou de jeunes sous surveillance judiciaire, reclassement de travailleurs, aide aux métiers de l'artisanat ou de l'agriculture, services sociaux de tout genre, ...).

La société coopérative n'offrait plus l'image de marque du phénomène coopératif et ne répondait pas toujours aux attentes des différents intéressés. L'association sans but lucratif ne permet pas en principe l'exercice d'une activité commerciale, artisanale ou industrielle à part entière dans le respect des diverses réglementations économiques et sociales; l'agrément pour l'exécution de certains travaux leur est refusé, l'accès à certaines aides ou subventions interdit.

Plusieurs initiatives parlementaires ont abouti à la proposition d'un amendement qui a été déposé au Sénat dans le cadre de ce qui sera la loi du 13 avril 1995. Cet amendement, voté par le Sénat, dans la hâte d'une fin de législature, sera adopté sans autres débats à la Chambre des Représentants alors qu'il touchait à des principes fondamentaux de notre droit des sociétés.

L'objectif était de faciliter, en faveur des groupements opérant dans l'économie sociale, l'accès aux activités économiques et l'implantation sur le marché dans les mêmes conditions que les entreprises du secteur marchand. Il est vrai

que la recherche d'une solution adéquate s'imposait et que le thème était d'actualité au niveau européen (1).

Où loger cette nouvelle forme juridique? L'alternative était évidente: créer par une loi spéciale un statut original répondant aux préoccupations des milieux intéressés ou réformer le régime juridique des associations sans but lucratif. Le législateur a suivi une troisième voie, la plus critiquable à notre sens, celle qui consistait à bouleverser tout le droit des sociétés pour y introduire une variante qui avait pour conséquence de modifier la définition de la société elle-même. La solution fut dictée par des conséquences politiques et il est vrai aussi qu'il est délicat, en Belgique, de toucher au statut des associations sans but lucratif ...

La société à finalité sociale n'est pas un type juridique en soi. Il s'agit d'une variante de toutes les formes de sociétés commerciales. Quel que soit le type adopté, une société dotée de la personnalité juridique a la possibilité de se couler dans ce nouveau moule légal moyennant quelques adaptations statutaires (2). Ces conditions sont stipulées par l'article 164bis des L.C.S. (3).

II. LE PAYSAGE DES GROUPEMENTS EN DROIT BELGE

2. Les articles 1832 et suivants du Code civil constituent les règles de base du droit des sociétés. Dès 1804, les sociétés ont reçu les honneurs du Code civil sans doute pour des raisons de relance de l'économie après la révolution française (4) et peut-être aussi à des fins stratégiques. Ce statut a été confirmé par le Code de commerce. En revanche, les associations stigmatisées par le corporatisme du Moyen-Age et la hantise de la main-morte étaient interdites.

(1) Proposition de règlement (CEE) du Conseil portant statut de la société coopérative européenne et proposition de directive du Conseil complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne le rôle des travailleurs (*J.O.C.E.*, n° C 29 du 21 avril 1992, pp. 17-39).

(2) Le groupement d'intérêt économique peut également être à finalité sociale lorsqu'il regroupe des sociétés à finalité sociale ou des entreprises publiques mais ses statuts ne doivent pas respecter ces exigences légales.

(3) Voir ci-après, la contribution de B. DEMONTY.

(4) A. LEFEBVRE-TEILLARD, 'La révolution: une période décisive pour les sociétés par actions', *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 345.

Selon une interprétation traditionnelle, la notion de bénéfice au sens de l'article 1832 du Code civil devait s'entendre comme 'un profit matériel pécuniaire qui augmente la fortune des associés' (5).

Dans la *summa divisio* du droit des groupements, existaient d'une part les sociétés animées par le profit et d'autre part les associations sans but lucratif.

3. En 1873, au cours de l'adoption de la loi fondamentale sur les sociétés commerciales, nos parlementaires étaient confrontés à un dilemme particulièrement grave: comment organiser le statut de la *société coopérative* qui, par hypothèse, ne poursuit pas un 'but de lucre et de spéculation' (6) et, par ailleurs ne pas institutionnaliser une association sans but lucratif? Par un tour de passe-passe, obligatoire d'un point de vue politique, la société coopérative est devenue une société commerciale. Nous avons donc suivi une voie différente de celle des autres pays européens en n'adoptant pas une législation distincte pour les sociétés coopératives.

L'annexion a été tellement bien réalisée que, très vite, les entreprises capitalistes ont profité du laxisme réglementaire tant au niveau de la constitution qu'en cours de fonctionnement et qu'elles ont détourné la formule juridique de sa finalité première.

Il n'empêche qu'il existe encore de vraies coopératives, répondant aux objectifs des 'pionniers de Rochdale'. Moyennant le respect de principes du corporatisme: un homme, une voix, double qualité; rémunération limitée des dirigeants sociaux; système de la ristourne; limitation de la rétribution des coopérateurs, modalités propres de liquidation ... ces sociétés bénéficient encore d'avantages spécifiques pour autant qu'elles soient agréées par le Conseil national de la coopération et répondent à quelques conditions particulières (7).

