

La personnalité morale des sociétés depuis le XIXe siècle en France, en Allemagne et en Angleterre

Guillaume Chiron

► **To cite this version:**

Guillaume Chiron. La personnalité morale des sociétés depuis le XIXe siècle en France, en Allemagne et en Angleterre. Droit. Université 2 Panthéon-Assas, 2008. Français. tel-02376844

HAL Id: tel-02376844

<https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-02376844>

Submitted on 22 Nov 2019

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

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



Université Panthéon-Assas (Paris II)

Droit, Economie et Sciences sociales

*La personnalité morale des sociétés depuis le XIXe siècle
en France, en Allemagne et en Angleterre*

Thèse pour le Doctorat en droit présentée et soutenue publiquement devant le jury de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) par Monsieur Guillaume CHIRON

Jury

Directeur de thèse :

Monsieur André CASTALDO

Professeur à l'Université de Paris II et Doyen honoraire de l'Université Paris XIII

Président du jury :

Monsieur Jean-Bernard BLAISE

Professeur émérite à l'Université de Paris II

Membres du jury :

Madame Sophie SCHILLER

Professeur à l'Université de Lille II et rapporteur

Monsieur René-Marie RAMPELBERG

Professeur émérite à l'Université de Paris V et rapporteur

Monsieur Anthony CHAMBOREDON

Maître de conférences à l'Université de Paris V

Date de soutenance : 15 novembre 2008

Avertissement

L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II) Droit-Économie-Sciences sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

A mon Directeur de thèse, le Professeur **André Castaldo, Université Panthéon-Assas (FR)** pour avoir orienté ce projet au fil de nos rencontres successives, ainsi qu'à l'ensemble des membres du jury.

Au Professor Doktor **Christine Windbichler, Humboldt-Universität zu Berlin (DE)** pour son accueil au sein de l'Université Humboldt à Berlin ainsi que ses précieux conseils de recherche et son enthousiasme sur le projet.

Au Doktor **Klaus W. Richter** et au Doktor **Jan Thiessen, Humboldt-Universität zu Berlin (DE)** pour leurs indications bibliographiques pertinentes sur le droit allemand.

Au Doktor **Joachim Schilly, Notar (DE)** et ses explications sur le rôle des notaires allemands dans le processus de constitution d'une société de droit allemand, ainsi que pour sa gentillesse pour m'aider dès que le besoin s'en est fait sentir.

Au Rechtsanwalt **Reiner Risse (DE)** pour son accueil au sein de son Cabinet d'avocats en Allemagne et ses précieux renseignements sur le système juridique allemand.

Au Professor **Michael Lobban, Queen Mary University of London (UK)** pour son aide depuis les premiers instants de mon arrivée sur le sol anglais, ses très précieuses indications bibliographiques et son soutien toujours renouvelé.

Au Doctor **Joshua Getzler, St Hugh's College Oxford (UK)** pour son soutien au projet et pour son accueil exceptionnel à chaque fois que je me suis rendu à Oxford.

Au Doctor **Alan Dignam, Queen Mary University of London (UK)** pour m'avoir reçu à Mile Ends, pour m'avoir offert son ouvrage de Company law et pour son aide cordial.

Au Professor **Harry Rajak, Sussex Law School, University of Sussex (UK)**, pour ses précisions sur des difficultés juridiques du droit anglais des sociétés.

Au Professor **John H. Langbein, Yale Law School (USA)** pour ses indications de publications récentes en matière de droit anglais et sa permanente disponibilité pour me répondre sur des questions d'ordre technique.

Au Professor **Jula Hughes, University of New Brunswick (Canada)** pour ses explications sur une des distinctions entre la *common law* et le droit français en matière pénale.

A Me **Guillaume Cazelles (FR)**, AMCO et avocat, pour le soutien du Cabinet Guérin dans ce projet.

A Mme **Yvonne Taylor** et à M. **Lee Robins (UK)** pour leurs explications sur le fonctionnement de la *Companies House*, organisme public centralisant en Angleterre les informations sur les sociétés.

A ma famille et à mes amis pour leur soutien indéfectible depuis le début de ce projet.

Résumé

Depuis le XIXe siècle, la personnalité morale des sociétés en France, en Allemagne et en Angleterre est un thème polémique et dynamique.

La polémique née en Allemagne a reçu des échos en France et en Angleterre. Il existe sur ces territoires des sociétés sans personnalité morale et d'autres dotées de celle-ci. Aujourd'hui, les droits français, allemand et anglais des sociétés nécessitent toujours d'être comparés entre eux. Toutefois, les différents droits n'utilisent pas les mêmes critères pour déterminer si une société doit bénéficier ou non de la personnalité morale.

La dynamique exprimée dans l'existence des personnes morales sur ces territoires rend d'autant plus difficile aujourd'hui la détermination du critère adéquat. Simplement, en mettant en parallèle sur une longue période les trois droits, il semble qu'au moins deux tendances principales se dessinent en droit positif. D'une part, un dialogue permanent existe entre le législateur, la jurisprudence et la doctrine sur cette question. D'autre part, un nouveau type de sociétés révélé aux tiers appelé les « quasi-personnes morales » peut être mis en évidence.

La thèse se découpe alors en deux grands titres. Il est étudié dans le premier titre la création et la vie de la personnalité morale des sociétés en France, en Allemagne et en Angleterre, puis, en second titre, les limites de la personnalité morale des sociétés dans ces mêmes territoires.

Descripteurs : Personne morale – France – 1800-... ; Personne morale – Allemagne – 1800-... ; Personne morale – Angleterre (GB) – 1800-... ; Quasi-personne morale.

Title and Abstract :

The legal entities in France, Germany and England since the 19th century

Since the 19th Century in France, Germany and England the concept of a 'legal entity' has given rise to a polemic and dynamic discussion.

Born in Germany, this discussion has subsequently been exported, firstly to France and then to England. There are companies and partnerships in France, Germany and England. Using comparative corporate law presentation for those three countries is still very interesting. In fact, each country uses different criteria in order to distinguish between a legal entity and a partnership.

The dynamic of the effects of separate corporate personality in those three countries complicates the matter. Such a dynamic does not help to give a clear distinction between a corporate body and other bodies. However, the three Company Laws of France, Germany and England give two main ideas when we observe them for a long time. Firstly, the Statutes, the Case Law and the doctrine tried to have a clue for that distinction. Secondly, we may recognise a new type of entities named 'quasi-legal entities' and known by third parties.

The thesis divides in two main titles. The first title focuses on the constitution and the effects of a separate corporate personality in France, Germany and England. The second title concentrates on the limits between companies and partnerships in those countries.

Keywords : Legal entity – France – 1800-... ; Legal entity – Germany – 1800-... ; Legal entity – England (UK) – 1800-...; quasi-legal entity.

Principales abréviations

Droit français

Codes et lois

C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce

Jurisprudence

aff.	affaire
Ass. plén.	Arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation
c/	contre
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation
CE	Arrêt du Conseil d'Etat
TC	Tribunal des conflits
CEDH	Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme
civ.	Chambre civile
CJCE / CJUE	Cour de justice des communautés européennes / de l'Union européenne
com.	Chambre commerciale
crim.	Chambre criminelle
mixte	Chambre mixte
Req.	Chambre des Requêtes ou Requête
soc.	Chambre sociale

Recueils et revues de jurisprudence

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin Joly Sociétés
D.	Dalloz (ou Dalloz-Sirey depuis 1965)
DP. ou P.	Dalloz Périodique
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
GP	Gazette du Palais
JCP ou JCP éd. G	Semaine juridique ; jurisclasseur édition générale
JCP éd. E	Semaine juridique ; jurisclasseur édition entreprises
Leb.	Recueil Lebon
Rec.	Recueil de jurisprudence européenne
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil de Sirey

Notes

a.	autre(s)
AN	Assemblée nationale

art.	article(s)
Cf.	Confer
<i>Contra</i>	Solution contraire
éd.	édition
Ibid.	Ibidem
infra/supra	plus bas/plus haut
op. cit.	opus citatum
p.	page(s)
<i>Pro</i>	Solution dans le même sens
s. / sq.	suisvant(e) / suisvant(e)s
vol.	volume

Droit allemand

Codes et lois

AbgO	Abgabenordnung
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch de 1861
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch
AktG	Aktiengesetz
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
EWIVG	Gesetz betreffend die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
GenG	Genossenschaftsgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch

Jurisprudence

BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BFH	Bundesfinanzhof
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BSG	Bundessozialgericht
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht

Recueils et revues de jurisprudence

BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BGHSt	Sammlung der Entscheidungen des BGH in Strafsachen
JW	Juristische Wochenschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGSt	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

Notes et sociétés de forme allemande

AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
BGBI.	Bundesgesetzblatt
eG	eingetragene Genossenschaft
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts ou BGB-Gesellschaft
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien (ou bien „KG auf Actien“)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
§	Paragraph
PartG	Partnerschaftsgesellschaft
RGBl.	Reichsgesetzblatt
SE	Europäische Aktiengesellschaft
SCE	Europäische Genossenschaft
StG	Stille Gesellschaft
S.	Seite

Droit anglais

Lois

CA 1862	Companies Act 1862
CA 1948	Companies Act 1948
CA 1985	Companies Act 1985
CA 2006	Companies Act 2006
JSCA 1844	Joint Stock Companies Act 1844
JSCA 1856	Joint Stock Companies Act 1856
LPA 1907	Limited Partnership Act 1907
LLPA 2000	Limited Liability Partnership Act 2000
PA 1890	Partnership Act 1890
SI	Statutory Instruments

Jurisprudence

CA	Court of Appeal
ChD	Chancery Division
HL / SC	House of Lords / Supreme Court
PC	Judicial Committee of the Privy Council

Recueils et revues de jurisprudence

All ER	All England Law Reports
--------	-------------------------

BCLC	Butterworths Company Law Cases
LTL	Lawtel Transcripts
Swans	Swanston's Chancery Reports
Times	Times Law Reports
WLR	Weekly Law Reports

Notes

ed	edition
p.	page

« Les mœurs de la nation, en général, les mœurs commerciales, en particulier, ont subi de grands changements ; et ces mœurs ne sont pas encore fixées. »

Exposé des motifs du Code de commerce
Motifs du Livre Ier, titres I à VII,
Présentés au corps législatif
Par MM. Regnaud, Jaubert et Réal, conseillers d'État
Séance du 1er septembre 1807

Sommaire

Introduction	15
La création et la vie de la personnalité morale des sociétés en France, en Allemagne et en Angleterre (Titre I)	26
1. La création de la personnalité morale des sociétés (Chapitre I.)	27
1.1. L'acte permettant de créer la personnalité morale (Section 1.)	31
1.1.1. Entre la constitution formelle et la constitution matérielle en France (§1.)	32
1.1.1.1. L'état de la situation pour le législateur au XIXe siècle (I.)	32
1.1.1.1.1. Sans l'expression « personne morale », point de création déterminée des sociétés (A.)	32
1.1.1.1.2. Le renversement de la situation avec <i>Batbie</i> (B.)	33
1.1.1.2. Les réponses proposées par la jurisprudence et par le législateur (II.)	35
1.1.1.2.1. La vigueur de la jurisprudence (A.)	35
1.1.1.2.1.1. Le cas des sociétés commerciales (1.)	36
1.1.1.2.1.2. Le cas des sociétés civiles (2.)	37
1.1.1.2.1.2.1. L'évolution de la création de la société civile (a.)	37
1.1.1.2.1.2.2. Les conséquences de la loi sur les nouvelles régulations économiques (b.)	40
1.1.1.2.1.2.2.1. Les solutions annoncées par les pouvoirs publics (α.)	41
1.1.1.2.1.2.2.2. La position de l'administration fiscale (β.)	42
1.1.1.2.1.2.2.3. Les premières solutions jurisprudentielles (γ.)	44
1.1.1.2.1.3. Le cas des groupements de droit social (3.)	45
1.1.1.2.1.3.1. Le comité d'établissement (a.)	45
1.1.1.2.1.3.2. Le CHSCT (b.)	46
1.1.1.2.1.3.3. La section syndicale (c.)	47
1.1.1.2.1.3.4. Le comité de groupe (d.)	48
1.1.1.2.2. La réaction du législateur (B.)	48
1.1.1.2.2.1. La reprise en main du législateur (1.)	48
1.1.1.2.2.1.1. Au niveau des sociétés commerciales (a.)	48
1.1.1.2.2.1.1.1. De manière indirecte (α.)	49
1.1.1.2.2.1.1.2. De manière directe (β.)	52
1.1.1.2.2.1.2. Au niveau des sociétés en général et des sociétés civiles en particulier (b.)	53
1.1.1.2.2.1.3. Au niveau du droit communautaire applicable à certaines sociétés (c.)	53
1.1.1.2.2.2. La remise en cause progressive des acquis jurisprudentiels (2.)	55
1.1.2. L'acte authentique en Allemagne (§2.)	57
1.1.2.1. Un contexte allemand particulier (I.)	57
1.1.2.2. Le cas particulier des sociétés en commandite par actions allemandes (II.)	62
1.1.2.3. L'importance de l'acte notarié dans l'AG et la GmbH (III.)	63
1.1.3. L'acte d'incorporation en Angleterre (§3.)	64
1.1.3.1. Les méthodes plus anciennes d'incorporation des companies (I.)	65
1.1.3.1.1. Les <i>Chartered Companies</i> (A.)	65
1.1.3.1.2. Les <i>letters patent</i> (B.)	66
1.1.3.1.3. Le <i>special Act</i> du Parlement (C.)	67
1.1.3.2. Le <i>Joint Stock Companies Act</i> de 1844 ou une nouvelle forme de certificate of incorporation (II.)	67
1.2. Les raisons de la création d'une personne morale (Section 2.)	68
1.2.1. Les associés de la personne morale (§1.)	69
1.2.1.1. Le nombre minimum d'associés au sein d'une personne morale (I.)	69
1.2.1.1.1. La société civile en France et en Allemagne (A.)	69
1.2.1.1.2. La société en commandite en France, en Allemagne et en Angleterre (B.)	71
1.2.1.1.3. La société anonyme en France, en Allemagne et en Angleterre (C.)	72
1.2.1.1.4. La société à responsabilité limitée en France, en Allemagne et en Angleterre (D.)	73
1.2.1.2. La qualité des associés d'une personne morale (II.)	77

1.2.2. L'intérêt de constituer une personne morale (§2.)	79
1.2.2.1. L'intérêt outre-Manche (I.)	80
1.2.2.2. L'intérêt outre-Rhin (II.)	80
1.2.2.3. L'intérêt en France (III.)	81
1.3. Les techniques juridiques entourant la constitution de la personne morale (Section 3)	82
1.3.1. La reprise des actes d'une société en formation (§1.)	82
1.3.1.1. Le cas français (I.)	82
1.3.1.2. La situation en Allemagne (II.)	85
1.3.1.3. La simplicité apparente du droit anglais (III.)	87
1.3.2. La nomination et le pouvoir des représentants de la personne morale (§2.)	90
1.3.2.1. La nomination et le pouvoir des représentants de la personne morale en Angleterre (I.)	90
1.3.2.1.1. La nomination et le pouvoir du <i>director</i> de la <i>company</i> (A.)	90
1.3.2.1.2. La nomination et le pouvoir d'un <i>company secretary</i> (B.)	92
1.3.2.2. La nomination et le pouvoir des représentants de la personne morale sur deux Etats du continent européen (II.)	94
1.3.2.2.1. La nomination et le pouvoir des représentants de la personne morale en France (A.)	94
1.3.2.2.2. Le rôle central du <i>Vorstand</i> allemand (B.)	95
2. La vie de la personnalité morale des sociétés (Chapitre II.)	99
2.1. Les droits et obligations de la personne morale des sociétés (Section 1.)	102
2.1.1. Les cinq capacités juridiques énoncées par le droit allemand et observées en France et en Angleterre (§1.)	108
2.1.1.1. La capacité de jouissance ou <i>die Rechtsfähigkeit</i> (I.)	109
2.1.1.2. La capacité d'exercice des droits civils ou <i>die Handlungsfähigkeit</i> (II.)	110
2.1.1.3. La capacité d'ester en justice ou <i>die Parteifähigkeit</i> (III.)	112
2.1.1.4. La « capacité fiscale » ou <i>die Steuerrechtsfähigkeit</i> (IV.)	114
2.1.1.5. La « capacité liquidative » ou <i>die Insolvenzfähigkeit</i> (V.)	115
2.1.2. Le droit d'avoir un patrimoine (§2.)	120
2.1.2.1. Une personne morale de droit français ayant le droit d'avoir un patrimoine (I.)	120
2.1.2.1.1. Un principe général du droit français (A.)	120
2.1.2.1.2. Une acceptation implicite depuis le Code civil de 1804 (B.)	121
2.1.2.1.3. Un principe d'une brûlante actualité (C.)	122
2.1.2.2. Les développements du droit anglais sur la notion de patrimoine propre de la société (II.)	125
2.1.2.2.1. L'affaire <i>Queen v Arnaud</i> (1846) (A.)	125
2.1.2.2.2. L'affaire <i>Macaura v Northern Assurance Co Ltd</i> (1925), une conséquence de la jurisprudence <i>Salomon</i> (B.)	126
2.1.3. Le droit d'avoir un siège social (§3.)	127
2.1.3.1. En droit interne français, allemand ou anglais (I.)	127
2.1.3.1.1. Le droit d'avoir un siège social au niveau du droit interne français (A.)	127
2.1.3.1.2. Le droit d'avoir un siège social au niveau du droit interne allemand (B.)	128
2.1.3.1.3. Le droit d'avoir un siège social au niveau du droit interne anglais (C.)	129
2.1.3.2. En droit communautaire et européen (II.)	131
2.1.4. L'obligation de rendre certaines informations publiques (§4.)	134
2.1.4.1. Le système juridique anglais (I.)	134
2.1.4.1.1. Le contrôle des comptes en Angleterre (A.)	134
2.1.4.1.2. La divulgation d'informations diverses par les personnes morales de sociétés anglaises (B.)	136
2.1.4.2. Le système juridique allemand (II.)	138
2.1.4.2.1. La publicité des comptes annuels (A.)	138
2.1.4.2.2. L'extension de la publicité des comptes au-delà des seules personnes morales allemandes (B.)	139
2.1.4.3. L'harmonisation communautaire (III.)	140
2.2. La responsabilité pénale des personnes morales (Section 2.)	142
2.2.1. La consécration de la responsabilité pénale des personnes morales (§1.)	142
2.2.1.1. Le droit anglais, précurseur de la responsabilité pénale des personnes morales (I.)	143
2.2.1.1.1. Les lois spéciales concernant la responsabilité pénale des personnes morales au XIXe siècle (A.)	143

2.2.1.1.1.1. Dans le <i>Joint Stock Companies Act, 1844</i> (1.)	144
2.2.1.1.1.2. Dans le <i>Companies Act, 1862</i> (2.)	145
2.2.1.1.2. Le principe jurisprudentiel de la responsabilité pénale des personnes morales en Angleterre (B.)	145
2.2.1.1.2.1. Evolution du terme « <i>person</i> » en droit pénal anglais (1.)	146
2.2.1.1.2.2. Une responsabilité pénale des personnes morales généralisée à compter de 1944 (2.)	147
2.2.1.2. L'éternelle hésitation du droit allemand en la matière (II.)	149
2.2.1.2.1. Une recherche vaine dans les textes de droit pénal allemand (A.)	149
2.2.1.2.2. Le développement d'amendes particulières en dehors de la législation pénale (B.)	150
2.2.1.2.2.1. L'amende fiscale en cas d'infraction pénale de 1870 à 1945 (1.)	151
2.2.1.2.2.2. L'amende administrative en cas d'infraction pénale à partir de 1945 (2.)	152
2.2.1.2.3. La réorganisation du système judiciaire bavarois ou la symbiose entre une sanction pénale classique et la <i>Bußgeld</i> (C.)	154
2.2.1.3. Le développement tardif mais certain du droit pénal français en la matière (III.)	155
2.2.1.3.1. Les travaux parlementaires relatifs à la responsabilité pénale des personnes morales en France (A.)	155
2.2.1.3.2. Le principe de la responsabilité pénale des personnes morales énoncé par l'article 121-2 du Code pénal (B.)	158
2.2.1.3.3. Le régime juridique applicable aux personnes morales délinquantes (C.)	158
2.2.1.3.3.1. L'absence d'exclusion entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle de la personne physique (1.)	159
2.2.1.3.3.2. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales (2.)	159
2.2.1.3.3.3. Les conséquences de la disparition de la personnalité morale par voie de dissolution, de fusion ou de scission sur sa responsabilité pénale (3.)	161
2.2.1.3.3.4. Les règles de procédure applicables (4.)	162
2.2.1.3.3.4.1. La compétence territoriale (a.)	162
2.2.1.3.3.4.2. La représentation en justice de la personne morale poursuivie pénalement (b.)	162
2.2.2. Les effets de la responsabilité pénale des personnes morales (§2.)	163
2.2.2.1. La sanction encourue (I.)	164
2.2.2.1.1. L'amende, une peine commune à la France, l'Angleterre et l'Allemagne (A.)	164
2.2.2.1.1.1. L'amende pénale en France (1.)	164
2.2.2.1.1.2. L'amende pénale en Angleterre (2.)	164
2.2.2.1.1.3. L'amende administrative en Allemagne (3.)	165
2.2.2.1.2. Les autres peines propres à la responsabilité pénale des personnes morales en France (B.)	165
2.2.2.1.2.1. D'autres peines propres au droit français (1.)	165
2.2.2.1.2.2. Des peines circonscrites à l'article 131-39 du Code pénal (2.)	166
2.2.2.1.2.3. Le pouvoir modérateur du juge (3.)	167
2.2.2.2. Les aménagements de la sanction pénale et le casier judiciaire de la personne morale en France (II.)	167
2.2.2.2.1. Les aménagements de la sanction pénale de la personne morale en France (A.)	167
2.2.2.2.1.1. Le sursis (1.)	167
2.2.2.2.1.2. La récidive (2.)	168
2.2.2.2.1.3. La réhabilitation (3.)	169
2.2.2.2.2. Le casier judiciaire (B.)	169
2.2.2.2.2.1. Le contenu du casier judiciaire des personnes morales (1.)	170
2.2.2.2.2.2. L'accès au casier judiciaire des personnes morales (2.)	170

Les limites de la personnalité morale des sociétés en France, en Allemagne et en Angleterre (Titre 2) **173**

3. La vitalité de la doctrine et son application par la jurisprudence et par le législateur (Chapitre I.) **174**

3.1. Les théories doctrinales de la personnalité morale en France, en Allemagne et en Angleterre (Section 1.)	175
---	-----

3.1.1. Les théories de la fiction de la personnalité morale (§1.)	176
3.1.1.1. Le contexte juridique favorisant l'émergence des théories de la fiction (I.)	176
3.1.1.1.1. Le contexte juridique en Angleterre (A.)	176
3.1.1.1.2. Le contexte juridique en Allemagne (B.)	178
3.1.1.1.3. Le contexte juridique en France (C.)	179
3.1.1.2. Les théories de la fiction proprement dites (II.)	179
3.1.1.2.1. La théorie de la fiction allemande ou <i>Fiktionstheorie</i> allemande (A.)	179
3.1.1.2.2. Les interprétations de la <i>Fiktionstheorie</i> (B.)	181
3.1.1.3. Les critiques de la <i>Fiktionstheorie</i> (III.)	184
3.1.2. Les théories de la réalité de la personnalité morale (§2.)	186
3.1.2.1. Des théories d'origine allemande (I.)	186
3.1.2.2. Le panorama des différentes théories de la réalité (II.)	187
3.1.2.2.1. La réalité sociologique (A.)	187
3.1.2.2.2. La réalité technique (B.)	188
3.1.3. Les autres théories doctrinales de la personnalité morale (§3.)	189
3.1.3.1. Les théories négatrices de la personnalité morale ou <i>Theorie des Sondervermögens</i> (I.)	190
3.1.3.2. La personnification par le but ou <i>Zweckpersonifikation</i> (II.)	191
3.1.3.3. La théorie du droit des entreprises (III.)	191
3.2. Les manifestations légales et jurisprudentielles des théories de la personnalité morale (Section 2.)	193
3.2.1. Les manifestations des théories en France et en Allemagne (§1.)	194
3.2.1.1. La systématisation du droit de la personnalité morale des sociétés (I.)	194
3.2.1.1.1. La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (A.)	196
3.2.1.1.1.1. Contexte général de la loi de 1966 par rapport au droit allemand et au droit anglais (1.)	196
3.2.1.1.1.2. Les principaux intérêts de la loi de 1966 au niveau la personnalité morale (2.)	196
3.2.1.1.1.3. Les deux modifications importantes de la loi de 1966 postérieurement à la publication de cette loi (3.)	199
3.2.1.1.2. La loi du 4 janvier 1978 sur les sociétés civiles (B.)	201
3.2.1.1.2.1. Présentation du projet de loi et des travaux parlementaires (1.)	201
3.2.1.1.2.2. Conséquences de la loi du 4 janvier 1978 sur la systématisation de la personnalité morale en France (2.)	203
3.2.1.1.3. Les autres lois au service de la personnalité morale des sociétés (C.)	204
3.2.1.1.3.1. La loi sur les sociétés civiles professionnelles (1.)	204
3.2.1.1.3.2. La loi sur le groupement d'intérêt économique (2.)	205
3.2.1.1.3.3. La loi sur le mécénat (3.)	206
3.2.1.2. Unternehmen an sich ou la conception moderne allemande de la personnalité morale (II.)	206
3.2.1.2.1. L'origine doctrinale de la théorie (A.)	207
3.2.1.2.1.1. L'évocation par Walther Rathenau (1.)	207
3.2.1.2.1.2. L'explicitation par Fritz Haussmann (2.)	208
3.2.1.2.2. L'épanouissement de la théorie à l'époque de la République de Weimar (B.)	209
3.2.1.2.3. Les répercussions de la théorie depuis la République de Weimar (C.)	214
3.2.1.2.3.1. A l'époque du national-socialisme (1.)	214
3.2.1.2.3.2. Depuis la Seconde Guerre mondiale (2.)	215
3.2.2. L'attitude anglaise face à ces théories doctrinales (§2.)	216
3.2.2.1. La doctrine de Laski (I.)	217
3.2.2.1.1. Les deux publications de Laski (A.)	217
3.2.2.1.1.1. Une première publication marquante sur la personnalité morale (1.)	217
3.2.2.1.1.2. Une seconde publication de Laski encore plus précise.(2.)	218
3.2.2.1.2. Les répercussions de la vision de Laski sur le droit anglais (B.)	220
3.2.2.2. Le managérialisme (II.)	220
3.2.2.2.1. Analyse de la théorie du managérialisme (A.)	221
3.2.2.2.2. Critiques du managérialisme (B.)	221
3.2.2.2.3. Influence du managérialisme sur la levée du voile social et son application en droit français (C.)	222

4. Les quasi-personnes morales en France, en Allemagne et en Angleterre depuis le XIXe siècle (Chapitre II.)	226
4.1. Le <i>partnership</i> et le <i>limited partnership</i> (Section 1.)	233
4.1.1. Les sources du droit des <i>partnerships</i> (§1.)	235
4.1.1.1. L'importance de la source jurisprudentielle des <i>partnerships</i> (I.)	235
4.1.1.2. La prise en compte des sources légales des <i>partnerships</i> (II.)	236
4.1.1.2.1. Le <i>Partnership Act 1890</i> (A.)	236
4.1.1.2.1.1. La définition du <i>partnership</i> (1.)	236
4.1.1.2.1.2. La dissolution du <i>partnership</i> (2.)	239
4.1.1.2.1.2.1. Les modes de dissolution du <i>partnership</i> d'origine contractuelle (a.)	239
4.1.1.2.1.2.2. Les modes de dissolution forcée du <i>partnership</i> (b.)	239
4.1.1.2.2. Le <i>Limited Partnership Act 1907</i> (B.)	241
4.1.1.2.2.1. Les règles applicables aux <i>limited partnerships</i> (1.)	241
4.1.1.2.2.2. Les deux raisons de l'échec des <i>limited partnerships</i> en Angleterre (2.)	242
4.1.2. Les éléments caractéristiques des <i>partnerships</i> (§2.)	243
4.1.2.1. Une affaire (I.)	243
4.1.2.2. Un engagement en commun à plusieurs personnes (II.)	244
4.1.2.3. Une volonté de réaliser des gains (III.)	245
4.1.3. Les <i>partnerships</i> , variétés de « quasi-personne morale » (§2.)	245
4.1.3.1. La recherche dans les bibliothèques anglaises (I.)	246
4.1.3.2. Des dispositions légales concernant les sociétés (II.)	247
4.1.3.2.1. Les <i>Companies Acts</i> (A.)	247
4.1.3.2.2. Une frontière ténue entre <i>companies</i> et <i>partnerships</i> (B.)	248
4.1.3.3. Le droit d'ester en justice dans un <i>partnership</i> (III.)	250
4.1.3.3.1. La possibilité du droit d'ester en justice dans un <i>partnership</i> (A.)	250
4.1.3.3.1.1. L'application de règles de la responsabilité contractuelle (1.)	250
4.1.3.3.1.2. L'application de règles procédurales (2.)	250
4.1.3.3.2. Les conséquences de l'ensemble de ces réglementations (B.)	251
4.1.3.4. L'argumentation utilisée dans plusieurs décisions de justice (IV.)	251
4.1.3.4.1. La décision sur « le Cercle français » (A.)	252
4.1.3.4.2. Les décisions anglaises citant le terme de « société » (B.)	253
4.2. Les quasi-personnes morales allemandes ou <i>die Personengesellschaften</i> (Section 2.)	257
4.2.1. Les règles générales attachés aux quasi-personnes morales allemandes (§1.)	258
4.2.1.1. La recherche dans les bibliothèques allemandes (I.)	258
4.2.1.2. les <i>Gemeinschaften zur gesamten Hand</i> de Gierke (II.)	258
4.2.1.3. La distinction fondamentale du droit allemand des sociétés (III.)	260
4.2.2. Le régime juridique des quasi-personnes morales allemandes (§2.)	260
4.2.2.1. Les dispositions juridiques applicables dans la majeure partie du XIXe siècle (I.)	261
4.2.2.2. Les dispositions juridiques applicables depuis le début du XXe siècle (II.)	262
4.2.2.2.1. Le changement de catégorie des sociétés en commandite par actions de forme allemande (A.)	263
4.2.2.2.2. Les <i>OHG</i> et les <i>KG</i> de forme allemande (B.)	264
4.2.2.2.3. Les sociétés capitalistiques mélangeant plusieurs formes de sociétés dans leur intitulé (C.)	264
4.3. Les quasi-personnes morales françaises (Section 3.)	265
4.3.1. L'association non déclarée (§1.)	266
4.3.1.1. Le caractère précurseur du droit allemand en matière d'associations non déclarées (I.)	266
4.3.1.2. Une approche différente du droit français (II.)	268
4.3.1.3. Le droit anglais face au droit des associations, y compris des associations non déclarées (III.)	270
4.3.1.3.1. La difficulté liée au terme « association » en droit anglais des sociétés (A.)	270
4.3.1.3.2. Les nouvelles <i>Community Interest Companies</i> anglaises (A.)	271
4.3.1.3.2.1. Les règles spéciales applicables aux <i>CICs</i> (1.)	272
4.3.1.3.2.2. La conséquence de ces règles spéciales sur la possibilité d'une <i>CIC</i> non déclarée (2.)	273
4.3.2. Certaines sociétés d'exercice de la profession libérale (§2.)	273
4.3.2.1. L'association d'avocats (I.)	274
4.3.2.2. La société en participation des professions libérales (II.)	280
4.3.2.2.1. La société en participation en général (A.)	280
4.3.2.2.2. Le régime de la société en participation des professions libérales (B.)	284

Conclusion		288
Législation comparée France, Allemagne et Angleterre		299
Jurisprudence comparée France, Allemagne et Angleterre		333
Bibliographie		362
Plan des annexes		383
Annexe 1	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 2 juin 1834	386
Annexe 2	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 23 février 1891	389
Annexe 3	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation, deuxième section du 28 janvier 1954	391
Annexe 4	Arrêt de la section commerciale et financière de la Cour de cassation du 13 février 1957	394
Annexe 5	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 23 janvier 1990	396
Annexe 6	Reichsgericht in Zivilsachen, Urteil du 29 décembre 1880 (I. Sen.)	398
Annexe 7	Reichsgericht in Zivilsachen, Urteil du 20 avril 1881 (I. Sen.)	402
Annexe 8	Reichsgericht in Zivilsachen, Urteil du 14 avril 1882 (II. Sen.)	405
Annexe 9	Bayerische Oberste Landesgericht du 16 février 1912, I. ZS Reg. III 12/12 (Beschluß)	415
Annexe 10	Bundesgerichtshof, Urteil du 29 janvier 2001 (II Sen.)	423
Annexe 11	Bundesgerichtshof, Beschluß du 29 mars 2012 (GSSt 2/11)	453
Annexe 12	Crawshay v Maule (1818) 1 Swan 495 <i>per</i> Lord Eldon	478
Annexe 13	The Queen v Arnaud (1846) 9 QB 806	492
Annexe 14	Salomon v. A Salomon & Co. Ltd [1897] A.C. 22, HL <i>per</i> Lord Halsbury LC & <i>per</i> Lord Herschell (extraits)	499
Annexe 15	Lee v Lee's Air Farming Ltd [1960] 3 WLR 758, PC	526
Annexe 16	Tesco Supermarkets Ltd v Natrass [1971] 2 WLR 1166, HL ; [1972] AC 153 (extraits)	540
Index		552
Visas		559

Introduction

Prolégomènes¹ « Come fuit adjudgé en le cas del Maior de Newcastle ou le Maior et le Cominalty fist un obligation a mesme le person que fuit Maior par son propre nosme, et pur ceo que il mesme fuit Maior, et ne puit faire obligation a luy mesme, il [=l'obligation] fuit tenus voide. »². MAITLAND fait remonter la première trace de la personnalité morale des sociétés en Angleterre sous le règne de Edward IV³ dans cette décision rendue en ancien français. Cette solution a conduit à annuler en Angleterre de plein droit (« voide ») un contrat de société à la fin du Moyen Age. Parallèlement, dans la littérature allemande, le terme « personne morale » apparaîtrait pour la première fois sous le vocable de « *juristische Person* » dans un ouvrage de Georg Arnold HEISE publié en 1807⁴. HEISE définit la personne morale comme un sujet abstrait dans les termes suivants : « une personne morale est tout ce qui est en dehors des individus, tout ce que, dans un Etat, on considère comme un tel sujet de droits »⁵.

Depuis cette époque, et particulièrement depuis la fin du XXe siècle où la société unipersonnelle est légalement permise en France, en Allemagne et, même⁶, en Angleterre⁷, la conscience juridique de la personnalité morale s'affirme. Etudier plus particulièrement celle-ci depuis le XIXe siècle permet de déterminer comment, depuis la révolution industrielle, la personnalité morale a traversé les frontières et pourquoi elle fonctionne dans plusieurs environnements juridiques⁸. Si la personnalité

1 Du grec, « avant » et « dire » qui signifie « les choses dites avant ». Avant-propos, longue préface, introduction à l'étude d'une science, notions préliminaires à une recherche scientifique que l'on met à la tête d'un livre et qui contient les notions les plus nécessaires à l'intelligence des matières qui y sont traitées. Cette référence est aussi un hommage rendu au Professeur Cozian qui l'utilisait dans ses ouvrages de fiscalité des entreprises. Voir notamment : COZIAN, Maurice, *Précis de fiscalité des entreprises 2000 – 2001*, 24^e éd., Paris : Litec, p.15.

2 Year Book, 21 Edw. IV, note 68. Source : Note sous F. W. MAITLAND, *State, Trust and Corporation*, edited by D. RUNCIMAN and M. RYAN, Cambridge Texts in the History of Political Thought series, CUP 2003, p. 64.

3 Roi d'Angleterre de 1461-1470 et de 1471-1483.

4 FLUME, Werner *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 2. Teil Die juristische Person*, Berlin Heidelberg New-York Tokyo : Springer Verlag, 1983, p. 1; Voir cependant WIEDEMANN, Herbert, *Gesellschaftsrecht, Band 1 – Grundlagen*, München : CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1980, p. 191 qui cite HUGO, Gustav, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des Positiven Rechts* (1798), p. 45 comme étant celui qui le premier utilise le terme de *juristische Person*. Voir enfin LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, p. 90, § 68 qui évoque l'essai de systématisation qui est à l'origine du vocable « personne morale » par le baron Pufendorf en Allemagne. Simplement, Pufendorf écrivait en latin.

5 *Juristische Person ist Alles außer den einzelnen Menschen, was im Staat als ein eigenes Subjekt von Rechten anerkannt ist.*

6 Seul le droit anglais aura besoin d'une directive communautaire pour être contraint d'admettre dans son propre droit des sociétés la société unipersonnelle (cf. *SI 1992/1699 The Companies (Single Member Private Limited Companies) Regulations 1992*).

7 D'une part, il existe les sociétés unipersonnelles et, d'autre part, des règles existent pour déterminer la validité des contrats conclus entre les dirigeants et la société qu'ils dirigent. Pour les sociétés unipersonnelles, il y a en Allemagne la *Einmann-GmbH* et la *Einmann-Aktiengesellschaft*, en France, notamment, la EARL, la EURL et la SASU et, en Angleterre, la *private company limited by shares* et la *private company limited by guarantee*. Pour la validité des contrats conclus entre les dirigeants et la société qu'ils dirigent, il y a le système des conventions réglementées en France, du *conflict of interest* en Angleterre et de la responsabilité du dirigeant pour *culpa in contrahendo* du droit allemand.

8 Par comparaison, aux Etats-Unis, le Professeur John LANGBEIN (Yale University, USA) s'étonne du foisonnement

morale européenne des sociétés est encore à inventer⁹, la question de la nationalité des personnes morales qui pourrait se poser en étudiant ces trois systèmes juridiques semble n'avoir que peu d'utilité pratique¹⁰. Toutefois, des règles spéciales importantes existent entre les différentes sociétés suivant leur origine et du fait de modèles juridiques nationaux particuliers¹¹. En fait, la notion de personnalité morale des sociétés a progressivement intégré le droit français, le droit allemand et le droit anglais. Ces trois droits ont cherché, à leur manière, à intégrer cette notion fondamentale du droit des sociétés et même, à la sublimer.

Liens historique et géographique. Le choix de la France, de l'Allemagne et de l'Angleterre n'est pas fortuit. France, Allemagne et Angleterre¹² ont eu des liens plus ou moins forts à l'époque contemporaine, ou à une époque un peu plus éloignée. Ces liens ont forcé plus ou moins objectivement ces zones européennes à comparer leur droit. La France et l'Angleterre, d'une part, y ont eu accès par la zone normande dès le Moyen Age¹³ et par les îles Anglo-Normandes encore

des sociétés (*corporations*) immatriculées dans l'Etat américain du Delaware alors que la législation sur les sûretés est uniforme pour l'ensemble des Etats des Etats-Unis. Le *Senator Adams* de l'Etat du Delaware constate pour sa part que plus de la moitié des sociétés commerciales faisant appel public à l'épargne aux Etats-Unis sont des sociétés de l'Etat du Delaware (Synopsis du Senate Bill No. 62). Cet état de fait a finalement conduit l'Etat du Delaware à modifier sa législation en 2007, le Senate Bill No. 62 ayant été signé par la *Governor Ruth Ann MINNER*. A compter du 1^{er} août 2007, le *U.S. Securities and Exchange Commission (SEC)* pourra poser directement des questions concernant la loi de l'Etat du Delaware à la Cour suprême de cet Etat (*Delaware State Senate, 144th General Assembly, Senate Bill No. 62*). Pour une comparaison entre le droit applicable dans l'Etat du New-Jersey et celui présent dans l'Etat du Delaware, lire *YABLON, Charles M, Corporate Charters and the Rise and Decline of New Jersey: 1880-1910*, 32-2 *Journal of Corporation Law* 323 (hivers 2007), spéc. p. 330.