Lorsque, à la suite de nouvelles exigences légales et des obligations de se conformer aux directives européennes, le cadre réglementaire applicable aux SA s'est renforcé, le législateur belge s'est trouvé contraint d'étendre maintes de ces nouvelles dispositions aux SPRL (8). La raison en était d'éviter une fraude à la loi et un transfuge, voire un refuge des petites SA vers les SPRL.

(5) Cass. fr., 11 mars 1914, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1976, pp. 177-181; J.C. SCHOLSEM, 'La notion de bénéfice dans le contrat de société', *Rev. prat. soc.*, 1969, pp. 211 et s.

(6) Selon l'expression de notre Cour de cassation rejetée à de maintes reprises.

(7) P. NICAISE et K. DEBOECK, *Vademecum des sociétés coopératives*, Bruxelles, Creadif, 1995.

(8) On en trouve un exemple significatif dans la L. 5 déc. 1984 portant adaptation du droit belge à la deuxième directive européenne qui pourtant ne visait que les seules SA.

Une fuite vers l'avant s'est toutefois produite et c'est la société coopérative qui est apparue comme la terre d'accueil d'autant que le législateur donnait aux fondateurs le soin de préciser l'étendue de la responsabilité des associés. C'était laisser à bas prix le confort d'une responsabilité limitée. Le choc en retour était inévitable. Il s'est produit en 1989, puis essentiellement en 1991 et enfin, à titre de finition, en 1995: quant à sa constitution, la société coopérative à responsabilité limitée des associés voit son régime calqué sur celui des sociétés de capitaux. Par contre, rien n'a été modifié en ce qui concerne le fonctionnement, ce qui reste un attrait pour cette forme juridique (9).

4. Si ce n'est la reconnaissance de certaines organisations professionnelles ou associations mutuelles, la suspicion à l'égard des groupements sans but lucratif a perduré pendant tout le XIX^e siècle. Il a fallu attendre la loi du 27 juin 1921 sur les *associations sans but lucratif* pour qu'un nouveau type de personnalité juridique soit reconnu en droit privé.

Désormais, et dans un strict respect des conditions légales, les associations sans but lucratif ont pignon sur rue pour autant, précise l'article 1^{er} de la loi, qu'elles ne se livrent pas à des opérations industrielles ou commerciales ou qu'elles ne cherchent pas à procurer à leurs membres un gain matériel. C'est l'antipode de la société.

Depuis longtemps, la Cour de cassation belge a retenu l'esprit de lucre et de spéculation comme l'âme damnée du commerce. Il ne pouvait dès lors être question qu'un tel groupement, en 1921, s'adonne à ces opérations mercantiles (10). Par ailleurs, le gain matériel réparti entre les associés n'était-il pas l'élément essentiel du contrat de société au sens de l'article 1832 du Code civil et de l'interprétation qui en avait été donnée par la Cour de cassation française?

L'histoire nous a dit ce qu'il en était advenu. Après les vraies et les fausses coopératives sont apparues les vraies et les fausses associations sans but lucratif (11). Il est fréquent que les ASBL, même les plus pures, orientées vers 'leur but désintéressé ou supérieur' se livrent à des activités réputées commerciales par la loi.

(9) Voir nos études: 'Une formule de collaboration entre entreprises: la société coopérative, alternative de la S.A.', A.B.J.E., *Le droit des affaires en évolution*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 5 à 43 et 'Dispositions applicables aux sociétés coopératives', in *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen*, Bruges, Die Keure, 1993, pp. 219-248.

(10) Comp. P. DEMEUR, note sous Cass., 30 déc. 1946, *R.C.J.B.*, 1948, p. 26.

(11) C.D.V.A., *Les ASBL - Evaluation critique d'un succès*, Bruxelles, Bruylant, 1985.

Quelles conséquences en tirer? Il est clair que les ASBL ne peuvent se livrer ni à titre principal, ni à titre d'appoint à des activités commerciales dans un but lucratif. Il est tout aussi évident qu'elles ne peuvent distribuer à leurs membres un gain matériel (12).

Qu'en est-il de l'accomplissement d'actes qualifiés commerciaux par la loi au sens des articles 2 et 3 du Code de commerce ou de l'utilisation et la mise en œuvre d'une infrastructure et de techniques commerciales pour l'exercice de leurs activités?

Selon certains, une activité de cette sorte est complètement exclue en raison des conditions légales à l'octroi de la personnalité juridique aux ASBL (13). La doctrine est en effet aujourd'hui d'accord pour transformer le 'ou' qui figure dans l'article 1^{er} de la loi de 1921 en un 'et' (14). Il s'agit donc de conditions cumulatives.

Toutefois, dans un arrêt célèbre (15), la Cour de cassation a reconnu que l'accomplissement d'un acte entrant dans l'énumération des activités réputées commerciales par la loi pouvait perdre sa qualité s'il était démontré qu'il avait été accompli dans un but désintéressé.

L'activité commerciale pourrait donc être exercée même à titre principal par une ASBL pour autant qu'il soit démontré qu'elle l'était sans but de lucre et de spéculation, qu'il n'y ait aucune rétribution aux membres et que l'association ne poursuive pas un enrichissement pour elle-même. La crainte de la main-morte affleure (16).