- 9 Le GEIE, la SE et la SCE ne sont pas des personnes morales européennes, mais des personnes morales relevant du droit interne de l'un des Etats membres et issues de textes de droit communautaire et du droit interne aux Etats membres.
- 10 V. SIMONART, *La personnalité morale en droit comparé, l'unité du concept et ses applications pratiques – Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse*, Bruxelles : Bruylant, 1995, p. 146 et s. En Angleterre, il a été affirmé qu'une *company* est une personne morale dont la validité et les effets dépendent de la loi du pays où elle est établie *Colquhoun v Heddon* (1890) 6 TLR 153 at 154 per POLLOCK B. Finalement, l'intérêt de déterminer la nationalité d'une société apparaît essentiellement en temps de guerre : *Daimler Company, Ltd v Continental Tyre and Rubber Company (Great Britain), Ltd* [1916] 2 AC 307, HL suite à la loi datée du 18 septembre 1914 dénommée *The Trading with the Enemy Act, 1914* (4&5 Geo. 5, c. 87). En droit français, lire CA Montpellier, 3 mai 1926 : Recueil hebdomadaire, 1926, p. 398, qui énonce qu'une société commerciale constitue un être moral, une personnalité juridique distincte de la personne des associés et que, par suite, elle a sa nationalité propre de même qu'elle a son patrimoine propre et indépendant du patrimoine personnel de ces derniers. Finalement, la personne morale est, comme les personnes physiques, sous la dépendance d'un Etat. Voir : G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Tome 1, vol. 2, 18e éd., Paris : LGDJ, 2002, §1146, p. 110. *Contra* Cass. crim., 8 décembre 2009 n°09-81607 : Bull. crim. 2009, n° 205 qui énonce "que, selon les dispositions combinées des articles 6 § 1 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, toute personne morale, quelle que soit sa nationalité, a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial".
- 11 DORALT, Peter & KALSS, Susanne, *Franz KLEIN – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts*, Wien : Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2004, p. 180.
- 12 Le Royaume-Uni connaît au moins trois systèmes différents entre les dispositions applicables à l'Irlande puis à l'Irlande du Nord, celles applicables à l'Ecosse et celles applicables à l'Angleterre. Depuis le *Government of Wales Act 1998* (c. 38), une certaine autonomie juridique a même été reconnue au Pays de Galles.
- 13 Guillaume le Bâtard, duc de Normandie, vainc Harold en 1066 à Hastings et devient Guillaume le Conquérant, roi d'Angleterre et de Normandie. La Normandie fut anglaise jusqu'en 1259, puis du début de la guerre de Cent Ans à la victoire de Formigny en 1450 sous Charles VII.

actuellement¹⁴. L'Allemagne et l'Angleterre, d'autre part, ont eu le même roi par l'Union du Hanovre et de l'Angleterre entre 1714 et 1837¹⁵. Enfin, la France et l'Allemagne ont pu le faire par la zone rhénane dite « d'Alsace-Lorraine » (*Elsaß-Lothringen*) entre 1870 et 1918 et entre 1940 et 1944¹⁶.

Bien sûr, la France est un Etat unitaire¹⁷, tandis que l'Allemagne est un Etat fédéral¹⁸ et que l'Angleterre¹⁹ est l'un des territoires de l'actuel Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du

14 Ces îles appelées également *Channel Islands* sont situées à l'ouest de la presqu'île du Cotentin. Les îles de Jersey et de Guernesey disposent de règles juridiques propres liées à leur histoire et à leur situation géographique. En particulier, l'île de Jersey n'est ni une partie du Royaume-Uni, ni une colonie. Elle n'est pas représentée au Parlement du Royaume-Uni et ses lois ne s'étendent pas à Jersey sans un accord exprès. De même, le *Bailiwick of Guernesey* n'est pas représenté au Parlement UK et ses lois nécessitent un *Order in Council* pour pouvoir s'appliquer également dans le *Bailiwick*. Source : *Jersey and Guernesey Law Review* [1997], vol. 1, *issue* 1, fév. 1997, *Foreword*. En matière de droit des sociétés, *the Companies (Jersey) Law 1991* et *the Companies (Guernesey) Law, 1994* sont des lois qui n'ont aucune filiation directe avec les *Companies Acts* anglaises. A Guernesey, depuis le 1er juillet 2008, *the Companies (Guernesey) Law, 2008* a remplacé *the Companies (Guernesey) Law, 1994*. Si ce dernier texte n'a toujours aucune filiation avec *the Companies Act 2006* anglais, le texte de 2008 entraîne une profonde modification du droit des sociétés de Guernesey du même ordre que celle entraînée par le texte de 2006 pour l'Angleterre.

15 En 1714, George de Hanovre est appelé à succéder à la reine Anne Stuart en vertu de l'acte d'Etablissement au trône de Grande-Bretagne et d'Irlande, sous le titre de George Ier. La succession directe s'appliquera jusqu'à l'avènement de la reine Victoria, en 1837. Guillaume IV mourant sans enfants, le Hanovre se détacha à cette occasion de la Couronne d'Angleterre, sa succession obéissant à la loi salique. Il faut toutefois reconnaître que la date de 1837 est indifférente pour le droit local du Hanovre. Il faut en revanche admettre l'influence du droit prussien sur la zone du *Königreich Hannover* avant et après 1814, date de constitution de celui-ci. Pour aller plus loin, lire H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, 3. Band Das 19. Jahrhundert, 3. Teilband Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten*, München : CH Beck'sche, 1986, p. 2897 et p. 2914.

16 Allemande de 1870 à 1918 et de 1940 à 1944, il s'agit, en fait, des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle. Ceci a conduit à une décision inédite du *Reichsgericht* en 1882 à propos d'une société anonyme constituée à l'époque où ce territoire appartenait à la France : *Urteil* du 14 avril 1882 (II. Sen.) : RGZ 6, p. 134. **Voir Annexe 8.** Bien antérieurement à cela, une guerre d'influence entre le droit français et le droit prussien s'est mise en place dans les différents Etats allemands jusqu'à la proclamation d'un droit exclusivement prussien en 1857. Pour aller plus loin, lire H. COING, *Ibid.*, p. 2880 et sq.

17 L'Etat unitaire se distingue de l'Etat composé, du fait qu'il ne possède qu'un seul centre d'impulsion politique. Même lorsqu'une large décentralisation du pouvoir y est pratiquée, les provinces, régions ou autres circonscriptions administratives ne dépassent pas un certain seuil d'autonomie politique. Un Etat unitaire ne possède qu'un seul parlement, un seul gouvernement, *in* Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Gérard CORNU, 4e éd., Paris : PUF Quadrige, 2003.

18 « Etat succédant souvent à une confédération d'Etats et qui constitue une entité internationale distincte se superposant aux Etats particuliers entre lesquels il sert de lien. Construction qui repose sur la mise en oeuvre des deux principes d'autonomie des collectivités composantes et de participation de celles-ci à l'élaboration de la volonté commune de la fédération. Un partage des compétences étatiques se réalise entre deux séries d'organes superposés (les uns au niveau des Etats membres et les autres au niveau de la fédération). Les organes fédéraux exercent seuls les compétences internationales (droit de légation, droit de conclure des traités, mise en jeu de la responsabilité internationale), car l'Etat fédéral dispose exclusivement de la personnalité juridique internationale. Alors que la confédération d'Etats n'est plus qu'une forme historique, la forme fédérale est largement pratiquée », *in* Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, Ibid.* L'empire d'Allemagne (*deutsches Reich*) est une confédération d'Etats *in* Ed. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français*, Tome 4, Paris, 1888, p. 5.

Nous pouvons déjà noter que, depuis le XIXe siècle, l'Allemagne distingue juridiquement (et non politiquement) six périodes : la fin de l'Empire romain germanique (*Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation*) obtenue en 1806 par Napoléon Bonaparte, puis, après le Congrès de Vienne en 1815, le *Bund* allemand jusqu'en 1866, puis le *Bund* nord-allemand de 1866 à 1870, puis le *Reich* allemand de 1871 (constitution de l'Empire d'Allemagne du 16 avril 1871) à 1945 ; enfin, après une période d'occupation par les forces alliées (*Der Alliierte Kontrollrat*), la République fédérale

Nord²⁰, mais les territoires étudiés présentent en matière légale un certain nombre de points communs. Ainsi, par exemple, dans tous les textes légaux anglais apparaissent toujours en en-tête les armoiries royales où la devise "Honni soit qui mal y pense"²¹ est inscrite sur la jarretière qui entoure l'écusson des armoiries royales et en frise la devise du souverain "Dieu et mon droit"²², les deux devises étant inscrites en français. Ces éléments permettent de rappeler les rapports étroits qui ont uni la France et l'Angleterre.

Enfin, la France étant une République, l'Allemagne une démocratie parlementaire²³ et le Royaume-Uni une monarchie parlementaire, les deux premiers font partie de la famille juridique romano-germanique²⁴. Même si le troisième est de la famille dite de *common law*²⁵, cela rend possible la comparaison de deux systèmes juridiques visiblement proches avec un système juridique différent²⁶.

d'Allemagne (*Bundesrepublik Deutschland*) instituée le 23 mai 1949 précède la constitution, le 7 octobre 1949, de la République démocratique allemande (*Deutsche Demokratische Republik*). La réunification de l'Allemagne intervient le 3 octobre 1990. ERLER, Adalbert & KAUFMANN, Ekkehard, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 1. Auflage, Berlin : Erich Schmidt Verlag, 1978 [5. vol.] V° „Bundesrepublik Deutschland“, „Deutscher Bund“, „Deutsche Demokratische Republik“, „Deutsches Reich“, „Heiliges Römisches Reich“, „Norddeutscher Bund“.

19 L'Angleterre constitue la partie méridionale et centrale de la Grande-Bretagne à partir de laquelle s'est constitué l'actuel Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

20 En 1707, suite aux *Articles of the Union 1707*, l'Angleterre (avec le Pays de Galles) et l'Ecosse constituent le Royaume de Grande-Bretagne (*Kingdom of Great Britain*). Un *Act of Union 1800*, entré en vigueur en 1801, unit le Royaume de Grande-Bretagne au Royaume d'Irlande. Après le *Royal and Parliamentary Titles Act 1927* (17 Geo V, c. 4), qui renomme le Parlement du Royaume-Uni en *Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, le Royaume-Uni prend acte de l'Etat libre irlandais (*Irish Free State*) qui existe depuis le 6 décembre 1922 suite au traité signé à Londres le 6 décembre 1921 (*Articles of Agreement for a Treaty Between Great Britain and Ireland*). Enfin, à la suite de l'accord d'Edinbourg du 15 octobre 2012, les écossais sont appelés à voter par référendum le 18 Septembre 2014 sur l'indépendance de leur territoire ce qui pourrait conduire à mettre un terme à l'union de 1707 (*the Scottish Independence Referendum Act 2013*, le *Bill* a été définitivement adopté par le parlement écossais le 14 novembre 2013 ; voir aussi *the Scottish Independence Referendum (Franchise) Act 2013*).

21 Cette formule qui est traduite en anglais par « *evil be unto him who thinks evil* » ou « *shame upon him who thinks evil of it* » se retrouve sur le blason de la famille Churchill que l'on peut observer dans le *Blenheim Palace* de Woodstock, près de Oxford. Cet élément indique que la famille Churchill fait partie de *the Order of the Garter*, un ancien ordre de chevalerie dirigé par le roi ou la reine d'Angleterre. Par ailleurs, la frise indique « *Fiel Pero Desdichado* » qui signifie en anglais « *Faithful though unfortunate* » et que l'on peut traduire en français par « loyal bien que malheureux ». Source : Matthew NEILSON, *Blenheim Palace et COXE, William, Memoirs of John, duke of Marlborough, with his original correspondence*, vol. 1, London 1818, xlv.



22 Armoiries en en-tête de toute loi (*Act of Parliament*) au Royaume-Uni.

23 Même sous le *Reich* allemand (*deutsches Reich*), l'empereur allemand Guillaume II affirmera que ce qui compte pour lui, ce n'est pas les partis politiques, mais le peuple allemand. Il dira ainsi en 1916, en pleine première guerre mondiale : « *Ich kenne keine Parteien mehr, ich kenne nur Deutsche* ». En conséquence, il sera décidé d'ériger sur le *Reichstag* de Berlin les inscriptions « *Dem deutschen Volke* » i.e. « Au peuple allemand ». Source : Exposition *Von der Reichskanzlei zum Bundeskanzleramt* au niveau de la coupole du *Reichstag* à Berlin en juin 2007.

24 Cette famille de droits se subdivise classiquement en famille romaniste (droits belge et français) et germanique (droits allemand, italien, suisse et néerlandais). Sur cette classification, voir J. VANDERLINDEN, *A propos des familles de droits en droit civil comparé*, in *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles : Bruylant, 1982, p. 359.

25 Appelée encore famille de droits anglo-saxons et regroupant les droits anglais, mais aussi les droits américain, sud-africain, australien, etc.

26 Il s'avère qu'en ce qui concerne le droit des sociétés, le droit allemand se rapproche plus du droit anglais que du

Le choix de ces trois pays offre alors un panel varié de systèmes juridiques et, compte tenu de l'importance des échanges commerciaux, un panel nécessaire au niveau européen.

Période choisie comme objet principal de l'étude. L'étude de la personnalité morale des sociétés depuis le XIXe siècle n'est pas évidente, lorsque l'on met en relation les droits français, allemand et anglais. Publié par le *Cambridge University Press* en 2000, l'ouvrage de Ron HARRIS²⁷ reconnaît pour la première fois que la séparation du droit anglais suivant les périodes définies par DuBOIS et par SCOTT est erronée. DuBOIS²⁸ comme SCOTT²⁹ donnent une valeur aux années 1800 et, surtout, 1720, alors que Ron HARRIS préfère isoler une période commençant par le *Bubble Act* de 1720, date de la création ou du maintien de certains monopoles industriels en Angleterre et se terminant par le *Joint Stock Companies Act 1844*. Si, de toute manière, des aventures industrielles ont eu lieu avant 1720³⁰, il faut cependant admettre que le nouveau découpage proposé par Ron HARRIS cadre mal avec l'évolution des droits allemand et français. En effet, le droit allemand commence une nouvelle ère à la suite de la constitution du *Bund* allemand en 1815³¹. En France, de la même manière, une ère nouvelle commence précisément par la Révolution française à partir de 1789 et, plus spécialement en droit civil et en droit commercial, après l'entrée en vigueur du Code civil de 1804 et du Code de commerce de 1807. C'est pourquoi les recherches de Ron HARRIS ne sont finalement pas reprises sur ce point, parce qu'elles ne trouvent pas un écho suffisamment utile du point de vue juridique et comparatiste en France et en Allemagne³².

Sources normatives. Ayant effectué une recherche juridique et comparative, nous avons dû nous

droit français comme nous allons le démontrer. Déjà, nous pouvons remarquer qu'en France, les sociétés civiles et commerciales ne sont point de nature à porter ombrage à la puissance publique, parce que leur durée est forcément limitée. Le caractère propre des associations est, au contraire, la perpétuité (Source : Ed. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français*, tome 5, Paris, 1889, p. 509). Cette notion de perpétuité est au contraire celle qui est admise pour les sociétés par le droit anglais comme par le droit allemand.

27 Ron HARRIS, *Industrializing English Law – Entrepreneurship and business organisation, 1720 – 1844*, Cambridge Univ. Press 2000.

28 DuBOIS, Armand B., *The English Business Company after the Bubble Act, 1720 – 1800*, New York: Commonwealth Fund, 1938.

29 SCOTT, William R., *The Constitution and Finance of English, Scottish and Irish Joint-Stock Companies to 1720. 3 vol.* Cambridge University Press, 1912. Rpt. Gloucester, Mass.: P. Smith, 1968.

30 RUDDEN, Bernard, *The New River : A Legal History*, Oxford et New York : Clarendon Press, 1985, p. 240. Ce livre raconte l'épopée de la *New River Company*, société autorisée par la loi en 1660 à extraire de l'eau de la rivière Lee pour alimenter en eau potable Londres.

31 La constitution du *Bund* allemand ne doit pas empêcher de prendre conscience que « l'Allemagne était, du point de vue de sa législation, comme du point de vue politique, administratif et judiciaire, soumise à un nombre infini de régimes différents. On y trouvait simultanément en vigueur des lois de toute origine et de tout âge : le droit romain s'y rencontrait avec le droit scandinave, le Code Napoléon avec le droit saxon. Non seulement chaque Etat, mais même chaque province, chaque district, chaque ville avait sa législation et son organisation propres. » in Ed. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français*, Tome 4, Paris, 1888, p. 29.

32 Hormis son ouvrage de 2000, un article de Ron HARRIS de 2003 apporte un éclairage intéressant sur la nature des relations entre l'histoire économique et l'histoire du droit en Angleterre depuis la Seconde Guerre mondiale : R. Harris, *The Encounters of Economic History and Legal History* : 21 *Law & Hist. Rev.* 297 (été 2003, No. 2).

référer aux sources mêmes du droit, qui sont soit totalement admises, soit sujettes encore à polémique suivant le territoire concerné. En effet, comme sources du droit, nous distinguons la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine. Or, en ce qui concerne la personnalité morale des sociétés et suivant les territoires étudiés, toutes ces sources ne sont pas exploitables avec la même intensité³³. Il nous faut les utiliser dans la mesure du possible séparément pour pouvoir mieux mettre en évidence leur force juridique éventuelle et, dans la majorité des cas, confronter les trois différents systèmes juridiques entre eux pour en tirer des conséquences.

Définitions. L'expression « personne morale » fait partie du langage juridique contemporain³⁴. La définition communément admise est celle d'un groupement de personnes ou de biens ayant la personnalité juridique et étant, par conséquent, titulaires de droits et d'obligations³⁵. Par ailleurs, le substantif « personne » est le plus important dans la formule « personne morale ». En effet, ce terme provient étymologiquement de l'étrusque « persona », et signifie masque³⁶. Par cette origine, la personne morale, comme d'ailleurs la personne physique, est considérée comme un « masque » juridique³⁷.

33 En Angleterre, l'expression « *Judge made law* » est parfois utilisée, tandis qu'en France, la jurisprudence n'est pas, au même titre que la loi ou que la coutume, considérée comme une source du droit. En Allemagne, enfin, la loi est la norme suprême et il est assez difficile d'obtenir des commentaires sur la jurisprudence allemande dans les ouvrages de droit allemand. Tout au plus existe-t-il des recueils de décisions de justice (Voir, par exemple, R. FREYMUTH, *Die GmbH und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte seit 1892*, Köln 1912 ; R. FREYMUTH, *Die GmbH und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte von 1911 bis 1916*, Köln 1919 ; R. FREYMUTH, *Die GmbH und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte von 1916 bis 1924*, Köln 1925 ; R. FREYMUTH, *Die GmbH und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte seit 1924*, Köln 1932, en particulier sur le *GmbHG*, §13 relatif à la capacité juridique de la *GmbH*). En Angleterre, le *Joint Stock Companies Act, 1844*, tout comme le *Limited Partnership Act, 1907* ont été fondamentaux, tout comme les décisions *Salomon v. A Salomon & Co. Ltd* [1897] A.C. 22 **Voir Annexe 14** ou l'arrêt *Daimler Co. Ltd. v. Continental Type & Rubber Co.* [1916] 2 A.C. 307 en ce qui concerne les limites de la personnalité juridique anglaise (*legal entity*).

34 Déjà CAPITANT, Henri & COLIN, Ambroise, *Cours élémentaire de droit civil français*, Tome 1, 2^e éd., Paris : Dalloz, 1919, p. 633 affirme : « La notion de personnalité en elle-même est une abstraction. Elle désigne en somme l'aptitude à devenir le sujet de droits et d'obligations. Etre doué de la personnalité, c'est être capable de participer à la vie juridique, d'acquiescer des droits, de s'obliger. »

35 Cf. *Lexique des termes juridiques*, sous la direction de Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2001 ; voir aussi Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op.cit.* : La « personnalité » est une « aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations qui appartiennent à toutes les personnes physiques et dans des conditions différentes aux personnes morales; on spécifie volontiers personnalité juridique ». La « personnalité morale » est un « nom donné à la personnalité juridique des personnes morales » ; elle « désigne aussi dans la théorie dite de la personnalité morale, la fiction en vertu de laquelle un groupement, un organisme, etc., est considéré comme un sujet de droit en soi, une entité distincte de la personnalité des membres qui le composent. »

36 Voir Association Henri Capitant, *Ibid.* : « personne » *N. f.* - Lat. *persona*, propr. masque de théâtre, d'où personnage et personne ; *Dictionnaire historique de la langue française*, publié sous la direction de Alain REY, Paris : Ed. Dictionnaires Le Robert, 1992 « personne » n. f., d'abord écrit *persone* (v. 1135), est issu du latin *persona* qui désigne d'abord un masque de théâtre ; avec un développement qui reproduit partiellement celui du grec *prosôpon*, il a pris le sens de « rôle attribué à un masque », c'est-à-dire « type de personnage » et, en dehors du théâtre, la valeur générale « d'individu » déjà attesté chez Cicéron. A basse époque, *persona* signifie par extension « honneur, dignité » ; les grammairiens, depuis Varron, l'utilisent pour traduire le grec *prosôpon* et les juristes l'opposent à *res* « chose ». Le mot serait un emprunt technique à l'étrusque *phersu* qui, d'après l'inscription où se lit le mot, désigne un masque ; cependant, le rapport entre l'étrusque et le grec est difficile à déterminer.

37 Dans le même sens, voir MATHEY, Nicolas, *La personnalité morale en droit privé*, Thèse, Paris 2001, introduction

La personne morale est une personne civile, un être moral qui, en raison de ses droits actifs ou passifs, a une existence civile. Dans le *Vocabulaire juridique*, la personnalité morale est définie comme le nom donné à la personnalité juridique des personnes morales³⁸ et la personne morale comme un groupement doté, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique plus ou moins complète. La personne morale est ainsi un sujet de droit fictif qui, sous l'aptitude commune à être titulaire de droits et d'obligations, est soumis à un régime variable, notamment selon qu'il s'agit d'une personne morale de droit privé ou d'une personne morale de droit public³⁹. Enfin, si d'un point de vue économique, les associés pris isolément sont les personnes intéressées, ils ne possèdent juridiquement que des droits et des devoirs vis-à-vis de la personne morale⁴⁰.

Par ailleurs, un autre des termes du sujet est le mot « sociétés ». Etymologiquement, le mot société vient du latin « *societas* »⁴¹, qui signifie association et de « *socius* », qui veut dire compagnon ou allié⁴². Cette origine explique l'imbrication extrême entre les sociétés et les associations, comme l'atteste également l'utilisation juridique des termes « d'associés » dans les sociétés, et de « sociétaires » dans les associations pour en désigner les membres. FUZIER-HERMAN admet même explicitement dans le *Répertoire général alphabétique du droit français*, que lorsque des associations « ont pour objet un intérêt privé et la réalisation de bénéfices partageables, elles prennent le nom de sociétés civiles ou commerciales »⁴³. Cela conduit le législateur français à

générale; VANHAECKE, Michel, *Les groupes de sociétés*, Thèse, Paris 1962, n°12, p. 23; V. SIMONART, *op. cit.*, n°15, p. 17.

38 Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de CORNU, 1^{ère} éd, Paris : PUF, 1987, p. 578 : Nom donné à la personnalité juridique des personnes morales ; désigne aussi dans la théorie dite de la personnalité morale la fiction en vertu de laquelle un groupement, un organisme, etc., est considéré comme un sujet de droit en soi, une entité distincte de la personne des membres qui le composent.

39 Association Henri Capitant, *Ibid.*, 1987, p. 579.

40 HUECK/WINDBICHLER, *Gesellschaftsrecht*, 20. Auflage, München : Verlag CH Beck, 2003, §2 n°7, p. 25.

41 DAUBE, David, *Societas as consensual contract*, 6 Cambridge LJ 381 (1936-1938) p. 382. “Societas” est défini comme le contrat de société qui est un contrat conventionnel et de bonne foi. Elle est distincte de la *collegia*, de la *fabri*, de la *sodalitium* et de la *universitas*. Simplement, la “societas” n’a ni la personnalité juridique, ni une existence distincte de ses associés qui sont copropriétaires des biens communs. Toutefois, elle fait naître entre eux des obligations, des créances, des droits, sanctionnés par l’action *pro socio*. Source : BERTHELIN, Pierre Charles, *Dictionnaire universel [français] et latin : contenant la signification et la définition tant des mots de l’une & de l’autre langue*, vol. “soc”, Paris : la Compagnie des libraires associés, 1752, p. 1367. Le “*collegium*” est une individualité distincte et peut acquérir des biens ou être soumis à des obligations. Il peut aussi s’agir d’une réunion de citoyens qui, sans former une personne juridique, ne sont liés entre eux que par l’exercice simultané des mêmes fonctions. Source : BERTHELIN, Pierre Charles, *Ibid.*, vol. “col” p. 1202. Les collèges de *fabri*, sont de véritables corporations. Source : BERTHELIN, Pierre Charles, *Ibid.*, vol. “fab” p. 949. Le *sodalitium* est un groupement de personnes constitué en vue d’un culte et dont la raison d’être était d’assurer la régularité de certains sacrifices et de certains repas sacrés. Source : BERTHELIN, Pierre Charles, *Ibid.*, vol. “sod” p. 1372. Une *universitas* répond, dans la terminologie juridique des Romains, à plusieurs acceptations. Elle désigne un ensemble de personnes formant une corporation (*universitas personarum*) ou bien un ensemble de droits actifs et passifs appartenant ou ayant appartenu à une personne (*universitas juris*) ou bien un ensemble de choses corporelles qui, tout en restant distinctes, sont considérées comme formant un seul tout (*universitas facti*). Enfin, l’expression *per universitatem* est usitée pour désigner l’acquisition en bloc d’un patrimoine. Source : BERTHELIN, Pierre Charles, *Ibid.*, vol. “uni” p. 598.

42 Voir Association Henri Capitant, *op. cit.*, 2003 : « associé,ée » *Adj. ou subst.* - Part. passé. du verbe associer, latin *associare*: joindre, associer; de *socius*: compagnon, « société » *N. f.* - Latin *societas*, de *socius*: compagnon, associé, « sociétaire » *Subst.* - Dér. de société.

43 Ed. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français*, tome 5, Paris, 1889, n°4, p. 509.

employer les mots société et association sans se soucier de leur sens⁴⁴. De plus, cette confusion possible pousse l'administration fiscale française à soumettre des associations à des impôts emblématiques des sociétés⁴⁵, comme l'impôt sur les sociétés ou comme la taxe à valeur ajoutée⁴⁶. Cette confusion se manifeste également en Allemagne⁴⁷ puisque le Code civil allemand de 1900 (§§21 et s. *BGB*) décrit les associations (*Vereine*) comme le type fondamental des personnes morales (*Körperschaften*) et cette règle est toujours actuellement en vigueur en Allemagne. Si le *BGB* contient les dispositions spéciales à l'association à but non lucratif (*nichtwirtschaftlicher Verein*), il reconnaît l'existence d'autres formes d'associations, dont l'association à but lucratif (*wirtschaftlicher Verein*)⁴⁸. En Angleterre, cette confusion est quant à elle entretenue par la législation⁴⁹ qui utilise improprement le terme « association »⁵⁰.

Variété du vocabulaire juridique. Le vocable pour désigner la personnalité morale dans ces trois systèmes est, en fait, extrêmement varié. Ainsi, par exemple, on parle de « personnalité civile », de « personnalité juridique » ou « d'être moral » en France. En Allemagne, les expressions de *Rechtspersönlichkeit*, de *juristische Person* ou de *Rechtssubjekte* sont couramment employées. Tandis qu'en Angleterre, la personnalité morale est désignée par la formule *legal personality*, ou par celle de *corporate body*, ou encore par celle de *corporate personality* ou de *legal entity*. La

44 Par exemple, au XIXe siècle, une association en participation est une société. Au contraire, une société de secours mutuels et une société de courses sont des associations. Source : G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Tome 1, vol. 2, 18e éd., Paris : LGDJ, 2002, §1056-25, p. 16.

45 Cass. Ch. réun., 11 mars 1914, *Caisse rurale de la commune de Manigod* : D.P. 1914. 1. 257, note L. Sarrut ; S. 1918. 1. 103. énonce que « la différence qui distingue la société de l'association consiste en ce que la première comporte essentiellement, comme condition de son existence, la répartition entre associés des bénéfices faits en commun, tandis que la seconde l'exclut nécessairement ». Cette définition était d'ailleurs celle proposée par Ed. FUZIER-HERMAN, *op. cit.*, Tome 5, Paris, 1889, p. 509 : « Le nom d' « association » [...] est, en réalité, réservé par notre loi à une classe particulière de collectivités : celles qui, sans se proposer une spéculation ou un gain à réaliser, poursuivent un but général et élevé où l'intérêt individuel n'a pas de part. »

46 Voir en ce sens les critères de distinction entre société et association dans l'Instruction 4-H-5-98 du 15 septembre 1998 du Ministère de l'économie et des finances, instruction complétée par l'Instruction 4 H-6-01 du 17 décembre 2001 et refondues par l'Instruction fiscale 4H-5-06 du 18 décembre 2006 n°208 sur le régime fiscal des associations.

47 Nous pouvons noter déjà la proximité des termes de « *Rechtspersönlichkeit* » et de « *Personenrecht* », l'un désignant la personne morale, l'autre le droit des personnes en Allemagne...

48 Dans les dispositions générales concernant les *Vereine* (§§21 – 54 *BGB*), le *BGB* propose une sous-distinction dans les *rechtsfähige Vereine* entre *nichtwirtschaftlicher Verein* (§21 *BGB*), *wirtschaftlicher Verein* (§22 *BGB*) et *ausländischer Verein* (§23 *BGB*). Il existe également les *nicht rechtsfähige Vereine* (§54 *BGB*). Les dispositions relatives aux associations à but lucratif sont renvoyées à des dispositions particulières. Par exemple, les règles relatives aux *Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit* et aux *Pensionsfondsvereine auf Gegenseitigkeit* sont énoncées dans les dispositions propres du VAG.

49 Dans la hiérarchie des normes anglaise, il ne faut toutefois pas donner à la législation la valeur qu'elle a dans l'ordonnement juridique français et allemand. Ex :B. R. CHEFFINS, *Using theory to study law: A company law perspective* 58 Cambridge Law Journal 197 (1999) p. 215.

50 N. LINDLEY assisted by S. DICKINSON, *A treatise of the law of partnership, including its application to companies*, vol. I, 3rd ed., London : William Maxwell & Son, 1873, p. 5 ; *Smith v Anderson* (1880) 15 ChD 247 at 273, 274, CA per JAMES LJ.

référence à la notion de personne⁵¹ ou de corps⁵² ou même d'être est, en fait, unanime dans ces trois droits. Ces personnalités morales ne constituent toutefois pas des individus⁵³ proprement dits, mais présentent certains attributs de la personne humaine⁵⁴. Il faut malgré tout prendre conscience que l'ensemble de ces termes vise à décrire, dans leurs droits respectifs, une même réalité juridique⁵⁵. En droit français, par exemple, la personne morale est classifiée, comme les personnes physiques, dans la catégorie des sujets de droit. De l'ensemble de ce qui précède, il résulte qu'étudier la personnalité juridique des sociétés dans ces trois territoires ne peut qu'accroître l'intérêt de cette étude.

Délimitation du sujet. Dans ce cadre, les fondations⁵⁶ sont écartées volontairement de notre étude malgré l'intérêt qu'elles peuvent représenter sur la connaissance de la personnalité morale à partir de cette variété⁵⁷. De la même manière, étudier l'indivision⁵⁸ ne semble pas non plus pertinent⁵⁹. Même si l'indivision exerce une « concurrence étendue » sur la personne morale⁶⁰, elle est de jurisprudence constante dépourvue de toute personnalité juridique en France⁶¹. Il est simplement possible d'admettre que l'indivision interagit avec des personnes morales⁶². Elle peut

51 Voir « Définitions » *supra*.

52 *N. m.* - Latin *corpus* (sens originel). Le corps humain, celui de la personne physique; par ext., dans certaines expressions, la personne même *in* Association Henri Capitant, *op. cit.*

53 « individu » lat. *individuum* : ce qui est indivisible *in* Association Henri Capitant, *Ibid.*

54 Pour la nationalité des personnes morales, l'incorporation de la société est essentielle en Angleterre. Voir en ce sens la définition de l'incorporation par Association Henri Capitant, *Ibid.* : Critère retenu, en particulier dans les Etats de *common law*, pour déterminer la nationalité des sociétés ou au moins la loi qui leur est applicable, laquelle sera celle du lieu où ont été accomplies les formalités de leur constitution (le terme *incorporation* désignant les formalités qui donnent corps à la société).

55 Voir en ce sens V. SIMONART, *op. cit.*, n°9, p. 7.

56 Par exemple, en droit allemand, une *Stiftung* s'occupe de la production de la bière *Augustiner* dans la région de Munich sans faire aucune publicité de cette bière bavaroise célèbre localement. De même, la société *Lidl* est une fondation prenant la forme d'une *Stiftung & Co. KG*. Pour autant, si une *Stiftung* est une personne morale, elle n'est pas composée d'associés, mais seulement de *Stifter* (§82 BGB).

57 Pour aller plus loin : Notes et études documentaires, *Le droit des fondations en France et à l'étranger*, sous la direction de René-Jean DUPUY, n°4879, *La Documentation française*, Paris, 1989 not. p. 21 et sq ; *Aperçu historique sur les fondations en droit français* par Jean IMBERT, p. 97 et sq ; *Le régime juridique des fondations en droit allemand* par Walter LEISNER. Une loi de modernisation du droit des fondations allemandes en 2002 (*Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts* du 15.7.2002, *BGBl I Nr. 49 vom 23. Juli 2002*, 2634) fera disparaître l'autorisation administrative du *Land* du lieu du siège social de la future fondation pour pouvoir la constituer.

58 « La propriété collective ne doit pas être confondue avec la propriété individuelle dans son état de copropriété indivise. L'indivision laisse subsister l'autonomie des parts individuelles [...] La propriété collective n'est rien de semblable. Elle est un *état particulier de la propriété*, qui a en lui-même sa fin et sa raison d'être et qui repose sur le groupement nécessaire des personnes auxquelles elle appartient » : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, 2^e éd., Paris : F. Pichon, successeur, 1901, n°1953, p. 635.

59 L'indivision est une situation juridique née de la concurrence de droits de même nature exercés sur un même bien ou sur une même masse de biens par des personnes différentes, sans qu'il y ait division matérielle de leurs parts *in* Association Henri Capitant, *op. cit.*. Si le droit anglais a essayé de contourner le risque de l'indivision par l'institution du *trust*, le droit allemand connaît aussi l'indivision successorale sous le terme de *Erbengemeinschaft*.

60 BARUCHEL, Nathalie, *La personnalité morale en droit privé – Eléments d'une théorie*, thèse, Paris : LGDJ, Bibliothèque de droit privé tome 410, 2004, n°283 et sq., p. 164 et sq.

61 Cass. 1^e civ., 19 juillet 1989 n°87-16555 ; Cass. 3^e civ., 10 juin 1998, n° 96-17975 ; Cass. 3^e civ., 25 avril 2001 : Bull. civ. 2001 III, n°50 p. 39 ; RTD civil, janvier-mars 2002, n° 1, p. 130-131, note Jean Patarin ; Cass. 1^e civ., 22 juin 2004, n°00-21457 ; Cass. com., 21 juin 2005 : JCP éd. E n°27-28, Actualités, 7 juillet 2005 p.1154 n°206.

62 Voir la situation particulière des infractions punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement, suite à la loi n°2012-409

parfois régir les relations entre co-indivisaires sur les mêmes parts sociales ou sur les mêmes actions⁶³, notamment à la suite du décès de l'associé personne physique, mais également les relations entre associés en vue de la liquidation et du partage d'une personne morale⁶⁴. Enfin, la fiducie, dont l'attrait a été renouvelée en France après l'adoption d'une loi en 2007⁶⁵, sera le plus souvent écartée en tant que telle car il s'agit d'une organisation de son patrimoine sans commune mesure avec le fonctionnement d'une société, et elle ne fera l'objet que de quelques développements, notamment parce qu'il existe en Angleterre et en Allemagne le *trust*.

Connaissance des concepts et des systèmes juridiques. Approfondissant la personnalité morale des sociétés au XIXe et au XXe siècle, il s'agit de connaître les concepts de la personnalité morale des sociétés en France, en Allemagne et en Angleterre ainsi que sa systématisation. On doit donc d'abord comprendre la personnalité morale des sociétés dans ces trois territoires, avant d'admettre celle-ci dans un ensemble cohérent de principes liés logiquement et considérés dans leur enchaînement. Il convient aussi de ne pas négliger la construction européenne et, par conséquent, l'apport communautaire sur ce point⁶⁶, même si le traité de Rome n'a qu'un peu plus de cinquante ans, alors que la période étudiée couvre un peu plus de deux cents ans.

Problématique et annonce du plan. Dans le cadre de l'étude ainsi délimitée, on doit rechercher comment la personnalité morale des sociétés depuis le XIXe siècle en France, en Allemagne et en Angleterre a été appréhendée. En d'autres termes, dans une approche nécessairement centrée sur les systèmes juridiques français, allemand et anglais⁶⁷, nous devons déterminer si la personne morale a

du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines ayant modifié l'article 131-21 du code pénal et l'article 706-148 du code de procédure pénale, pour laquelle la personnalité morale dont jouit une société civile immobilière ne fait plus obstacle à la saisie par un juge d'instruction d'un élément de son actif propre afin de garantir la peine de confiscation à laquelle des associés, qui détiennent de façon indivise 99,55% de son capital, sont susceptibles d'être condamnés pour blanchiment : Cass. crim., 23 mai 2013 n°12-87473 : JCP éd. E. 2013, n°22, Actualités, n°394, p. 9 ; JCP éd G. 2013 n°28, Jurisprudence, n°804, note C. Cutajar, p.1388 et sq ; D. 2013, Chron., note P. Labrousse, p.1780 et sq. ; Revue Droit pénal 2013, n°7-8, note A. Maron et M. Haas, p.36 et sq.

63 Cass. com., 4 décembre 2007 : Bull. civ. IV, n° 259 ; D. 2008, p. 78, note A. Lienhard ; RTD com. 2008, p. 133, obs. Le Cannu et Dondero ; Cass. 1e civ., 15 décembre 2010 : Rev. Sociétés mai 2011, p. 280, note L. Godon; BMIS mai 2011, § 189, p. 373, note F.-X. Lucas; Dr. sociétés n° 3/2011, p. 18, note M.-L. Coquelet; JCP E 2011, n° 5, p. 25, note H. Hovasse; RTD civ. n° 1/2011, p. 148, note Th. Revet ; Cass. com., 10 juillet 2012 n°11-21789 : Bull. Joly 2012, n°11, p. 786 ; D. 2012, p. 2429 note. F. Marmoz ; JCP éd. E, n°41, p. 17, note R. Mortier ; RTD civ. 2012, p. 748, note Th. Revet.

64 Cass. com., 7 avril 2010 : Bull. civ. 2010 IV, n° 74.

65 Loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie : JORF « Lois et Décrets » du 21 février 2007, p. 3052.

66 Pour ce qui est du droit anglais, voir, J.H. FARRAR et autres, *Farrar's company law*, 3e éd. Butterworth 1991, chap. 3 *Harmonisation of company law in the EC*, p. 25. Pour le droit allemand, voir SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München : Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 36 et sq. Pour le droit français, voir B. MERCADAL, *Memento Pratique Francis Lefebvre, droit des affaires – Sociétés commerciales 2004*, Levallois-Perret : Ed. Francis Lefebvre, 2003, §35 et sq.

67 A la différence de la thèse de Valérie SIMONART qui a essentiellement centré son étude sur le droit américain (et non sur le droit anglais) ou de celle du Professeur Nicolas MATHEY qui est centrée sur le droit français, notre étude concerne sous un angle juridique et comparatiste les droits allemand, anglais et français.

connu une évolution juridique remarquable depuis un peu plus de deux siècles dans ces trois territoires. Si une telle évolution juridique est mise en évidence, il faudra se demander si elle permet de répondre à toutes les interrogations posées par cette qualification juridique, et donc si la personne morale se suffit aujourd'hui à elle-même pour expliquer l'état actuel du droit positif. A défaut, et dans le but de continuer à renforcer cette qualification au XXI^e siècle, il conviendra de rechercher si une nouvelle qualification juridique permet de mieux expliquer l'état du droit positif à côté de celle de la personnalité morale, et si cette nouvelle qualification juridique arrive à trouver une justification dans les trois territoires. L'objectif est donc d'apporter une pierre supplémentaire à l'édifice de la personne morale en vue de consolider cette qualification, et non pas de la détruire complètement en la jugeant inutile en droit des sociétés aujourd'hui compte tenu, notamment, du développement des patrimoines d'affectation.

A cette fin, et à la suite des recherches entreprises en France comme à l'étranger, il convient de subdiviser l'étude de la personnalité morale des sociétés en deux grands titres dans les trois territoires européens étudiés. Il s'agit alors de mettre en évidence, dans un premier temps, la création et la vie de la personnalité morale des sociétés en France, en Allemagne et en Angleterre depuis le XIX^e siècle (**titre I.**) avant d'analyser, dans un second temps, les limites de la personnalité morale des sociétés dans ces trois mêmes territoires et pour cette même période (**titre II.**).