Mais que faire alors de l'excédent des recettes sur les dépenses? Peu importe, disent certains, si cet excédent est affecté à la réalisation du but supérieur. Oui, rétorquent d'autres, mais indirectement cette réserve constituée dans un souci de saine gestion et de continuité ou cette accumulation de moyens financiers va contribuer à accroître la part des membres.

(12) Voir la contribution de O. CAPRASSE, ci-dessous et les références citées. Voir P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1992, pp. 578 et s.

(13) P. DEMEUR, *l.c.* Voir ci-dessous O. CAPRASSE et les références citées.

(14) Comp. M. COPEL, 'Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés et de la commercialité', in C.D.V.A., *o.c.*, pp. 93 à 248.

(15) Cass., 19 janv. 1973, et la note J. VAN RYN et J. HEENEN, 'Esprit de lucre et de spéculation', *R.C.J.B.*, 1974, p. 325.

(16) M. COPEL, *l.c.*, in C.D.V.A., 1985, n^{os} 132 et s.

C'est alors qu'intervient la notion d'accessoire. En tout état de cause l'on peut admettre qu'une ASBL exerce des activités commerciales, même à but lucratif dans la mesure où les bénéficiaires qui en résultent ne soient pas ristournés à ses membres et contribuent à la finalité première de l'ASBL sans en favoriser l'enrichissement.

Quant au principal et à l'appoint, la question reste controversée: exclue s'il y a un but lucratif, admise par certains, si l'esprit de lucre et de spéculation est absent. Par contre l'utilisation de méthodes comptables et de gestion modernes ne semble pas en soi contraire au statut légal de l'ASBL (17).

Subsiste le problème des sanctions. Une ASBL dont l'objet tel qu'il est formulé dans les statuts n'est pas conforme à sa vocation première pourrait être visée par une action en requalification sur base de la reconversion des actes nuls (18). Si c'est par son activité réelle que l'ASBL trahit ses statuts, différents moyens ont été allégués pour assurer la protection des tiers et respecter les conditions de la concurrence: soit purement et simplement une déclaration de faillite de l'ASBL, soit la constatation de la création d'une société en nom collectif irrégulière entre les membres, parallèle ou non à l'existence de l'ASBL, soit l'utilisation des moyens de droit commun comme l'action en simulation ou l'abus de droit (19).

L'article 18 de la loi de 1921 avait bien prévu une action spécifique en dissolution mais les cas d'application ne sont plus que rarissimes. L'existence de ce statut juridique reste un problème si on tient compte du nombre de ces ASBL présentes dans le secteur 'marchand'.

5. Par la suite, le *groupement d'intérêt économique* fait son apparition. D'origine française, ce mode de coopération entre entreprises reçoit ses lettres de noblesse en droit belge (20) à la suite du règlement européen (21) et de son adaptation dans l'ordre interne.

(17) P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, *l.c.*, p. 583.

(18) J. RONSE, 'Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen', *T.P.R.*, 1965, p. 199.

(19) Çomp. M. COIPEL, *l.c.*; J. RONSE, 'Kan een VZW failliet verklaard', *Mélanges Fr. Dumon*, p. 243; M. WOLFCARIUS, 'Les activités commerciales des ASBL', *Rev. prat. soc.*, 1979, p. 204; D. DE GREEF, 'Faillite d'une ASBL', *Jura Falc.*, 1982-1983, p. 7; J. PROSMANS, 'Les ASBL peuvent-elles exercer des activités de nature économique ou commerciale?', *Rev. dr. commun.*, 1984, p. 164; J. 'T KINT, 'Les ASBL et la faillite', *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 347; *Rev. prat. soc.*, 1986, p. 78; H. LAGA, note sous Gand, 14 avril 1986, *Rev. dr. comm.*, 1988, p. 577. En jurisprudence, voir notre étude 'Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés', *Act. dr.*, 1991, p. 29. Pour un examen exhaustif, Voir P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, *ibid.*

(20) Lois du 12 juill. 1989 et du 17 juill. 1989.

(21) Règl. (C.E.E.) n° 2137, du 25 juill. 1985, *J.O.C.E.*, n° L 199 du 31 juill. 1985, p. 1.

Que fallait-il faire de ce groupement? Le ranger parmi les sociétés ou en faire une classification à part. Les solutions de droit national sont divergentes. La Belgique a cru opportun d'opter pour la formule d'un statut juridique propre. Six ans plus tard, il apparaîtrait qu'elle ait commis une erreur puisque le groupement d'intérêt économique belge est redevenu une société depuis la loi du 13 avril 1995. Dès lors les articles 1832 et suivants du Code civil ainsi que les principes généraux dégagés en matière de sociétés commerciales devraient suffire à combler les lacunes dans l'interprétation des dispositions légales (22).

III. LE CONCEPT DE SOCIÉTÉ ET L'ARTICLE 1832 DU CODE CIVIL

6. Dans sa version initiale, l'article 1832 du Code civil disposait que 'la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter'.

L'introduction en 1987 d'une société unipersonnelle en droit belge modifiait quelque peu les perspectives. Alors qu'il aurait pu suffire d'ajouter au texte existant un second alinéa, à l'instar du droit français, stipulant que dans les cas prévus par la loi une société pouvait être constituée par un acte unilatéral de volonté, le titre IX du Livre III du Code de commerce belge est passé du 'contrat de société' à 'Des sociétés'; l'article 1832 a prévu expressément que la société pouvait être créée par un contrat ou par un acte de volonté d'une personne pour autant qu'il y ait 'affectation de biens à l'exercice d'une activité déterminée'.

C'était déjà en soi une mini-révolution. Le législateur constatait officiellement les nombreuses déviations de la pratique, des sociétés prête-nom, de l'intervention d'hommes de paille et tempérait la théorie jurisprudentielle de l'extension de la faillite au maître de l'affaire qui avait déjà subi les reproches de la Cour de cassation. Devant la difficulté de recréer de toutes pièces un statut d'une entreprise unipersonnelle (23), un accommodement du droit commun des

(22) M. COIPEL, 'Evolution du paysage des personnes morales en droit privé', *Chronique de droit à l'usage du Palais*, t. VII, Le droit des sociétés, Liège, 1989.

(23) Voir J. VAN RYN, 'La société unipersonnelle dans le cadre du droit des sociétés et du droit de l'entreprise', *J.T.*, 1988, p. 241; P. VAN OMMESLAGHE, 'L'entreprise d'une personne à responsabilité limitée - quels choix fondamentaux?', *Mélanges J. Ronse*, 1985, p. 379.

sociétés est apparu préférable (24). C'était aussi la reconnaissance d'une notion de patrimoine d'affectation qui avait déjà vu le jour en droit comptable (25).

7. L'article 1832 du Code civil, dans le cas d'une société pluripersonnelle, impliquait comme condition la mise 'en commun de quelque chose en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter'. Le texte ne faisait pas allusion aux pertes éventuelles résultant de l'exercice de cette activité commune. Cette conséquence semblait toutefois sous-entendue compte tenu d'une interprétation généralement admise.

Les liens sont évidents entre l'article 1832 et l'article 1855 du Code civil. Cette dernière disposition qui prévoit la nullité des sociétés léonines attribuant à l'un des associés la totalité des bénéfices ou affranchissant l'un d'eux de toute contribution aux pertes a vu sa portée quelque peu modifiée par la loi du 6 mars 1973 (26). Elle est aujourd'hui à la une de l'actualité en doctrine et en jurisprudence (27) quant à la licéité des conventions dites de *portage* ou autres accords d'options d'achat ou de vente consentis entre actionnaires. Parmi les questions qui se posent, une controverse importante existe sur le caractère soit d'ordre public, soit impératif de chacun des deux alinéas du texte. Si la première solution l'emporte quant au premier alinéa, un doute plane encore sur l'interprétation à donner à la seconde partie du texte.

(24) H. MICHEL et al., *La SPRL unipersonnelle - Approche théorique et pratique*, Bruxelles, Bruylant, 1988; H. BRAECKMANS et E. WYMEERSCH, *De één persoonsvennootschap (1988)*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen.

(25) Comp. art. 3 L. 17 juill. 1975.

(26) Art. 13ter, al. 2 qui pour les SA, SPRL et SCA, se limite à la nullité de la seule clause léonine. Comp. art. 144, al. final en matière de sociétés coopératives.

(27) Voir Affaire Carlam, Comm. Brux., 6 janv. 1982, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 58; App. Bruxelles, 3 déc. 1986, *Rev. prat. soc.*, 1987, p. 45 et la note D. VAN GERVEN; *R.C.J.B.*, 1989, p. 385 et la note M. COIPEL; Aff. 'Cellulose des Ardennes', Comm. Namur, 12 sept. 1994, *Rev. dr. commun.*, 1995, p. 67; App. Liège, 15 sept. 1995, *T.R.V.*, 1995, p. 684; *Rev. prat. soc.*, 1995, p. 416 et obs. C. BERTSCH; Adde M. FAJTMANN, 'La promesse unilatérale d'achats d'actions d'une société anonyme belge au regard des art. 1855 du C.civ. et 13ter de la loi sur les sociétés', *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 69; I. CORBISIER, 'Variations sur la clause léonine et à propos de l'art. 46 des L.C.S.', *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 454; C. JASSOGNE, 'Sociétés léonines, options et portage d'actions', *Rev. dr. commun.*, 1994, p. 979; M. COIPEL, 'Encore l'art. 1855, al. 2 du C.civ.: réflexions additionnelles en faveur d'une interprétation renouvelée d'un texte controversé', *Rev. dr. commun.*, 1995, p. 132; P.A. FORIERS, 'Portage et clause léonine. Observations sur le champ d'application de l'art. 1855 du C.civ.', in *Hommage à J. Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 149; I. LEBBE et Ph.-E. PARTSCH, 'L'article 1855 du Code civil et les opérations sur titres', *Rev. prat. soc.*, 1997, pp. 79 et s.