Titre I : La création et la vie de la personnalité morale des sociétés en France, en Allemagne et en Angleterre

Présentation générale du titre. A l'image de ce que propose notamment L. MICHOUÉ dans son ouvrage de référence¹, la personnalité morale des sociétés, comme la personnalité juridique des personnes physiques, se crée et a sa propre existence. Bref, la personnalité morale des sociétés, en France, en Allemagne et en Angleterre, est une notion vivante².

Comme pour toute vie, deux périodes sont à étudier. Il s'agit, d'une part, de la création de la personnalité morale des sociétés et, d'autre part, de la vie de cette personnalité morale. La mort n'apparaît pas comme essentielle, parce qu'elle ne constitue que l'ultime étape de la vie et permet, en quelque sorte, de définir la vie. C'est pourquoi on décide d'écarter le plus souvent de cette étude les questions relatives au droit de la « faillite » des sociétés implantées en France, en Allemagne ou en Angleterre.

En effet, la création de la personnalité juridique des sociétés est généralement associée à l'attribution de droits et d'obligations exercés directement par la personne morale en tant que sujet de droit. Déterminer la création de la personnalité juridique est donc un acte essentiel de la vie des sociétés.

Par ailleurs, la vie de la personnalité morale des sociétés est également importante puisqu'elle permet de justifier l'intérêt d'attribuer des droits et des obligations à cette personne. La personnalité juridique offre une certaine stabilité, un réceptacle unique des droits et des obligations qui lui sont associés. Ainsi, par exemple, en France, l'article 10 de la loi de 1966, désormais codifié à l'article L221-1 du Code de commerce, énonce que les créanciers de la société en nom collectif ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire³. Il se crée ainsi un écran, un voile social, entre les

1 *La personnalité morale et son application en droit français*, vol. 1 et 2, 2^e éd. par L. TROTABAS, Paris : LGDJ, 1924. Le premier volume est relatif à la notion de personnalité morale, puis à la classification et la création des personnes morales. Le volume 2 est relatif à la vie des personnes morales, puis à leur suppression et à ses conséquences.

2 Dans le même sens, voir le découpage qui a été choisi dans chacune des deux parties de l'ouvrage de R. PEARSON, J. ROBIN & M. FREEMAN, *The history of the company : the development of the business corporation, 1700-1914*.

3 Loi n°66-537 du 24 juillet 1966, art. 10, al. 2 : JORF 26 juillet 1966 p. 6403. Cet article est codifié à l'article L221-1 C. com. Voir également l'art. R221-10 C. com. Pour les sociétés civiles, la procédure est différente. En effet, l'art. 1858 C. civ. énonce que « les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale ». Cass. com., 25 septembre 2007 n°06-11088, Dr. des sociétés, n°3, mars 2008, p. 19, note. R. MORTIER. Il y a un principe de subsidiarité de la responsabilité des associés de sociétés civiles. Cass., 1^e civ., 6 février 2008 : D. 13 mars 2008, p. 692 et sq. ; JCP éd. G II 10045, 12 mars 2008, p. 35 et sq. note G. LOISEAU.

créanciers de la personne morale et les associés de la personne morale, qui est constitué par cette personne morale elle-même⁴.

Annnonce du plan du titre. Par conséquent, le plan du titre s'impose de lui-même. Nous allons étudier successivement la création de la personnalité morale des sociétés (**chapitre I.**) avant de nous intéresser plus spécialement à la vie de la personnalité morale des sociétés (**chapitre II.**).

1. LA CRÉATION DE LA PERSONNALITÉ MORALE DES SOCIÉTÉS (CHAPITRE I.)

Introduction générale du chapitre. Que ce soit en France, en Allemagne ou en Angleterre, une personne morale peut être créée. Cette création est la preuve d'une personnification de la personnalité morale des sociétés⁵. Il convient donc de présenter les difficultés juridiques qui touchent la période de gestation des personnes physiques avant de mettre en avant celles qui concernent les personnes morales.

La période de gestation des personnes physiques pose, au-delà des questions d'éthique, des questions en droit civil et en droit pénal.

En droit civil français, les effets juridiques de la gestation doivent tenir compte de l'intérêt de l'enfant à naître. En droit allemand, HOELSCHER expose que la capacité de jouissance (*die Rechtsfähigkeit*) des droits des individus commence par l'accouchement achevé⁶ et que, comme en droit français, l'enfant conçu sera regardé comme capable, dans la mesure où le droit rend cela nécessaire⁷. DERNBURG affirme également que cette capacité de jouissance commence avec la

4 Dans le même sens, sur la notion de "voile social" en droit anglais, lire : *In re Darby, ex parte Brougham* [1910] 1 KB 95, at 100 per PHILLIMORE J. ; *Continental Tyre and Rubber Company v Daimler Co Ltd* [1915] 1 KB 893 at 904 per Lord READING CJ ; *In re FG (Films) Ltd* [1953] 1 WLR 483 at 486 per VAISEY J.

5 Dans ce sens, *Dictionnaire historique de la langue française*, publié sous la direction de Alain REY, Paris : Ed. Dictionnaires Le Robert, 1992, où le terme « personne » est défini de la manière suivante : « En droit, l'expression « personne civile » [...] désigne un groupement de personnes ou de biens constituant un être moral ayant une existence civile » ou bien Le Dictionnaire de l'Académie française, 8^e éd., 1932 – 1935 considère sur le même plan les expressions « personne morale », « personne juridique » et « personne civile » et les définit comme un groupement de personnes ou de biens qui constitue un être moral, qui possède, en raison de ses droits actifs ou passifs, une existence civile... Ce qui nécessite une naissance... ; Mélanges Roblot, Paris : LGDJ, 1984, spéc. M. GERMAIN, *Naissance et mort des sociétés commerciales*, p. 217 et sq ; A SÉRIAUX, *Les personnes*, 2^e éd., Paris : PUF, Coll. Que sais-je ?, 1997, p. 5 et 6.

6 BGB 1900, §1 « *Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt* ». Cet article est toujours en vigueur en 2013.

7 HOELSCHER cite à ce propos le droit romain: *nasciturus pro jam nato habetur, quomodo de ejus commodis agitur* (lex 7 Dig. de statu hominum 1. 5.) : HOELSCHER, Emil Erich, *Durch die Pandekten zum BGB, eine romanistische Einführung in das Verständnis des heutigen bürgerlichen Rechts*, Lausanne und Leipzig : Deutsche Universitäts-Buchhandlung, Edwin Frankfurter, Grand-Chêne 8, 1928, §18 *Entstehung und Endigung der natürlichen Person*, p. 37.

naissance de la personne, et que l'embryon doit avoir un statut juridique propre⁸.

Parallèlement, les pénalistes recherchent si l'adage latin « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agir* » considéré pour la jurisprudence civiliste comme un « principe général du droit »⁹ a une portée en droit pénal. Ils se posent alors la question suivante : un fœtus est-il un sujet de droit pénal pour l'incrimination d'homicide involontaire ? Il ne semble pas que la chambre criminelle de la Cour de cassation française veuille reconnaître l'atteinte à la vie d'une personne à naître¹⁰.

Cette difficulté a également connu des répercussions au niveau de l'application de l'article 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en

8 DERNBURG appuie son raisonnement sur le droit romain. L'embryon peut hériter de son père décédé (1. 3 § 9, 1. 6, 1. 7 D. *de suis et legitimis* 38, 16, 1. 3 D. *si pars hereditatis* 5, 4) et un curateur peut être désigné pour un embryon (Rapprocher 1. 19 § 2 D. *de test. tut.* 26, 2 et 1. 28 D. *de neg. gest.* 3, 5). Les novateurs appuient cela sur l'adage « *nasciturus pro jam nato habetur* » : DERNBURG, Heinrich, *Pandekten*, 1. Band, *Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, 4. verbesserte Auflage, Berlin : Verlag von H. W. Müller, 1894, p. 115, §50.

9 Cass. 1^o civ., 1er déc. 1985 : Bull. civ. I n^o339, p. 305 ; D., 24 septembre 1987, n^o31 p. 449, note G. PAIRE.

10 Cass. crim., 30 juin 1999 n^o97-82351 « *la loi pénale est d'interprétation stricte. Les faits reprochés au médecin qui a involontairement causé la mort de l'enfant à naître dont la mère était venue consulter pour un examen de grossesse n'entrent pas dans les prévisions des articles 319 ancien et 221-6 du Code pénal, qui répriment les atteintes involontaires à la vie d'autrui.* » : Bull. crim. 1999 n^o174 p. 511 ; JCP éd. G, 19 janv. 2000, n^o3, p. 77, note G. FAURÉ (JCP G 2000. II. 10231) ; D. 1999, jur. 710, note VIGNEAU ; D., 23 mars 2000, n^o12, p. 181, note G. ROUJOU DE BOUBÉE et B. DE LAMY ; Droit pénal, avr. 2000, n^o4, p. 4, note M.-L. RASSAT ; D., 27 avr. 2000, n^o17, p. 169, note L. DUMAINE et C. DESNOYER ; RSC 1999. 813, obs. MAYAUD.

Ass. Plén., 29 juin 2001 « *Le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître, dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus.* » : Bull. 2001 A. P. n^o8 p. 19 ; JCP éd. G, 18 juil. 2001, n^o29 p. 1432 (JCP G 2001. II. 10569) rapport P. SARGOS, conclusions J. SAINTE-ROSE et note M.L. RASSAT ; RTD civ., juil. – sept. 2001, n^o3, p. 560 et 561, note Jean HAUSER ; D. 2001. 2917, note MAYAUD ; D., 18 oct. 2001, n^o36, Chroniques, p. 2907 à p. 2913, note Jean PRADEL ; Droit et patrimoine, n^o98, nov. 2001, p. 99 à p. 101, note Grégoire LOISEAU ;

Cass. crim., 25 juin 2002 « *Le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant.* » : Bull. crim. 2002 n^o144 p. 531 ; Droit pénal, n^o9, septembre 2002, chron. n^o31, note Dominique COMMARET et Michel VERON ; JCP, éd. G, n^o41, 9 octobre 2002, J., II, 10155, p. 1807 à p. 1809, note Michèle-Laure RASSAT (JCP 2002. II. 10155) ; D., 21 nov. 2002, n^o41, jur., p. 3099 à p. 3102, note Jean PRADEL ; RSC 2003, p. 95, note Y. MAYAUD ;

Cass. crim., 2 déc. 2003 « *L'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant né vivant et décédé des suites de la maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement commis avant sa naissance.* » : Bull. crim. 2003 n^o230 p. 931 ; Revue pénitentiaire et de droit pénal, n^o 2, juin 2004, p. 414 à p. 416, note Jean-Yves CHEVALLIER ; Droit pénal 2004, comm. n^o18 : A la suite d'un accident de voiture, un enfant naît vivant, mais non viable puisqu'il est décède une heure après. L'auteur de l'accident est condamné pour homicide involontaire ;

Cass. crim., 2 déc. 2003 « *Justifie légalement sa décision la Cour d'appel, pour déclarer un médecin accoucheur coupable d'homicide involontaire, qui constatant qu'il n'existait pas d'éléments pathologiques survenus pendant la grossesse et que le tracé du monitoring de 18 à 20 heures révélait une souffrance foetale patente, a retenu que le retard délibéré, pour convenance personnelle, apporté par le révenu dans les soins et l'intervention par césarienne relevant de sa compétence, est la cause déterminante et directe du décès* » « *l'enfant, dont l'état était compromis dès la naissance, est décédé dans la nuit* » ;

Cass. crim., 4 mai 2004 : L'erreur de diagnostic d'une sage-femme constitue une faute pour appel tardif du médecin, mais, « *l'enfant n'étant pas né vivant, les faits ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale* » : Bull. crim. 2004 n^o 108 p. 418 ; P.A. 21 fév. 2006, chron. droit médical (2^e partie), « III. Homicide involontaire et enfant à naître », n^o37, p. 15 par M. DAURY-FAUVEAU.

Cass. crim., 27 juin 2006 : D. 2007 Pan. 403, obs. MIRABAIL.

Angleterre¹¹, en Allemagne¹² puis en France¹³. Simplement, la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme « est convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention »¹⁴.

En tout état de cause, le droit pénal allemand a reconnu très tôt, d'après DERNBURG, l'infraction d'infanticide à l'encontre de la mère au cours de la naissance de l'enfant ou après celle-ci¹⁵.

A l'image des difficultés de qualification juridique de la période de gestation des personnes physiques¹⁶ que l'on vient d'évoquer, la personnalité morale est le fruit d'une réflexion de ses créateurs et ceux-ci doivent souvent prendre des décisions avant de créer vraiment une nouvelle personne morale¹⁷. Ce n'est que lorsque toutes les conditions sont réunies que la création de la personnalité morale peut éventuellement intervenir. En effet, dans la pratique, il n'est pas toujours nécessaire de constituer à tout prix une personne morale pour réaliser une opération déterminée. Les droits français, allemand et anglais offrent des sociétés qui ne sont pas dotées de cette personnalité morale¹⁸. Quoi qu'il en soit, en fiscalité, le droit français décide de considérer que le seuil de détention du capital s'apprécie à la date de constitution de la société nouvelle sans égard à celle du début effectif de son activité¹⁹.

Dans ces circonstances, plusieurs problématiques ont été utilisées pour résoudre les difficultés liées à la période entourant la création de la personnalité morale selon le pays concerné.

11 CEDH, *X. c. Royaume-Uni*, n°8416/79, décision de la Commission du 13 mai 1980, Décisions et Rapports 19, p. 262 ; CEDH, *Reeve c. Royaume-Uni*, n°24844/94, décision de la Commission du 30 nov. 1994, Décisions et Rapports 79-B, p. 146.

12 CEDH *Bruggeman et Scheuten c. République Fédérale d'Allemagne* n°6959/75, Rapport de la Commission, Comité des ministres du 17 mars 1978.

13 Revue Juridique personnes & famille, n°9, septembre 2004, pp. 25 et 26, obs. Natalie FRICERO ; Jean PRADEL, "La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras", in : D., 2004, n°34, p. 2456 à p. 2458 ; Evelyne SERVERIN, "Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme", in : D., 2004, n°39, p. 2801 à p. 2807 ; Droit européen des droits de l'homme (sous la direction de Jean-François Renucci), D., 2004, n°35, p. 2532 à 2543, obs. Isabelle BERRO-LEFÈVRE.

14 CEDH *Vo c. France*, n°53924/00, Grande chambre du 8 juil. 2004, §85 : D. 2004. 2456, note PRADEL ; JCP 2004. II. 10158, note LEVINET ; RTD civ. 2004. 714, obs. HAUSER.

15 *Strafgesetzbuch § 217, R. G. in Strafsachen Bd. 1 S. 446*: DERNBURG, Heinrich, *Pandekten*, 1. Band, *Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, 4. verbesserte Auflage, Berlin : Verlag von H. W. Müller, 1894, p. 113, §50.

16 Art. 311, al. 2 C. civ. : *La conception est présumée avoir lieu à un moment quelconque pendant la période qui s'étend du 300° au 180° jour, inclusivement, avant la date de la naissance, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant* ; art. 725 C. civ. : *Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable* ; art. 906 C. civ. : *Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable.*

17 DIDIER, Paul, *Le droit commercial*, 2° éd., Paris : Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2001, p. 5 à 9.

18 Voir *infra* Titre II, Chapitre II.

19 CE, 08 août 1990 n°57977: Publié aux Tables du Recueil Lebon ; CE, 06 octobre 2004 : Bull. Fiscal Francis Lefebvre, Décembre 2004, n°12/04, p. 886, n°1102.

En France, les futurs associés doivent conclure les contrats engagés pour une société en formation en leur nom propre et la société nouvellement constituée peut reprendre à son compte les contrats en cause. Cette reprise des contrats doit alors soit être jointe aux statuts d'origine de la société, soit être obtenue par une résolution particulière de l'assemblée des associés après la constitution de la société²⁰.

En Allemagne, les futurs associés de sociétés de capitaux²¹ constituent d'abord une pré-société (*Vorgesellschaft*) qui prend en général la forme d'une société civile (*Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, GbR*). L'objet de cette pré-société est précisément de constituer une société de capitaux. Seule cette pré-société conclut les contrats engageant la future société. Ensuite, la nouvelle société de capitaux pourra ou non reprendre à son compte les contrats conclus par la *Vorgesellschaft* par une décision de l'assemblée des associés.

En Angleterre, enfin, les *promoters* sont de véritables agents de la future *company*. Ils doivent toutefois agir en leur nom propre et non pour le compte d'une *company* en formation²². En effet, ils sont responsables personnellement des contrats qu'ils ont conclus. Une quasi-opacité sépare ainsi la période antérieure à l'*incorporation* où les *promoters* agissent dans l'intérêt d'une *company* en formation et la période postérieure à l'*incorporation* où la *company* agit seule. Dans la pratique, il est alors déconseillé fortement aux *promoters* d'entreprendre d'autres opérations juridiques que

20 Quatre arrêts du 6 décembre 2005 apportent d'utiles précisions sur les conditions dans lesquelles une société peut reprendre les engagements souscrits pour son compte avant son immatriculation: Cass. com., 06 déc. 2005 n°03-16853, n°03-16854, n°03-16855 et n°03-16853, dont le premier est publié Bull. civ. 2005 IV, n°244, p. 270. Voir également Cass. com., 31 mai 2005 : Bull. 2005 IV n°123 p. 131 ; Cass. com., 13 décembre 2005 : Bull. 2005 IV, n°257, p. 285 ; BRDA, 31/06/2006, §3, p. 3.

21 Les sociétés de capitaux en Allemagne (*Kapitalgesellschaften*) sont les *Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (GmbH), les *Aktiengesellschaften* (AG) et les *Kommanditgesellschaften auf Aktien* (KGA ou KGaA). Si les GmbH ne sont apparues en Allemagne qu'après la création du Reich allemand en 1871 (le *GmbH Gesetz* date du 20 avril 1892), les autres sociétés de capitaux sont plus anciennes cf. NAGEL, *Deutsches und Europäisches Gesellschaftsrecht : eine Einführung*, München : Vahlen, 2000, p. 3 et 4.

Il existe classiquement en droit allemand trois catégories de *Körperschaften* : les associations (*Vereine*), les sociétés de capitaux (*Kapitalgesellschaften*) et les coopératives (*eingetragene Genossenschaften* (eG)) : KLUNZINGER, Eugen, *Grundzüge des Gesellschaftsrechts*, 12. Auflage, München : Verlag Vahlen, 2002, p. 3 ;

Les sociétés allemandes qui ont *die Rechtsfähigkeit* sont les *Kapitalgesellschaften* (GmbH, AG et KGaA) et les eG. Celles qui ont certains éléments de la *juristische Person* par le § 124 HGB de 1900 (acquérir des droits et souscrire des obligations, acquérir la propriété et d'autres droits de biens immeubles, saisir et poursuivre devant les tribunaux) sont l'*offene Handelsgesellschaft* (oHG), la *Kommanditgesellschaft* (KG) et la GmbH&Co. KG. La *stille Gesellschaft* (sG) n'est pas *rechtsfähig* et, enfin, la *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (GbR) est sous certains aspects *rechtsfähig* : KLUNZINGER, Eugen, *Ibid.*, p. 340, mais cela est encore en débat (Voir *infra* Titre II, chapitre II, section 2 sur les sociétés de personnes (*Personengesellschaften*) en Allemagne).

22 Cette solution est tirée de la jurisprudence anglaise : *Kelner v Baxter* (1866) LR 2 CP 174 : Trois futurs *directors* achètent le 27 janvier 1866 des marchandises au nom d'une société hôtelière qui sera prochainement constituée. La société enregistrée le 20 février 1866 tombe en faillite avant que les marchandises soient réglées. Les juges ont décidé que les *directors* ont agi sans mandant car aucune société n'existait lors de la signature des contrats. Les *directors* étaient donc personnellement liés au contrat qu'ils ont signé, personne ne pouvant légalement agir contre une personne qui n'existe pas encore. Source : LS SEALY, *Cases and Materials in Company law*, London : Butterworth, 7th ed, 2001, p.36 ; *Natal Land Co & Colonization Ltd v Pauline Colliery and Development Syndicate Ltd* [1904] AC 120 (Privy Council) : Une *company* ne peut pas, par adoption ou par ratification, obtenir le bénéfice d'un contrat préalablement fait en son nom avant qu'elle vienne à exister. Un nouveau contrat doit être fait après l'*incorporation* dans les mêmes termes que l'ancien. Source : LS SEALY, *Ibid.*, p.32.

celles strictement nécessaires à l'*incorporation* de la *company*.

Annnonce du plan du chapitre. Etudier la création de la personnalité morale des sociétés en France, en Allemagne et en Angleterre revient à délimiter trois thèmes principaux que nous allons développer successivement. En premier lieu, il y a l'acte qui permet de créer la personnalité morale (**section 1.**). En deuxième lieu, on doit décrire les raisons de la création d'une personne morale (**section 2.**). En troisième et dernier lieu, il nous faut montrer les techniques juridiques entourant la création de la personne morale (**section 3.**).

1.1. L'acte permettant de créer la personnalité morale (Section 1.)

Introduction de la section. La date de naissance d'une personne physique entraîne des conséquences non négligeables du point de vue du droit civil²³. Déterminer de la même façon l'acte permettant de créer des personnes morales n'a pas été sans difficultés en droit privé puisque, par définition, aucune date ne semble avoir été choisie de manière uniforme - du moins dans un premier temps - en France, en Allemagne et en Angleterre.

En France, il a fallu déterminer si la signature des statuts caractérise le début de l'existence la société ou bien si la constitution de la société intervient seulement lors de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. En Allemagne, le *Notar* a été placé au centre du dispositif du début de l'existence des sociétés ayant la personnalité morale, et ce monopole caractérise l'importance de l'acte notarié lors de cette création. Mais si l'acte authentique dressé par le notaire allemand donne date certaine à la signature des statuts, l'acquisition de la personnalité morale ne coïncide pas en Allemagne avec cette date. En Angleterre, suivant une très ancienne tradition, les *companies* font l'objet d'une *incorporation*²⁴. Si ce mode opératoire moderne est considéré comme remontant à 1844²⁵, il est en fait plus ancien et il convient d'en rechercher l'origine.

23 En droit civil français, nous avons vu l'importance et la polémique contemporaine autour de la définition de l'enfant vivant et viable. En revanche, en Allemagne, HOELSCHER affirme en 1928 que le fait pour l'enfant d'être né viable n'est pas indispensable pour le considérer comme un individu ayant une capacité de jouissance. Cette affirmation est toujours d'actualité : HOELSCHER, Emil Erich, *op. cit.*, p. 37.

24 Le droit international privé distingue le pays du siège du pays d'incorporation. Le pays du siège correspond au pays du lieu où se trouve le siège social de la société. En revanche, le pays d'incorporation correspond au pays où a été effectuée l'incorporation de la société. Par conséquent, le lieu d'incorporation ne correspond pas nécessairement au lieu du siège social de la société.

25 Voir les commentaires de la *Companies House* dans ses brochures à destination du public appelés *booklets*. La *Companies House* est l'organisme public qui centralise les formalités des sociétés en Angleterre. Il est qualifié dans les différents *Companies Act* de *registrar*. La *Companies House* n'est toutefois pas un tribunal comme chez ses homologues français (Tribunaux de commerce) et allemands (*Amtsgerichte*).

Plan de la section. Nous allons donc voir, d'une part, en quoi le droit français oscille entre la constitution formelle et la constitution matérielle des sociétés (§1.), puis, d'autre part, pourquoi l'acte authentique s'est imposé en Allemagne (§2.) et, enfin, de quelle façon l'acte d'*incorporation* en Angleterre s'est imposé (§3.).

1.1.1. Entre la constitution formelle et la constitution matérielle en France (§1.)

Introduction du paragraphe. Le droit français oscille entre la constitution formelle et la constitution matérielle de la personnalité morale des sociétés. Cette oscillation s'est traduite par des réactions législatives, mais aussi des réactions jurisprudentielles. Il est alors délicat de dégager une évolution. Pour autant, la connaissance de la personnalité morale des sociétés progresse depuis le XIXe siècle. Aussi, le choix pour un mode particulier de création doit se faire.

Annonce du plan. A partir de la description de la situation au XIXe siècle (I.), on montrera les réponses proposées au XXe siècle par la jurisprudence et par le législateur (II.).

1.1.1.1. L'état de la situation pour le législateur au XIXe siècle (I.)

Le législateur du XIXe siècle ne connaît pas la « personne morale ». En conséquence, il n'affirme pas une date de création déterminée des sociétés (A.). C'est en droit public et par la voix du sénateur BATBIE que le terme va apparaître pour la première fois dans la législation française (B.). Il faut attendre encore plusieurs années avant que le législateur décide d'aborder la question de la constitution des sociétés sous l'angle de la personnalité morale.

1.1.1.1.1. Sans l'expression « personne morale », point de création déterminée des sociétés (A.)

Ni le Code civil des Français de 1804, ni le Code de commerce de 1807, ni même la loi du 30 mai 1857²⁶ qui autorise les sociétés belges légalement constituées à exercer leur activité en France et ni la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions²⁷ ne contiennent explicitement de mentions relatives à la personnalité morale des sociétés. En effet, le législateur se concentre sur la forme de la

26 Loi du 30 mai 1857 qui autorise les sociétés anonymes et toutes les associations commerciales, industrielles ou financières légalement constituées en Belgique à exercer leurs droits en France (cette loi sera définitivement abrogée par la loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit). Un traité franco-britannique du 30 avril 1862 étendra la loi de 1857 aux sociétés anglaises.

27 Loi ordinaire du 24 juillet 1867 sur les sociétés publiée au Recueil Duvergier, p. 241.

société²⁸, pas sur son essence. Le législateur français se veut pragmatique et souhaite répondre aux configurations de son époque, c'est-à-dire *a minima*. Il est intéressant de relever à cet égard que les quatre textes précités proviennent des deux Empires que la France a connus au XIXe siècle. Si Napoléon Ier a cherché à pacifier la période révolutionnaire par ses agissements au niveau intérieur, ses codes²⁹ en étant un exemple³⁰, Napoléon III, lui, est devenu de plus en plus libéral pendant son règne, notamment vis à vis des sociétés anonymes, comme l'illustre la loi de 1867 qui fait suite au *Companies Act 1862* anglais.

Dans un siècle qui a vu se succéder de nombreux régimes politiques³¹, le législateur français ne peut pas se montrer audacieux. Aussi, jusqu'à l'intervention de BATBIE³², en 1884³³, le nom de « personne » pour faire référence à un groupement ne sera jamais employé par le législateur français.

1.1.1.1.2. Le renversement de la situation avec BATBIE (B.)

La commission du Sénat, sur proposition du sénateur BATBIE va faire voter un amendement à un

28 La loi du 1er août 1893 dispose que "les sociétés par actions sont commerciales par leur forme, quel que soit l'objet de leur exploitation". Cette loi signe la fin du débat ayant opposé les commercialistes et les civilistes au XIXe siècle sur la nature des sociétés par actions.

29 Cinq codes paraissent pendant le règne de Napoléon Ier: le Code civil de 1804, le Code de procédure civile de 1806, le Code de commerce de 1807, le Code d'instruction criminelle de 1808 et le Code pénal de 1810.

30 Jusqu'à l'entrée en vigueur d'un droit civil allemand uniforme le 1^{er} janvier 1900 appelé *bürgerliches Gesetzbuch* ou BGB, le Code civil français a continué à s'appliquer dans les départements français qui appartiennent depuis 1815 à l'Allemagne: Mont-Tonnerre (chef-lieu Mayence et sous-préfectures Spire, Kaiserslautern et Deux-Ponts), Sarre (chef-lieu Trèves et sous-préfectures Birkenfeld, Prum et Sarrebruck), Rhin-et-Moselle (chef-lieu Coblenche et deux sous-préfectures Bonn et Simmern), Forêts (correspond aux territoires actuels de la province du Luxembourg belge, du Grand-Duché de Luxembourg et de l'ouest de la Rhénanie-Palatinat), Roer (chef-lieu Aix-la-Chapelle et sous-préfectures Clèves, Cologne et Crevelt), Lippe (chef-lieu Münster), Ems-oriental (chef-lieu Aurich), Ems-supérieur (chef-lieu Osnabrück), Bouches-du-Weser (chef-lieu Brême), Bouches-de-l'Elbe (chef-lieu Hambourg).

« Lorsque le Code Napoléon cessa de régner *ratione imperii*, il régna *imperio rationis* » Formule de FIORE à propos du maintien du Code civil français dans la rive gauche du Rhin et le Grand Duché de Bade (Hanovre l'abroge dès sa libération, le Duché de Hanovre étant alors rattaché à la couronne d'Angleterre).

31 Après plusieurs siècles de royauté, la France connaît au XIX^e siècle huit régimes politiques différents, alors que le XX^e siècle en aura connu quatre. Se sont succédés au XIX^e siècle en France: le premier Empire, la première Restauration, les Cent Jours, la seconde Restauration, Louis Philippe, la II^e République, le second Empire, la III^e République alors que, depuis le début du XX^e siècle, se sont succédés en France: la III^e République, le régime de Vichy, la IV^e République et la V^e République.

32 Anselme Polycrate BATBIE (Seissan 31 mai 1828 – Paris 12 juin 1887) En 1860, le ministre de l'Instruction publique, M. Rouland, lui confia la mission d'étudier dans les universités allemandes, belges et hollandaises, l'enseignement du droit administratif. Représentant du département du Gers à l'Assemblée nationale après les élections du 8 février 1871, il fut ministre de l'Instruction publique (24 mai au 16 novembre 1873) et, enfin, sénateur du Gers de 1876 à 1887 (Source: Archives de l'Assemblée nationale française).

33 Il faut remarquer que l'année 1884 correspond également à l'année de proclamation de la liberté syndicale en France, par la loi du 21 mars 1884 dite WALDECK-ROUSSEAU: JORF « Lois et Décrets » du 22 mars 1884, p. 1577, liberté retrouvée par l'abrogation de la loi Le Chapelier datant du 14 juin 1791. Par la loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels, les syndicats auront la personnalité civile: JORF « Lois et Décrets » du 14 mars 1920, p. 4179.

texte concernant l'organisation municipale, par l'adjonction d'un alinéa final à l'article 111 de la future loi du 5 avril 1884.

Cet article est ci-dessous reproduit dans sa version définitive³⁴ (titre IV de l'administration des communaux ; chap. 1 des biens, travaux et établissements communaux) :

« Les délibérations du conseil municipal ayant pour objet l'acceptation de dons et legs, lorsqu'il y a des charges ou conditions, sont exécutoires sur l'arrêté du préfet, pris en conseil de préfecture.

S'il y a réclamation des prétendants au droit à succession, quelles que soient la quotité et la nature de la donation ou du legs, l'autorisation ne peut être accordée que par décret rendu en conseil d'Etat.

Si la donation ou le legs ont été faits à un hameau ou quartier d'une commune qui n'est pas encore à l'état de section ayant **la personnalité civile**, les habitants du hameau ou quartier seront appelés à élire une commission syndicale, conformément à l'article 129 ci-dessous. La commission syndicale délibérera sur l'acceptation de la libéralité, et, en aucun cas, l'autorisation d'accepter ne pourra être accordée par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique »

Lors de la séance du 26 janvier 1884, le rapport fait par la commission chargée d'examiner la proposition de loi énonce :

« [La] disposition additionnelle [...] n'a donné lieu à aucune contestation de notre part. Nous l'insérons dans notre projet sans rien changer à la rédaction claire et précise de son auteur. Nous n'insistons pas autrement, convaincus qu'à la simple lecture, le Sénat partagera notre appréciation. »³⁵

Ce qui fut effectivement le cas.

La personnalité morale est donc reconnue au profit d'un groupement particulier, la « *section communale* ». La création de cette personnalité morale est alors déterminée par la volonté du législateur.

L'idée de « personne morale » ne peut s'imposer que progressivement au législateur. Après cette amorce, le législateur va créer de nouvelles personnes morales qu'il répertorie aisément puisque leur consécration législative est toujours limitée à une seule catégorie de groupements publics³⁶.

34 Loi du 5 avril 1884, loi relative à l'organisation municipale : JORF « Lois et Décrets » du 06 avril 1884, p. 1557 et sq.

35 Rapport fait par la commission du Sénat chargée d'examiner la proposition de loi du sénateur BATBIE, p. 23 (Source : Archives de l'Assemblée nationale).

36 Cf. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 1932 (auteur spécialisé en droit public), note p.1; Source : Archives de l'Assemblée nationale :

- Loi du 14 avril 1893, ayant pour objet la reconnaissance comme « établissements d'utilité publique » des Sociétés indigènes de prévoyance, de secours et de prêts mutuels des communes de l'Algérie, art. 8 ;

- Loi du 28 avril 1893, portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1893, art. 71 ;

- Loi du 21 avril 1898, ayant pour objet la création d'une Caisse de prévoyance entre les marins français contre les risques et accidents de leur profession, art. 2 ;

- Loi du 13 avril 1900 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1900, art. 32 et 34 ;

- Loi du 19 décembre 1900, portant création d'un budget spécial pour l'Algérie, art. 1 ;

- Loi du 25 février 1901, portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1901, art. 57 ;

1.1.1.2. Les réponses proposées par la jurisprudence et par le législateur (II.)

La jurisprudence a apporté une réponse en l'absence de réaction législative en ce qui concerne la création des personnes morales. Par conséquent, la jurisprudence a été audacieuse (**A.**). Cette vigueur a finalement conduit le législateur à réagir à son tour (**B.**).

1.1.1.2.1. La vigueur de la jurisprudence (A.)

Le législateur s'est désintéressé à l'origine du moyen de connaître la création des personnes morales des sociétés au sens le plus général. Il est alors revenu aux juges et à la doctrine de la déterminer.

Deux écoles de pensées s'opposent alors. La première énonce que la personnalité morale est créée par la signature des statuts et donc que la société se constitue de manière formelle. La seconde considère que l'acte d'enregistrement auprès d'un organisme et la révélation aux tiers constituent la véritable création de la société. L'acte de création de la personne morale devient, dans ce second cas, un acte matériel.

Les textes antérieurs à la loi de 1966 refusaient de trancher la question. Ils décidaient que la société se constituait – un jour – selon la volonté des futurs associés. Tout au plus, avant la loi de 1867, l'article 37 du Code de commerce de 1807³⁷ spécifiait pour les sociétés anonymes :

« La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du Gouvernement, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue ; cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique. »

- Loi du 14 juillet 1901, ayant pour objet la création d'une Caisse de recherches scientifiques investie de la **personnalité civile** et, divisée en deux sections, dans le but de favoriser les travaux de science pure relatifs :

1° à la découverte de nouvelles méthodes de traitement des maladies qui atteignent l'homme, les animaux domestiques et les plantes cultivées ;

2° à la découverte, en dehors des sciences médicales, des lois qui régissent les phénomènes de la nature (mathématiques, mécanique, astronomie, histoire naturelle, physique et chimie) ;

- Loi du 30 mars 1902, portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1902, art. 72 ;

- Loi du 31 mars 1903, portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1903, art. 71 ;

- Décret du 10 novembre 1903, portant réorganisation de l'École normale supérieure, art. 1 ;

- Loi du 18 février 1904 attribuant la personnalité civile à l'Office colonial, art. 1 ;

- Loi du 8 avril 1910, portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1910, art. 112 et 123 ;

- Loi du 13 juillet 1911, portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1911, art. 41 et 111 ;

- Loi du 27 février 1912, portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1912, art. 67 ;

- Loi du 25 février 1914, modifiant la loi du 29 juin 1894 et créant une caisse autonome de retraites des ouvriers mineurs, art. 1 ;

- Loi du 9 juillet 1915, conférant la personnalité civile à l'École centrale des Arts et Manufactures, article unique ;

- Loi du 31 juillet 1920, portant fixation du budget général de l'exercice 1920, art. 92 ;

- Loi du 29 avril 1921, portant diverses dispositions au titre du budget ordinaire, extraordinaire et spécial de l'exercice 1921, art. 46, al.1.

37 Code de commerce de 1807 : Loi du 15 septembre 1807, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1808.

Cette autorisation gouvernementale pour la constitution d'une société anonyme s'explique par la théorie de la concession alors applicable en France, mais aussi en Allemagne et en Angleterre³⁸. Cette autorisation gouvernementale reste aujourd'hui maintenue pour l'exercice de certaines activités, notamment bancaires, mais n'est plus le principe pour les sociétés anonymes.

Annnonce du plan. La jurisprudence va décider d'attribuer la personnalité morale à des groupements sur lesquels le législateur ne s'est pas encore prononcé. Elle commence par les sociétés commerciales (1.), puis par les sociétés civiles (2.) et elle termine par des groupements du droit social qui sont en lien direct avec les entreprises (3.).

1.1.1.2.1.1. Le cas des sociétés commerciales (1.)

L'exemple des sociétés commerciales. En réaction aux pratiques de l'Ancien Régime et du fait de la méfiance envers les groupements de toutes sortes³⁹, le Code civil de 1804 et le Code de commerce de 1807 ne comportent aucune disposition expresse sur la notion de personne morale. Par un arrêt du 2 juin 1834⁴⁰, la Cour de cassation a énoncé pour la première fois, et de façon très claire, l'existence de la personnalité morale pour certaines sociétés commerciales. Ce même arrêt a, par contre, refusé de reconnaître la personnalité morale des associations en participation⁴¹. En effet, il énonce :

« [En] droit [...] si les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite et les sociétés anonymes peuvent être considérées comme des êtres moraux, il n'en peut être de même pour les associations commerciales en participation, dont il ne faut pas confondre les effets avec les sociétés ordinaires. »

En fait, cette approche est conforme à la lettre du Code de commerce de 1807 qui disposait⁴² :

« Art. 19 – La loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales :

La société en nom collectif,

La société en commandite,

La société anonyme. [...]

Art. 47 – Indépendamment des trois espèces de sociétés [commerciales] ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation. »

38 Voir *infra* Titre II, Chap. I, §1.

39 Interdiction des syndicats jusqu'en 1884, limitation des associations à 20 sociétaires... Bien avant 1789, le droit anglais a la même méfiance vis-à-vis des groupements puisque le *Bubble Act* de 1720 (6 Geo. I. c. 28) a eu pour but de supprimer le *joint-stock trading* et donc d'interdire toute société commerciale non contrôlée par la Couronne.

40 Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 2 juin 1834, Mouroult c/ Vautier et Derancourt : Répertoire Dalloz, vol. 40, Société, n°1656, 1859. **Voir Annexe 1.**

41 Confirmation Cass. civ., 19 mars 1838, Syndicat Mouroult c/ Cabanel; CA Paris, 17 novembre 1848.

42 Code de commerce de 1807, loi du 15 septembre 1807 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1808.

En 1834, ni les associations, ni les sociétés civiles n'étaient reconnues comme dotées de la personnalité morale⁴³ et donc comme étant des « sociétés ordinaires » au sens de la décision. Dès lors, la consécration jurisprudentielle de la personnalité morale a été donnée aux sociétés qui avaient survécu à la Révolution française, c'est-à-dire les sociétés commerciales. Les sociétés anonymes sont alors des sociétés commerciales qui sont dotées de la personnalité morale après avoir obtenu une autorisation gouvernementale. Il faudra attendre la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés⁴⁴ pour que l'autorisation gouvernementale disparaisse en principe pour cette forme de société commerciale⁴⁵.

1.1.1.2.1.2. Le cas des sociétés civiles (2.)

Nous allons montrer dans un premier temps l'évolution de la création de la société civile **(a.)** avant de voir dans un second temps les implications de la loi sur les nouvelles régulations économiques de 2001 **(b.)**.

1.1.1.2.1.2.1. L'évolution de la création de la société civile (a.)

Le Code civil de 1804, promulgué à la sortie de la Révolution française commencée en 1789, est emprunt de consensualisme quand il affirmait à son ancien article 1843⁴⁶ :

« La société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque. »

Le Code civil de 1804, par cet article de la section I « *Des engagemen[t]s des associés entre eux* » du chapitre III « *Des engagemen[t]s des associés entre eux et à l'égard des tiers* » du titre IX « *Du contrat de société* », donne à ce contrat une force immense : les associés de sociétés civiles ont le droit de choisir l'instant à partir duquel la société existera. Les associés choisissent la date de création des sociétés civiles dans le contrat de société.

43 Les associations au-delà d'un certain nombre de sociétaires (20 sociétaires) étaient même pénalement réprimées dans le Code pénal de 1810.

44 Recueil Duvergier, p. 241.

45 LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *La société anonyme au XIXe siècle : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, PUF, 1985, p. 184 ; Lefebvre-Teillard, Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, p. 90.

46 Code civil des Français 1804, édition du bicentenaire 1804-2004, Dalloz 2004, Texte d'origine décrété le 17 Ventôse an XII et promulgué le 27 Ventôse an XII, art. 1843, p. 446.