8. Que faut-il entendre par *bénéfice*? Selon une interprétation traditionnelle, il devait s'agir d'un 'profit matériel pécuniaire qui augmente la fortune des associés'. La doctrine moderne a étendu la notion à celle d'avantages directs ou indirects de nature patrimoniale. Cet élargissement permet ainsi d'englober la réalisation d'une économie de charge ou de dépense, la réduction de frais, l'octroi de ristourne ... (28). La voie avait déjà été tracée par le législateur français lors de sa réforme du 4 janvier 1978 lorsqu'il a modifié l'article 1832 du Code civil pour y ajouter '... en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter' (29).

C'est ce que confirme le nouvel article 1832 du Code civil.

Par ailleurs le groupement d'intérêt économique est devenu une société (30). Il y a là une certaine logique puisque l'objectif de ce groupement est précisément de permettre la réalisation d'une économie.

La notion de partage de bénéfices a disparu de l'article 1832 et celle de partage des pertes n'a pas été insérée dans la définition légale. Il convient toutefois de se référer comme précédemment à l'article 1855 du Code civil.

9. Plus importante est la finale de l'article 1832 qui ajoute que si la recherche d'un bénéfice est l'objectif essentiel des associés, les statuts de la société pourraient en disposer autrement: 'à moins que dans les cas prévus par la loi, l'acte de société n'en dispose autrement'. Voici donc un groupement dont la caractéristique essentielle consiste dans l'octroi d'un avantage patrimonial, direct ou indirect, à ses membres mais dont cette caractéristique peut être expressément exclue par le législateur. Cette prise de position est renforcée par la modification apportée à l'article 1^{er} des L.C.S. qui affirme qu'une société peut être à forme commerciale et posséder la qualité de commerçant 'même si les dispositions statutaires prévoient que la société ne recherche pas de bénéfice pour les associés'.

(28) Comp. J. VAN RYN, *Principes*, 1954, t. I, n° 329; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Louvain, Acco, 1975, p. 141; P. COPPENS, 'Observations sous Anvers', 4 déc. 1984, *Rev. prat. soc.*, 1986, p. 151; P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Chronique de jurisprudence. Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1992, p. 581.

(29) Voir Y. GUYON, *Droit des Affaires. Droit commercial général et sociétés*, Paris, Economica, 1980, p. 99; Y. GUYON, 'De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978', *Mélanges P. Kayser*, p. 121; P. BEZARD, *Les sociétés civiles*, Paris, Librairies Techniques, 1979.

(30) Art. 1^{er} L. 17 juill. 1989 tel qu'il a été modifié par L. 13 avr. 1995.

Afin de faciliter l'introduction dans le droit des sociétés de la société à 'finalité sociale', le législateur belge a, cette fois, atteint les principes fondamentaux.

La société à finalité sociale n'est pas vouée à l'enrichissement de ses associés (art. 164bis, § 1^{er}). Elle ne recherche qu'un bénéfice patrimonial limité ou même aucun bénéfice patrimonial du tout. Un bénéfice patrimonial indirect à titre principal est exclu. Comme le groupement d'intérêt économique est désormais devenu une société, il pourrait être à finalité sociale (31). Or le groupement, selon sa définition légale, a pour but exclusif de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité à laquelle doit se rattacher l'activité du groupement. N'est-ce point la recherche d'un bénéfice patrimonial indirect? Il est vrai que les conditions de l'article 164bis n'ont pas été étendues au groupement d'intérêt économique. Le malaise est néanmoins certain et repose la question de la nomenclature des groupements en droit belge.

10. Qu'en est-il de l'ASBL? Alors qu'un groupement d'intérêt économique ne peut se transformer en une société à forme commerciale bien que son statut sociétaire soit désormais reconnu, une ASBL par contre peut désormais se transformer en une société à forme commerciale à finalité sociale (32). La confusion des genres devient plus que certaine. L'idée était sans doute de contraindre certaines ASBL à régulariser leur situation en adoptant la nouvelle formule légale mais dans l'incertitude des mesures d'exécution qui sont prises sur le plan fiscal et social, une réelle suspicion règne.

L'ASBL ne pourrait certes pas se livrer à titre principal ou d'appoint à une activité lucrative ni octroyer une rémunération quelconque à ses membres. Par contre, on lui reconnaît la faculté d'attribuer des bénéfices indirects à ses membres. A titre principal, cette attribution est exclue pour la société à finalité sociale (art. 164bis). Pour beaucoup il s'agit d'une différence importante entre ces deux types de groupements. Le problème est cependant simplement déplacé. On s'attachait antérieurement à la distinction entre le but de lucre et de spéculation et la poursuite d'un objectif désintéressé. Désormais de subtiles nuances devront être établies entre les notions de 'bénéfices directs' ou 'indirects', d'avantage patrimonial direct ou indirect'. Lorsque l'on envisage le statut de la société à finalité sociale, son contexte historique et la symbiose qu'elle entend réaliser entre le capital et le travail, l'interprète est quelque peu perplexe quant à la signification à donner à ces notions nouvelles.

(31) Art. 1^{er}, § 3 nouveau L. 17 juill. 1989.

(32) Voir la contribution de O. CAPRASSE ci-dessous.