Cette disposition s'applique d'une part aux sociétés universelles⁴⁷ ou particulières⁴⁸ envisagées dans le Code civil de 1804⁴⁹ et, d'autre part, aux sociétés de commerce en vertu de l'article 1873 du Code Napoléon⁵⁰, si cette disposition n'est pas contraire aux lois et usages du commerce d'une société de commerce particulière.

Cependant, aucune disposition du Code civil de 1804 n'énonce clairement que les sociétés civiles ont une personnalité morale. A titre de comparaison, en Allemagne, les *Gesellschaften des bürgerlichen Rechts (GbR)* du *BGB*, texte entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, peuvent être désignées comme des sociétés du droit civil. Elles sont classifiées en Allemagne comme des *Personengesellschaften* auxquelles la loi dénie toute personnalité morale depuis toujours⁵¹, alors qu'en Angleterre, le concept de société civile est complètement étranger au système de la *common law*⁵².

En droit civil français, la situation va brutalement changer le 23 février 1891. La Cour de cassation étend alors le bénéfice de la personnalité morale à la société civile⁵³. En effet, la Haute juridiction énonce :

« [Les] sociétés civiles constituent, tant qu'elles durent, une personne morale, laquelle est propriétaire des fonds sociaux. »

La juridiction suprême reconnaît désormais à partir des dispositions du Code civil la personnalité

47 Le Code civil de 1804 distingue deux sortes de sociétés universelles (art. 1836 C. civ. de 1804), « la société de tous biens présents » qui est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement, et les profits qu'elles pourront en tirer (art. 1837 C. civ. de 1804) et « la société universelle de gains » renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société (art. 1838 C. civ. de 1804).

48 La société particulière est celle qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir (art. 1841 C. civ. de 1804), ainsi que pour une entreprise désignée ou pour l'exercice de quelque métier ou profession (art. 1842 C. civ. de 1804).

49 L'art. 1835 du Code civil des Français de 1804 dispose : « *Les sociétés sont universelles ou particulières* » Cf. Code civil des français 1804, édition du bicentenaire 1804-2004, Dalloz 2004, art. 1835, p. 444.

50 L'art. 1873 du Code civil des Français de 1804 dispose : « *Les dispositions du présent titre [Titre IX Du contrat de société] ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce* » Cf. Code civil des Français, 1804, édition du bicentenaire 1804-2004, Dalloz 2004, art. 1835, p. 454.

51 Sans pour autant leur dénier toute reconnaissance juridique à l'image de la théorie de GIERKE sur « *die Gemeinschaft zur gesamten Hand* » ou « *die Gesamthandsgemeinschaft* » consacrée par la jurisprudence du *Bundesgerichtshof* par une décision du 29 janvier 2001 (II ZR 331/00), voir *infra* et **Annexe 10**.

52 Toutefois, le *Companies Act 1985*, s. 3A titrée *Statement of company's objects: general commercial company* énonce : *Where the company's memorandum states that the object of the company is to carry on business as a general commercial company :*

(a) *the object of the company is to carry on any trade or business whatsoever, and*

(b) *the company has power to do all such things are incidental or conducive to the carrying on of any trade or business by it.*

Cette disposition, introduite par le *Companies Act 1989*, s. 110, devient aujourd'hui la *section 31* du *Companies Act 2006*.

53 Arrêt de la chambre des Requêtes de la Cour de cassation du 23 février 1891, Banque générale des Alpes-Maritimes c/ Rigal : DP 91, 1, 337; S 92, 1, 73, note Meynial. **Voir Annexe 2**.

morale à la société civile⁵⁴. Pour la Haute juridiction :

« [Les] textes du Code civil (notamment les articles 1845, 1846, 1847, 1848, 1850, 1852, 1855, 1859, 1867), personnifient la société d'une manière expresse, en n'établissant jamais des rapports d'associé à associé, et en mettant toujours les associés en rapport avec la société »

A partir de cet arrêt, la personnalité morale des sociétés civiles a toujours été affirmée en jurisprudence⁵⁵, pour être finalement consacrée par une réforme législative du 4 janvier 1978⁵⁶ à l'actuel article 1842 du Code civil⁵⁷ pour toutes les sociétés en général :

« Les sociétés autres que les sociétés en participation [...] jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation »

Mais le législateur de 1978, conscient de la jurisprudence ancienne, décide de ne pas appliquer la date de jouissance de la personnalité morale aux sociétés civiles constituées antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi de 1978⁵⁸ et énonce une règle d'application de la loi dans le temps à

54 L'arrêt vise les articles 1845, 1846, 1847, 1848, 1850, 1852, 1855, 1859, 1867 du Code civil. Ces articles se trouvent tous sous le Livre III *Des biens, et des différentes manières dont on acquiert la propriété*, Titre IX *Du contrat de société*, Chapitre III *Des [engagements] des associés entre eux et à l'égard des tiers* et Chapitre IV *Des différentes manières dont finit la société*.

Dans le Code civil de 1804, les articles en question énonçaient :

- art. 1845 : « *Chaque associé est débiteur envers la société, de tout ce qu'il a promis d'y apporter* »

- art. 1846 : « *L'associé qui devait apporter une somme dans la société, et qui ne l'a point fait, devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être payée* »

- art. 1847 : « *Les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société, lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société.* »

- art. 1848 : « *Lorsque l'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur, doit se faire sur la créance de la société et sur la sienne en proportion des deux créances* »

- art. 1850 : « *Chaque associé est tenu envers la société, des dommages qu'il lui a causés par sa faute* »

- art. 1852 : « *Un associé a action contre la société, non-seulement à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle, mais encore à raison des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour les affaires de la société, et des risques inséparables de sa gestion.* »

- art. 1855 : « *La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle.*

Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés. »

- art. 1859 : « *A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes [...] 2° Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit. 3° Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société. 4° L'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles [dépendant] de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent.* »

- art. 1867 : « *Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société.* » Cf. Code civil des Français 1804, édition du bicentenaire 1804-2004, Dalloz 2004, p. 446 et sq.

55 Cass. Req., 2 mars 1892 : DP 93. 1. 169 ; Cass. civ., 22 novembre 1911, S., 1912. 1. 5 ; Cass. 3^e civ., 26 mai 1992 n°90-12356 : Bull. 1992 III n°174 p. 106 ; Cass. 3^e civ., 23 février 2000 n°98-10363 : Bull. 2000 III n°42 p. 29 ; Cass. 3^e civ., 07 mai 2003 n°01-01583 : Bull. 2003 III n°102 p. 93 ; Répertoire Defrénois, n°13-14, juillet 2004, jur., art. 37982, p. 982 à 989, note J. HONORAT.

56 Loi n°78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil : JORF « Lois et Décrets » du 05 janvier 1978, p. 179 à 184.

57 Loi n°78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil : JORF "Lois et Décrets" du 05 janvier 1978, p. 179.

58 D'après l'article 4, al. 1 de la loi n°78-9, cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1978 (JORF "Lois et Décrets" du

son article 4, alinéa 4⁵⁹ :

« Par dérogation à l'article 1842 du Code civil, les sociétés non immatriculées à la date [du 1^{er} juillet 1980] conserveront leur personnalité morale. Les dispositions relatives à la publicité ne leur seront pas applicables. Toutefois, leur immatriculation et l'application des dispositions relatives à la publicité pourront être requises par le ministère public ou par tout intéressé dans les conditions prévues à l'article 1839⁶⁰ du Code civil. »

Le législateur français a implicitement validé la possibilité pour la jurisprudence d'apprécier si un groupement doit ou non avoir la personnalité morale. Le législateur n'est donc plus le seul à pouvoir attribuer la personnalité morale à des sociétés. La jurisprudence dispose également de ce pouvoir⁶¹.

Dans le même temps, ce législateur maintient la création de société civile ancienne par la simple signature des statuts, sauf si les associés fixent une autre date dans les statuts. Cependant, en 2001, dans le cadre de la loi pour les nouvelles régulations économiques⁶², le législateur impose aux sociétés constituées avant 1978 de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés avant la 1^{er} novembre 2002⁶³ pour continuer à bénéficier de la personnalité morale. Cette décision vise à répondre à un besoin impérieux de lutte contre le blanchiment d'argent⁶⁴. L'immatriculation devient alors le seul moyen d'obtenir le statut de personne morale pour toutes les sociétés civiles, y compris les plus anciennes.

1.1.1.2.1.2.2. Les conséquences de la loi sur les nouvelles régulations

05 janvier 1978, p. 183). L'article 1834 nouveau du code civil énonce que : « *Les dispositions du [premier] chapitre [du titre IX du livre III du code civil] sont applicables à toutes les sociétés, s'il n'en est autrement disposé par la loi en raison de leur forme ou de leur objet.* »

59 Loi n°78-9 du 4 janvier 1978, art. 4, al. 4 : JORF "Lois et Décrets" du 05 janvier 1978, p. 183 et 184.

60 L'article 1839 nouveau du code civil énonce : « *Si les statuts ne contiennent pas toutes les énonciations exigées par la législation ou si une formalité prescrite par celle-ci pour la constitution de la société a été omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé est recevable à demander en justice que soit ordonnée, sous astreinte, la régularisation de la constitution. Le ministère public est habile à agir aux mêmes fins. Les mêmes règles sont applicables en cas de modification des statuts.*

L'action aux fins de régularisation prévue à l'alinéa premier se prescrit par trois ans à compter de l'immatriculation de la société ou de la publication de l'acte modifiant les statuts. »

61 Voir notamment le comité d'établissement *infra*.

62 Loi dite « NRE » n°2001-420 du 15 mai 2001, art. 44 : « *Le quatrième alinéa de l'article 4 de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil est abrogé le premier jour du dix-huitième mois suivant la publication de la présente loi. Les sociétés civiles procèdent, avant cette date, à leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés.* »

63 En réalité, plusieurs moyens ont existé pour obliger certaines sociétés civiles de s'immatriculer :

L'article 1839 du Code civil affirme que le ministère public ou tout intéressé peut requérir en justice, sous astreinte, l'immatriculation d'une société civile à la fin de régulariser sa constitution.

La Commission des opérations de bourse (COB) a considéré qu'en raison de leur importance, les sociétés civiles de placement immobilier devaient demander leur immatriculation (Bull. COB n°103, avril 1978).

64 Rapport n°2327 fait par E. Besson, député, 11^e législature, tome I, Examen des articles, art. 24 du projet de loi, p. 99 à 101 ; Rapport n°5 (2000-2001) fait par P. MARINI, sénateur, Examen des articles, art. 24 du projet de loi, p. 158 et 159.

économiques (b.)

Seulement, même si la doctrine a conseillé d'opérer l'immatriculation des sociétés civiles anciennes avant cette date fatidique⁶⁵, les conséquences du défaut d'immatriculation des sociétés civiles françaises ont dû être envisagées, d'une part, par les pouvoirs publics (**α.**), d'autre part, par l'administration fiscale (**β.**) et, enfin, par la jurisprudence (**γ.**).

1.1.1.2.1.2.1. Les solutions annoncées par les pouvoirs publics (α.)

Les pouvoirs publics ont rapidement dû préciser les conséquences juridiques du défaut d'immatriculation des sociétés civiles anciennes. Ainsi, plusieurs réponses ministérielles et une circulaire apportent des précisions utiles :

« Les dispositions de l'article 44 de la loi du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations économiques (NRE) procèdent de la volonté du législateur d'obliger toutes les sociétés qui n'étaient pas tenues de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés à procéder désormais à cette formalité. Il convient donc de considérer, à la lumière de cet objectif, que les sociétés constituées avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1978 devront, quelle que soit leur forme, s'immatriculer à ce registre dans le délai de dix-huit mois suivant la publication de la loi du 15 mai 2001 précitée, sous peine de perdre leur personnalité morale »⁶⁶

« La personnalité morale n'est pas un élément du contrat de société et sa perte n'a pas pour conséquence la dissolution de plein droit du contrat de social. La société continue d'exister, mais sans disposer d'une capacité juridique distincte de celle des associés »⁶⁷

« La seule conséquence qu'implique cette abrogation est la perte de la personnalité morale »⁶⁸

« Le non-respect de l'obligation d'immatriculation imposée par l'article 44 de la loi du 15 mai 2001 à l'ensemble des sociétés est effectivement sanctionné par la perte de leur personnalité morale à compter du 1er novembre 2002. Les sociétés qui n'auraient pas satisfait à cette obligation continuent d'exister mais sans capacité juridique distincte de celle des associés. Il en résulte un transfert de patrimoine de la société vers les associés [...]. Si les associés d'une société non immatriculée peuvent toujours décider de procéder à son immatriculation aux fins de lui conférer la personnalité morale, il en est de même pour ceux d'une société qui a perdu cet attribut, en raison de l'entrée en vigueur de l'article 44. Cette

65 M. COZIAN, *Des risques encourus à négliger l'immatriculation d'une société* : P.A. 9 janvier 2001, n°6 p. 3

66 R. M. JO Sénat 14 fév. 2002, p. 449 (Question écrite n°36776 de M. J.-P. COURTOIS JO Sénat du 29/11/2001, p. 3755).

67 R. M. JOAN 21 oct. 2002, p. 3759 (Question écrite n°1074 de Mme G. LEVY JOAN du 29/07/2002, p. 2744).

68 Circ. relative à l'immatriculation des sociétés créées avant 1978 et des sociétés par actions simplifiées du 26 décembre 2002 du bureau du droit commercial du ministère de la Justice : CIV 2002-12 D1/26-12-2002, NOR : JUSC0220620C.

immatriculation implique toutefois un nouveau transfert de patrimoine entre les associés et la société »⁶⁹ et ⁷⁰

« Les sociétés civiles qui n'auraient pas satisfait à l'obligation d'immatriculation dans les délais fixés par la loi continuent néanmoins d'exister sous la forme de société en participation [...]. Les biens immobiliers figurant à l'actif de [ce type de] société sont transférés aux associés qui en deviennent propriétaires soit séparément, soit dans une indivision. Ainsi, la perte de la personnalité juridique de toute société civile immobilière a pour conséquence la transformation de celle-ci de plein droit en société en participation. Il en résulte un transfert du patrimoine de la société vers les associés. En conséquence, les associés deviennent, par application de l'article 1872 du code civil, propriétaires indivis des biens qui composaient l'actif de la société civile immobilière. Pour sortir de l'indivision, dans le cadre d'une société en participation, les associés doivent respecter les prescriptions de l'article 1872-2 du code civil. Les associés ne peuvent pas demander le partage des biens de la société tant que celle-ci n'est pas dissoute, sauf s'il en est convenu autrement. Lorsque la société est dissoute, il appartient aux associés soit de partager les biens selon les règles applicables à l'indivision, soit, conformément à l'article 1844-9 alinéa 4 du code civil, de demeurer dans l'indivision, les autres biens étant partagés par ailleurs. En tout état de cause, les règles ordinaires du partage trouveront à s'appliquer »⁷¹

« Les dispositions particulières du code de la construction et de l'habitation qui régissent les sociétés civiles d'attribution doivent permettre à leurs associés d'obtenir une attribution divise des droits de propriété à la suite de la perte de la personnalité morale de la société, sans transfert préalable de l'actif social à l'indivision des associés »⁷²

Par conséquent, le défaut d'immatriculation de la société civile entraîne des conséquences juridiques non négligeables. La perte de la personnalité morale n'est pas la seule conséquence de l'inaction des associés ou de leurs conseils. La plus grave des conséquences est, selon nous, celle qui évoque un double transfert patrimonial en cas d'immatriculation hors délai de la société civile. Dans cette situation, les conseils des sociétés en cause peuvent s'interroger sur l'opportunité de recourir à une immatriculation trop tardive.

1.1.1.2.1.2.2. La position de l'administration fiscale (β.)

Au plan fiscal, l'administration fiscale a souhaité répondre aux interrogations légitimes posées par la disparition de la personnalité morale :

« Au regard des impôts directs, la perte de la personnalité morale des sociétés civiles qui n'auraient pas satisfait à l'obligation d'immatriculation dans les délais prévus par la loi précitée emporte des conséquences fiscales mesurées. En effet, dès lors que la perte de personnalité morale des sociétés constituées avant le 1er juillet 1978 qui ne se seraient pas

69 R. M. JOAN 3 mars 2003, p. 1644 (Question écrite n°9579 de M. P. CHRISTIAN JOAN du 23/12/2002, p. 5117.

70 R. M. JO Sénat du 06 mars 2003, p. 785 (Question écrite n° 04879 de M. G. MOULY JO Sénat du 26/12/2002, p. 3210).

71 R. M. JOAN 24 fév. 2004, p. 1445 (Question écrite n°24207 de M. C. BATAILLE JOAN 08/09/2003, p. 6869).

72 Circ. CIV/05/05 D/2005/151 du 31 mars 2005 du ministère de la Justice.

immatriculées avant 1er novembre 2002 n'a pas pour conséquence la dissolution de plein droit du contrat social, il n'est pas fait application des conséquences fiscales de la cessation d'entreprise prévues au 2 de l'article 221 du code général des impôts ou au 1 de l'article 201 du même code. En l'absence de changement de régime fiscal, la perte de la personnalité morale sans dissolution de la société ne constitue pas une cessation d'entreprise. Cela étant, dans l'hypothèse où la société civile devenue société en participation modifie à cette occasion son régime fiscal, les conséquences fiscales de la cessation d'entreprise qui sont alors applicables dans cette situation peuvent être fortement atténuées. C'est ainsi que les dispositions prévues aux 1 et II de l'article 202 ter du code général des impôts et à l'article 221 bis du même code prévoient, dans le cas où le changement de régime fiscal ne s'accompagne pas de la création d'une personnalité morale nouvelle, que les plus-values latentes incluses dans l'actif social ainsi que les bénéfices en sursis d'imposition ne sont pas immédiatement imposables à la double condition qu'aucune modification ne soit apportée aux écritures comptables de la société concernée et que l'imposition des bénéfices et plus-values latentes demeure possible sous le nouveau régime fiscal applicable. Enfin, les dispositions de l'article 1872 du code civil conduisent à identifier un transfert de propriété des éléments d'actif de la société civile au profit de ses associés. S'agissant des sociétés civiles relevant de l'impôt sur les sociétés ou du régime fiscal des sociétés de personnes, ce transfert de propriété s'analyse sur le plan fiscal en une sortie d'actif qui entraîne la constatation d'une plus-value au niveau de la société civile. Toutefois, dans cette situation, il sera admis que cette sortie d'actif des biens de la société civile non immatriculée au profit des associés de la société en participation ne donne lieu à aucune taxation immédiate, si les biens concernés sont repris au bilan fiscal de la société en participation pour la valeur à laquelle ils figuraient à l'actif de la société civile concernée »⁷³

« En droit civil, cette perte de personnalité morale se traduit pour les associés de la société civile par un dessaisissement de leurs droits sociaux au profit de parts indivises des biens appartenant à la société. En effet, l'article 1872 du code civil répute les biens appartenant aux sociétés de fait ou en participation indivis entre les associés. Cette substitution d'une propriété indivise des associés à la propriété sociale antérieure correspond à une mutation de droits réels immobiliers entre vifs ayant effet au 1er novembre 2002. Elle doit faire l'objet d'une publicité au fichier immobilier conformément aux dispositions du a) du 1° de l'article 28 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955. Compte tenu de la nature particulière de ce transfert de propriété, il est admis que sa publication soit soumise à l'imposition fixe de 75 euros prévue par l'article 680 du code général des impôts. Par ailleurs, il est précisé que la perte de la personnalité morale des sociétés civiles non immatriculées, emportant modification de leur forme sociale, s'analyse, au regard des règles d'enregistrement, en une transformation de société, laquelle doit donner lieu, à défaut d'acte, au dépôt d'une déclaration à la recette des impôts compétente dans le mois qui suit sa réalisation conformément aux dispositions de l'article 638 A du code général des impôts »⁷⁴

Dans le même temps, plusieurs instructions fiscales ont été rédigées⁷⁵. Ces prises de position de

73 R. M. JOAN 2 juin 2003, p. 4271 (Question écrite n°9444 de M. M. SORDI JOAN 23/12/2002, p. 5084). Voir également : R. M. JOAN 11 août 2003, p. 6379 (Question écrite n°14676 de Mme C. BOURRAGUÉ JOAN du 24/03/2003, p. 2168), R. M. JOAN 30 juin 2003, p. 5176 (Question écrite n°14677 de Mme C. BOURRAGUÉ JOAN du 24/03/2003, p. 2141), R. M. JOAN 30 juin 2003, p. 5176 (Question écrite n°16044 de M. A. MARLEIX JOAN du 07/04/2003, p. 2616), R. M. JOAN 11 août 2003, p. 6379 (Question écrite n°16728 de M. A. MARLEIX JOAN du 14/04/2003, p. 2862) et R. M. JOAN 29 sept. 2003, p. 7526 (Question écrite n°17881 de Mme G. LEVY JOAN 12/05/2003, p. 3638).

74 R. M. JOAN 27 juil. 2004, 5796 (Question écrite n°32973 de M. G. GINESTA JOAN 03/02/2004, p. 787).

75 Voir Instr., 29 juillet 2003 : BOI 4 H-4-03 : Réponse ministérielle à la Question écrite n°9444 posée par M. M.

l'administration fiscale démontrent que l'absence d'immatriculation de ces sociétés civiles entraîne des conséquences fiscales inédites qui nécessitent de recourir aux régimes de la société en participation et de l'indivision.

1.1.1.2.1.2.2.3. Les premières solutions jurisprudentielles (γ.)

Enfin, la jurisprudence a dû combler les lacunes rédactionnelles du législateur et la Cour d'appel de Reims a énoncé le 3 novembre 2004 :

« qu'il ne se déduit pas des dispositions de la loi NRE une obligation d'immatriculer les sociétés dont la dissolution était déjà consommée et le processus de liquidation engagé avant l'entrée en vigueur de cette loi »⁷⁶.

Cette solution est empreinte de bon sens. En effet, si la liquidation est en cours, plus aucun des associés de la société civile ne souhaite affirmer auprès du tribunal tenant le registre du commerce et des sociétés son intention de s'associer.

Dans une toute autre affaire, la troisième chambre civile de la Cour de cassation approuvera d'ailleurs le 9 novembre 2005 les juges du fond d'avoir retenu que :

« la dissolution d'une SCI ayant été décidée le 5 juin 1990, cette société n'était pas soumise à l'obligation d'immatriculation instaurée postérieurement par la loi du 15 mai 2001 et que la personnalité de la société subsistait pour les besoins de sa liquidation jusqu'à ce que cette dernière soit clôturée »⁷⁷.

Cette décision de principe fait œuvre de sécurité juridique pour l'ensemble des sociétés civiles se trouvant dans cette situation et évite à ces sociétés en liquidation une immatriculation inutile. Cette solution sera d'ailleurs reprise par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 11 juillet 2006⁷⁸.

SORDI, député, publiée au JOAN du 2 juin 2003, p. 4271 (cf. supra) ; Instr., 10 mai 2004 : BOI 10 D-2-04 : Conséquences qu'emporte la perte de la personnalité morale des sociétés civiles en matière de droit d'enregistrement, de taxe de publicité foncière et de salaire du conservateur lors des transferts des biens immobiliers inscrits à l'actif de ces sociétés ; Instr., 06 juin 2005 : BOI 10 D-2-05 n°96 : Conséquences de la circulaire du 31 mars 2005 au regard des règles de publicité foncière et de taxation des droits d'enregistrement, de taxe de publicité foncière et de salaire du conservateur ; Précisions sur les sociétés en cours de liquidation à la date du 1^{er} novembre 2002.

76 CA Reims, 3 novembre 2004 n°04-89, 1^e ch. civ., *Benzaken c/ Jacquin* : BRDA 14/05 du 30 juillet 2005, p. 4.

77 Cass. 3^e civ., 9 novembre 2005 n°04-15108, *Pradet-Balade c/ SCI Bourg-La-Reine Centre* : BRDA 23/05 du 15 décembre 2005, p. 2 ; Bull. iv. 2005 III n°218, p. 198.

78 Cass. com., 11 juillet 2006 n°05-10931 ; Voir cependant pour un moyen irrecevable : Cass. com., 23 juin 2009 n°08-15120.

Finalement, la troisième chambre civile de la Cour de cassation étendra sa jurisprudence en 2009⁷⁹ si la publicité au BODACC d'un jugement prononçant la liquidation de la société civile antérieurement à la loi de 2001 a été effectuée, faisant ainsi courir le délai de prescription à partir de la date de ladite publicité sans qu'il soit nécessaire que la société civile soit immatriculée ou non à cette date.

Quoi qu'il en soit, pour la troisième chambre civile de la Cour de cassation, l'obligation d'immatriculation revient à la société civile elle-même et il n'est donc pas nécessaire qu'un créancier de la société civile apporte la preuve de l'immatriculation de ladite société après la loi de 2001, pour demander auprès d'un conservateur des hypothèques l'inscription d'une hypothèque judiciaire, du moment que les autres conditions nécessaires à cette inscription sont remplies⁸⁰.

1.1.1.2.1.3. Le cas des groupements de droit social (3.)

En droit social, la réponse jurisprudentielle n'est pas uniforme suivant la nature du groupement. Le juge décide d'allouer ou non le bénéfice de la personnalité morale à des groupements pour lesquels le législateur ne s'est pas prononcé. On va ainsi mettre en évidence la solution apportée pour le comité d'établissement (**a.**), le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) (**b.**), la section syndicale (**c.**) et le comité de groupe (**d.**).

1.1.1.2.1.3.1. Le comité d'établissement (a.)

Un autre exemple d'attribution jurisprudentielle de la personnalité morale est celui du comité d'établissement. Un arrêt rendu par la deuxième section de la chambre civile de la Cour de cassation le 28 janvier 1954⁸¹ affirme clairement et sans ambiguïté que :

« [La] personnalité civile n'est pas une création de la loi ; [...] elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés. »

Cette décision de 1954 pour le comité d'établissement fait donc écho à celle de 1891 pour la société civile. Si « la personnalité civile n'est pas une création de la loi », on peut alors légitimement se

79 Cass. 3^e civ., 7 octobre 2009 n°08-16746 : Bull. civ. 2009 III n°217.

80 Cass. 3^e civ., 1 juillet 2009 n°08-14762 : Bull. civ. 2009 III, n°167.

81 Cass. 2^e civ., 28 janvier 1954, n°54-07081, Comité d'établissement de Saint-Chamond c/ Ray : Bull. civ. 1954, II, n°32 p. 20; D. 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR; JCP 1954, II, n°7978, concl. LEMOINE; Droit social 1954, 161, note P. DURAND. **Voir Annexe 3.**

demander ce qui permet de créer la personnalité juridique d'un groupement⁸².

Ensuite, la décision montre que la position de la Haute juridiction est moins tranchée que nous aurions pu le croire. La Cour de cassation rattache indirectement la personnalité morale du comité d'établissement à la volonté du législateur, tout en réservant le pouvoir au législateur « *de priver de la personnalité civile telle catégorie de groupements* ». En effet, la Cour de cassation ajoute dans cet arrêt que :

« [Le législateur] en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice. »

C'est d'ailleurs sur la base de ce dernier argument que la Cour de cassation décidera en 2005 que la Compagnie des commissaires-priseurs de Paris possède la personnalité morale, parce que cet organisme privé a été créé par la loi avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant le caractère de droits susceptibles d'être invoqués en justice⁸³.

Conséquences de l'arrêt du 28 janvier 1954. Suite à cet arrêt de 1954, la jurisprudence est loin d'avoir été homogène et uniforme en droit social. En particulier, l'attitude du juge a été différente suivant qu'il s'agissait du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), d'une section syndicale ou d'un comité de groupe.

1.1.1.2.1.3.2. *Le CHSCT (b.)*

La jurisprudence va considérer que le statut des membres du CHSCT, comité institué par la loi du 23 décembre 1982⁸⁴, est très proche de celui des représentants élus⁸⁵. Or, la loi n'accorde pas la personnalité morale au CHSCT, alors qu'elle l'attribue expressément au comité d'entreprise⁸⁶. Cette personnalité lui a été cependant reconnue en application de la jurisprudence de 1954, par un arrêt du

82 Cette question qui anime la doctrine sera particulièrement étudiée dans le Chapitre 1 du Titre 2.

83 Cass. 1^o civ., 18 janvier 2005 (1er moyen) : Bull. 2005 I n^o28, p. 21.

84 Loi n^o82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dite « 4^e loi Auroux » : JORF « Lois et décrets » du 26 décembre 1982, p. 3858.

Le CHSCT est la réunion de deux instances jusqu'alors distinctes : Le comité d'hygiène et de sécurité du décret n^o47-1430 du 1^{er} août 1947 et la commission d'amélioration des conditions de travail de la loi n^o73-1195 du 27 décembre 1973, Source : G. COUTURIER, *Droit du travail*, « 2/Les relations collectives de travail », 2^e éd., PUF, 1991, p. 208.

85 Comme les délégués du personnel ou le comité d'entreprise.

86 A l'origine énoncé dans le décret d'application du 2 novembre 1945 de l'ordonnance n^o45-280 du 22 février 1945 relatif à la gestion des œuvres sociales de l'entreprise par le comité, art. 1, elle l'est désormais à l'article L431-6 du Code du travail qui énonce que « *le comité d'entreprise est doté de la personnalité civile* ».

17 avril 1991⁸⁷.

Ainsi, en pratique, l'employeur cherchant à assigner le CHSCT, notamment pour la désignation d'un expert, assigne ce comité en la personne de son représentant légal. Il n'a plus besoin d'assigner tous les membres du comité personnellement.

1.1.1.2.1.3.3. La section syndicale (c.)

Le refus jurisprudentiel de la personnalité morale à la section syndicale. Alors que la doctrine était partagée⁸⁸, la jurisprudence a refusé d'accorder la personnalité morale à une section syndicale. La section syndicale se définit comme un collectif de salariés adhérents au même syndicat dans une entreprise. Si une organisation syndicale est qualifiée pour agir en justice, qu'en est-il de la section syndicale ? Les deux juridictions suprêmes du système juridique français ont répondu par la négative : la Cour de cassation, clairement, dans deux arrêts de 1979⁸⁹ ; le Conseil d'Etat, dix ans plus tard, par une décision du 26 avril 1989⁹⁰.

Parallèlement, et en cohérence avec le principe ainsi affirmé, la Cour de cassation a énoncé en 1990 que l'action en justice intentée par un employeur contre une section syndicale doit être déclarée irrecevable, puisque la section syndicale créée par un syndicat « *n'ayant ni organe d'expression propre, ni volonté collective distincte du syndicat dont elle émane* » ne peut avoir la personnalité morale⁹¹. Aussi, l'absence d'existence propre de la section syndicale par rapport au syndicat dont elle dépend et, finalement, l'absence d'une certaine autonomie justifient le défaut d'attribution de la personnalité morale à la section syndicale. La « création » d'une section syndicale se fait donc spontanément, au gré des élections professionnelles dans chaque entreprise. En revanche, la Cour de cassation s'est voulue plus souple à l'égard des unions syndicales en considérant que l'absence de dépôt de la liste des noms et du siège social des syndicats qui composent une union syndicale ne constitue pas une formalité dont l'inobservation prive la fédération de l'une de ses conditions

87 Cass. soc., 17 avril 1991, n°89-17993, 89-43.767, 89-43.768, 89-43.769, 89-43.770, Syndicat CFDT métaux Fos et autres c/ soc. Solmer et autres : Bull. civ. 1991, V, n°206 p. 125; JCP 1992, II, 21856 note H. BLAISE.

88 En faveur de la reconnaissance de la personnalité morale de la section syndicale, v. H. SINAY, *L'exercice du droit syndical dans les entreprises*, D. 1969, 77 ; En sens inverse, la doctrine majoritaire, notamment Y. CHALARON, *Réflexions sur l'exercice du droit syndical dans l'entreprise*, *Mélanges Jauffret*, 1974, p. 183 ; A. COEURET, *La nature juridique de la section syndicale d'entreprise*, D. soc. 1973, p. 27. Source : G. COUTURIER, *Droit du travail, 2/Les relations collectives de travail*, 2^e éd., PUF, 1991, p. 336.

89 Cass. soc., 22 mars 1979 : Bull. civ. 1979, V, n°267 p.191 ; Droit Social 1980 p. 44, note J. SAVATIER et Cass. soc., 18 juillet 1979, n°79-60118, Bull. civ. 1979, V, n°646 ; Droit Social 1980 p. 44, note J. SAVATIER. Déjà Cass. soc., 18 juin 1975, n°74-60141 : Bull. civ. 1975, n°337, p. 293.

90 CE, 26 avril 1989, n°16172, Section syndicale CFDT de la chambre de commerce et d'industrie de Nantes : Publié aux Tables du Recueil Lebon.

91 Cass. soc., 19 décembre 1990, n°89-14576, Bull. civ. 1990, V, n°698 p. 421 ; D. 1991, IR, p. 36.

d'existence et, par conséquent, de sa capacité d'exercer ses prérogatives syndicales⁹².

1.1.1.2.1.3.4. Le comité de groupe (d.)

En droit social, la jurisprudence a décidé de reconnaître l'existence de la personnalité morale pour un comité de groupe. Le juge affirme en 1990 que⁹³ :

« [Les] comités de groupe institués par les articles L 439-1 et suivants du Code du travail sont dotés d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge. »

Est-ce une solution d'opportunité ? En effet, dénier toute personnalité morale aux comités de groupe serait revenu, en fait, à les considérer comme de vulgaires outils créés par le législateur, mais n'ayant aucun intérêt pratique. Le juge n'a pas voulu les confiner à un domaine purement consultatif, sans aucun pouvoir réel de pression sur le groupe⁹⁴.

1.1.1.2.2. La réaction du législateur (B.)

Le législateur français a pris connaissance de cette jurisprudence et il a cherché à se l'approprier. Par conséquent, après avoir repris la main **(1.)**, le législateur a décidé de proposer de nouvelles solutions pour résoudre les difficultés liées à la création de la personnalité morale des sociétés, remettant en cause les acquis jurisprudentiels **(2.)**.

1.1.1.2.2.1. La reprise en main du législateur (1.)

La reprise en main par le législateur s'est manifestée au niveau des sociétés commerciales **(a.)**, puis des sociétés en général et des sociétés civiles en particulier **(b.)** et, enfin, au niveau du droit communautaire applicable à certaines sociétés **(c.)**.

1.1.1.2.2.1.1. Au niveau des sociétés commerciales (a.)

92 Cass. soc., 28 fév. 2007 : D. 29 mars 2007, n°13/7286, p. 869.

93 Cass. soc., 23 janv. 1990, n°86-14947, Société Bendix Electronics c/ Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT et a. : Bull. 1990, V, n°20 p. 13 ; JCP éd. E 1990, II, n°15755, note M. NÉVOT ; JCP éd. G, II, n°21529, note M. NÉVOT ; Droit social 1990, 326, obs. J. SAVATIER ; Rev.jurisprudence sociale Francis Lefebvre, fév. 1990, n° 2, p. 64, conclusions G. PICCA ; Rev. des sociétés, sept. 1990, n° 3, p. 444, note R. VATINET. **Voir Annexe 5.**

94 Par la suite, voir notamment les statuts du comité d'entreprise européen du groupe Accor institué suivant les dispositions de la directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs.

La faible intervention du législateur au XIXe siècle et au début du XXe en matière commerciale et en matière sociale⁹⁵ va être temporaire. La création de la personne morale va apparaître dans un premier temps de manière indirecte dans les textes de loi (**α.**) avant d'être dans un second temps directement énoncée dans la loi de 1966 (**β.**).

1.1.1.2.2.1.1.1. De manière indirecte (α.)

A ce stade, deux lois françaises doivent être présentées. Il s'agit en premier lieu de la loi du 25 septembre 1919 et, en second lieu, de celle du 24 juin 1921.

La loi du 25 septembre 1919. Une catégorie de sociétés va bénéficier d'une immunité fiscale, en raison de leur situation géographique pendant la Première Guerre mondiale.

Il s'agit de la loi du 25 septembre 1919⁹⁶ qui mentionne dans un article unique⁹⁷ pour la première fois les termes « d'être moral » et de « personnalité juridique » :

« Les sociétés civiles des mines ayant leur exploitation en pays envahi ou dévasté par l'ennemi peuvent se transformer en sociétés anonymes (SA), par décision d'une assemblée générale spécialement convoquée et remplissant les conditions fixées tant par l'acte social que par l'article 31, paragraphe 4, de la loi du 24 juillet 1867, modifiée par la loi du 22 novembre 1913. La durée de la SA ne pourra être supérieure à celle de la société civile originaire.

Cette transformation pourra être opérée, même dans le cas où la société civile aura été constituée sans expression de capital. Dans ce cas, elle devra être décidée, à la majorité des intérêts représentés, par une délibération prise par une assemblée à laquelle seront convoqués tous les porteurs de parts.

La transformation des sociétés ci-dessus visées en SA par voie de modification de leurs statuts ne sera pas considérée comme créant un **être moral nouveau**, et la société primitive continuera à subsister avec la même **personnalité juridique**.

L'acte, sous quelque forme qu'il intervienne, constatant l'augmentation du capital desdites sociétés, sera enregistré au droit fixe de trois francs en principal, pourvu que l'augmentation soit réalisée exclusivement au moyen de valeurs prélevées sur le fonds social existant au moment de la transformation, et ce prélèvement ne donnera pas ouverture à la taxe sur le revenu des valeurs mobilières. »

Ce texte servira de support à l'Administration fiscale pour imposer lourdement toute transformation de sociétés, autre que celle visée par cette loi de 1919. En dehors de ces sociétés particulières, toute transformation de société entraînait fiscalement la dissolution de la société. Ses associés créent un être moral nouveau ouvrant droit à une lourde imposition et à un redressement fiscal éventuel. Il

95 Au niveau du droit social, nous avons noté la loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels, les syndicats auront la personnalité civile (JORF « Lois et Décrets » du 14 mars 1920, p. 4179).

96 Loi accordant certaines immunités fiscales aux sociétés civiles de mines dont l'exploitation est située dans des régions envahies ou dévastées par l'ennemi et qui désirent se transformer en sociétés anonymes.

97 Le texte a été adopté lors de la 2e séance du 1 juillet 1919, sans débats.

faudra attendre les années 1980 et la prise en compte du nouvel énoncé du Code civil issu de la réforme de 1978⁹⁸ pour que l'administration fiscale cesse de poursuivre systématiquement les sociétés qui viennent de se transformer⁹⁹. La théorie de l'être moral nouveau cesse donc de s'appliquer en ce qui concerne les personnes morales. Par contre sur d'autres points importants qui interviennent lors de la transformation d'une société, il y a toujours débat¹⁰⁰.

Le législateur utilise l'expression de « personnalité juridique » et semble indiquer une subtile distinction entre « personne civile » pour les groupements publics d'une part, et « personne juridique » pour les sociétés civiles des mines, d'autre part. Cette distinction devra finalement être abandonnée à compter de 1978. Par ailleurs, le mot « être » dans la formule « être moral nouveau » est une façon pour le législateur de personnifier un peu plus les sociétés en cause, et de révéler qu'il prend conscience désormais d'une idée qui est majoritairement acceptée au sein de la communauté juridique française : la personne morale est un sujet de droit au même titre que la personne physique.

La loi décisive du 24 juin 1921. Après la loi de 1919, l'étape décisive est franchie en 1921 par M. FLEURY-RAVARIN¹⁰¹, rapporteur au nom de la Commission du commerce et de l'industrie. Dans une loi de 1921 est définie l'association commerciale en participation qui correspondra à la société en participation des lois de 1966¹⁰² et de 1978¹⁰³.

En effet, la loi du 24 juin 1921 va modifier les articles 47 à 50 du Code de commerce de la manière suivante :

« *Art. 47* : Indépendamment des trois espèces de sociétés¹⁰⁴ indiquées dans l'article 19 ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation.

Art. 48 : Les associations en participation ont lieu, pour les objets, dans les formes ou proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les parties.

Art. 49 : Les associations en participation sont des sociétés dont l'existence ne se révèle pas aux tiers.

Elles ne sont pas sujettes aux formalités de publicité prescrites pour les autres sociétés de commerce.

98 L'article 1844-3 du C. civ. issu de la réforme de 1978 dispose notamment que la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle.

99 Cf. Instruction fiscale 4 A-5-86 du 10 mars 1986 citant Cass com., 7 mars 1984 société Beauvallet n°81-13728 et n°81-16259 : Bull. civ. 1984 IV, n°94 et Cass. com., 7 mars 1984 société Le Joncourt n°82-12432 : Bull. civ. 1984 IV, n° 95.

100 Cf. Etude de M. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises*, 2000-2001, 24^e éd., Litec, Paris, 2000, n° 2150 et sq., p. 491 et sq.

101 FLEURY-RAVARIN (1861-1924), docteur en droit, diplômé de l'Ecole libre des Sciences politiques, auditeur au Conseil d'Etat (Source : Archives de l'Assemblée nationale).

102 Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales, art. 419 et sq.

103 Loi n°78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil, art. 1871 et sq.

104 Il s'agissait à l'époque de la société en nom collectif, de la société en commandite et de la société anonyme.

Chaque associé contracte avec les tiers en son nom personnel.

L'association en participation ne constitue **pas** une **personne morale**.

Il ne peut être émis de titres cessibles ou négociables au profit des associés.

Art. 50 : Les associations en participation peuvent être constatées conformément aux dispositions de l'article 109¹⁰⁵. »

FLEURY-RAVARIN, ancien membre du Conseil d'Etat, est donc le premier à avoir fait introduire le groupe nominal « personne morale » dans le droit positif français. Est-ce étonnant ? Certes non, puisque le droit public a permis la conception de la personnalité morale. Des personnes connaissant particulièrement le droit public élargissent donc l'idée de personnalité morale aux sociétés. BATBIE avait ouvert la voie, FLEURY-RAVARIN l'élargit. En effectuant un rapprochement entre les nouveaux articles 47 et 49 du Code de commerce issus de la loi de 1921, on découvre la véritable portée de cette modification législative.

L'article 47 nouveau énonçait¹⁰⁶ :

« Indépendamment des trois espèces de sociétés indiquées dans l'article 19 ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation »

et l'article 49 nouveau énonçait pour sa part :

« L'association en participation ne constitue pas une personne morale »

Par un raisonnement *a contrario*, le législateur admet nécessairement que la société en nom collectif, la société en commandite et la société anonyme ont la personnalité morale¹⁰⁷. Seulement, de tous les raisonnements à la disposition du juriste, le raisonnement *a contrario* est un raisonnement parmi d'autres qui n'est pas le plus privilégié¹⁰⁸. La communauté juridique utilise notamment le raisonnement *a pari*¹⁰⁹, le raisonnement *a fortiori*¹¹⁰, et le raisonnement *téléologique*¹¹¹ pour interpréter les normes législatives. Ce n'est donc que très timidement que le législateur accorde enfin la personnalité morale aux sociétés commerciales précitées. D'ailleurs, par anticipation, le législateur a introduit le registre du commerce en 1919¹¹². Le législateur apparaissait comme le

105 « Les achats et ventes se constatent : par actes publics, par actes sous signature privée, par bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signés par les parties ; par une facture acceptée ; par la correspondance ; par les livres des parties ; par la preuve testimoniale, et dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre. »

106 Cet article 47 nouveau est peu différent de l'article 47 du Code de commerce de 1807 qui énonçait seulement : indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation.

107 La Cour de cassation s'était exprimée en sens inverse dans l'arrêt du 2 juin 1834.

108 Voir par exemple TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., 1994, p. 56; CORNU *Droit civil, Introduction- Les personnes- Les biens*, 6^e éd., 1993, p. 37.

109 Consiste à étendre à un cas non prévu la solution admise pour un cas voisin, parce qu'il y a, dans les deux hypothèses, les mêmes raisons d'adopter cette solution.

110 Conduit à appliquer la solution que la loi impose dans un cas, qu'elle envisage expressément, à un autre qu'elle ne mentionne pas, parce que, pour ce dernier, les motifs de la solution sont encore plus pressants.

111 Consiste à dégager un principe général de solution pour une catégorie déterminée de situations dont le législateur n'a expressément envisagé que quelques cas particuliers.

112 Loi du 18 mars 1919 sur le registre du commerce. Le décret n°73-314 du 14 mars 1973 relatif au système national d'identification, au répertoire des entreprises et de leurs établissements. Le décret n°84-406 du 30 mai 1984 relatif au

maître des personnes morales de droit public, il confie désormais aux tribunaux la charge de dénombrer les sociétés commerciales et, partant, les personnes morales existant en droit commercial, soixante-quinze ans après la création du *registrar* en Angleterre, organisme public dépendant du ministère chargé de l'industrie. A l'époque, le législateur considère cette immatriculation au registre du commerce comme une des nombreuses formalités accomplies lors de la constitution d'une société. Ce n'est que bien plus tard, en 1966, que le législateur donnera un sens très particulier à cette immatriculation en précisant bien le moment de la constitution de la personnalité morale.

A l'inverse, en Angleterre, le législateur anglais délèguera cette gestion dès le *Joint stock companies Act 1844* à un organisme public appelé le *registrar*. En Allemagne, les *Amtsgerichte*, juridictions locales allemandes, s'occupent du registre des sociétés (*Handelsregister*) depuis l'introduction du *HGB*, le 1^{er} janvier 1900, mais aussi antérieurement à cette date du fait du *ADHGB*. Par conséquent, ce n'est sans doute qu'à cause de la Grande Guerre et des échanges ayant eu lieu entre notamment la France, l'Allemagne et l'Angleterre que le droit français s'est adapté aux nouvelles configurations de son temps.

1.1.1.2.2.1.1.2. De manière directe (β.)

La loi du 24 juillet 1966, codifiée à droit constant dans le Code de commerce français de 2000¹¹³, fait écho à la loi allemande appelée *Aktiengesetz* du 6 septembre 1965¹¹⁴. Cependant, une différence notable distingue le droit allemand et le droit français. Le droit français intègre les sociétés à responsabilité limitée dans la loi de 1966. L'Allemagne, au contraire, continue de distinguer une loi pour les sociétés par actions (*Aktiengesetz* de 1937 et de 1965) et une loi pour les SARL de forme allemande (*GmbH Gesetz*) de 1892 en dehors du code de commerce allemand. L'Allemagne ne semble plus chercher à codifier son droit des sociétés.

En France, la loi de 1966 semble avoir tranché la question de la création de la personnalité morale

registre du commerce et des sociétés. Le décret n°2007-431 du 25 mars 2007 relatif à la partie réglementaire du code de commerce.

113 Ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce (JORF n°219 du 21 septembre 2000, p. 14783), ratifiée définitivement par la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 modifiant le livre VIII du code de commerce, art. 50, I (JORF n° 3 du 4 janvier 2003, p. 263). La partie réglementaire du Code de commerce a finalement été publiée en 2007, juste avant les cérémonies liées au bicentenaire du Code de commerce.

114 *Aktiengesetz* du 6.09.1965 : BGBl. I S 1089. Le droit anglais ne modifie pas son droit à cette époque et le *Companies Act 1948* (11 & 12 Geo. VI c.38) aura des modifications importantes par le *Companies Act, 1976 c. 69*, le *Companies Act, 1980 c. 22* et le *Companies Act, 1981 c. 62* avant d'être complètement refondu par le *Companies Act, 1985 c. 6* et, surtout, par le *Companies Act 2006 c. 46* (des modifications ponctuelles se faisant en droit anglais par le biais de *Statutory Instruments*).

des sociétés¹¹⁵ en énonçant à son article 5¹¹⁶ :

« Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce »

Cette disposition sera alors commentée abondamment par la doctrine¹¹⁷. Si elle admet que la solution retenue est simple, elle la considère simpliste. Il apparaît difficile, pour la doctrine comme d'ailleurs pour le législateur lui-même¹¹⁸, de déterminer qui est responsable des actes accomplis avant et après l'immatriculation de la société (et même avant et après la signature des statuts). Le juge a dû également trancher la question du moment où une société peut bénéficier de la procédure de redressement judiciaire¹¹⁹.

1.1.1.2.2.1.2. Au niveau des sociétés en général et des sociétés civiles en particulier (b.)

En France, la réforme du Code civil de 1978 répond à la réforme de loi de 1966 à son nouvel article 1842 du Code civil¹²⁰:

« Les sociétés autres que les sociétés en participation [...] jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation »

Cet article 1842 du Code civil est applicable pour toutes les formes de sociétés en général, sauf s'il en est autrement disposé par la loi en raison de la forme ou de l'objet de la société. Cette règle s'applique en particulier aux sociétés civiles.

1.1.1.2.2.1.3. Au niveau du droit communautaire applicable à certaines sociétés (c.)

Au niveau communautaire, la première directive¹²¹ société n°68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, « tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité¹²², pour protéger les

115 Voir *infra*.

116 Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales : JORF du 26 juillet 1966, p. 6402 (haut de la deuxième colonne) devenant art. L210-6 C. com.

117 Not. HOUIN et GORÉ, *Acquisition de la personnalité morale des sociétés commerciales*, D. 1967, chron. 123 ; D. 1974, chron. DAGOT 241.

118 En ce sens, le second alinéa de l'article 5 de la loi n°66-537 et l'abondante jurisprudence qui en découle.

119 Faute d'avoir la personnalité morale, une société en formation ne peut être assignée en règlement judiciaire ou en liquidation des biens : Cass. com. 10 mars 1987 : Bulletin 1987 IV n°69 p. 51 ; JCP éd. G, 1987, II, 20830, note Y. GUYON ; Rev. sociétés, 1987, 587, note SORTAIS.

120 Loi n°78-9 du 4 janvier 1966 modifiant le titre IX du livre III du Code civil : JORF du 05 janvier 1978, p. 179.

121 Il y a plusieurs directives communautaires sur le droit société aujourd'hui.

122 Il s'agit du Traité instituant la Communauté économique européenne, dit traité de Rome parce qu'il a été signé à

intérêts tant des associés que des tiers »¹²³ impose d'inscrire les sociétés visées par la directive communautaire sur un registre¹²⁴ :

« Dans chaque État membre un dossier est ouvert auprès, soit d'un registre central, soit d'un registre du commerce ou registre des sociétés, pour chacune des sociétés¹²⁵ qui y sont inscrites »

L'inscription sur un registre n'indique pas, au niveau communautaire, s'il s'agit de la date de création des sociétés visées par la directive et prescrit seulement aux sociétés de déposer certains actes, en premier lieu desquels l'acte constitutif et les statuts s'ils font l'objet d'un acte séparé¹²⁶. Le droit communautaire a refusé à cette époque de prendre position¹²⁷. La France et l'Allemagne, alors membres de la Communauté économique européenne, remplissaient cette disposition puisqu'il existait en France un registre du commerce et des sociétés et en Allemagne le *Handelsregister*. Lors de son adhésion en 1972, le Royaume-Uni disposant du *registrar* n'a pas eu besoin d'adapter son

Rome le 25 mars 1957. Ce traité est entré en vigueur le 01 janv. 1958. Le texte de l'article 58 du traité est le suivant : "Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la communauté, sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissant des Etats membres. Par sociétés on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif." Le texte modifié se trouve désormais à l'article 54 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

123 JOCEE L 065 du 14 mars 1968 p. 8 à 12.

124 Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, art. 3, §1. codifiée par la directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009, art. 3, §1 : JOCE L 258 du 1 octobre 2009, p. 14.

125 Le nombre de sociétés visées par la directive a augmenté depuis 1968 et concerne depuis la Directive n°2003/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2003 (JOCE L 221 du 4 septembre 2003, p. 13) : En France : la société anonyme (SA), la société en commandite par actions (SCA), la société à responsabilité limitée (SARL), la société par actions simplifiée (SAS) ;

En Allemagne : die Aktiengesellschaft (AG), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ;

Le Royaume-Uni (qui a adhéré à la Communauté économique européenne en 1972) a eu beaucoup de mal à transposer la première directive. Finalement, le texte de la première directive société concerne les *companies incorporated with limited liability* ou *limited companies* (ce qui regroupe les *public companies* et les *private companies*). Ce texte exclut alors les *unlimited companies* et les *partnerships* de son champ d'application.

126 Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, art. 2, §1(a) codifiée par la directive 2009/101/CE *op. cit.*, art. 2, (a) : JOCE *op. cit.* p. 13.

127 La communauté européenne affirmera tardivement la suprématie de l'immatriculation dans plusieurs textes communautaires concernant de nouvelles formes de sociétés : Le règlement sur le groupement européen d'intérêt économique, même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'une société, restera encore vague en énonçant à son article 1 : « ¹Les groupements européens d'intérêt économique sont constitués dans les conditions, selon les modalités et avec les effets prévus par le présent règlement. ²A cette fin, ceux qui entendent constituer un groupement doivent conclure un contrat et faire procéder à l'immatriculation. » (Règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE) : JOCEE L 199 du 31 juillet 1985 p. 1 à 9). Ce règlement ne tranche donc pas encore entre l'importance de conclure un contrat de société et l'importance de faire procéder à l'immatriculation pour déterminer la date de naissance du GEIE parce qu'un GEIE n'a pas nécessairement pour tous les Etats membres la personnalité morale.

Par contre, pour ce qui concerne la société européenne (SE), l'affirmation du droit français est reprise à l'article 16, §1 : « La SE acquiert la personnalité juridique le jour de son immatriculation au registre » (Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) : JOCE L 294 du 10 nov. 2001, p. 1). Il en est de même pour la société coopérative européenne (SEC) à l'article 18, §1 : « La SEC acquiert la personnalité juridique le jour de son immatriculation dans l'État du siège au registre. » (Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC) : JOCE L 207 du 18 août 2003, p. 1).

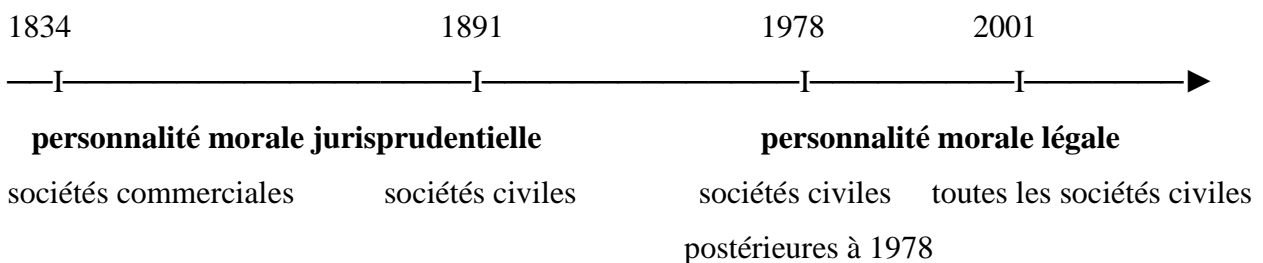
droit au droit communautaire sur ce point.

Le législateur français répond à l'exigence de la directive communautaire de 1968 et va même au delà en consacrant la jouissance de la personnalité morale à compter de son immatriculation au niveau des sociétés en général et non au niveau des seules sociétés commerciales visées par la première directive. Ceci pose alors de nouvelles difficultés juridiques pour les sociétés en participation ostensibles et pour les associations d'avocats que nous tenterons de résoudre ultérieurement¹²⁸.

1.1.1.2.2. La remise en cause progressive des acquis jurisprudentiels (2.)

L'unité de principe de la création de la personnalité morale lors de l'immatriculation de la société est remise en cause.

En premier lieu, cette remise en cause intervient au niveau de l'application de la loi dans le temps. Comme nous l'avons mis en évidence, l'évolution des règles concernant les sociétés civiles en général en France peut être représentée dans le schéma suivant :



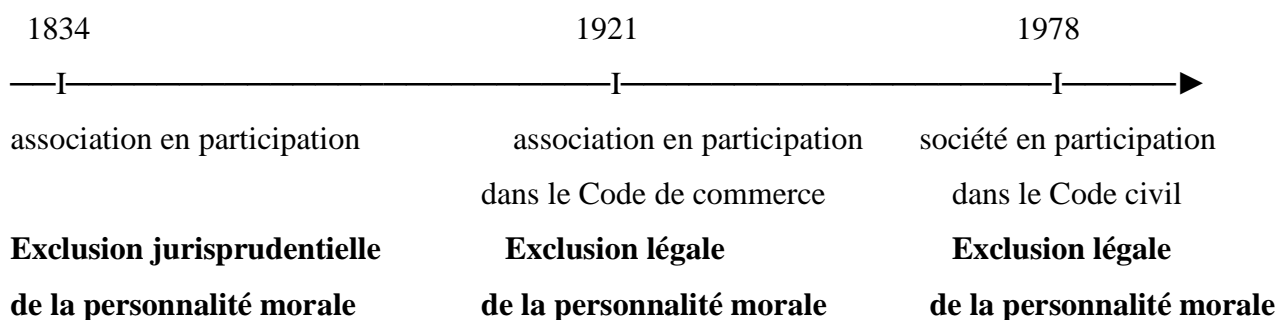
L'immatriculation est plus qu'une simple formalité puisqu'elle donne la jouissance à la société civile de la personnalité morale. Cette solution est différente de celle proposée à l'origine par les textes qui prévoyaient une création à la date de la signature des statuts, sauf stipulation contraire des associés.

En deuxième lieu, au niveau des sociétés en participation, le législateur a énoncé des règles qu'il a tirées de la jurisprudence.

L'évolution juridique des sociétés en participation, dénommées jusqu'en 1978 associations en

¹²⁸ Voir *infra* Titre II, Chapitre II.

participation, peut être représentée sur la frise suivante :



Le changement de terme de « l'association en participation » à la « société en participation » n'est pas neutre. Ce changement montre que le législateur considère que les critères de la société sont remplis, c'est-à-dire que, à la différence d'une association telle que définie par la loi 1901¹²⁹, la société en participation recherche les bénéfices ou une économie pour ses associés¹³⁰. Cet aspect conduit d'ailleurs à rapprocher la société en participation du *partnership* anglais et de la *BGB Gesellschaft* allemande.

L'article 1871 du Code civil énonce aujourd'hui :

« Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors "société en participation". Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens »

En troisième lieu, la jurisprudence sera balayée par des règles spéciales relatives à des formes concurrentes des sociétés. C'est ainsi que la loi portant statut de la coopération dispose à ses articles 1 et 20¹³¹ :

« Art. 1 : Les sociétés coopératives sont des sociétés [...] »

Art. 20 : Dans le mois de leur constitution définitive, et avant toute opération, les coopératives qui ne sont pas soumises par la loi à un autre mode de publicité doivent déposer au greffe de la justice de paix de leur siège social, sur papier libre et en double exemplaire, leurs statuts accompagnés de la liste de leurs administrateurs, directeurs ou gérants avec l'indication de leurs professions et domiciles »

Par conséquent, une société coopérative ne jouit pleinement de sa personne morale qu'à partir du moment où elle effectue une formalité auprès d'un greffe. La même solution se retrouve en

129 Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association : JORF « Lois et Décrets » du 02 juillet 1901, p. 4025.

130 Il était déjà affirmé en 1904 que « l'association en participation est une société véritable [...] dans les rapports des associés entre eux et non à l'égard des tiers » in Ed. Fuzier-Herman, *Répertoire général alphabétique du droit français*, tome 34, Paris, 1904, p. 909, n°14.

131 Loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération : JORF « Lois et Décrets » du 11 septembre 1947, p. 9088.

Allemagne pour les *eingetragene Genossenschaften*. Ces sociétés peuvent obtenir les droits propres d'une *Genossenschaft* seulement après leur enregistrement dans le registre des sociétés coopératives (*Genossenschaftsregister*) de leur siège. Le *Paragraph 13* de la loi concernant les sociétés coopératives de forme allemande (*Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften*) dispose¹³² :

GenG § 13

« Avant l'enregistrement de son siège dans un registre des sociétés coopératives, une société coopérative n'a pas les droits d'une société coopérative enregistrée. »¹³³

En quatrième et dernier lieu, c'est au niveau de l'objet des sociétés que la jurisprudence va être écartée. C'est ainsi que le législateur autorise en 1966 les sociétés civiles professionnelles (SCP). Ces sociétés sont organisées en vertu d'une loi adoptée quelques mois après la loi du 24 juillet 1966. Il s'agit de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966¹³⁴. Cette loi ne concerne toutefois, il est vrai, que les professions réglementées.

Conclusion du premier paragraphe (1.1.1.). La création de la personnalité morale n'est pas une évidence en droit français des sociétés. Il en est de même en Allemagne et en Angleterre. Par ailleurs, une difficulté supplémentaire a pour origine la diversité des formes de sociétés ou de formes concurrentes aux sociétés disposant de la personnalité morale. Il est alors possible de se demander s'il faut utiliser un critère uniforme dans un droit donné ou s'il doit exister pour chaque forme de société un régime juridique applicable différent.

1.1.2. L'acte authentique en Allemagne (§2.)

Afin de mieux comprendre les raisons de l'importance de l'acte authentique pour la constitution des sociétés dotées de la personnalité morale, il faut avoir conscience du contexte particulier du territoire allemand depuis le XIXe siècle **(I.)**. Ce contexte peut expliquer l'évolution singulière des sociétés en commandite par actions **(II.)**. Enfin, il faut garantir l'existence de la société. L'acte notarié s'y est donc légitimement imposé **(III.)**.

1.1.2.1. Un contexte allemand particulier (I.)

132 *Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften*, 1 mai 1889 : RGBI 1889, 55 RGBI 1898, 369, 810.

133 *Vor der Eintragung in das Genossenschaftsregister ihres Sitzes hat die Genossenschaft die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft nicht.*

134 Voir *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2, §1, A, 3.

Les fondements du système germanique au XIXe siècle ne sont pas nets¹³⁵. Cependant, la majeure partie du territoire sur lequel le *deutsches Reich* de 1871 a été fondé se subdivise entre le *Preußisches allgemeines Landrecht* et les codes inspirés par le Code civil de 1804. La loi sur les sociétés à responsabilité limitée de forme allemande (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* ou *GmbHG*) datant du 20 avril 1892 d'une part, et le Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch* ou *BGB*) publié le 18 août 1896¹³⁶ ainsi que le Code de commerce allemand (*Handelsgesetzbuch* ou *HGB*) publié le 10 mai 1897¹³⁷ d'autre part, restent des textes très importants de l'Allemagne contemporaine. A partir de 1861, des textes de portée locale concernant le droit des sociétés disparaissent¹³⁸ au profit du *Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch* ou *ADHGB* qui est progressivement entré en vigueur dans chaque territoire de l'Allemagne¹³⁹.

Le droit allemand est donc particulièrement difficile à appréhender. Au seuil de la Première Guerre mondiale, un ouvrage d'exception, *Deutsche Geschichte von Einhart*¹⁴⁰ donne une description du droit applicable tout au long du XIXe siècle. Cet ouvrage montre l'emprise progressive du droit prussien sur le droit allemand. Celle-ci est clairement affirmée dans la constitution de 1871 énonçant que l'empereur allemand est nécessairement le roi de la Prusse. Complété par des données du XXe siècle¹⁴¹, on obtient un balayage complet de l'évolution du droit des sociétés en Allemagne. Muni de ces indications normatives, nous pourrions ultérieurement mieux utiliser les références

135 L'Allemagne est émietlée en principautés féodales en 1800 et Napoléon Bonaparte ramène en 1803 leur nombre de 350 à 39, dont certaines deviendront des départements français (Mont-Tonnerre, Sarre, Rhin-et-Moselle, Forêts, Roer, Lippe, Ems-oriental, Ems-supérieur, Bouches-du-Weser, Bouches-de-l'Elbe). François II de Habsbourg renonce en 1806 à sa fonction d'empereur germanique. En 1815, les traités de Vienne créèrent une Confédération germanique de 39 Etats sous la présidence de l'Autriche. La Prusse proclama l'Empire allemand à Versailles le 18 janvier 1871.

Il n'existe pas de volonté de constituer un droit uniforme en Allemagne au XIXe siècle avant 1871 et les juridictions suprêmes allemandes sont à l'image de cette absence de volonté juridique. On distingue :

- *die Kabinettsjustiz des Reichshofrats* jusqu'en 1806;
- *das Bundesoberhandelsgericht* créé en 1870 pour le *Norddeutscher Bund* et est situé à Leipzig;
- *das Reichsoberhandelsgericht* créé en 1871 après la proclamation de l'Empire pour le sud de l'Allemagne ;
- *das Reichsgericht* inauguré le 1^{er} octobre 1879 et situé à Leipzig ;

Source : Brochure en allemand sur le *Bundesgerichtshof* (BGH) 2005.

136 RGBI 1896, 195.

137 RGBI 1897, 219.

138 FRANCKE, Bernhard, *Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst der Gerichtsordnung und anderen hiermit in Verbindung stehenden Reichs- und Landesgesetzen*, 2. Auflage, Leipzig : Druck und Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung, 1888 contient les dispositions légales applicables en droit civil dans le royaume de Saxe.

139 Pour une chronologie précise, territoire par territoire, se référer à la "Législation comparée France, Allemagne et Angleterre" (*infra*).

140 WEICHER, Theodor, *Deutsche Geschichte von Einhart mit 24 Vollbildern und einer Bunten Karte des deutschen Siedlungsgebiets in Mitteleuropa*, 5. Auflage, Leipzig : Dietrich'sche Verlagsbuchhandlung, 1914, spécialement p. 217 et sq. Cet ouvrage est disponible à la bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Paris.

141 Plan détaillé du Prof. Dr. Detlef KLEINDIEK, Universität Bielefeld, Rhénanie-du-Nord-Westphalie, Allemagne, 2003, p. 4 et 5 ; Claus-Wilhelm CANARIS, *Juristische Kurz-Lehrbücher, Handelsrecht*, 22. Auflage, Verlag CH Beck, München, 1995, p. 16 et sq.

textuelles allemandes pour appréhender non seulement l'acte authentique en Allemagne, mais aussi d'autres questions.

Avant que François II de Habsbourg (*Habsburger Franz II.*) renonce à sa fonction d'empereur germanique en 1806¹⁴², deux textes principaux sont relatifs au droit des sociétés en Allemagne. Le droit commun général prussien (*Das Preußische Allgemeine Landrecht* ou ALR) de 1794 contient la réglementation du droit commercial et industriel dans la partie II du titre 8, §§475 et suivants¹⁴³. L'ALR fait alors référence aux « *moralische Personen* » (ALR 6 II 81) et il est en vigueur à l'Est de l'Allemagne. Le Code civil des Français de 1804 puis le Code de commerce de 1807 sont en vigueur pour leur part à l'Ouest de l'Allemagne pendant la majeure partie du XIXe siècle, en particulier dans le *Baden*^{144 et 145}.

En 1811 est adopté l'ABGB autrichien (*Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch*). Comme l'ALR prussien, l'ABGB autrichien comporte des dispositions sur les « *moralische Personen* ». Le ABGB exercera une influence sur le BGB allemand de 1900¹⁴⁶ mais il comporte seulement quelques dispositions éparses sur le droit des sociétés.

Dans le cadre du Congrès de Vienne est constituée en 1815 la Confédération germanique

142 Franz II. explique le 6 août 1806 par l'intermédiaire du Ministre des Affaires étrangères Graf Stadion : „ [...] und wenn noch der Fall übrig blieb, daß sich fördersamer Beseitigung eingetretener politischer Verwickelungen ein veränderter Stand ergeben dürfte, so hat gleichwohl die am 12. Julius zu Paris unterzeichnete, und seitdem von den betreffenden Theilen genehmigte, Übereinkunft mehrerer vorzüglicher Stände zu ihrer gänzlichen Trennung von dem Reiche und ihrer Vereinigung zu einer besonderen Conföderation, die gelegte Erwartung vollends vernichtet [...] Wir erklären demnach durch Gegenwärtiges, daß Wir das Bund, welches Uns bis jetzt an den Staatskörper des Deutschen Reiches gebunden hat, als gelöst ansehen, daß Wir das reichsoberhauptliche Amt und Würde durch die Vereinigung der conföderirten rheinischen Stände als erloschen und Uns dadurch von allen übernommenen Pflichten gegen das deutsche Reich losgezählt betrachten und die von wegen desselben getragene Kaiserkrone und die von wegen desselben getragene Kaiserkrone und geführte kaiserliche Regierung, wie hiermit geschieht, niederlagen [...]“ Source: Uwe WESEL, *Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht*, CH Beck, München, 1997, p. 412.

143 Helmut COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3. Band *Das 19. Jahrhundert*, 3. Teilband *Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten*, CH Beck'sche, München 1986, p. 2880 et sq., p 2979 et sq.

144 l'Etat de *Baden* adopte le Code de commerce de 1807 en l'annexant au « droit commun de *Baden* » (*Badisches Landrecht*).

145 *Baden* : nom allemand originel de la ville allemande de *Baden-Baden*, ce qui, par extension, a donné les noms du margraviat (*Margravschaft*) au XIe siècle par *Hermann de Zähringen*, puis du Grand-duché de *Bade* (à partir de 1806, constitution du 2 août 1818). Pour aller plus loin, lire sur le *Großherzogtum Baden* : Helmut COING, *op. cit.*, p. 2855 et sq.

146 En fait, le droit allemand et le droit autrichien vont perpétuellement s'influencer et ils vont même avoir, à deux reprises, un droit identique : l'ADHGB de 1861 sera transposé en Autriche par une loi du 17 décembre 1862 (RGBl 1 für 1863) et l'*Aktiengesetz* du 30 janvier 1937, *DRGBl. I S.107* le sera en début d'année 1938, du fait de l'annexion par le IIIe Reich du territoire autrichien, par le biais du 2. *Einführungs-Verordnung* du 11 avril 1938 et du 2 août 1938 (*DRGBl. I S. 385 bzw. 988; GBl 100/1938*). Source : Susanne KALSS, Christina BURGER und Georg ECKERT, *Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts*, Linde Verlag, Wien 2003, p. 35 et p. 449. Voir également W. BRAUNEDER, *Von der Moralischen Person des ABGB zur juristischen Person der Privatrechtswissenschaft* in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Guiridico Moderno* 11/12 (1982/83), p. 263 et sq., spéc. p. 265 et sq.

(*Deutscher Bund* ou *Bund* allemand). Cette confédération ne disparaîtra qu'en 1866. Dans une lettre adressée à Talleyrand en 1814, le Prince Charles-Joseph de Ligne considère qu'il se met en place un congrès de la guerre et non un congrès de la paix¹⁴⁷. Le droit des sociétés reste pour sa part propre à chaque Etat ou Duché du *Bund* allemand.

Préparé par une commission spéciale dès 1856, un code de commerce général et germanique appelé *das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch* ou ADHGB est voté en 1861 à Nuremberg par les Etats membres du *Bund* allemand. L'ADHGB sera intégré au droit autrichien en 1862 sous le nom d'AHGB et y entrera en vigueur en 1863¹⁴⁸.

En 1866, le *Bund* nord allemand (Confédération de l'Allemagne du Nord ou *Norddeutscher Bund*) fait suite à la Confédération germanique. Par une loi du 12 août 1869¹⁴⁹, l'ADHGB est considéré comme une loi du *Bund* nord allemand. Une juridiction commerciale suprême appelée *Bundesoberhandelsgericht* se constitue la même année à Leipzig.

En 1871, le *Reich* allemand¹⁵⁰ considère définitivement l'ADHGB comme une loi de l'Empire¹⁵¹. Dans le même temps, le *Bundesoberhandelsgericht* de Leipzig devient le *Reichsoberhandelsgericht*. Cette dernière juridiction commerciale suprême sera absorbée en 1879 par le *Reichsgericht*.

Le 1^{er} mai 1889 est publiée la loi sur les sociétés coopératives allemandes¹⁵² (*Genossenschaftsgesetz* ou *GenG*).

En 1892 est votée la loi relative aux sociétés à responsabilité limitée de forme allemande (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* ou *GmbH*). La *GmbH* semble être l'ancêtre

147 GEISSLER, Gerhard, *Europäische Dokumente aus fünf Jahrhunderten*. Leipzig, 1939, p. 441.

148 Susanne KALSS, Christina BURGER und Georg ECKERT, *op. cit.*, p. 86 citant BLODIG, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* (ZNR) 1865, p. 68 et sq.

149 Herbert WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band 1 – Grundlagen, CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1980, p. 26.

150 L'empire allemand est proclamé au château de Versailles le 18 janvier 1871, exactement 170 ans après le couronnement de Friedrich III von Brandenburg (1657 – 1713) comme roi de Prusse sous le titre de Friedrich I. Le roi prussien Wilhelm I (1797 – 1888) est proclamé *Deutscher Kaiser*. Après un très court règne de Friedrich III von Deutschland, l'empereur allemand Wilhelm II (1859 – 1941) lui succèdera au trône de 1888 à son abdication en 1918.

151 Plus précisément, la loi du 11 juin 1870 considère l'ADHGB comme loi impériale allemande. Elle entrera en vigueur en *Baden*, *Südhessen* et *Württemberg* le 1^{er} janvier 1871 et en *Bayern* le 13 mai 1871. Source : Hugo KEYSNER, *Die Aktiengesellschaften und die Kommanditgesellschaften auf Aktien unter dem Reichs-Gesetz vom 11. Juni 1870*, Berlin 1873, p. 42.

152 RGBI 1889, 55 RGBI 1898, 369, 810. Cette loi a été complètement refondue le 19 août 1994 (*BGBl. I S. 2202*) et le 16 octobre 2006 (*BGBl. I S. 2230*).

de la *private company* anglaise de 1907¹⁵³ et elle est à l'origine de la SARL française de 1925¹⁵⁴.

Les travaux préliminaires pour un Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch* ou *BGB*) ont commencé dès 1874. L'intérêt de conserver un code de commerce allemand (*HGB*) se pose dans un premier temps parce que l'essentiel du *ADHGB* est incorporé dans le *BGB*¹⁵⁵. Finalement, le *BGB* est publié le 18 août 1896. Voté par le *Reichstag* le 7 avril 1897, le *HGB* est publié quant à lui le 10 mai 1897. *BGB* et *HGB* entrent en vigueur le même jour le 1^{er} janvier 1900.

En 1937 est adoptée une loi sur les sociétés par actions (*Aktiengesetz*)¹⁵⁶. Ces sociétés sont désormais régies en dehors du *HGB*. Cette loi sera remplacée en 1965 par une nouvelle loi sur les sociétés par actions (*Aktiengesetz*) du 6 septembre 1965¹⁵⁷.

En 1988 est introduit en Allemagne le Groupement européen d'intérêt économique (*die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung* ou *EWIV*) par la loi du 14 avril 1988¹⁵⁸. Ce groupement est dépourvu en Allemagne de la personnalité morale¹⁵⁹.

La société de partenariat (*Partnerschaftsgesellschaft*) introduite par la loi du 25 juillet 1994¹⁶⁰ est également une société dépourvue de la personnalité morale.

En revanche, la loi allemande sur la société européenne du 22 décembre 2004¹⁶¹ ou celle sur la société coopérative européenne du 14 août 2006¹⁶² considèrent, comme les règlements communautaires qui les justifient, que ces sociétés sont des personnes morales.

Cette énumération permet de comprendre que le droit des sociétés en Allemagne a volontairement cherché à devenir de plus en plus une matière fédérale.

153 *Companies Act 1907* (7 Edw. 7.) c. 50, s. 37 "Definition of private company".

154 Loi du 07 mars 1925 sur l'institution des sociétés à responsabilité limitée (SARL) : JORF "Lois et Décrets" du 08 mars 1925, p. 2382. Cette loi est aujourd'hui codifiée dans la partie législative du Code de commerce.

155 Helmut COING, *op. cit.*, p. 2960 et sq.

156 *DRGBl. I S. 107*.

157 *BGBl. I S. 1089*.

158 *Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIVAG)* : *BGBl. I S. 514*.

159 Voir *infra*.

160 *Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe (PartGG)* : *BGBl. I S. 1744*.

161 *SEEG (SEAG et SEBG)* : *BGBl. I S. 3675*.

162 *SCEAG et SCEBG* : *BGBl. I S. 1911*.

1.1.2.2. *Le cas particulier des sociétés en commandite par actions allemandes (II.)*

La société de commandite est née à Gènes en Italie. Le *commenda* a été repris en France par l'Ordonnance de Colbert de 1673. L'Allemagne a reproduit en partie cette forme de société commerciale qui préexistait en France¹⁶³ et en Italie.

Au XIXe siècle, le droit allemand des sociétés est loin d'être uniforme sur tout le territoire. Une forme juridique mérite une attention particulière. Il s'agit de la société en commandite par actions allemande appelée au XIXe siècle *Kommanditgesellschaft auf Actien (KGaA)*¹⁶⁴ et qui deviendra au XXe siècle la *Kommanditgesellschaft auf Aktien* des lois sur les sociétés par actions.

A l'Ouest de l'Allemagne, dans les anciens départements français, s'applique pour l'essentiel le Code de commerce de 1807 et cette partie du territoire allemand reconnaît les sociétés en commandite simple et les sociétés en commandite par actions comme des personnes morales. En revanche, dans les Etats prussiens, puis dans le *Bund* nord allemand (1867-1871) et au début du *Reich* allemand (1871-1900), le texte de référence a été à partir de 1861 le *ADHGB* qui classifiait les *Kommanditgesellschaften auf Actien* comme des *Personengesellschaften*¹⁶⁵ dépourvues de la personnalité morale et les considérait plus proches des sociétés en commandite simple de forme allemande (*Kommanditgesellschaften*) que des sociétés par actions (*Aktiengesellschaften*)¹⁶⁶. La création de leur personnalité morale ne se posait pas, puisque cette forme de société était alors dépourvue de personnalité morale dans cette partie de l'Allemagne¹⁶⁷.

Par ailleurs, ne relevant alors pas du système de concession étatique et ne s'adressant qu'à de petits entrepreneurs solidaires, l'idée de personnalité morale ne s'imposait pas pour les *Kommanditgesellschaften auf Actien*¹⁶⁸.

Seulement, à partir du moment où la société en commandite de forme allemande sera soumise au régime juridique des sociétés anonymes allemandes, cette forme sociale acquerra la personnalité

163 Helmut COING, *op. cit.*, p. 2992.

164 Le droit anglais ne connaît pas cette forme de société, tout au plus admettra-t-il le *Limited Partnership* par le *Limited Partnership Act 1907* qui a été construit sur le modèle français de la société de commandite simple et qui est, comme la *Kommanditgesellschaft* allemande, dénué de personnalité morale en Angleterre (en revanche le *Limited Partnership* a la personnalité morale en Ecosse).

165 *ADHGB*, §§173 et sq.

166 Karsten SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4e éd., Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 756.

167 Le *ADHGB* distingue, dans le Livre II sur les *Handelsgesellschaften*, l'*offene Handelsgesellschaft* (Titre 1), la *Kommanditgesellschaft* (Titre 2) et l'*Actiengesellschaft* (Titre 3). Dans la *Kommanditgesellschaft*, l'*ADHGB* distingue entre *Kommanditgesellschaft im Allgemeinen* (en général) (Section 1) et *Kommanditgesellschaft auf Actien insbesondere* (en particulier) (Section 2).

Source: Carl LAUTENSCHLAGER, *Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch nebst dem württembergischen Einführungsgesetz vom 13. August 1865*, Kröner, Stuttgart 1865, p. 56 à 135, art. 85 à 249.

168 Helmut COING, *op. cit.*, p. 3017.

juridique¹⁶⁹. Le Professeur Christine WINDBICHLER la considère donc aujourd'hui comme une variante de l'AG parce que la *KGaA* est plus proche de l'AG que de la *KG*¹⁷⁰.

1.1.2.3. L'importance de l'acte notarié dans l'AG et la GmbH (III.)

Initialement, l'*ADHGB* est assez libéral pour les *Actiengesellschaften* et l'acte notarié est déjà envisagé, sans être imposé.

L'*Artikel 208 ADHGB* dispose alors¹⁷¹ :

« Les sociétés par actions pourront s'édifier seulement avec l'agrément étatique. L'édification et la teneur des statuts devront être contractées par acte juridique ou notarié. Pour la souscription d'actions, une explication écrite suffit »¹⁷²

On peut déjà remarquer qu'initialement, que ce soit en France, en Allemagne ou en Angleterre, la constitution des personnes morales était octroyée alors qu'un mouvement de libéralisation est apparu au XIXe siècle, d'abord en Angleterre par le *Joint Stock Companies Act 1844*, puis en France dans la loi du 24 juillet 1867 et, enfin, en Allemagne, par la réforme (*Aktiennovelle*) du 11 juin 1870¹⁷³.

Par contre, le *GmbH Gesetz* du 20 avril 1892 et l'*Aktiengesetz 1965*¹⁷⁴ affirment progressivement la suprématie de l'acte authentique pour les personnes morales (*notarielle Form*).

En particulier, le §2 du *GmbH Gesetz 1892* disposait quant à lui¹⁷⁵ :

« Le contrat de société nécessitera la forme finale d'acte sous seing privé ou notarié. Il est signé par tous les associés »¹⁷⁶

Et, de nos jours, le §2 du *GmbH Gesetz 1892* énonce :

169 Voir en dernier lieu *AktG 1965*, §278 *Wesen der Kommanditgesellschaft auf Aktien* actuellement en vigueur : "Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit".

170 HUECK/WINDBICHLER, *Gesellschaftsrecht*, 21. Auflage, Verlag C. H. Beck München 2008, §34 -2, p. 446 et sq.

171 Carl LAUTENSCHLAGER, *Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch nebst dem württembergischen Einführungsgesetz vom 13. August 1865*, Kröner, Stuttgart 1865, p. 115, 116, art. 208.

172 *Actiengesellschaften können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden.*

Ueber die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages (Statuts) muß eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden.

Zur Actienzeichnung genügt eine schriftliche Erklärung.