IV. SOCIÉTÉ CIVILE ET SOCIÉTÉ COMMERCIALE

11. Les premiers articles du Code de commerce établissent encore la base actuelle de la théorie de la commercialité en droit belge. Les articles 2 et 3 énumèrent les actes qui doivent être considérés comme commerciaux par la loi. Ces textes ont fait l'objet d'une réforme en 1956 (33). On y a bien ajouté l'artisan qui fournit du fil pour coudre des sacs, le fermier qui loue à la journée sa moissonneuse-batteuse, le laitier qui stérilise son lait, le charbonnage qui lave et trie son anthracite et ... un peu d'immobilier ... Ils restent cependant critiquables compte tenu de l'évolution des activités économiques. D'autres critères ont été ainsi proposés en doctrine comme l'utilisation de méthodes commerciales (34) ou le recours à la notion d'entreprise (35), (36).

Cette énumération est en principe exhaustive et de stricte interprétation compte tenu notamment des effets d'ordre public qui s'attachent à la commercialité sur le plan notamment de l'attribution des compétences aux juridictions consulaires ou de l'application du droit de la faillite.

L'achat pour revendre étant considéré comme l'acte de commerce type, la jurisprudence a généralisé l'intention qui anime l'auteur de l'acte et dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation avait fait de l'esprit de lucre et de spéculation l'essence même des actes de commerce en dépit de diverses réticences doctrinales (37).

Une étape supplémentaire a été franchie par un arrêt du 19 janvier 1973 (38) dans la célèbre affaire dite de la 'piscine du curé'. Selon cette théorie, des actes de commerce par nature entrant dans la nomenclature des articles 2 et 3 pourraient échapper aux effets de la commercialité s'il est démontré qu'ils ont été accomplis sans intention lucrative. Ces articles établiraient une simple présomption de commercialité qui pourrait être renversée par la preuve contrai-

(33) C. DEL MARMOL, 'L'élargissement du champ de la commercialité et la réforme du registre du commerce', *Rev. Banque*, 1956, pp. 516 et s.; *R.P.D.B.*, v° Commerce - Commerçant.

(34) Voir J. VAN RYN et J. HEENEN, 'Esprit de lucre et droit commercial', note sous Cass., 19 janv. 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 321.

(35) W. VAN GERVEN, 'Ondernemingsrecht', in *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, 2^e éd., 1978, p. 65.

(36) Comp. art. 59 du Traité de Rome qui vise 'des activités exercées normalement contre rémunération'.

(37) Voir not. P. COPPENS, *Cours de droit commercial*, Louvain, Cabay, 1982.

(38) Arrêt précité et la note J. VAN RYN et J. HEENEN.

re. A l'inverse, des actes non compris dans l'énumération ne deviennent pas commerciaux parce qu'ils ont été accomplis dans un but spéculatif.

Au critère objectif vient s'adjoindre un critère subjectif qui crée une certaine insécurité.

12. La commercialité des sociétés obéit à deux critères: une société est commerciale quant à la *forme* si elle a adopté un des six types de sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique, la forme de l'association momentanée ou en participation.

Une société peut également être commerciale par son *objet* lorsque par cet objet tel qu'il est libellé dans ses statuts elle a pour but d'effectuer des actes qualifiés commerciaux par la loi (art. 1^{er} des L.C.S.) (39).

Les conséquences de l'utilisation de ces deux critères sont différentes, la forme détermine uniquement le statut juridique applicable, l'objet attribue la qualité de commerçant.

13. Pour l'objet, il faut en principe se référer à la disposition statutaire et non à l'activité réellement exercée encore que celle-ci entre souvent en ligne de compte dans les faits surtout lorsque la clause statutaire est ambiguë (40).

L'objet est également pris en considération pour apprécier le caractère licite d'une société et le cas échéant d'en prononcer la nullité. Comme pour la commercialité, il convenait de déterminer si seuls les statuts devaient être examinés ou si la finalité concrète devait être prise en considération. Le doute était permis en raison d'une divergence entre les versions néerlandophone et française du texte de l'article 13^{ter}, 3^o des L.C.S. L'un se référerait au 'werkelijk doel', l'autre simplement à 'l'objet social'. La controverse a été tranchée par un important arrêt de la Cour de justice de Luxembourg rendu dans l'affaire 'Marleasing' (41). La question préjudicielle posée par une juridiction espagnole concernait l'interprétation de la première directive européenne de

(39) Comp. pour le GIE, M. COIPEL, 'Evolution du paysage des personnes morales de droit privé', *l.c.*, n° 6.3.1.

(40) Voir notre chronique de jurisprudence in *Act. dr.*, 1991, p. 60 et les références citées; P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, *l.c.*, n° 4, p. 589.