173 Helmut COING, *op. cit.*, p. 3008.

174 Autérieurement au *Aktiengesetz 1965*, le droit des sociétés par actions allemand a été définitivement séparé du HGB par la loi du 30 janvier 1937. Voir : Helmut COING, *Ibid.*, p. 3010.

175 R. FÖRTSCH, *Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in der am 1. Januar in Wirksamkeit tretenden Fassung*, 2. Aufl., Leipzig 1899, p. 14, §2.

176 *Der Gesellschaftsvertrag bedarf des Abschlusses in gerichtlicher oder notarieller Form. Er ist von sämtlichen Gesellschaftern zu unterzeichnen.*

« Le contrat de société nécessitera une forme notariée »¹⁷⁷

De même, pour les *Aktiengesellschaften*, le *HGB*, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900 énonçait¹⁷⁸ :

« Le contenu du contrat de société devra être constaté par acte sous seing privé ou notarié par au moins cinq personnes qui acceptent les actions »¹⁷⁹

Puis le §23 du *Aktiengesetz 1965* dispose de nos jours :

« La charte devra relever d'une constatation notariée. Les agents doivent avoir une procuration notariée certifiée »¹⁸⁰

Les premiers organes de l'*Aktiengesellschaft*, à savoir le conseil de surveillance (*Aufsichtsrat*) et le commissaire aux comptes (*Abschlußprüfer*), doivent aussi être nommés par acte authentique (§30 *AktG 1965*).

Par conséquent, alors qu'une certaine liberté de choix comme celle qui existe en France entre l'acte sous seing privé et l'acte authentique pour la constitution de la société était originellement présente, le droit allemand prussien a progressivement imposé le notaire allemand comme une condition indispensable à la création des personnes morales allemandes et de certains de leurs organes¹⁸¹.

1.1.3. L'acte d'*incorporation* en Angleterre (§3.)

La qualification d'*incorporation* n'est pas née en 1844. L'*incorporation* peut prendre plusieurs formes. D'ailleurs, si LINDLEY admettait qu'il n'existait que deux sortes d'associations de personnes cherchant à constituer des profits, les *corporations* et les *partnerships*¹⁸², il a aussi affirmé que la frontière est parfois difficile à déterminer entre les deux, surtout pour les *unincorporated companies*¹⁸³. Aussi, avant le *Partnership Act 1890*, il est difficile de définir précisément le

177 *Der Gesellschaftsvertrag bedarf notarieller Form.*

178 K. LEHMANN & V. RING, *Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Band 1, Berlin 1902, p. 381 § 182.

179 *Der Inhalt des Gesellschaftsvertrags muß von mindestens fünf Personen, welche Aktien übernehmen, in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung festgestellt werden.*

180 *Die Satzung muß durch notarielle Beurkundung festgestellt werden. Bevollmächtigte bedürfen einer notariell beglaubigten Vollmacht.*

181 Cette intervention du notaire en Allemagne explique pourquoi cette profession apparaît dans le règlement relatif au statut de la société européenne comme une alternative au tribunal ou à une autre autorité compétente pour intervenir dans le processus de certains actes de la vie de la société européenne : Règlement (CE) N°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) : JOCE L 294 du 10.11.2001, spéc. art. 8.8, 25.2, 25.3, 26.1.

182 "By the common law of this country every association of persons formed for the sake of sharing profits, is either a partnership or a corporation; and a company which is neither a corporation nor a partnership, is a thing unknown to the common law of England": N. LINDLEY assisted by S. DICKINSON, *A treatise of the law of partnership, including its application to companies*, vol. I, 3rd ed., London, William Maxwell & Son, 1873, p. 5.

183 A. F. TOPHAM and A. M. R. TOPHAM, *Palmer's company law, a practical book for lawyers and business men*, 14th ed., London, Stevens and Sons, 1930, p. 6.

partnership. Le *partnership* apparaissait comme la forme juridique générale et plus ancienne, la *company* étant un *partnership* qui a été révélé aux tiers, qui a une responsabilité limitée¹⁸⁴ et qui comporte un nombre d'individus qui ne se connaissent pas nécessairement tous¹⁸⁵. En fait, le *partnership* n'a jamais eu et n'a toujours pas la personnalité morale, ni en Angleterre, ni au Pays de Galles¹⁸⁶.

Quoi qu'il en soit, l'acte d'*incorporation* obtenu facilement auprès de la *Companies House* ne s'est pas imposé immédiatement en Angleterre. Si la loi de 1844 est considéré comme le texte fondateur en la matière (II.), d'autres méthodes d'*incorporation*, qui étaient plus anciennes, ont permis à des sociétés de jouir d'une certaine autonomie de fonctionnement (I.).

1.1.3.1. Les méthodes plus anciennes d'incorporation des companies (I.)

Trois méthodes plus anciennes d'*incorporation* existent avant l'adoption de la loi de 1844. Il s'agit des *Chartered Companies* (A.), des *companies par letters patent* (B.) et des *companies* par un *special Act* du Parlement (C.).

1.1.3.1.1. Les Chartered Companies (A.)

Il y avait la possibilité de demander à la couronne une *charter of incorporation*. Si une *charter* était accordée, la *company* devenait une *corporation* en fait et cela avait comme principal résultat de rendre les associés de la *company* personnellement irresponsables pour les dettes de la *company*. Avant 1825, la Couronne d'Angleterre n'avait aucun pouvoir pour accorder des *charters* et pour déclarer que les personnes incorporées par celles-ci auraient les mêmes responsabilités que les associés de *unincorporated societies*¹⁸⁷. Une loi fut adoptée en 1825 pour étendre les pouvoirs de la

184 "Un *ordinary partnership* se différencie de l'association d'un *statutory partnership* comme une *limited company*, par leur très importante *liability*": A. F. TOPHAM and A. M. R. TOPHAM, *Ibid.*, p. 2.

185 N. LINDLEY assisted by S. DICKINSON, *op. cit.*, p. 4.

186 Par contre, le *partnership* a la personnalité morale en Ecosse. Voir le *Partnership Act 1890*, section 4 « *Meaning of "firm"* » du 14 août 1890 et *infra*, section 3 du chapitre II du Titre II sur les *partnerships* en Angleterre. Un rapport britannique daté du 18 novembre 2003 envisage de donner au *general partnership* la personnalité morale : *A Joint Report of the Law Commission of England and Wales* (Law Com No 283) and the *Scottish Law Commission* (Scot Law Com No 192), SE/2003/299, §3.32, p. 23.

187 Les *Chartered companies* existent bien avant l'Act de 1825 : *The Russia Company*, *The Senegal Adventurers*, *The Levant Company* et *The East India Company* sont incorporées respectivement en 1555, en 1588, en 1592 et 31 déc. 1600 par la *Queen Elizabeth*. *The Hudson's Bay Company* est incorporée en 1670 et *The Bank of England* en 1674. *The South Sea Company* est incorporée en 1711 et *The London Assurance Corporation* en 1720. *Peninsular and Oriental Steam Navigation Company* est incorporée en 1840. Source: A. F. TOPHAM and A. M. R. TOPHAM, *op. cit.*, p. 2.

Couronne¹⁸⁸. On parle alors de *companies incorporated by Royal Charter* ou de *Chartered companies*¹⁸⁹. Une charte d'incorporation se présente habituellement de la façon suivante¹⁹⁰ :

« Georges V, par la grâce de Dieu, du Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande et des Dominions britanniques au-delà des mers du royaume, défendeur de la foi, à tous ceux auxquels les présentes dispositions doivent s'appliquer [...] Par notre grâce spéciale, sachez que nous allouons et nous ordonnons pendant notre règne et celui de nos héritiers et successeurs, que A., B. et C. et toutes autres personnes ou *bodies politic* ou *corporate* qui sont devenus associés de ladite entreprise ou *company* ou qui le deviennent par la suite doivent souscrire une ou plusieurs *shares* par associé. Le *body politic* et *corporate* doit être identifié au sein d'un acte et d'une loi par le nom de A. B. C. *Company* dans le but de rendre effectives les dispositions mentionnées ci-dessous, etc. »¹⁹¹

Ultérieurement, le *Chartered companies Act 1837* et le *Chartered Companies Act 1884* contiendront les dispositions relatives aux *companies incorporated by charter*.

Si le *Statute Law (Repeals) Act 1993* a abrogé en grande partie les dispositions précédentes, le pouvoir de sa Majesté pour allouer une *charter of incorporation* d'une durée limitée ou pour étendre ou renouveler tel privilège d'une telle *charter* existe toujours aujourd'hui. Ce mode d'*incorporation* reste cependant actuellement marginal.

1.1.3.1.2. Les letters patent (B.)

En 1834, un autre *Act* a permis à la Couronne, sans pour autant incorporer une *company*, de conférer à celle-ci – par des *letters patent* – certains privilèges et spécialement le privilège de poursuivre en justice et d'être poursuivie en justice au nom d'un représentant (*public officer*)¹⁹². Cette méthode

188 6 Geo. IV, c. 91, §2. Cet *Act* est adopté sous George IV (1762-1830), Roi du Royaume-Uni (de Grande-Bretagne et d'Irlande) et de Hanovre de 1820 à 1830. Cet *Act* de 1825 abroge le « Bubble Act » de 1720 (6 Geo. I c. 28) qui avait pour objet de supprimer tout «*joint-stock trading*».

Le titre donné à l'*Act* de 1825 est révélateur de son contenu : «*An Act to repeal so much of an Act passed in the sixth year of Geo. I. as relates to the restraining several extravagant and unwarrantable practices in the said Act mentioned; and for conferring additional powers upon His Majesty with respect to the granting of charters of incorporation to trading and other companies.*»

Il s'agit en fait d'une déclaration de légalité pour la couronne de délivrer une *charter of incorporation* avec une disposition énonçant que les *members* de la *corporation* seront individuellement responsables en leur personne et *property* pour les dettes de la *corporation* suivant ce que les dispositions de la charte prévoient. Cette disposition est vague, mais elle a pour but de présumer que les *creditors* n'auront plus d'action en justice contre les personnes se trouvant dans une *corporation*. Cette disposition a les traits d'une responsabilité limitée pour les *shareholders*. En ce sens: Ronald Ralph FORMOY, *op. cit.*, p. 54 et 55.

189 A. F. TOPHAM and A. M. R. TOPHAM, *op. cit.*, p. 2.

190 A. F. TOPHAM and A. M. R. TOPHAM, *Ibid.*, p. 2 et 3.

191 *George The Fifth, by the Grace of God of the United Kingdom of Great Britain and Ireland and of the British Dominions beyond the Seas King, Defender of the Faith, to all to whom these presents shall come [...] : Now THEREFORE know ye that we of our special grace, &c., by these presents, for us, our heirs and successors, grant and ordain that A., B. and C., and all such other persons and bodies politic and corporate as have become, or from time to time hereafter may become, members of the said undertaking or company, and shall hold one or more shares therein, shall be a body politic and corporate in deed and in law by the name of the A. B. C. Company for carrying into effect the purposes hereinafter mentioned, &c.*

192 *Grants of Privileges to Companies Act 1834 (4 & 5 Wm. IV, c. 94)*. Cet *Act* est adopté sous William IV (1765-1837), Roi du Royaume-Uni (de Grande-Bretagne et d'Irlande) et de Hanovre, en Allemagne, de 1830 à 1837.

resta cependant marginale.

1.1.3.1.3. Le special Act du Parlement (C.)

Si une charte (*charter*) ne pouvait pas être obtenue auprès de la Couronne, une *company* désirant être légalement reconnue pouvait demander au Parlement un *special Act* à ce sujet. La loi qui était recherchée était soit une loi incorporant directement la *company*, soit une loi qui autorisait simplement la *company* à poursuivre en justice et à être poursuivie en justice par l'intermédiaire de son *secretary* ou de son *chairman*. Si ces lois spéciales étaient silencieuses sur la responsabilité des associés, ces associés ne pouvaient avoir aucune extension de responsabilité pour les dettes de la *company* incorporée. Mais d'autres lois d'incorporation rendirent les associés de la *company* responsables de leurs dettes dans la limite de leurs apports. Les lois qui permettaient aux *companies* le plus souvent de poursuivre en justice et d'être poursuivies contenaient systématiquement des clauses rendant les associés responsables des dettes de la *company* de façon illimitée. Ceci permet de mieux comprendre pourquoi la responsabilité et l'acte de l'*incorporation* ne sont pas conçus en droit anglais comme étant nécessairement et intimement liés¹⁹³.

1.1.3.2. Le Joint Stock Companies Act de 1844 ou une nouvelle forme de certificate of incorporation (II.)

Depuis le *Joint Stock Companies Act* de 1844¹⁹⁴, introduit par William GLADSTONE, alors *President of the Board of Trade*¹⁹⁵, les sociétés anglaises peuvent avoir une *incorporation*¹⁹⁶ plus libre auprès du registre des sociétés (*registrar* qui s'appelle en Angleterre actuellement la *Companies House*).

En fait, jusqu'en 1826, en dehors des pouvoirs spéciaux de la Couronne ou d'une loi du Parlement, une *company* ne pouvait pas acquérir un des privilèges de l'*incorporation* ou le pouvoir de poursuivre en justice et d'être poursuivie au nom d'un représentant. Une loi générale de 1826 permet aux *joint-stock banking companies* d'obtenir le pouvoir de poursuivre en justice et d'être

193 *Contra* P. L. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 7th ed., Sweet & Maxwell 2003, p. 30.

194 La loi 7 & 8 Vict. c. 110 [1844] est intitulée "*An Act for the Registration, Incorporation, and Regulation of Joint Stock Companies [Joint Stock Companies Act]*". Cette loi a reçu le *Royal assent* le 5 septembre 1844 et entre en vigueur le 1^{er} novembre 1844. Cette loi marque le début d'une nouvelle période pour la *company law* : Ronald Ralph FORMOY, *The historical foundations of modern company law*, London, Sweet and Maxwell Ltd, 1923, p. 67.

195 Paul DAVIES, *Introduction to Company Law*, Oxford University Press 2002, p. 1.

196 Dans les grandes compagnies, où aucun associé n'est personnellement responsable, l'idée de « personnalité du corps » s'imposa. C'est la notion anglaise de l'*incorporation*.

poursuivies au nom d'un représentant en répondant simplement à certaines conditions spécifiées et en payant les droits de timbres¹⁹⁷. Et dans l'année 1844, une loi générale permet à toutes les *companies* (avec quelques exceptions) d'obtenir d'un bureau situé à Londres un *certificate of incorporation* sans faire appel ni à une *charter*¹⁹⁸, ni à un *special Act of Parliament*¹⁹⁹. La même année, les *banking companies* formées après mai 1844 peuvent demander l'*incorporation* à la Couronne, ce que la Couronne pouvait désormais faire sans cependant pouvoir limiter la responsabilité des associés²⁰⁰.

Les *companies* constituées d'après les lois précédentes étaient essentiellement des *partnerships*. Les associés étaient responsables jusqu'à leur dernier *farthing*²⁰¹ pour les dettes de ces *companies*.

Les *companies* qui désiraient la responsabilité limitée dans un autre sens que cela étaient toujours obligées de se procurer une *charter* auprès de la Couronne ou un *special Act of Parliament*. Il a fallu attendre 1855 pour que la loi anglaise change sur ce point. Cette année là, la loi adoptée permet aux *companies* enregistrées d'après la loi de 1844 d'obtenir un certificat d'*incorporation* avec responsabilité limitée²⁰². Dans ce contexte, le voile de l'*incorporation* apporte une nouveauté et empêche les créanciers, ne pouvant plus obtenir le paiement auprès de la *company* à laquelle un associé appartient, d'appeler directement en garantie cet associé.

1.2. Les raisons de la création d'une personne morale (Section 2.)

Introduction de la section. Sous l'angle de la pratique juridique, les éléments nécessaires à la création d'une personne morale sont beaucoup moins nombreux que ceux qui pourraient être envisagés en théorie. Les raisons sont d'ailleurs observées en France, en Allemagne et en Angleterre. Ces éléments communs peuvent alors se subdiviser en deux groupes. En premier lieu, les sociétés dotées de la personnalité morale sont composées d'associés et, en second lieu, le groupement doté de la personnalité morale est constitué parce que les futurs associés ou actionnaires ont jugé que cette constitution est conforme à leurs intérêts.

Annnonce du plan de la section. Par conséquent, après avoir étudié dans un premier temps les

197 *Country Bankers Act 1826* (7 Geo. IV, c. 46).

198 Les *Chartered Companies* peuvent toujours être un moyen d'incorporer une *company*: *The British North Borneo Company* a été incorporée en 1881. *The British South Africa Company* a été incorporée en 1889. Source: A. F. TOPHAM and A. M. R. TOPHAM, *op. cit.*, p. 2.

199 7 & 8 Vict. c. 110, dénommé *The Joint Stock Companies Act, 1844*.

200 *Joint Stock Banks Act 1844* (7 & 8 Vict. c. 113).

201 Ancienne unité monétaire britannique. Un *farthing* (signifiant 4e partie) était une pièce britannique d'une valeur d'un quart de *penny*. De telles pièces furent frappées en Angleterre dès le XIII^e siècle et continuaient d'être utilisées jusqu'au 31 décembre 1960, date à laquelle cette monnaie a cessé d'avoir cours légal.

202 *The Limited Liability Act 1855* (18 & 19 Vict. c. 133).

associés de la personnalité morale des sociétés en France, en Allemagne et en Angleterre (§1.), nous étudierons dans un second temps plus spécialement l'intérêt de constituer une personne morale (§2.).

1.2.1. Les associés de la personne morale (§1.)

Introduction du paragraphe. Les sociétés n'existent que si un certain nombre d'associés sont au sein de la société. Ce sont ces associés qui constituent la société à l'origine.

Parfois le droit français, allemand ou anglais des sociétés limite le nombre maximum d'associés dans une forme de société. Par conséquent, si une société a besoin de la présence permanente d'associés en son sein, le nombre maximum d'associés n'est pas nécessairement librement choisi pour chaque forme de société.

A l'opposé, un nombre minimum d'associés est imposé lors de la constitution de la société pour obtenir le bénéfice de la personnalité morale. Cependant, au cours de la vie sociale, il se peut que le nombre d'associés devienne inférieur au minimum légal. Dans ce cas, la nullité de la société n'est envisagée en droit français que si, au jour où le juge statue, la personne morale n'a pas régularisé sa situation. En droit anglais et en droit allemand, la solution est comparable, preuve d'une certaine mansuétude des législateurs et des juges respectifs.

Annnonce du plan du paragraphe. Nous allons mettre en évidence les différences d'appréciation qui existent dans les droits français, allemand, et anglais sur le nombre (I.) et la qualité (II.) des associés d'une personne morale.

1.2.1.1. Le nombre minimum d'associés au sein d'une personne morale (I.)

Le nombre minimum d'associés nécessaire pour constituer des personnes morales en France, en Allemagne et en Angleterre est variable en fonction de la forme ou du type de sociétés étudiées. Parce que ces formes sociales se retrouvent généralement dans les trois territoires étudiés, nous allons mettre en avant le régime juridique applicable sur cette question dans la société civile (A.), la société en commandite (B.), la société anonyme (C.) et la société à responsabilité limitée (D.).

1.2.1.1.1. La société civile en France et en Allemagne (A.)

Bien avant le début du XIXe siècle, il a été considéré que pour tirer profit de la constitution d'une société, il fallait être au moins deux associés.

Cette règle est évidemment reprise dans le Code civil de 1804, alors que, comme nous l'avons montré, ce n'est qu'à la fin du XIXe siècle que les sociétés civiles se verront reconnaître la qualité de personnes morales par la jurisprudence.

Dans le Code civil de 1804, au Titre IX intitulé « Du contrat de société », l'article 1832 disposait :

« 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'actuel article 1832 issu de la réforme de 1985 énonce désormais en trois alinéas²⁰³ :

« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes. »

Par conséquent, une société se constitue, en principe, avec au moins deux personnes. Cette personne peut être une personne physique, une personne morale, voire une quasi-personne morale²⁰⁴. Ces personnes peuvent séparément ou ensemble souscrire des parts sociales ou des actions. Par exception, certaines sociétés peuvent être instituées par la volonté d'une seule personne, ce qui n'est pas le cas de la société civile actuellement²⁰⁵.

La société reste en principe le fruit du rapprochement d'au moins deux personnes et ce principe justifie la qualification de « contrat de société » aux statuts.

En revanche, en Allemagne, le *BGB* ne comporte pas de dispositions sur des sociétés civiles disposant de la personnalité morale. La société civile du Code civil allemand (*BGB-Gesellschaft*, §§705 et s.) est une société dépourvue de la personnalité morale qui est classifiée dans les *Personengesellschaften*²⁰⁶. Plusieurs personnes, dénommées en allemand *Gesellschafter*, signent le contrat de société. Des droits spéciaux précisent le nombre d'associés lors de la constitution de la personne morale (*juristische Person*).

203 Le texte de l'article 1832 du Code civil reproduit est issu de la rédaction dans laquelle elle a été promulguée par la loi n°85-697 du 11 juillet 1985, art. 1 (JORF du 12 juillet 1985, p. 7862). P. LE CANNU, *Monsieur de Saint Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil*, Bull. Joly 2012, n°9, p. 672.

204 Voir *infra* Titre II Chapitre II.

205 La loi ne prévoyant pas que la société civile puisse être instituée par l'acte de volonté d'une seule personne.

206 Voir *infra* Titre II Chapitre II.

En droit anglais, le concept de société civile n'existe pas. En tout cas, le droit anglais des sociétés se refuse longtemps d'envisager la constitution d'une personne morale avec un seul associé. C'est sous la contrainte européenne que le droit anglais va finir par l'admettre²⁰⁷.

1.2.1.1.2. La société en commandite en France, en Allemagne et en Angleterre (B.)

Dans les sociétés en commandite simple, deux catégories d'associés sont alors distinguées : les commandités et les commanditaires. Il faut alors pour ces sociétés nécessairement au moins un associé dans chacune de ces catégories.

Dans les sociétés en commandite par actions, le Code de commerce érige une règle plus stricte. L'actuel article L226-1 de ce code impose la constitution de la société en commandite par actions entre un ou plusieurs commandités et au moins trois associés commanditaires.

A titre de comparaison, en droit anglais, le *limited partnership* prévu par *Limited Partnership Act 1907* ne dispose pas de la personnalité morale en Angleterre, alors que cette même société dispose de cette personnalité en Ecosse. Cette société a toutefois été construite sur le modèle de la société française en commandite simple. On distingue alors les associés commanditaires (*general partners*) des associés commandités (*limited partners*) qui doivent automatiquement être connus par la *Companies House* pour pouvoir avoir effectivement cette dernière qualité. En effet, si le registre du commerce anglais n'a pas connaissance de la qualité de « *limited partner* », l'associé concerné est considéré comme un « *general partner* » et il répondra indéfiniment des dettes sociales de la société.

En Allemagne, la société en commandite simple (*Kommanditgesellschaft*) est dépourvue de la personnalité morale. En revanche, comme nous l'avons précisé, la société en commandite par actions de forme allemande (*Kommanditgesellschaft auf Aktien – KGaA*) dispose de la personnalité morale depuis la fin du XIXe siècle dans toute l'Allemagne. L'*ADHGB* reconnaissait déjà les qualités d'associé commandité (*persönlich haftender Gesellschafter – ADHGB, Art. 175 §1*) et d'associé commanditaire (*Komplementär – ADHGB, Art. 175 §1*) dans les *Kommanditgesellschaften auf Aktien*. Cette distinction sera simplement reprise dans le *HGB 1900*

207 Voir *infra*.

(HGB, §161), puis dans les *Aktiengesetze* du 30 janvier 1937²⁰⁸ et du 6 septembre 1965 (§278 *AktG* 1965) pour la *Kommanditgesellschaft auf Aktien*. Aujourd'hui, et à la différence du droit français, le droit allemand des sociétés impose de constituer une société en commandite par actions avec au moins un associé commandité et seulement deux associés commanditaires²⁰⁹.

1.2.1.1.3. La société anonyme en France, en Allemagne et en Angleterre (C.)

L'article 23 de la loi du 24 juillet 1867 impose dans les sociétés anonymes françaises le nombre minimum de sept actionnaires. L'importance des fonds qui doivent être souscrits lors de la constitution de la société anonyme est également plus élevée que dans les autres formes de société. Ce nombre minimum de souscripteurs est resté inchangé depuis 1867. Il se retrouve également dans le *Companies Act 1862* en Angleterre pour les sociétés dénommées en anglais *joint stock companies*. Cette exigence anglaise se justifiait à l'époque pour permettre aux créanciers sociaux d'avoir une action en responsabilité plus efficace si la société était finalement liquidée²¹⁰. En droit français, son maintien plus d'un siècle plus tard dans la loi de 1966 et à l'article L225-1 du Code de commerce peut sembler étonnant à la vue des évolutions allemandes et anglaises. Pour autant, pour une forme juridique réservée, il est vrai, aux professions réglementées, le nombre d'actionnaires dans une société d'exercice libéral à forme anonyme (SELAFA) est, par exception, au minimum de trois et non plus de sept²¹¹.

En droit allemand, le nombre d'associés dans une société anonyme de forme allemande (*Aktiengesellschaft*), initialement de cinq²¹², est tombé à un au minimum depuis une loi du 2 août 1994²¹³ et le *paragraph 2* dénommé « *Gründerzahl* » du *Aktiengesetz 1965* énonce désormais :

« Lors de la constatation du contrat de société, doivent participer une ou plusieurs personnes qui acceptent des actions contre un apport²¹⁴. »

Pour répondre en écho au « progrès » allemand, le droit français a introduit à la même époque, en

208 L'*Aktiengesetz* (AktG) du 6 septembre 1965 (*BGBI. I S. 1089*) est la loi qui reformera les règles applicables aux AG et aux KGaA du *Gesetz* du 30 janvier 1937 (*DRGBl. I S. 107*). Source : W. HEFERMEHL, *Aktiengesetz ~ GmbH-Gesetz, Textausgabe mit ausführlichem Sachregister und einer Einführung*, 28. Auflage, CH Beck, München, 1997, VIII.

209 HUECK/WINDBICHLER, *Gesellschaftsrecht*, 21. Auflage, Verlag C. H. Beck München 2008, §34 -4, p. 448.

210 Ed. Fuzier-Herman, *Répertoire général alphabétique du droit français*, tome 34, Paris, 1904, p. 629, n°3000.

211 Loi n°90-1258 du 31 décembre 1990, art. 4 : « Par dérogation à l'article 73 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 précitée, le nombre minimum d'associés requis pour la constitution d'une société d'exercice libéral à forme anonyme est de trois. »

212 §182 HGB : au moins cinq personnes (*Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897*).

213 *BGBI. I S. 1961 : Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts*; Blanke, BB 1994, 1505; Kindler, *Die Aktiengesellschaft für den Mittelstand*, NJW 1994, 3041.

214 *An der Feststellung des Gesellschaftsvertrags (der Satzung) müssen sich eine oder mehrere Personen beteiligen, welche die Aktien gegen Einlagen übernehmen.*

1994²¹⁵, une nouvelle variété de société par actions, la société par actions simplifiée (SAS) devant avoir au moins deux actionnaires personnes morales et, en 1999, le législateur français a accepté de considérer qu'une SAS puisse avoir un associé unique, qui n'est pas nécessairement le président de la SAS²¹⁶ et qui peut être une personne physique ou une personne morale. On parle alors de société par actions simplifiée unipersonnelle. Il n'existe en revanche toujours pas de société anonyme unipersonnelle en France.

En droit anglais, une *company* ne pouvait s'imaginer, en principe, à moins de deux associés et une *public company* devait toujours avoir au moins plusieurs associés²¹⁷. Cette solution est toutefois récente car, avant le *Companies Act 1980*, au moins sept *members* devaient souscrire des actions dans une *public company*²¹⁸. Depuis l'entrée en vigueur, le 1er octobre 2009, de certaines dispositions du *Companies Act 2006*, il est maintenant possible de constituer une *public company* avec un seul et unique associé²¹⁹. Par conséquent, le fait d'avoir au moins un seul associé est aujourd'hui la règle pour les *limited companies*.

1.2.1.1.4. La société à responsabilité limitée en France, en Allemagne et en Angleterre (D.)

Pour les sociétés à responsabilité limitée, l'Allemagne, puis la France ont permis à cette forme de société d'avoir un associé unique. L'Angleterre, à travers le Royaume-Uni, ne l'a toléré que beaucoup plus tardivement.

En Allemagne, la *GmbH* peut avoir un seul associé depuis la *GmbH-Novelle* du 4 juillet 1980²²⁰. Le *paragraph 1* du *GmbHG* dispose après cette modification législative²²¹ :

« Les *GmbH* peuvent être constituées par une ou plusieurs personnes dans la mesure des dispositions de la présente loi pour un objet licite recevable²²². »

215 Loi n°94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée : JORF 4 janvier 1994, p. 129 où le nouvel article 262-1 de la loi n°66-637 du 24 juillet 1966 autorise deux ou plusieurs sociétés à constituer entre elles une société par actions simplifiée.

216 Art. 3 de la loi n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche : JORF du 13 juillet 1999, p. 10398 et voir *infra*. Les règles concernant les SAS se trouvent désormais dans le Code de commerce.

217 En ce sens, le *Companies Act 1985*, *section 1(1)* énonce : "Any two or more persons associated for a lawful purpose may, by subscribing their names to a memorandum of association and otherwise complying with the requirements of this Act in respect of registration, form an incorporated company with or without limited liability".

218 Voir not. *the Joint Stock Companies Act 1844*, *the Companies Act 1907* et *the Companies Act 1948*.

219 CA 2006, ss. 7, 38 et SI 2008/2860 (C. 126) dénommé *The Companies Act 2006 (Commencement No. 8, Transitional Provisions and Savings) Order 2008*.

220 BGBI. I S. 836.

221 Source : SCHÖNFELDER, *Deutsche Gesetze, Textsammlung*, Verlag CH Beck, mises à jour permanentes des fiches.

222 *Gesellschaften mit beschränkter Haftung können nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes zu jedem*

En France, la SARL à un associé est devenue une réalité sous la dénomination de « Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » depuis une loi du 11 juillet 1985²²³. Il n'apparaît pas opportun d'utiliser l'acronyme "EURL" dans la dénomination sociale de la société car, dès que la société voudra intégrer un nouvel associé, il faudra alors modifier nécessairement les statuts pour en tenir compte, ce qui est normal, mais aussi la dénomination sociale de la société, ce qui peut être plus problématique. Il est alors conseillé de considérer qu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée à un seul associé²²⁴.

Quoi qu'il en soit, cette réforme de 1985 constitue en France une révolution. Par cette loi, le législateur admet qu'une seule personne physique ou morale puisse créer une SARL²²⁵. Cette solution est clairement motivée par le législateur dans l'exposé des motifs du projet de loi et dans des rapports effectués par chacune des deux chambres du Parlement²²⁶.

L'exposé des motifs du projet de loi dispose :

« La solution recherchée réside dans une réforme consistant à permettre à la société à responsabilité limitée d'être créée et de fonctionner indifféremment avec un ou plusieurs associés.

C'est ce qu'a fait la loi allemande du 4 juillet 1980 relative à la GmbH qui dispose dans son article premier qu'une GmbH peut être constituée par une ou plusieurs personnes.

Le présent projet de loi prévoit une adaptation de la définition de la société. Il résultera en effet du nouveau texte qu'une société pourra être créée non seulement par contrat mais aussi par un acte unilatéral de volonté; la conséquence logique est qu'il n'est plus possible d'assimiler l'institution de la société au contrat au moyen duquel elle est créée et qu'il faut affirmer la dualité des modalités possibles de création de l'institution, que sont le contrat et l'acte unilatéral de volonté »

Le rapport effectué par Monsieur G. GOUZES, député, est plus précis²²⁷ :

« Le thème de la société unipersonnelle est ancien, et a également fait l'objet de nombreux débats de doctrine. Certains Etats étrangers l'ont introduite dans leur législation : le Liechtenstein, plusieurs Etats des Etats-Unis, et tout dernièrement l'Allemagne, avec la loi fédérale du 4 juillet 1980, qui a autorisé la constitution d'une SARL unipersonnelle (*die*

gesetzlich zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen errichtet werden.

223 Loi n°85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.

224 Voir, en ce sens, la prise de conscience du législateur qui est intervenue par le titre du décret n°2006-301 du 9 mars 2006 relatif au modèle de statuts types de la société à responsabilité limitée à associé unique. Le décret ne parle plus d'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée... Si ce décret de 2006 a été abrogé par le décret n°2007-431 du 25 mars 2007 relatif à la partie réglementaire du code de commerce, un nouveau décret n°2008-1419 du 19 décembre 2008 propose un nouveau modèle de statuts types des sociétés à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance.

225 Et également une EARL.

226 Projet de loi n°2577; Rapport AN n°2598; Rapport Sénat n°287. Source : Archives de l'Assemblée nationale.

227 Rapport AN n°2598 précité, p. 10 et sq.

Einmann-GmbH). Si l'on considère que la SARL a été introduite dans notre droit en 1925 sur le modèle de la loi allemande de 1892 qui a créé la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)*, on ne manque pas d'observer aujourd'hui le même phénomène de contagion [...]

Subsiste néanmoins l'interdiction de créer *ab initio* une société unipersonnelle. Quant au recours à un ou plusieurs hommes de paille pour constituer respectivement une SARL ou une SA, il est sanctionné par la jurisprudence. En RFA²²⁸ au contraire, la jurisprudence avait très tôt admis la licéité des SARL constituées avec le recours à un fiduciaire (*Treuhänder*) ou à un homme de paille (*Strohmann*); en pratique, deux contrats étaient signés le même jour : le contrat de constitution de la société, signé par deux personnes s'engageant à souscrire des parts, et un deuxième contrat par lequel l'un des associés cède à l'autre la totalité de ses parts. La loi allemande du 4 juillet 1980 qui a reconnu la licéité de la SARL constituée par une seule personne n'a donc fait que consacrer une pratique déjà admise en droit. Le présent projet tend, quant à lui, à légaliser une pratique qui, pour être largement répandue, est cependant considérée comme un recours frauduleux à une société fictive »

Enfin, le rapport de Monsieur J. ARTHUIS²²⁹, sénateur, apporte quelques éléments supplémentaires :

« Confronté à cette discrimination entre entrepreneur, personne physique, dont la responsabilité est totale et illimitée, et l'associé d'une société de capitaux, dont la responsabilité se cantonne à ses apports, ainsi qu'à ce détournement de la forme sociétaire pour satisfaire des desseins personnels, le projet de loi, qui s'inspire du rapport remis par M. Sudreau, en 1975, contribue à l'élaboration d'un statut de la société unipersonnelle [...]

Le projet de loi se bornerait simplement à autoriser la création, *ab initio*, par une personne privée d'une société unipersonnelle.

Cette solution avait d'ailleurs été préconisée par des propositions de loi émanant de députés. En effet, les propositions de loi présentées, par M. Modiano²³⁰ et par M. Cousté²³¹ ont tenté d'organiser la société unipersonnelle. »

Le législateur propose un régime dérogatoire pour les SARL, afin d'adapter et de légaliser une pratique en France. Il utilise le droit comparé et les différents travaux qui ont été réalisés sur le sujet depuis le début des années 1970. Il y a donc eu une lente maturation de l'élaboration du concept de société unipersonnelle en France, dans le but de ne pas nuire au système de la personnalité morale. D'ailleurs, la société unipersonnelle est conçue comme un dispositif transitoire, la situation normale étant toujours la société à plusieurs associés²³².

L'article 34 de la loi de 1966 voit sa rédaction modifiée de la façon suivante :

« La société à responsabilité limitée est instituée par une ou plusieurs personnes qui ne

228 République Fédérale Allemande (ou BRD, *Bundesrepublik Deutschland*).

229 Rapport Sénat n°287.

230 Proposition de loi Modiano, AN n°1384, 8 octobre 1970.

231 Propositions de loi Cousté; AN n°287, 10 mai 1973; n°3404, 20 décembre 1977; n°55, 18 avril 1978; n°556, 1 juillet 1978; et n°26, 8 juillet 1981.

232 Voir cependant suite à la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises modifiant l'article L223-1 du Code de commerce, le décret n°2006-301 du 9 mars 2006 relatif au modèle de statuts types de la société à responsabilité limitée à associé unique qui semble proposer à des entrepreneurs individuels adoptant la forme sociale de figer les statuts de la SARL à associé unique, solution qui peut sembler antiéconomique. Il ne constitue en tout état de cause qu'une pâle ressemblance avec le *Table A* anglais. La loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie va un peu plus loin en imposant ces statuts types à défaut d'enregistrement d'autres statuts pour certaines EURL.

supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports.

Lorsque la société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée "associé unique". L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés par les dispositions du présent chapitre »

Enfin, nous remarquons que le rapport de M. le député GOUZES évoque le recours à des hommes de paille pour constituer une société anonyme. Finalement, des lois sur les sociétés unipersonnelles de sociétés par actions sont adoptées en 1994 en Allemagne, en 1999 en France²³³ et en 2006 en Angleterre²³⁴. Ces lois ne concernent toutefois pas la société anonyme de droit français où les hommes de paille perdurent malgré la sanction de la jurisprudence.

L'article 3 de la loi n°99-587 énonce pour les seules SAS :

« Une société par actions simplifiée peut être instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leur apport.

Lorsque cette société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée "associé unique". L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus aux associés lorsque la présente section prévoit une prise de décision collective. »

Si la libéralisation de l'*incorporation* était à la pointe de la Révolution industrielle du XIXe siècle, le législateur anglais n'est pas enthousiaste lorsqu'il voit les Etats-Unis d'Amérique et les Etats du continent européen généraliser la société à responsabilité limitée à un associé unique. Aussi, ce sera sous la contrainte d'une directive communautaire de 1989 que les *private limited companies* pourront n'avoir qu'un seul associé.

Un *Statutory Instrument* de 1992 sera alors nécessaire pour transposer cette directive en droit anglais²³⁵ et pour introduire une nouvelle « *subsection 3A* » dans la première *section* du *Companies Act 1985* dans les termes suivants :

« Par exception à la *subsection (1)*²³⁶, une seule personne peut constituer pour un objet licite une *incorporated company* étant une *private company limited by shares* ou une *private company limited by guarantee* en spécifiant son nom sur un *memorandum of association* et en remplissant les autres obligations du *Companies Act 1985* liées à son enregistrement²³⁷. »

Finalement, à partir de 1992, la loi sur les sociétés anglaise (*Companies Act 1985*) prévoit enfin des règles relatives au nombre minimum d'associés pour des *private limited companies*. en faisant

233 Loi n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche créant les sociétés par actions simplifiées unipersonnelles (SASU) : JORF n°160 du 13 juillet 1999, p. 10398.

234 Sous réserve d'entrer en vigueur.

235 *The Companies (Single Member Private Limited Companies) Regulations 1992, SI 1992/1699*. Une extension de ce dispositif pour les *public companies* est envisagée dans le *Companies Act 2006*.

236 La *subsection (1)* concerne la règle générale de l'obligation d'avoir deux *members* pour constituer une *company* (CA 1985, s. 1(1) *supra*).

237 *Notwithstanding subsection (1), one person may, for a lawful purpose, by subscribing his name to a memorandum of association and otherwise complying with the requirements of this Act in respect of registration, form an incorporated company being a private company limited by shares or limited by guarantee.*

descendre ce nombre à un seul et unique associé. Le nombre d'un seul associé devient finalement la règle pour toutes les *companies* anglaise à partir du *Companies Act 2006*²³⁸.

1.2.1.2. La qualité des associés d'une personne morale (II.)

En Angleterre, à cause de la jurisprudence *Salomon v Salomon & Co Ltd* de 1897²³⁹, la *company* est un sujet de droit clairement distinct de ses associés. Le terme « *person* » sous-entend, en droit anglais des sociétés, les notions de '*natural person*' et de '*legal person*'. Dès lors, si les associés d'une *company* sont des « *persons* », ces associés pourront être des personnes physiques ou des personnes morales. Le *BGB* allemand de 1900 distingue les *natürliche Personen*²⁴⁰ des *juristische Personen*²⁴¹. Ceci était d'ailleurs déjà le cas du *BGB* du *Königreich Sachsen* en 1888²⁴². En France, nous le savons, le Code civil n'intégrera la notion de personne morale à côté de celle de personne physique qu'en 1978.

Cette dichotomie du terme *person* en droit anglais (tout comme d'ailleurs en droit français et en droit allemand moderne) peut expliquer en partie l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme protégeant des articles de la convention²⁴³ les personnes morales au-delà même des dispositions du premier protocole additionnel y faisant expressément référence²⁴⁴. Par conséquent, l'intégration par les systèmes juridiques de la qualité de l'associé ou de l'actionnaire d'une société dépendra de la maturation du système juridique en question vis-à-vis de la notion même de personne morale.

En Allemagne, le terme *Person* est attaché à la personne physique et a été étendu par la doctrine allemande et par l'école de *Pandekten* initiée par SAVIGNY aux personnes morales. L'abstraction en

238 CA 2006, s. 7 : '*A company is formed under this Act by one or more persons*'.

239 *Salomon v Salomon & Co Ltd* [1897] A.C. 22. Voir annexe 14 ; Voir déjà le précédent *R v Arnaud* (1846) 9 QB 806. Voir annexe 13.

240 *BGB 1900*, §§ 10 et sq.

241 *BGB 1900*, §§ 15 et sq.

242 FRANCKE, Bernhard, *Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst der Gerichtsordnung und anderen hiermit in Verbindung stehenden Reichs- und Landesgesetzen*, 2. Auflage, Leipzig : Druck und Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung, 1888, p. 11 à 14, distingue dans les personnes (§§30-57 *BGB* Sachsen), d'une part, les personnes physiques (*Physische Personen*) et, d'autre part, les personnes morales (*juristische Personen*).

243 CEDH, 16 avril 2002, société Colas Est et a. c/ France, n°37971/97; AJDA 2002, p. 500 obs. JF FLAUSS; D. 2003, n°23, p. 1541 et sq., obs. A. LEPAGE; D. 2003, somm., p. 527, obs. C BIRSAN; JCP 2002, I, n°153, obs. R. BESROUR; JCP éd E 2003, p. 77, obs. B. ESPESON-VERGEAT; JCP éd. E 2003, p. 560, obs. J RAYNAUD; Bull. Joly 2002, p. 953, note N. MATHEY: Les personnes morales de droit privé à but lucratif ont un domicile au sens de l'art. 8 de la Convention, la Cour érige le droit à sa protection. *Comp. CEDH*, 30 mars 1989, Chappel c/ Royaume-Uni, série A, n°152-A, p. 13; CEDH, 16 décembre 1992, Niemietz c/ Allemagne, série A, n°251-B, p. 34 :D1993, somm., p. 386, obs. JF RENUCCI; AJDA 1993, p. 114, obs. JF FLAUSS ; JF FLAUSS, *Le contentieux de la réparation devant la CEDH: Eldorado pour les victimes et fonds de commerce pour les conseils?* in Mélanges JP Sortais, Bruylant, 2002, p. 155 et sq.

244 Critique du Professeur Bernard TEYSSIÉ dans une étude en droit des personnes in JCP éd. G, n° 28, 9 Juillet 2003, I p. 150 qui parle de "glissement sémantique [...] assurément excessif".

Allemagne est telle qu'une forme originale de société est tolérée en premier lieu en Bavière au début du XXe siècle²⁴⁵. Il s'agit de la *GmbH&Co KG*. Cette forme sociale est originale parce que le commandité étant une *GmbH*, tous les associés de cette société ont une responsabilité limitée. Tout est alors une question de degré²⁴⁶. Alors que la *KGaA* est une variante de l'*AG*, la *GmbH&Co KG* est une *KG* particulière. Par conséquent, la *GmbH&Co KG* n'a pas de personnalité morale et informe les tiers souhaitant contracter avec elle de la responsabilité limitée de l'ensemble de ces associés. Cette situation juridique peut parfaitement apparaître en Angleterre ou en France, mais, dans ce cas, ni le droit anglais, ni le droit français n'informe les tiers de la structure juridique de l'associé commandité. Ces deux droits se limitent à informer les tiers qu'il s'agit d'un *limited partnership* ou d'une société en commandite simple. C'est en ce sens que nous pouvons affirmer que le droit allemand reconnaît juridiquement les groupes de sociétés, alors que les droits anglais et français restent beaucoup plus silencieux sur ce point.

En France, le terme « personne » est progressivement assimilé à une personne physique ou une personne morale. Si les associés ou les actionnaires sont l'une de ces deux catégories de personnes, certains dirigeants des sociétés doivent obligatoirement être une personne physique. Ainsi, par exemples, le président du conseil d'administration ou le directeur général d'une société anonyme, tout comme le gérant d'une société à responsabilité limitée, doivent être une personne physique. En revanche, le président d'une société par actions simplifiée n'est pas nécessairement une personne physique. Par comparaison, en Allemagne, le gérant (*Geschäftsführer*) d'une *GmbH*, par exemple, doit être nécessairement une personne physique²⁴⁷.

Malgré tout, les textes normatifs utilisent largement aujourd'hui les expressions « personne physique » ou « personne morale » pour décrire la qualité particulière des associés de la personne morale.

Conclusion du premier paragraphe (1.2.1). Les associés ou actionnaires de la personnalité

245 BayObLG du 16 février 1912 **Voir Annexe 9** ; Pour une jurisprudence au niveau du *Reichsgericht* RGZ 105, 101 de 1922 confirmée par la *Bundesgerichtshof*, sorte de Cour de cassation allemande.

246 Cette question devient cruciale lorsqu'il est question de déterminer la fiscalité de telles structures. Lire notamment KLAUSS, Herbert et MITTELBACH, Rolf, *Die GmbH & Co KG*, Ludwigshafen (Rhein) : Friedrich Kiehl GmbH, 1971, p. 75 et sq., spéc. p. 119 et sq.

247 §6 Abs. 2 *GmbHG*. FÖRTSCH, Richard: *Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in der am 1. Januar in Wirksamkeit tretenden Fassung*, 2. Auflage, Leipzig 1899, p. 27 précise alors que le gérant (*Geschäftsführer*) peut être un des associés ou une autre personne. Dans une version actuelle du *GmbHG*, le fait que le gérant soit une personne physique est expressément précisé dans la même disposition légale : HÜFFER, Uwe, *Gesellschaftsrecht – Textausgabe mit ausführlichem Sachverzeichnis und einer Einführung von Universitätsprofessor Dr. Uwe Hüffer*, 8. Auflage, München : Deutscher Taschenbuch Verlag, 2006, p. 2.

morale des sociétés en France, en Allemagne et en Angleterre présentent deux caractères communs. En premier lieu, le nombre minimum d'associés imposé par la loi pour constituer une forme de société donnée n'est pas figé dans le temps. Ce nombre est cependant toujours resté compris entre un et sept. Cette évolution altère simplement l'idée de contrat de société dans le cas où il n'y a qu'un seul associé ou actionnaire dans la société. Parallèlement, la qualité des associés de la personne morale peut être choisie ou imposée par la loi. Si les expressions « personne physique » et « personne morale » restent fréquemment utilisées par le législateur, le mot « personne » semble avoir pris en deux siècles une signification de plus en plus large en regroupant sous ce vocable les personnes physiques et les personnes morales. Il est alors également possible de se demander si, dans le marché unique européen actuel, des personnes morales d'un autre Etat membre de l'Union européenne peuvent être associées ou actionnaires. L'Allemagne autorise ainsi la constitution de *Limited & Co. KG*²⁴⁸ sur son territoire.

1.2.2. L'intérêt de constituer une personne morale (§2.)

Une personne morale se crée parce que les futurs associés de cette société considèrent que la constitution d'une société dotée de la personnalité morale présente plus d'intérêt pour eux que l'usage d'un groupement dénué de personnalité morale²⁴⁹. Pour aider les futurs associés de la société à choisir, la pratique peut conseiller que, si des intérêts propres doivent exister, une personne morale autonome²⁵⁰ doit naître.

Le commerce s'est développé dans l'Antiquité en Méditerranée par la mer et les ports. La première Révolution industrielle est née, quant à elle, grâce au télégramme et au train²⁵¹. L'intérêt de constituer des personnes morales était d'autant plus important qu'il permettait le financement du

248 Par exemple, à Munich *alphastar entertainment Limited & Co. KG*, à Düsseldorf *AKD Objektmanagement Limited & Co. KG* et à Francfort-sur-le-Main *Finest Clocks Limited & Co. KG*.

249 Nicolas MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, sous la direction du Prof. Laurent LEVENEUR, 2001, p. 279.

250 BARUCHEL, Nathalie, *La personnalité morale en droit privé – Eléments d'une théorie*, thèse, Paris : LGDJ, Bibliothèque de droit privé tome 410, 2004, préface.

251 De très nombreuses lois concernent à partir du XIXe siècle les trains en Angleterre, notamment : *Railway Regulation Act 1840* c. 97 ; *Railway Regulation Act 1842* c. 55 ; *Railway Regulation Act 1844* c. 85 ; *Railways Clauses Consolidation Act 1845* c. 20 ; *Railways Act 1848* c. 3 ; *Midland Great Western Railway Act 1849* c. 62 ; *Railway Regulation Act 1851* c. 64 ; *Railway and Canal Traffic Act 1854* c. 31 ; *Midland Great Western Railway Act 1854* c. 124 ; *Railways and Canals Act 1860* c. 41 ; *Railways Clauses Act 1863* c. 92 ; *Railway Companies Securities Act 1866* c. 108 ; *Railway Companies Act 1867* c. 127 ; *Railway Companies Act 1868* c. 79 ; *Railway Companies Meetings Act 1869* c. 6 ; *Railway Rolling Stock Protection Act 1872* c. 50 ; *London and North Western Railway (Additional Powers) Act 1872* c. 87 ; *Stocksbridge Railway Act 1874* c. 4 ; *Railway Companies Act 1875* c. 31 ; *Railway and Canal Traffic Act 1888* c. 25 ; *Railway and Canal Traffic Act 1892* c. 44 ; *Railway and Canal Traffic Act 1894* c. 54 ; *Light Railways Act 1896* c. 48 ; *Light Railway Commissioners (Salaries) Act 1901* c. 36 ; *Railways (Electrical Power) Act 1903* c. 30 ; *Railways (Private Sidings) Act 1904* c. 19 ; *Railway Fires Act 1905* c. 11 ; *Railway Companies (Accounts and Returns) Act 1911* c. 34 ; *Light Railways Act 1912* c. 19 ; *Railway and Canal Traffic Act 1913* c. 29 ; *Railway Act 1921* c. 55 ; *Railway Fires Act (1905) Amendment Act 1923* c. 27 ; *Railways (Agreement) Act 1935* c. 6.

développement du réseau ferroviaire.

Simplement, d'un point de vue comparatiste, il est utile de présenter la façon dont cette problématique initiale a évolué outre-Manche (I.), outre-Rhin (II.) et dans l'Hexagone (III.).

1.2.2.1. L'intérêt outre-Manche (I.)

Face aux contraintes pesant sur les personnes physiques et notamment leur responsabilité personnelle importante, les *limited companies* apparaissant en Angleterre en 1855 sont de véritables alternatives aux *partnerships*, si bien que de nombreux *partnerships* se transformeront en *limited companies*. L'intérêt anglais d'avoir l'*incorporation* d'une *limited company* est alors évident : limiter la responsabilité des associés au montant de leur apport. L'essor des *limited companies* ne s'est alors jamais démenti et les lois clarifiant le statut des *partnerships* par le *Partnership Act 1890* ou le nouveau *limited partnership* du *Limited Partnership Act 1907* n'inverseront pas la tendance. Le *Limited Liability Partnership Act 2000* conduira enfin à l'essor des *limited liability partnerships* en Angleterre dans la période récente parce que cette personne morale correspond à une forme de société déjà présente aux Etats-Unis d'Amérique depuis 1991²⁵².

1.2.2.2. L'intérêt outre-Rhin (II.)

En Allemagne, la forme sociale la plus complexe reste la *Aktiengesellschaft (AG)*. La *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)* est, quant à elle, la forme sociale la plus importante en volume²⁵³. Sans doute la *GmbH* répond aux *limited companies* anglaises en ce sens que la responsabilité des associés est également limitée. Pour autant, il semble que la facilité des *limited companies* anglaises conduise la pratique allemande à recourir à cette forme de société plutôt qu'à la constitution d'une *GmbH* allemande. Un projet de réforme de la loi allemande sur les sociétés à responsabilité limitée (*GmbHG*) est nécessaire pour cette raison et l'une des principales mesures est de réduire le montant minimum du capital souscrit à la constitution de la société sans aller jusqu'à ce qui s'est passé en France en 2003²⁵⁴ pour la SARL ou en 2008²⁵⁵ pour la SAS. Le projet de loi a été définitivement adopté le 23 mai 2007 par le gouvernement allemand et le texte a été adopté par

252 TWOMEY, Michael, *Partnership law*, Dublin : Butterworths Irish Law Library, 2000, n°1-34, p. 14.

253 *Gesellschaftsrecht für die Praxis 2008*, 9. Auflage, Memento Verlag 2007, *Grundlagen*.

254 Voir l'article 1 de la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique disposant que, dans les SARL, « le montant du capital de la société est fixé librement dans les statuts ».

255 La loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie prévoit ainsi que le montant du capital social est fixé par les statuts de la société par actions simplifiée.

le *Bundestag* le 26 juin 2008 et la loi *MoMiG* est entrée en vigueur le 1er novembre 2008²⁵⁶. L'Allemagne cherche à rendre de nouveau attractive la *GmbH* allemande face au développement de la *Limited* anglaise sur son sol.

1.2.2.3. L'intérêt en France (III.)

En France, sans attendre la suppression de l'autorisation gouvernementale sur les sociétés anonymes²⁵⁷, les futurs associés d'une société ont souvent privilégié la société en commandite par actions qui n'était pas soumise à une telle autorisation²⁵⁸. Ensuite, parce que les territoires dits de « l'Alsace-Lorraine » (*Elsaß-Lothringen*) ont été gagnés sur la France en vertu du traité de Francfort par le *Reich* allemand de 1871 à 1918, le législateur français découvrant la *GmbH* après la Grande Guerre décide de proposer une nouvelle forme de société commerciale à de futurs associés. Cette société sera appelée la société à responsabilité limitée ou SARL en 1925. Le succès de cette forme de société ne se dément pas malgré l'apparition, dans les années 1990, de la société par actions simplifiée. L'intérêt de constituer une personne morale réside alors dans la responsabilité limitée comme en Angleterre et en Allemagne, mais aussi dans la simplification du fonctionnement interne de la société avec une plus grande place laissée à la liberté contractuelle.

Conclusion de la deuxième section (1.2.). Sans associé, une société n'a pas de raison d'être. Avec un seul associé, seule l'admission de la notion de patrimoine propre de la personne morale justifie de distinguer les actes de l'associé unique des actes de la personne morale. Au delà, le contrat de société permet aux futurs associés de choisir la forme de société qui leur conviendra le mieux. Par ailleurs, dans chacun des territoires étudiés, le législateur cherche à déceler les bonnes pratiques mises en œuvre dans un autre Etat que le sien pour les transplanter le cas échéant. Ce fut le cas de la société en commandite ou de la société à responsabilité limitée. Il est également essentiel de déterminer les dirigeants de la personne morale car certaines formes de société imposent d'avoir des dirigeants personnes physiques. Il faut alors déterminer la stratégie qui doit être mise en place pour

256 Le projet de *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)* vise clairement à stopper l'hémorragie constatée en Allemagne en faveur des *private limited companies* de droit anglais. Source : Bundesministerium der Justiz (BMJ), communiqué de presse du 23 mai 2007 intitulé « *Reformen für Gründer – das MoMiG* ». Cette loi du 23 octobre 2008 est entrée en vigueur le 1er novembre 2008 : BGBl. I S. 2026 (Nr. 48).

257 Loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés publiée au Recueil Duvergier, p. 241.

258 Le législateur tenta de soumettre les sociétés en commandite par actions à une autorisation gouvernementale. Un projet de loi déposé au bureau de la Chambre des députés le 15 février 1838 visait même à supprimer les sociétés en commandite par action, sous l'influence de E. VINCENS, mais il sera vivement critiqué par de nombreux juristes dont M. L. WOŁOWSKI, rédacteur en chef de la revue législation et jurisprudence. Source : Archives de l'Assemblée nationale.

arriver à la fin souhaitée par les fondateurs d'une société ou, en cours de vie sociale, par les associés et par les dirigeants de la société.

1.3. Les techniques juridiques entourant la constitution de la personne morale (Section 3)

Introduction de la section. Les futurs associés ou actionnaires peuvent engager des frais pour le compte d'une société qui n'est pas encore dotée de la personnalité morale en droit français, en droit allemand et en droit anglais. Pour autant, deux variétés de difficultés se font jour autour de cette période essentielle de la vie d'une personne morale de sociétés. Les fondateurs de la société doivent effectivement savoir comment constituer dans les meilleurs délais la personne morale choisie. Ils pourront dans ce cas avoir pris l'initiative d'effectuer certaines opérations dans l'optique de la constitution de la personne morale. Après la constitution de la personne morale, les dirigeants de celle-ci bénéficient des pouvoirs de représentation de la personne morale les plus étendus. Simplement, certains organes de direction peuvent alors être imposés ou proposés par la loi en fonction de la forme de la société qui aura été finalement choisie.

Annnonce du plan de la section. Dans ce contexte, en France, en Allemagne et en Angleterre, deux techniques juridiques entourant la constitution de la personne morale revêtent une importance cruciale pour la société. Il s'agit, en premier lieu, de la notion de reprise des actes de la société en formation (§1.) et, en second lieu, de la nomination de ses représentants (§2.).

1.3.1. La reprise des actes d'une société en formation (§1.)

La reprise des actes d'une société en formation n'est pas appréhendée de manière strictement identique en France, en Allemagne et en Angleterre. Aussi, après avoir étudié le cas français (I.) puis la situation en Allemagne (II.), nous présenterons la simplicité apparente du droit anglais des sociétés (III.).

1.3.1.1. Le cas français (I.)

En France, les futurs associés doivent conclure les contrats en leur nom propre et la société nouvellement constituée peut reprendre à son compte les contrats en cause. Cette reprise des contrats doit alors être soit jointe aux statuts d'origine de la société, soit être obtenue par une

résolution particulière de l'assemblée des associés après la constitution de la société.

Cette approche du droit français des sociétés est l'une des conséquences de l'acquisition de la personnalité morale lors de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

La question de savoir précisément comment les actes d'une société en formation peuvent être repris continue de faire débat.

Les fondateurs peuvent soumettre les engagements qu'ils ont souscrits pour le compte d'une société en formation à trois époques : avant la signature des statuts, chaque fondateur va établir l'état des actes qu'il a accomplis au nom et pour le compte de la société en formation pour l'annexer aux statuts lors de sa signature ; entre la signature des statuts et la date d'immatriculation, les associés fondateurs peuvent mandater un des futurs associés ou un gérant non associé pour accomplir des engagements qu'ils déterminent ; enfin, après l'immatriculation et sauf clause contraire des statuts, une décision collective prise par les associés²⁵⁹ peut porter sur la reprise des engagements souscrits au nom et pour le compte de la société en formation.

Toutefois, il existe une divergence de jurisprudence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation pour déterminer à partir de quand la société est capable d'agir. Si la Cour de cassation considère qu'il s'agit de la date de l'immatriculation au registre²⁶⁰, le Conseil d'Etat admet la possibilité d'agir d'une société qui a transmis tous les actes de création de l'entreprise à l'organisme compétent²⁶¹.

Finalement, il est possible, en France, de représenter les étapes d'une société en formation à partir des articles 1843 du Code civil et de l'article 6 d'un décret de 1978²⁶².

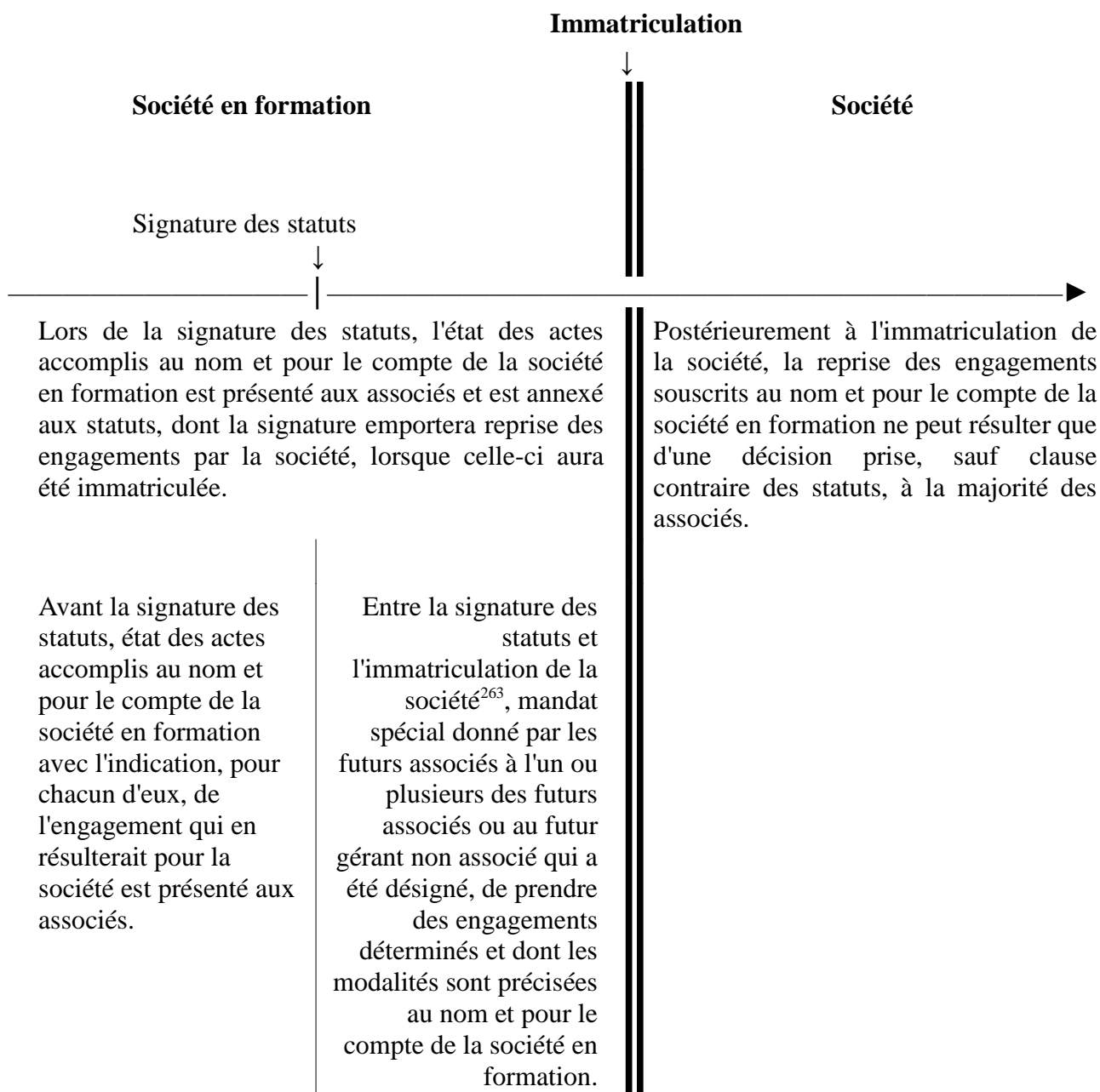
Même s'il existe des règles particulières pour les sociétés commerciales, cet article 6 du décret fournit de précieux renseignements sur la société en formation en France qu'il est possible de schématiser de la manière suivante :

259 Par ex. Cass. com., 23 mai 2006 : Bull. 2006 IV n°130 p. 132 ; BRDA n°13/07 du 15 juillet 2006, p. 2, §2.

260 Cass. com., 7 juin 1994 : Bull. Joly 1994, p. 1225 note C. PRIETO ; Cass. com., 1 juillet 2003 : RJDA 11/03 n°1064 ; Cass. com., 6 décembre 2005 : Bull. 2005 IV n°244 p. 270, Bull. Joly 2006, §103 et §104, p. 517 à 521 note LE CANNU ; Cass. com. 31 janvier 2006 : Bull. Joly 2006, §167, p. 801-811 note R. MORTIER.

261 CE, 13 mai 1992 : RJDA 8-9/92 n°823 ; CE 28 juillet 2004 : RJDA 6/05 n°697 ; CE, 23 janvier 2006 n°284788 : BRDA 5/06 du 15 mars 2006, p. 3.

262 Art. 6 du décret n°78-704 du 03 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n°78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil : JORF du 7 juillet 1978, p. 2702. Cass. 1° civ., 2 octobre 2002 n°00-10499 : Bull. civ. 2002, I, n°227 p. 174.



Par conséquent, il appartient au juge de vérifier si les conditions d'une reprise des engagements sont réunies avant la signature des statuts, entre la signature des statuts et l'immatriculation de la société ou bien après l'immatriculation de la société. En se déterminant uniquement à partir de ces étapes de la société en formation, un défaut de base légale permettra de libérer la caution de son engagement de garantir la société finalement immatriculée, si un prêt avait été contracté au nom d'une société en cours de constitution qui ne respecte pas les modalités légales de reprise²⁶⁴.

263 La chambre commerciale de la Cour de cassation limite le mandat à la période antérieure à l'immatriculation et autorise même un mandat postérieurement à l'acte qui en justifie le recours en se fondant, il est vrai, sur l'article R210-5 du code de commerce : Cass. com., 1er juillet 2008 n°07-10676 : Bull. civ. 2008, IV, n°139.

264 Cass. 1^{er} civ., 2 oct. 2002 : Bull. Joly 2002, § 282, p. 1335, note B. SAINTOURENS ; D. 2002, p. 2807, obs. A.

1.3.1.2. La situation en Allemagne (II.)

En Allemagne, les futurs associés de sociétés de capitaux²⁶⁵ peuvent constituer d'abord une pré-société (*Vorgesellschaft*) qui est en général une société du droit civil allemand (*Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, GbR*). Seule cette pré-société conclut les contrats engageant la future société. Ensuite, la nouvelle société pourra ou non reprendre à son compte les contrats conclus par la pré-société (*Vorgesellschaft*) par une décision de l'assemblée des associés. Parfois, avant la signature des statuts, les associés peuvent même envisager une société avant l'immatriculation (*Vorgründungsgesellschaft*).

Le droit allemand distingue en fait deux phases au cours de la période constitutive²⁶⁶.

La première période s'appelle *die Errichtung*. Il s'agit des actes et des formalités qui précèdent l'immatriculation et qui auraient un caractère préparatoire ou préalable, mais ne correspondraient pas encore à une véritable constitution de la société.

La seconde période s'appelle *die Entstehung*. Il s'agit de la véritable constitution qui résulterait de l'immatriculation de la personne morale.

Le contrat de société (*Gesellschaftsvertrag*) a une double signification en Allemagne. Il s'agit à la fois d'un processus d'édification (*Errichtungsgeschäft*) et d'une charte corporative (*körperschaftliche Satzung*). Ce processus se manifeste par les déclarations d'adhésion (*Beitrittserklärungen*) des fondateurs (*Gründer*). Par exemple, le contrat de société d'une *GmbH* doit revêtir la signature de tous les associés (*Gesellschafter*).

Se pose alors la question du registre du commerce (*Handelsregister*) et il faut déterminer si l'immatriculation au registre (*Registereintragung*) est une déclaration constitutive ou simplement déclarative.

Si la *Aktiengesellschaft* a l'interdiction de faire des échanges d'actions avant la *Eintragung* au *Handelsregister* (§41 *AktG 1965*), une *GmbH* ne peut être considérée comme une *GmbH* avant la

LIENHARD ; Dr. des sociétés 2003, n°63, note F.-X. LUCAS.

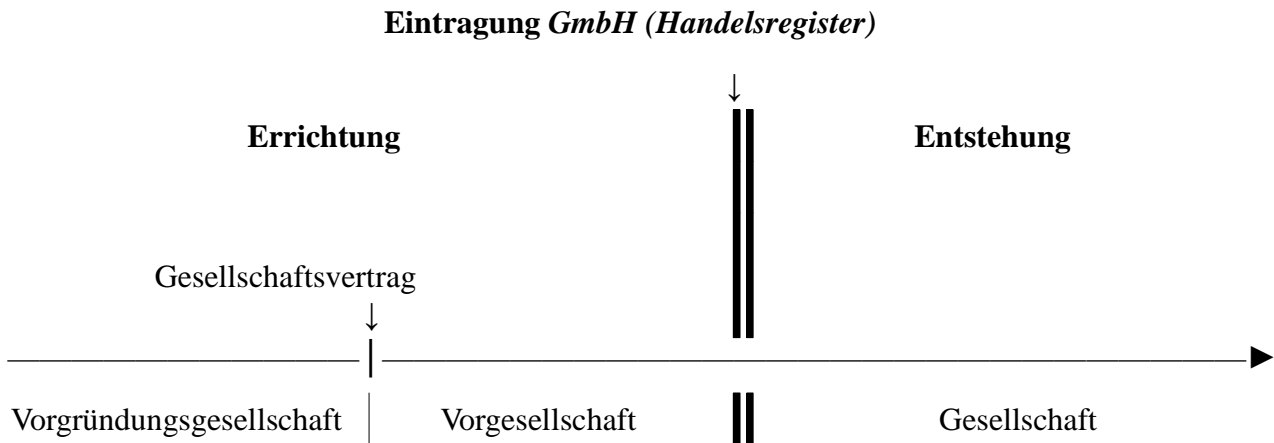
265 Les sociétés de capitaux en Allemagne sont principalement les *GmbH*, les *AG* et les *KGA*. Si les *GmbH* ne sont apparues en Allemagne qu'après la création du 2^e Reich allemand, en 1890, les autres sociétés de capitaux sont plus anciennes cf. NAGEL, *Deutsches und Europäisches Gesellschaftsrecht : eine Einführung*, München, Vahlen 2000, pp. 3 et 4.

266 Y. GUYON, *Droit des affaires*, tome 1 « Droit commercial général et sociétés », 6^e éd., Economica, 1990, p. 132.

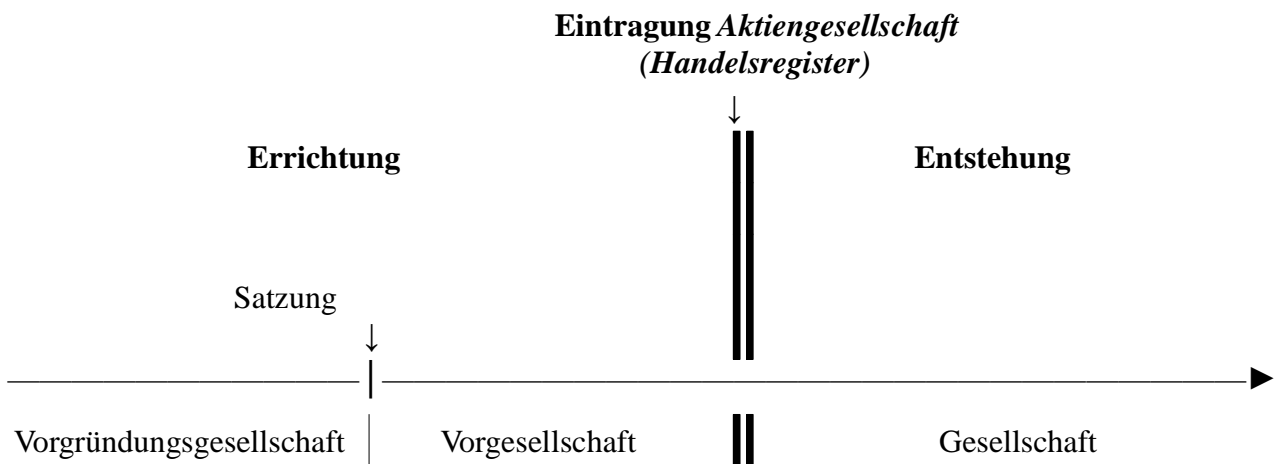
Eintragung dans le registre du commerce (§11 *GmbHG*)²⁶⁷.

Par conséquent, si l'acte fondamental de constitution d'une *Gesellschaft* dotée de la personnalité morale en Allemagne reste l'acte authentique notarié, l'enregistrement de la *Gesellschaft* au registre du commerce allemand est un événement également fondamental.

S'il n'est pas possible de systématiser le droit allemand des sociétés dotées de la personne morale, il est possible de schématiser l'évolution de la société en formation d'une *GmbH* de la façon suivante :



Il est également possible de schématiser celle d'une *Aktiengesellschaft* de la façon suivante :



Quoi qu'il en soit, l'enregistrement des personnes morales en Allemagne n'est pas la seule forme de sociétés dont s'occupent les *Amtsgerichte*. Le droit allemand se préoccupe également des *OHG* et des *KG* depuis au moins l'*ADHGB*. Afin de pouvoir distinguer simplement s'il s'agit d'une personne morale ou non qui est immatriculée dans le registre des sociétés, le droit allemand a mis

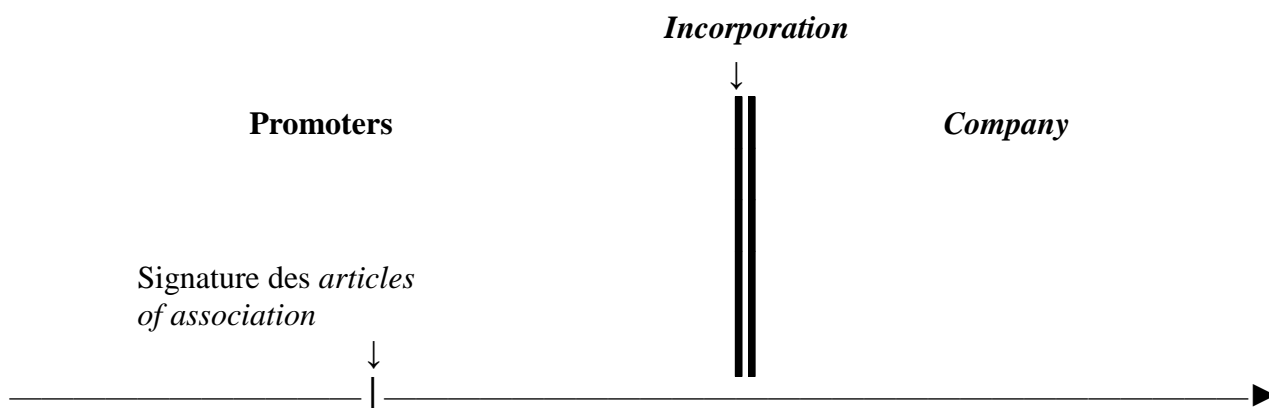
²⁶⁷ Schmidt, KARSTEN, *Handelsrecht*, 5. Auflage, Köln : Carl Heymanns Verlag KG, 1999, p. 380.

en place deux registres distincts. Le registre « HRA » centralise les informations sur les sociétés dénuées de la personnalité morale mais enregistrées au registre (comme les *OHG*, *KG* et *GmbH & Co. KG*) et les commerçants individuels, tandis que le registre « HRB » centralise celles concernant les sociétés personnes morales (§3 *HRV*)²⁶⁸.

1.3.1.3. La simplicité apparente du droit anglais (III.)

En Angleterre, les fondateurs (*promoters*) sont de véritables agents de la future société (*company*) et ils auront un devoir fiduciaire (*fiduciary duty*) de même nature que celui des futurs dirigeants (*directors*) lorsque la société (*company*) sera enregistrée (*incorporated*). Ils doivent toutefois agir en leur nom propre et ils ne peuvent agir pour le compte d'une société en formation²⁶⁹, comme cela serait envisageable en droit français ou allemand. En effet, ils sont responsables personnellement des contrats qu'ils ont conclus et s'ils prétendent quand même agir pour le compte d'une société en formation, les contrats sont alors annulables (*voidable*)²⁷⁰.

Le système du droit anglais des sociétés en formation peut être représenté de la façon suivante :



268 *Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters (Handelsregisterverordnung - HRV)* du 12 août 1937 : *RMBl.* 1937, 515.

269 *Kelner v Baxter* (1866) LR 2 CP 174 : Trois futurs *directors* achètent le 27 janvier 1866 des marchandises au nom de la société hôtelière qui sera prochainement constituée. La société fut enregistrée le 20 février 1866 mais tomba en faillite avant que les marchandises soient réglées. Les juges ont décidé que les *directors* ont agit sans mandataire car aucune société n'existait lors de la signature des contrats. Les *directors* étaient donc personnellement liés à ce contrat qu'ils ont signé. Personne ne peut légalement agir contre une personne qui n'existe pas encore : LS SEALY, *Cases and Materials in Company law*, Butterworth 7th ed 2001, p.36.

Natal Land Co & Colonization Ltd v Pauline Colliery and Development Syndicate Ltd [1904] AC 120 (Privy Council) : Une société ne peut pas par adoption ou par ratification obtenir le bénéfice d'un contrat préalablement fait en son nom avant qu'elle vienne à exister. Un nouveau contrat doit être fait après l'incorporation dans les mêmes termes que l'ancien : LS SEALY, *Ibid.*, p.32.

270 *Erlanger v New Sombrero Phosphate Co.* (HL 1878) 3 App.Cas 1218, 39 LT 269, [1874-80] All ER Rep 271, 27 WR 65. Lire le commentaire de M. Lobban, *Erlanger v New Sombrero Phosphate Co.* (1878), in MITCHELL, Charles and MITCHELL Paul, *Landmark Cases in the Law of Restitution*, Oxford : Hart Publishing, 2006, p. 123 et sq.

Reprise des actes par les *articles of association*

Lors de la signature des *articles of association*, la future *company* peut reprendre les engagements résultant des actes des *promoters* dans les *articles of association*.

Lors de la signature des *articles of association*, une stipulation des *articles of association* peut permettre aux *directors* de payer les dépenses engagées par les *promoters* si cette rémunération est raisonnable

En l'absence de reprise des actes par les *articles of association*:

Les actes des *promoters* peuvent prendre plusieurs aspects :

- les actes sont accomplis en vue de la formation d'une *company* par des *promoters*
- les actes sont conclus en nom propre par les *promoters* et n'engagent pas la future *company* (car elle n'existe pas encore). Dans ce cas, seuls les *promoters* ont leur responsabilité engagée.
- Le *promoter* a conclu des contrats en son nom propre en évoquant à son cocontractant le projet de *company*.

Si la *company* ne reprend pas les engagements résultant des actes des *promoters* en les annexant aux *articles of association*, les *promoters* sont seuls responsables (CA 1985, s. 36C devenu CA 2006, s. 51).

La *company* ne peut pas conclure un nouveau contrat avec un *promoter* après son *incorporation* (sauf s'il est revêtu du *common seal*) pour une cause antérieure à son *incorporation* (CA 1985, s. 36 pour l'Angleterre et le Pays de Galles devenu CA 2006, s. 43).

Un *promoter* pourrait être défini comme quelqu'un qui entreprend de constituer une *company* en faisant référence à un projet donné, qui met en route et qui accomplit les nécessaires étapes pour réaliser ce dessein.

Le *Joint Stock Companies Act 1844* propose une définition du *promoter*²⁷¹ :

« Appliquer l'expression "*Promoter*" ou "*Promoter de la Company*" à toute personne agissant, quel que soit son nom, pour la formation et pour l'établissement d'une *Company* à toute période précédant l'obtention par cette *Company* d'un certificat d'*incorporation* complet comme mentionné ci-après »²⁷²

²⁷¹ *JSCA 1844*, s. 3.

²⁷² The Expression "*Promoter*," or "*Promoter of a Company*," to apply to every Person acting by whatever Name in the forming and establishing of a *Company* at any Period prior to the *Company* obtaining a Certificate of Complete

Pour autant, le juge BOWEN J, dans la décision *Whaley Bridge Calidco Printing Co. v Green* (QBD 1879)²⁷³ énonce :

« Le terme de *promoter* n'est pas un terme légal mais un terme des affaires résumant généralement en un seul mot un nombre d'opérations familières dans un monde commercial par lequel une *company* vient à exister »²⁷⁴

Par conséquent, dans le système anglais, cette définition jurisprudentielle prévaut sur la définition légale.

Quoi qu'il en soit, la séparation entre les *promoters* et la *company* semble beaucoup plus tranchée que les situations précédentes françaises et allemandes. La recherche de continuité n'est pas aussi clairement envisagée et, en pratique, il apparaît plus difficile de transmettre des actes à la *company* avant qu'elle n'obtienne son certificat d'*incorporation*. sauf si les actes en cause ont été annexés aux *articles of association*. Ce certificat d'*incorporation* constitue la preuve parfaite que la *company* a été légalement constituée et il est très souvent demandé par les tiers souhaitant contracter avec ladite société.

Conclusion du premier paragraphe (1.3.1). Si les techniques de reprise des actes d'une société en formation sont distinctes en France, en Allemagne et en Angleterre, certains points de convergence peuvent être mis en évidence. Le moment de la signature des statuts, du *Gesellschaftsvertrag*, du *Satzung* ou des *articles of association* permet aux tout premiers fondateurs de couvrir leurs frais engagés assez facilement. Par ailleurs, l'immatriculation, la *Eintragung* ou l'*incorporation* est le moment déterminant aujourd'hui la constitution de la société dotée de la personnalité morale. En revanche, la période où les fondateurs doivent le moins possible agir est la période qui sépare la signature des statuts de l'immatriculation ou une période équivalente en Allemagne et en Angleterre. Enfin, la période où les fondateurs ont le moins de chance d'être remboursés de leurs frais est lorsque la société personne morale est constituée, surtout en Angleterre.