(41) Arrêt du 13 nov. 1990, *Rec.*, 1990, p. 4135; notre étude 'Droit européen des sociétés et interprétation des juridictions communautaires', *Rev. dr. intern. comp.*, 1993, p. 121; *T.R.V.*, 1991, p. 36 et la note F. BOUCKAERT et J. BOUCKAERT; *Rev. dr. commun.*, 1991, p. 875 et la note M. COIPEL; P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, *l.c.*, n° 16, p. 613; notre commentaire in *Chronique de Droit à l'usage du Notariat*, vol. XVII, 1993, pp. 55 et s.

coordination du droit des sociétés et plus particulièrement de l'article 11 qui énumère les seuls cas où la nullité d'une des sociétés visées pourrait être prononcée. La Cour s'en tient à un prescrit statutaire formel, ce qui réduit encore les causes de nullité des SA, des SPRL, des SCA et aujourd'hui des sociétés coopératives à responsabilité limitée compte tenu de l'intervention obligatoire d'un notaire à la constitution.

Il en est résulté une modification de la version néerlandaise de l'article 13^{ter} où le mot 'werkelijk' a été gommé.

14. Depuis la loi du 14 juin 1926, une société dont l'objet est civil peut emprunter une forme commerciale (art. 212 ancien des L.C.S.). La *ratio legis* de la disposition était essentiellement de permettre à des mines, minières ou carrières, de bénéficier de l'écran de la responsabilité limitée des associés (42).

Par inadvertance, peut-être, le législateur a été fort général et a visé tous les types de société à forme commerciale, y compris la société en nom collectif dont la définition légale prévoyait pourtant qu'elle avait 'pour objet de faire le commerce sous une raison sociale'. La question s'est posée à propos des sociétés civiles professionnelles.

Le nouvel article 1^{er} des L.C.S. confirme le principe selon lequel une société peut avoir pour objet social une activité commerciale ou une activité civile. Dans le premier cas, elle possède la qualité de commerçant.

En conséquence, l'article 15 des L.C.S. a été modifié pour préciser qu'une société en nom collectif pouvait exercer une activité civile ou commerciale.

15. Si une activité reprise dans la nomenclature de l'article 2 du Code de commerce est présumée commerciale, il pouvait toutefois, selon la jurisprudence de la Cour de cassation (43), être démontré qu'elle a été exercée sans but de lucre et de spéculation.

Lorsque les statuts d'une société – l'hypothèse visée est celle de la société à finalité sociale – stipule expressément que la société ne recherche pas de bénéfice pour les associés (art. 1832 C. civ. et art. 1^{er} L.C.S.), cette preuve devrait aisément être apportée. Toutefois, l'article 1^{er} des L.C.S. y apporte désormais une dérogation puisque la société est réputée commerçante même en présence d'une telle disposition statutaire. Ainsi donc pour les sociétés à

(42) Comp. al. 2 ancien de cette disposition.

(43) Cass., 19 janv. 1973 précité.

forme commerciale dotées de la personnalité juridique, certains critères de la commercialité se trouvent révisés.

V. LA THÉORIE DES CADRES OBLIGATOIRES

16. Théoriquement, l'adoption de la forme commerciale avec les conséquences qui en résultent devait être laissée au libre choix des associés.

Selon une doctrine dominante dont les enseignements ont été sanctionnés par la Cour de cassation, dès que les conditions du contrat de société se trouvent réunies et que l'objet de la société est commercial, il y avait lieu nécessairement d'adopter une forme commerciale sous réserve de l'association momentanée ou en participation. A défaut, le régime d'une société en nom collectif s'appliquait conformément à l'article 15 L.C.S., à savoir l'exercice en commun d'une activité commerciale sous une raison sociale. Cette SNC existerait par la volonté du législateur, l'attribution de la personnalité juridique étant soustraite à la volonté des associés (44).

Le statut d'une société en nom collectif irrégulière avait pour conséquence essentielle d'entraîner la responsabilité solidaire et indéfinie des soi-disants associés.

17. Cette théorie, dite des 'cadres obligatoires' est désormais expressément abandonnée par le législateur. En effet, le nouvel article 2, alinéa 2 des L.C.S. stipule que l'octroi de la personnalité juridique d'une société à forme commerciale est subordonné au dépôt au greffe du tribunal de commerce de l'acte constitutif de la société.

Deux précisions sont à apporter dans le cadre de la nouvelle législation.

18. D'une part, le dépôt d'un acte constitutif d'une société commerciale au greffe d'un tribunal de commerce n'a pas la même portée en Belgique que dans d'autres pays. Le greffier se contente de constater que les différentes mentions exigées par un formulaire *ad hoc* ont bien été remplies. Son rôle n'est pas d'en vérifier la véracité. Sans doute, pour les sociétés à responsabilité limitée, comme la SA, la SPRL ou la société coopérative à responsabilité limitée, les statuts doivent-ils être passés par acte authentique c'est-à-dire devant notaire. Mais à part certaines vérifications légales qui lui incombent,

(44) Voir la contribution de A. GOSSELIN, ci-dessous.

le notaire n'a pas à attester la régularité d'une constitution de société et doit seulement acter ce que les parties lui déclarent. Il n'y a donc pas une véritable enquête comme cela existe dans d'autres droits.

19. D'autre part, si la formalité du dépôt au greffe n'a pas été respectée, il n'y a certes plus reconnaissance d'une société en nom collectif irrégulière. Toutefois, l'article 2, alinéa 2 des L.C.S. édicte dans ce cas une sanction particulière. Lorsque la société qui exerce une activité commerciale n'est ni une association momentanée, une association en participation ou une société en formation (45), on applique aux associés, en cas de raison sociale (46) la responsabilité solidaire et indéfinie telle qu'elle résulte de la SNC. Il n'y a donc pas de personnalité juridique distincte mais les conséquences sur ce plan sont fort semblables à celles auxquelles aboutissait la théorie de la Cour de cassation.

A défaut de raison sociale, c'est la société de droit commun qui reprend son empire, à savoir les articles 1832 et suivants du C.civ. Or l'article 1863 du C.civ. a été modifié et règle le problème de l'obligation aux dettes des associés vis-à-vis des tiers. Lorsque l'objet de la société, sans personnalité juridique, est civil, ce règlement se réalise par parts viriles, c'est-à-dire en divisant la dette entre les différents associés. Si, par contre, l'objet de la société est commercial, alors, il y a solidarité entre tous les associés vis-à-vis des tiers.

VI. EN GUISE DE CONCLUSION

20. L'introduction d'une nouvelle variante dans les sociétés à forme commerciale a fortement perturbé le paysage des personnes morales en droit belge et modifié des principes généralement considérés comme acquis.

La démarcation entre sociétés, associations ou groupements n'est plus aussi tranchée même s'il subsiste quelques signes distinctifs. Le passage de l'un à l'autre ne sont pas sans difficultés comme le démontreront les rapports qui suivent.

(45) Régime spécial prévu par l'art. 13bis des L.C.S. et qui, sur base de la première directive européenne régit le sort des conventions passées au nom d'une société en formation et l'imputation des responsabilités si la société n'a pas été constituée endéans un délai de deux ans ou si les engagements contractés en son nom n'ont pas été ratifiés endéans ce même délai.

(46) Notion très relative du droit des sociétés et étendue par la jurisprudence chaque fois que des personnes se présentent en commun dans le cadre de leur activité commerciale sous une mention telle que 'père et fils' ou 'Durand et Dupont' dans une enseigne ou sur du papier à lettre.

La théorie de la commercialité des personnes morales devrait être revue à la lumière des dispositions nouvelles.

La reconnaissance d'une société de droit commun à objet commercial, sans personnalité juridique, bouleverse un certain nombre de conceptions et repose le problème de la solidarité en matière commerciale.

La loi du 13 avril 1995 est seulement entrée en vigueur en juillet 1996. Il est trop tôt d'en tirer toutes les conséquences et les interprétations qui en seront données. Force est toutefois de constater que pour la première fois peut-être, depuis 1804, tout le droit des groupements, en Belgique, est remis fondamentalement en cause.

La réforme du 13 avril 1995: la fin de la théorie des cadres légaux obligatoires et l'apparition d'une société commerciale à forme civile

Antoinette GOSSELIN

Assistante à la Faculté de Droit de Liège

INTRODUCTION

1. En 1968 (1), mettant fin à la controverse qui agitait jurisprudence et doctrine depuis quelques dizaines d'années, la Cour de cassation adopte la thèse, baptisée 'théorie des cadres légaux obligatoires', selon laquelle l'énumération des sociétés commerciales aux articles 2 et 3 des Lois Coordonnées sur les Sociétés Commerciales (ci-après L.C.S.) est limitative en sorte que, en dehors de l'association momentanée et de la société en participation, il est impossible de constituer une société ayant pour objet l'accomplissement d'actes de commerce qui serait démunie de la personnalité juridique (2).

Cette théorie jurisprudentielle presque trentenaire, à laquelle l'on s'accommodait vaille que vaille (3), a été balayée par le législateur dans sa dernière réforme du droit des sociétés. En effet, la loi du 13 avril 1995 a apporté aux

(1) Cass., 17 mai 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 1074 et les concl. du Proc. gén. GANSHOF VAN DER MEERSCH; *R.C.J.B.*, 1970, p. 215 et la note de A. LIMPENS, 'Des sociétés constituées sans écrit'; Cass., 28 juin 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 1235; voir J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, 'Examen de jurisprudence (1966 à 1971). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1973, pp. 370 et s., n° 23. Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises par la suite (voir les références citées par J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, 'Examen de jurisprudence (1972 à 1978). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1981, p. 284, n° 36 et par P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1992, p. 679, n° 46).

(2) Voir J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. I, 2^e éd., pp. 342 et s., n° 356 et s.; J. HEENEN, 'Société en nom collectif et société de fait', note sous Cass., 18 mars 1954, *R.C.J.B.*, 1955, pp. 31 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, 'Les sociétés de fait', *J.T.*, 1957, pp. 709 et s.; VAN DER MENSBRUGGHE, 'Des sociétés constituées sans acte écrit ou dont l'acte constitutif n'a pas été publié', *Rev. prat. soc.*, 1957, pp. 103 et s.

(3) Voir M. COIPEL, 'Suggestion de loi en vue de mettre fin à l'acquisition obligatoire de la personnalité morale par les sociétés à objet commercial', in *Mélanges de suggestions de lois en hommage à Pierre Harmel*, Faculté de droit de Liège, 1992, pp. 47 et s.