Pour éviter ces désagréments, le fondateur est invité à limiter au maximum le nombre d'actes qu'il est obligé de prendre pour permettre la constitution de la société.

Registration as herein-after mentioned.

273 *Whaley Bridge Calidco Printing Co. v Green* (1879) 5 QBD 109, 49 LJ QB 326, 41 LT 674, 28 WR 351.

274 *The term promoter is a term not of law, but of business, usefully summing up in a single word a number of business operations familiar to the commercial world by which a company is generally brought into existence.*

Afin de réussir à compenser les frais liés à la période de formation et qui ne peuvent finalement être repris par la société nouvellement immatriculée, le fondateur est invité à devenir associé de la nouvelle société pour recevoir ultérieurement des dividendes ou bien à accepter la fonction de dirigeant pour recevoir, le cas échéant, une rémunération. Certes, ces dividendes sont attachés à la qualité d'associé et cette rémunération est attachée à la fonction de dirigeant, mais, ces dividendes et cette rémunération permettront, sur le long terme, de faire oublier à l'associé et au dirigeant l'époque à laquelle la société était en formation et où il était un simple fondateur.

1.3.2. La nomination et le pouvoir des représentants de la personne morale (§2.)

Annnonce du plan. Sujet de droit, la personne morale des sociétés a besoin d'organes particuliers pour la représenter. La procédure de nomination et les pouvoirs possédés par les représentants de la personne morale se présentent de manière différente en France, en Allemagne et en Angleterre. Aussi, ils vont être étudiés essentiellement au niveau national. Après avoir vu comment sont nommés les représentants de la personne morale en Angleterre et le pouvoir que possèdent ces représentants **(I.)**, nous les comparerons avec le système français, puis allemand, deux systèmes juridiques du droit continental **(II.)**.

1.3.2.1. La nomination et le pouvoir des représentants de la personne morale en Angleterre (I.)

Présentation. En Angleterre, le schéma est le plus simple car une *company* est représentée par des *officers* que sont le *director*, le *secretary*²⁷⁵ et le *manager*²⁷⁶. En général, les *promoters* de la *company* deviennent les *directors* de celle-ci. Les *officers* ont dans de nombreuses situations leur responsabilité pénale engagée. La nomination d'un *manager*, qui n'a d'ailleurs pas de définition légale²⁷⁷, ne sera pas étudiée. Des développements lui seront consacrés plus loin lorsque nous parlerons du managérialisme. Nous allons donc présenter la nomination et le pouvoir du *director* **(A.)** avant de voir ceux du *secretary* **(B.)**.

1.3.2.1.1. La nomination et le pouvoir du director de la company (A.)

275 Le CA 2006 (c. 46) supprime l'obligation pour les *private companies* d'avoir au moins un *secretary*.

276 CA 1985, s. 744. tout comme CA 2006, s. 1173(1) considèrent que le *manager* est un *officer* de la société.

277 Commentaire du Prof. John LANGBEIN, Yale University (USA) : Le juge Lord DENNING donne une définition assez large du *manager* : *It could be any person who in the affairs of the company exercises a supervisory control which reflects the general policy.*

Le *director* administre et dirige une *company* en Angleterre. Il s'agit d'une personne physique. Il peut être unique, mais plusieurs *directors* peuvent aussi être nommés. Dans cette dernière hypothèse, les *directors* peuvent se réunir tous ensemble pour constituer un groupe (*board of directors*) ou des comités spécialisés (*committee*) pour prendre certaines décisions importantes. Pour autant, chaque *director* dispose du pouvoir d'agir dans le fonctionnement quotidien de la *company*. Toute décision d'un ou de plusieurs *directors* est prise dans l'intérêt des associés de la société.

Les premiers *directors* sont nommés par une déclaration délivrée au *registrar* en même temps que la demande d'*incorporation*²⁷⁸ de la *company*.

En cours de vie sociale, il revient aux associés de nommer les personnes qui pourront gérer correctement la *company* en leur nom.

Plusieurs restrictions peuvent empêcher une personne de devenir *director*. D'une part, la personne ne doit pas avoir été *disqualified by a court* d'agir comme un *director* de *company* (sauf s'il lui a été permis par la juridiction d'intervenir au sein d'une *company* particulière)²⁷⁹. D'autre part, la personne ne doit pas être une *undischarged bankrupt* (sauf avec la permission de la *court*)²⁸⁰. Enfin, uniquement pour les *public limited companies* ou leurs filiales, la personne ne doit pas être âgée de plus de 70 ans sauf si une assemblée générale de la *company* adopte une résolution sur le maintien en fonction de ce *director*²⁸¹ au delà de cet âge limite.

Le *Joint Stock Companies Act, 1844* définit déjà le *director*²⁸² comme la personne disposant du pouvoir de direction, de contrôle, de management ou de superintendance des affaires de la *company*.

Chaque *director* de la *company* a une responsabilité personnelle de s'assurer que tous les documents requis par la loi (*statutory documents*) sont délivrés au *registrar* dans les délais²⁸³.

En particulier, chaque *director* est en charge de l'élaboration des comptes annuels (seulement pour

278 CA 1985, s. 10(2) et, aujourd'hui, CA 2006, s. 12(1).

279 Companies Directors Disqualification Act (CDDA) 1986, s. 6.

280 CDDA 1986, s. 11.

281 CA 1985, s. 293(5) aujourd'hui abrogé par CA 2006.

282 Joint Stock Companies Act, 1844, s. 3 énonce: "The Word "Directors" to mean the Persons having the Direction, Conduct, Management, or Superintendence of the Affairs of a Company" c'est-à-dire "Le mot "Directors" signifie les personnes ayant la direction, la conduite, le management ou la superintendance des affaires internes de la société".

283 Table A, art. 70.

les *limited companies*)²⁸⁴, mais aussi de l'information du changement de siège social (*registered office*)²⁸⁵ ou de l'information du changement de *directors* ou de *secretaries* ou de certaines de leurs caractéristiques²⁸⁶, ainsi que du renvoi au *registrar* d'informations annuellement (*annual returns*)²⁸⁷.

En sa qualité de *officer* de la *company*²⁸⁸, le *director* est responsable pénalement des infractions commises par la *company*²⁸⁹.

1.3.2.1.2. La nomination et le pouvoir d'un company secretary (B.)

L'évolution de l'importance du rôle du *secretary* décrite par Lord DENNING dans l'affaire *Panorama Developments* de 1971²⁹⁰ montre qu'au XXe siècle, cette personne assiste et guide les *directors* dans leur recherche de bénéfices et d'expansion et qu'elle joue un rôle central dans la gouvernance de la société. Le *secretary* signe également les contrats en lien avec la partie administrative de la vie des affaires comme les contrats d'embauche ou les contrats de fourniture.

Il s'agit donc d'une fonction spécifique en Angleterre qui n'a pas d'équivalent dans les droits français et allemand.

En 1844, la nomination d'un *secretary* par les *directors* de la *joint stock company* était une simple faculté²⁹¹.

Dans le *Companies Act 1985*, en revanche, toute *company* doit avoir un *secretary*, ce qui n'est plus le cas depuis l'entrée en vigueur du *Companies Act 2006*²⁹². La *company* peut décider d'avoir

284 CA 1985, s. 242. Cette règle devient CA 2006, s. 441.

285 CA 1985, s. 287 et Form 287. Cette règle devient CA 2006, s. 87 et Form AD01.

286 CA 1985, s. 288 et Forms 288a/b/c. Cette règle devient CA 2006, ss. 167, 276 et Forms CH01, CH02 CH03 et CH04.

287 CA 1985, s. 363 et Form 363. Cette règle devient CA 2006, s. 854 et Form AR01.

288 CA 1985, s. 744 tout comme CA 2006, s. 1173(1) considèrent que le *director* est un *officer* de la société.

289 Voir not. CA 1985, sch. 24. CA 2006 ne contient plus une annexe à la loi permettant de mettre à jour la liste des infractions encourues par un *director* comme dans l'annexe 24 au CA 1985. Cette solution faite pour rendre le droit anglais attractif ne doit pas faire croire qu'il n'existe plus aucune infraction pénale aujourd'hui. Au contraire, CA 2006 en contient toujours à peu près autant : Voir commentaires du *Companies Act 2006 Destinations*.

290 *Panorama Developments (Guildford) Ltd v Fidelis Furnishing Fabrics Ltd* [1971] 3 All ER 16 (Court of Appeal).

291 JSCA 1844, s. 27 : *And to be it enacted, That with regard to the Powers and Duties of Directors it shall be lawful for the Directors of any Joint Stock Company registered under this Act [...] to appoint the Secretary, if any* Le JSCA 1844 offre ainsi au *directors* la faculté de nommer un *secretary*. Cette solution n'est alors pas contraignante.

292 CA 1985, s. 283(1). Cependant le CA 2006 (c. 46) n'impose plus cette fonction pour les *private companies* (CA 2006, s. 270), mais l'exige encore dans le cas d'une *public company* (CA 2006, s. 271). Ainsi, à compter du 6 avril 2008, le recours à un *company secretary* devient optionnel pour les *private companies* (SI 2007/3495 (C. 150)).

plusieurs *secretaries* qui sont alors appelés chacun *joint secretary*²⁹³.

Même dans le cas où la *company* dispose d'un seul et unique *director* (*sole director*), la *company* doit avoir un *secretary* car le *director* de la *company* ne peut exercer lui-même la fonction de *secretary*²⁹⁴.

A l'inverse, si le *secretary* conteste des opérations juridiques effectuées par un *director*, le droit anglais considère que ce *secretary* agira comme un *director* sur ces opérations juridiques. Ainsi, le droit anglais envisage les pouvoirs d'une personne ayant cette double fonction à partir du moment où cette personne occupe initialement dans la *company* la fonction de *secretary*²⁹⁵.

Quoi qu'il en soit, la fonction de *secretary* d'une *company* est incompatible avec certaines autres fonctions²⁹⁶. En premier lieu, comme nous venons de l'expliquer, un *sole director* ne doit pas exercer la fonction de *secretary* de la *company* qu'il dirige. En deuxième lieu, aucune *company* ne doit avoir comme *secretary* de cette *company* une société dont le *sole director* de cette dernière société exerce également les fonctions de *sole director* de la *company*²⁹⁷. En troisième et dernier lieu, aucune *company* ne doit avoir comme *sole director* de la *company* une société dont le *sole director* de cette dernière société exerce également les fonctions de *secretary* de la *company*.

Lors de l'*incorporation* de la *company*, la déclaration du premier *secretary* ou des premiers *joint secretaries* de la *company* doit être indiquée dans un formulaire qui doit être déposée au *Registrar*²⁹⁸.

Cette déclaration doit²⁹⁹ être signée par le ou les personnes ainsi nommées pour montrer leur consentement à leur nomination et doit être signée par les signataires du *memorandum of association* ou en leurs noms.

Le ou les personnes désignées dans cette déclaration sont réputées avoir été nommées *secretary* ou *joint secretaries* lors de l'*incorporation* de la *company*³⁰⁰.

293 *CA 1985, s. 286(1)*. Cette règle devient *CA 2006, s. 273*.

294 *CA 1985, s. 283(2)*. Cette règle est abrogée par *CA 2006*.

295 *CA 1985, s. 284*. Cette règle devient *CA 2006, s. 280*.

296 *CA 1985, s. 286*. Cette règle devient *CA 2006, s. 273*.

297 Par conséquent, une *company* avec seulement un *director* λ ne peut pas avoir comme *secretary* une *company* avec le même et unique *director* λ.

298 *CA 1985, s. 10(2)(b)*. Cette règle devient *CA 2006, s. 12(1)*.

299 *CA 1985, s. 10(3)*. Cette règle devient *CA 2006, s. 12(3)*.

300 *CA 1985, s. 13(5)*. Cette règle devient *CA 2006, s. 16(6)*.

Depuis le *Companies Act 1976*, toute nomination d'un *secretary* dans les *articles of association* qui est incompatible avec la déclaration déposée lors de l'immatriculation de la société est nulle d'une nullité absolue.

Le *company secretary* d'une *private company* n'a besoin d'aucune qualification particulière. En revanche, le *company secretary* d'une *public company* a besoin d'avoir certaines qualifications³⁰¹ pour pouvoir exercer cette fonction. Ainsi, le *secretary* est une personne qui doit justifier d'une qualification professionnelle ou d'une expérience adéquate dans les *public companies*³⁰².

Les devoirs du *company secretary* sont généralement contenus dans un contrat. Le *company secretary* accomplit de nombreux devoirs administratifs imposés aux *companies* comme le dépôt de registres et de documents à la *Companies House*.

Comme le *secretary* est un représentant de la *company*³⁰³, il peut être responsable pénalement pour toutes les fautes commises par la *company*³⁰⁴ au même titre qu'un *director*.

1.3.2.2. La nomination et le pouvoir des représentants de la personne morale sur deux Etats du continent européen (II.)

La nomination et le pouvoir des représentants de la personne morale en France et en Allemagne sont abordés dans les deux droits de la même manière. Après une étude des règles applicables en France (A.), il faut simplement reconnaître que le droit allemand donne au *Vorstand* une place bien particulière (B.).

1.3.2.2.1. La nomination et le pouvoir des représentants de la personne morale en France (A.)

Les dirigeants doivent être nommés pour permettre à la personne morale de fonctionner vis-à-vis des tiers. Ils le sont soit dans les statuts, soit dans un acte séparé provenant en général d'une décision collective des associés.

Les dirigeants, que sont notamment les gérants, les présidents et les directeurs généraux sont

301 *CA 1985*, s. 286. Cette règle devient *CA 2006*, s. 273.

302 *CA 1985*, ss. 283, 286. Cette règle devient *CA 2006*, ss. 271, 273.

303 *CA 1985*, s. 744 tout comme *CA 2006*, s. 1173(1) considèrent que le *secretary* est un *officer* de la société.

304 Voir not. *CA 1985*, sch. 24. Cet annexe est abrogé par *CA 2006*.

responsables vis-à-vis des associés, de la société et des tiers de la bonne marche des affaires de la société qu'ils dirigent. C'est sans doute pour cette raison que l'étendue de leur pouvoir de représentation est immense et se résume à des formules reprises quasiment à l'identique pour toutes les formes de sociétés.

Dans les rapports entre associés, le dirigeant effectue dans la société civile, la société en nom collectif, ou la société en commandite simple, tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société. Dans la société en commandite par actions, il dispose des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société.

Dans les rapports avec les tiers, le dirigeant effectue dans la société civile, la société en nom collectif, ou la société en commandite simple, les actes entrant dans l'objet social. Dans la société à responsabilité limitée, ou la société par actions simplifiée, il dispose des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société.

Il faut alors remarquer que les dirigeants possèdent, en France, en général, des titres de la personne morale qu'ils dirigent. Cette exigence a toutefois été opportunément abandonnée pour la société par actions simplifiée, mais la culture juridique française allie, en général, la direction de la société avec la prise de participation dans celle-ci. Cette approche semble être à nuancer par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 qui dispose que « les statuts peuvent imposer que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société, qu'ils déterminent ». En conséquence, une disposition statutaire peut imposer à un administrateur de société anonyme de posséder un certain nombre d'actions de la société anonyme et, en l'absence d'une telle stipulation, l'administrateur n'a plus nécessairement besoin d'être propriétaire d'actions de la société qu'il administre.

L'approche anglaise est sur ce point très différente. Ce sont les nouvelles pratiques de gouvernance dans les entreprises qui ont conduit le monde anglo-saxon à reconnaître pour les *public companies* l'utilité d'imposer la prise de participation du *director* dans le capital de la société pour encourager une meilleure gestion de celle-ci.

1.3.2.2.2. Le rôle central du Vorstand allemand (B.)

A l'exclusion de la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)* disposant d'un gérant dénommé

en allemand « *Geschäftsführer* »³⁰⁵, l'organe de direction commun à toutes les autres formes de sociétés allemandes est le *Vorstand*, que ces sociétés aient ou non la personnalité morale.

Il s'agit d'une structure collégiale qui s'occupe des affaires quotidiennes de la société allemande. Cette conception collégiale du *Vorstand* se rapproche par là même du *board of directors* anglais. Le *Vorstand* est fondamentalement l'outil juridique allemand le plus ancien qui assure une bonne gestion des affaires de l'entreprise.

Franz KLEIN³⁰⁶, explique la situation³⁰⁷ :

« Que le *Vorstand* – pour aborder désormais les propositions seules – régente les destinées de la société beaucoup plus que tous les autres organes de la société. [...] Cercle d'affaires, faculté de remplacement, liberté des actions du *Vorstand* ne devront pas beaucoup gêner, parce que le *Vorstand* n'est pas – comme cela est si souvent dit – l'organe exécutant de la société, mais en réalité par excellence la société elle-même, la société nommée unité institutionnelle active et agissante et, à cause de cela, ce qui vaut pour le *Vorstand*, vaut également pour l'activité de la société »³⁰⁸

Par conséquent, il existe un lien très fort entre la société et son organe de direction, le *Vorstand*, pour tout ce qui concerne la société en Allemagne.

En fait, il en est de même pour les sociétés et leurs dirigeants en Angleterre et en France, mais KLEIN l'a clairement affirmé dans un ouvrage où il compare expressément le droit allemand au droit anglais et au droit français.

Ce lien entre la société et le *Vorstand* est tellement fort qu'une nouvelle loi de 2009 vient de déterminer de nouvelles règles permettant d'obtenir une meilleure adéquation entre la rémunération des membres du *Vorstand* et la performance de l'entreprise qu'ils dirigent³⁰⁹.

305 GmbHG, §6(1) : „Die Gesellschaft muss einen oder mehrer Geschäftsführer haben“ ou « La société [à responsabilité limitée] doit avoir un ou plusieurs gérants ».

306 Jean Nicolas DRUEY, *Franz Klein weiterdenken – Sein allgemeines Recht der privaten Organisation aus hundertjähriger Distanz*, in Peter Doralt und Susanne Kalss, *Franz Klein – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2004, p. 139 et sq.

307 Franz KLEIN, *Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft*, Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, Wien 1904, p. 32 et sq., in Peter DORALT und Susanne KALSS, *Franz Klein – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2004, p. 206 et sq.

308 *Daß der Vorstand – um nunmehr auf die einzelnen Vorschläge einzugehen – die Geschicke der Gesellschaft weit mehr als alle übrigen Gesellschaftsorgane bestimmt, ist eine solche Notwendigkeit. [...] Geschäftskreis, Vertretungsbefugnis, Aktionsfreiheit des Vorstandes werden nicht viel eingeschränkt werden dürfen, weil der Vorstand nicht – wie das so oft gesagt wird – das vollziehende Organ der Gesellschaft, sondern in Wahrheit schlechthin die Gesellschaft selbst, das „Gesellschaft“ genannte geschäftstätige, handelnde Wirtschaftssubjekt ist und daher, was dem Vorstand gilt, die Unternehmertätigkeit der Gesellschaft selbst trifft.*

309 *Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) v. 31.07.2009* : BGBl. I S. 2509 (Nr. 50).

Conclusion du second paragraphe (1.3.2.) – La protection des tiers qui contractent avec la société prévaut en France et en Allemagne sur la lettre de l'objet sociale de la société finalement immatriculée. Néanmoins, en Angleterre, une fois enregistrée auprès du *registrar* depuis 1844³¹⁰ la *company* existe dans le cadre précis de son objet social qui est inscrit, depuis 1856³¹¹, dans une des dispositions du *memorandum of association*. La clause relative à l'objet de la *company* contient la liste des activités pour lesquelles la *company* a été constituée. Toute transaction en dehors de la déclaration de l'objet de la *company* est dite être en dehors de la capacité juridique de la *company* (i.e. *ultra vires*) et, en *common law*, une telle transaction est nulle d'une nullité absolue³¹². Cette solution a créé la doctrine dite de la *ultra vires rule*³¹³. Cette règle visait deux objectifs. D'une part, les associés avaient le droit de savoir à quoi leurs investissements allaient être utilisés³¹⁴ et, d'autre part, cette règle était supposée protéger les créanciers qui étaient sensés connaître le contenu du *memorandum of association*. Il a toutefois été à plusieurs reprises proposé une réforme³¹⁵. La plus intéressante recommandation en rapport avec la personnalité morale des sociétés reste celle du *Cohen Committee* de 1945. Ce comité recommande qu'une *company* ait les mêmes pouvoirs qu'un individu aux yeux des tiers³¹⁶. Ce comité reprend en quelque sorte à son compte l'analyse de MAITLAND qui reconnaissait que cette assimilation ne pouvait toutefois aboutir à permettre à une personne morale de se marier de la même manière que les hommes³¹⁷.

Finalement, la doctrine de la *ultra vires rule* a été remise en cause suite à l'adhésion du Royaume-Uni dans la Communauté économique européenne³¹⁸ et à la transposition tardive d'une directive européenne par le *Companies Act 1989*³¹⁹. Désormais, la règle de la *ultra vires rule* n'a plus de

310 Le *registrar* est né le 5 septembre 1844 suite au *Royal assent* du *Joint Stock Companies Act 1844* (source : Sceau officiel situé dans la salle d'attente de la *Companies House* à Cardiff (Pays de Galles) et apposé pour les 150 ans du *registrar* en 1994) et confirmé par *JSCA 1844* (7 & 8 Vict.) c. 110, ss. 19, 20.

311 *The Limited Liability Act, 1855* (18 & 19 Vict., Cap. 133), ss. 1, 2 ; *The Joint Stock Companies Act, 1856* (19 & 20 Vict., Cap. 47), s. 5.

312 *Ashbury Railway Carriage & Iron Co Ltd v Riche* (1875) LR 7HL 653 ; *Cotman v Brougham* [1918] AC 514 per Lord Parker ; *In Re Jon Beauforte (London) Ltd* [1953] 1 All ER 634 ; *Bell Houses v City Wall Properties Ltd* [1966] 2 All ER 674 ; *Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v British Steel Corporation* [1986] Ch 246.

313 Jean ESCARRA, *Some points of Comparison between the Companies Act, 1948, and French Law of Companies*, 11 Cambridge L.J. 15 (1951-1953) at 24.

314 A. L. GOODHART, *Corporate Liability in Tort and the doctrine of ultra vires* : 2 Cambridge L.J. 350 (1924-1926) at 354 ; Colin BAXTER, *Ultra vires and Agency untwined* : 28 Cambridge L.J. 280 (1970) at 295.

315 1945 : The Cohen Committee ; 1962 : The Jenkins Committee ; 1986 : The Prentice Report.

316 The Cohen Committee (Cmnd 6659).

317 Cambridge Texts in the History of Political Thought series, F. W. MAITLAND, *State, Trust and Corporation*, edited by D. Runciman and M. Ryan, CUP 2003, p. 63.

318 The European Communities Act 1972 (c.68), s 9(1) : *In favour of a person dealing with a company in good faith, any transaction decided on by the directors shall be deemed to be one which it is within the capacity of the company to enter into, and the power of the directors to bind the company shall be deemed to be free of any limitation under the memorandum or articles of association; and a party to a transaction so decided on shall not be bound to enquire as to the capacity of the company to enter into it or as to any such limitation on the powers of the directors, and shall be presumed to have acted in good faith unless the contrary is proved.*

319 CA 1989, s. 108 remplace le CA 1985, s. 35.

valeur pour les transactions intervenant entre la *company* et les tiers, mais elle garde toute sa force au regard du management interne de la *company*³²⁰. Les *officers* nommés doivent avoir connaissance de l'objet de la société pour éviter les conséquences de la règle jurisprudentielle anglaise.

Quoi qu'il en soit, il faut admettre que le juge anglais a d'autres préoccupations que de s'occuper des sujets touchant à proprement parler les *companies*. En effet, le juge anglais a une approche de moralisation des affaires avec la recherche de protection des acheteurs et plus généralement du propriétaire, ainsi que de la protection contre la fraude. Si chaque juge anglais doit en principe travailler pour le parti politique qui l'a nommé³²¹, cela ne l'empêche pas de faire preuve d'un certain professionnalisme, notamment parce que chaque décision qu'il rend doit être justifiée à la vue de précédents jurisprudentiels³²².

Conclusion du premier chapitre (1.). La création de la personnalité morale des sociétés présente des éléments de divergence entre les droits français, allemand et anglais, mais aussi des points de convergence. En ayant choisi de traiter certains aspects de cette création, nous avons maintenant une vision plus complète de la manière dont une personne morale existe. La société en formation s'étale dans le temps dans tous les droits en plusieurs étapes allant de l'idée d'un projet de société à l'exécution de ce projet. Il s'écoule donc nécessairement un certain temps que les organismes chargés d'immatriculer la société s'efforcent de réduire au maximum en allégeant le plus possible le nombre d'informations à transmettre sans y parvenir toujours de manière optimale en fonction de l'activité envisagée par les fondateurs.

320 CA 2006, s. 39 et sq. remplace le CA 1985, s. 35 depuis le 1er octobre 2009 : SI 2008/2860 (C. 126).

321 Prof. Steve Hedley (University College Cork, Ireland), "Out of touch with what, precisely?": *The politics of the judiciary over the long twentieth century.*, 2007.

322 Michael LOBBAN, *The Politics of English Law in the Nineteenth Century in:* BRAND, Paul and GETZLER, Joshua, *Judges and judging in the history of the common law and civil law: from antiquity to modern times.* Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2012, p. 102 et sq.

2. LA VIE DE LA PERSONNALITÉ MORALE DES SOCIÉTÉS (CHAPITRE II.)

Introduction du chapitre. Avant d'étudier à proprement parler des points sensibles relatifs à la vie d'une personne morale se pose la question de la durée de vie de celle-ci.

A la différence des personnes physiques, la personnalité morale ne devrait pas être soumise à une durée de vie limitée. En réalité, en droit français, comme d'ailleurs dans les deux autres droits, les statuts d'une société prennent la forme d'un contrat¹ ou d'un acte unilatéral de volonté.

En même temps, le droit français présente un particularisme par rapport aux deux autres droits. Par réaction à l'Ancien Régime, le législateur français a interdit les contrats perpétuels² comme portant atteinte à la liberté individuelle. Par conséquent, les statuts d'une société ne peuvent être conclus pour une durée supérieure à quatre-vingt-dix-neuf ans³.

Il faut toutefois bien comprendre que le mécanisme de la prorogation permettait, et continue de permettre aux sociétés dotées de la personnalité morale d'exister pour une période plus longue moyennant l'usage de cette faculté au moins un an avant l'arrivée du terme⁴, sans jamais pouvoir excéder, lors de chaque prorogation, quatre-vingt-dix-neuf ans⁵.

Antérieurement à 1978, il était admis l'existence de société dont la durée était illimitée. Dans ce cas, la limite était fixée par l'article 1844 du Code civil dans la teneur qui suit⁶ :

« S'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle est censée contractée pour toute la vie des associés, sous la modification portée en l'article 1869⁷ ; ou, s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, pour tout le temps que doit durer cette affaire »

Cette limitation par la vie des associés peut être rapprochée de ce qui se passe en Angleterre pour

1 L'article 1832 C. civ. dans sa version de 1804 énonçait 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* ». Code civil des Français : édition originale et seule officielle, Paris An XII 1804, p. 443. Voir aussi P. LE CANNU, *Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil*, Bull. Joly 2012 n°9, p. 672. Pour le droit anglais, *Hickman v Kent or Romney Marsh Sheep-Breeders' Association* [1915] 1 Ch 881 cité in J. LOWRY and A. DIGNAM, *Company Law*, 3rd ed., Oxford University Press 2006, p. 154, para. 8.26.

2 Voir notamment Cass. 1^{er} civ., 3 juillet 1973 : Bull. civ. I n°228 p. 203 ; Cass. 3^e civ., 27 mai 1998 : Bull. 1998 III n°110 p. 73 ; Cass. 1^{er} civ., 19 mars 2002 : JCP éd. G., 2003, I, 122, Chron. n° 2.

3 Cette condition n'a été introduite dans le droit des sociétés que lors de la réforme des sociétés civiles de 1978. L'article 1838 dispose alors : « *La durée de la société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans.* » : JORF 5 janvier 1978, p. 179.

4 Art. 1844-6 C. civ. issu de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du Livre III du Code civil.

5 Décret n°78-704 du 3 juillet 1978, art. 3 : JORF 7 juillet 1978, p. 2701 : [*La durée de la société*] *peut être prorogée une ou plusieurs fois sans que chaque prorogation puisse excéder quatre-vingt-dix-neuf ans.*

6 *Code civil des français 1804 – édition du bicentenaire 1804-2004*, éd. présentée par BREDIN, Jean-Denis, Paris : Dalloz, 2004, p. 446.

7 Art. 1869 (1804) : *La dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée, et s'opère par une renonciation notifiée à tous les associés, pourvu que cette renonciation soit de bonne foi et non faite à contre-temps.*

les *partnerships* qui, sauf stipulation contraire des associés, sont dissous par la mort de l'un des *partners*⁸. Par exemple, dans la décision *Crawshay v Maule (1818)*, Lord Eldon énonce :

« Les principes généraux du *partnership* sont bien équilibrés. Lorsque sa durée n'est pas expressément limitée et qu'il n'y a rien dans le contrat pour la déterminer, le *partnership* peut être fini par la notification de l'une des parties. Par cette notification, le *partnership* est dissous. Dans un *partnership* n'existant que pour les besoins de la liquidation, de la même manière, les juges contraindront les parties à agir en qualité de *partners*. Par conséquent, la mort est une façon de mettre un terme à un *partnership* et la notification n'est rien d'autre qu'une notification sur le fait que la mort l'a dissoute »⁹

En Allemagne, il est toujours possible de stipuler dans les statuts un terme pour la société dotée de la personnalité morale conduisant à la dissolution de la société à l'arrivée du terme, mais cette possibilité contractuelle est très rarement utilisée¹⁰. Par ailleurs, à défaut de stipulation contraire, une *BGB-Gesellschaft*, qui est une société dénuée de la personnalité morale en Allemagne, peut prendre fin par la mort d'un des associés de la société (§ 727 I BGB)¹¹.

Si les diligences ne sont pas faites pour proroger la société en droit français, il est reconnu l'existence d'une société de fait entre les différents associés de la société non prorogée qui continuent à la considérer comme toujours existante¹². Dans ce cas, un associé peut céder à ses coassociés toute sa participation dans la société moyennant un prix déterminé, la transmission porte sur la quote-part du cédant dans les meubles et les immeubles qui composent la société¹³. Déjà, le Code civil de 1804 énonçait à l'article 1866¹⁴ :

« La prorogation d'une société à temps limité ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société. »

Par conséquent, dès 1804, le mécanisme de la prorogation était envisagé par le législateur français qui y attachait un formalisme particulier. A défaut, on se trouvait dans le cas de l'existence d'une société de fait¹⁵. Cependant, le même code n'imposait un écrit que pour les sociétés dont l'objet

8 *Vulliamy v Noble (1817)* 3 Mer 514 ; *Crawshay v Maule (1818)* 1 Swan 495 at 508 per Lord ELDON. **Voix Annexe 12** ; Partnership Act 1890 s 33 (1) : *Subject to any agreement between the partners, every partnership is dissolved as regards all the partners by the death or bankruptcy of any partner.*

9 *The general rules of partnership are well settled. Where no term is expressly limited for its duration, and there is nothing in the contract to fix it, the partnership may be terminated at a moment's notice by either party. By that notice, the partnership is dissolved, to this extent, that the Court will compel the parties to act as partners, in a partnership existing only for the purpose of winding-up the affairs. So death terminates a partnership, and notice is no more than notice of the fact that death has terminated it.*

10 SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag 2002, S. 726 citant LG Bremen, *Der Deutsche Rechtspfleger* 1996, 72.

11 SCHMIDT, Karsten, *Ibid.*, S. 1757.

12 Cass. com., 22 janvier 1969 : Bull. 1969 IV n°25, p. 24 ; Cass. 1° civ., 13 décembre 2005 : Bull. 2005 I n°487 p. 409, Bull. Joly 2006, chr. par P. LE CANNU, §121.

13 Cass. civ., 24 mai 1892 : S. et P. 1892. 1. 469, note M. WAHL, D. 1893. 1. 95.

14 Code civil des Français : édition originale et seule officielle, Paris An XII 1804, p. 452.

15 Cass. 3° civ., 3 février 1993 : Bull. 1993 III n°15 p. 10. Pour une "société devenue de fait" : Cass. 1° civ., 13 décembre 2005 : Bull. Joly 2006, p. 565 note P. Le Cannu.

était d'une valeur de plus de cent cinquante francs (C. civ. 1804, art. 1834). Il n'était alors pas question de rédiger un acte authentique pour les sociétés civiles.

Toutefois, pour la majorité des sociétés commerciales, en dehors des sociétés anonymes, le Code de commerce de 1807 laissera le choix entre deux formes de constatation du contrat de société. On pouvait effectivement y lire¹⁶ :

« Art. 39 – Les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325 du Code Napoléon¹⁷.

Art. 40 – Les sociétés anonymes ne peuvent être formées que par des actes publics »

Finalement, les parties elles-mêmes, en choisissant la forme de leur société, déterminaient, sans nécessairement en avoir conscience, la forme de constatation de la prorogation de leur société à temps limité.

Finalement, lors de la réforme de 1978, l'article 1844-6 du Code civil énonce aujourd'hui¹⁸ :

« La prorogation de la société est décidée à l'unanimité des associés, ou, si les statuts le prévoient, à la majorité prévue pour la modification de ceux-ci.

Un an au moins avant la date d'expiration de la société, les associés doivent être consultés à effet de décider si la société doit être prorogée.

A défaut, tout associé peut demander au président du tribunal, statuant sur requête, la désignation d'un mandataire de justice chargé de provoquer la consultation prévue ci-dessus »

Les associés maîtrisent toujours le sort de leur société par une décision collective. L'écrit y garde toutefois sa place puisque la décision de la prorogation d'une société fera l'objet d'une résolution particulière des associés dont le résultat sera consigné dans un procès-verbal.

Annnonce du plan du chapitre. Deux grands thèmes vont être étudiés dans le cadre de la vie des personnes morales. Il sera question de développer, d'une part, les droits et obligations des personnes morales (**section 1.**) et, d'autre part, la responsabilité pénale des personnes morales (**section 2.**) en France, en Allemagne et en Angleterre. La responsabilité civile des personnes morales n'est pas étudiée en tant que tel car, d'une part, la responsabilité civile des personnes morales entre en

16 Code de commerce, loi du 15 septembre 1807, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1808.

17 Art. 1325 : ¹Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. ²Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. ³Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. ⁴Néanmoins le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, &c. ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte. Source : Code civil des Français : édition originale et seule officielle, Paris An XII 1804, p. 320.

18 Loi n°78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil, JORF 5 janv. 1978, p. 180.

concoure avec la responsabilité des préposés en France¹⁹, ou avec la *vicarious liability* en Angleterre²⁰, et que, d'autre part, elle constitue la *Haftpflicht* en Allemagne²¹. Surtout, elle se confond bien souvent avec la responsabilité civile de droit commun si bien qu'elle ne fait pas l'objet d'une étude particulière en Allemagne et en Angleterre. Malgré ces difficultés, la responsabilité civile des personnes morales semble toutefois avoir été fermement proclamée par la jurisprudence française à partir de 1967²². Une personne morale peut également rechercher à obtenir réparation de ses préjudices, y compris son préjudice moral, comme l'a retenu la chambre commerciale de la Cour de cassation le 15 mai 2012²³, ce qui démontre sur ce point une assimilation toujours plus forte aux personnes physiques.

2.1. Les droits et obligations de la personne morale des sociétés (Section 1.)

Introduction de la première section. La question des droits et des obligations est au cœur de la raison de recourir à une personne morale, plutôt que de choisir une simple organisation ou d'exercer en tant qu'entrepreneur individuel²⁴. En tant que sujet de droit, une personne morale devrait disposer de la plénitude de ses droits à partir du moment où elle existe. Néanmoins, Anglais, Français et Allemand utilisent des angles d'attaque originaux.

Point de vue anglais. En Angleterre, les *joint stock companies* ont à effectuer deux enregistrements auprès du *registrar* appelés *provisional registration* et *final registration* en 1844²⁵. Ce double

19 Voir notamment l'article 1384, al. 5 du Code civil : *Les maîtres et les commettants, [sont responsables] du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.* Cass. crim., 4 juillet 1990 n°89-86590 : "Le demandeur n'est pas fondé à faire grief à la cour d'appel de n'avoir pas répondu à ses conclusions qui faisaient valoir qu'il convenait de mettre en cause la société dont il était le gérant non rémunéré, dès lors que la responsabilité civile que l'article 1384 alinéa 5 du Code civil fait peser sur le commettant a été édictée non en faveur du préposé mais dans le seul intérêt des victimes du dommage".

20 *Dominus Rex v. Johannem Huggins* (1730) 2 Strange 883. Source : *The English Report*, vol. 93, 1909 p. 915 ; *Coppen v Moore* (No. 2) [1898] 2 QB 306 ; *Vane v Yiannopoulos* [1964] 3 WLR 1218, [1965] AC 486, HL per Lord EVERSHED.

21 C. M. A. GAD, *Die Haftpflicht der deutschen Postanstalten*, Berlin : Verlag von Schroeder, 1863, p. 103 ; O. von Mühlensfels, *Die Haftpflicht der Eisenbahnen und die Unfall-Versicherung*, Berlin 1884, p. 1 ; G. KRÜGER, *Die Haftung der juristischen Personen aus unerlaubten Handlungen nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuche*, Berlin 1901, p. 27.

22 Cass. 2° civ., 17 juillet 1967 : Bull. civ. 1967 II n° 261 ; Cass. 2° civ., 27 avril 1977 n°75-14761 : Bull. civ. 1977 II n°108 p. 74 : "La personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes et en doit la réparation à la victime sans que celle-ci soit obligée de mettre en cause, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5, lesdits organes pris comme préposés".

23 Cass. com., 15 mai 2012 n°11-10278 : Bull. civ. 2012 IV, n°101 ; Rev. Sociétés 2012, p. 620 note Ph. Stoffel-Munck ; Bull. Joly 2012, §302, p. 536, note J.-F. Barbière ; D. 2012, p. 2285 note B. Dondero ; JCP E 2012, 1510, note R. Mortier.

24 En Angleterre, l'entrepreneur individuel s'appelle un *sole trader* (source : DTI) et en Allemagne *das Ein-Mann-Unternehmen*.

25 La *provisional registration* est l'étape où la *company* fournit des informations sur ses futures activités et sur ses dirigeants. Il est alors possible de souscrire à des *shares* mais il n'est possible ni de les échanger, ni de commencer l'affaire. La *final registration* est l'étape qui permet de commencer effectivement l'affaire. LOBBAN, Michael, *The*

enregistrement existe aussi pour les actuels *public companies*, mais, dans la pratique, la règle est habituellement contournée en constituant d'abord une *private company* qui est ensuite transformée en une *public company*²⁶.

L'affaire *Salomon v A Salomon & Co Ltd (1897)*. Les faits de l'affaire sont les suivants. Monsieur Aron SALOMON a été entrepreneur individuel pendant plusieurs années en qualité de marchand de cuir et de fabricant de bottes en gros. Le 20 juillet 1892, il décide de vendre pour £39.000 l'ensemble de son ancienne activité à une société dénommée "A Salomon & Co Ltd" dans laquelle les seuls associés sont Monsieur SALOMON et les membres de sa famille et qui est dirigée par Monsieur Aron SALOMON lui-même. Le capital de la société est de £40.000 divisé en 40.000 actions d'une valeur de £1. Monsieur Aron SALOMON est titulaire de l'immense majorité des actions de la société, alors que sa femme, sa fille et ses quatre fils ne sont titulaires que d'une seule et unique action. Cette répartition est le fait que la loi alors applicable impose la présence de sept associés dans une telle société. Par ailleurs, ce qui serait considéré comme un pacte léonin est prévu entre les associés puisque seul Monsieur Aron SALOMON recevra l'entièreté des bénéfices liés à l'activité de la société. Seulement, des difficultés financières apparaissant très rapidement, la société "A Salomon & Co Ltd" est mise en liquidation. Le liquidateur, qui représente notamment les intérêts des créanciers chirographaires de la société, pose la question aux juges de la régularité de la société initialement constituée afin de lever le voile social de cette société et de poursuivre personnellement Monsieur Aron SALOMON en recouvrement de la dette au delà de sa seule participation dans cette société.

Finalement, l'arrêt *Salomon v A Salomon & Co Ltd (1897)* affirme qu'en Angleterre, une *company* est considérée en droit comme une personne séparée et distincte de ses associés²⁷. Il n'est pas fait par principe de différence si l'un des associés possède la très grande majorité des actions. Cette solution a été dégagée par Lord HALSBURY LC dans la teneur qui suit²⁸ :

« Mes chers confrères, la question importante dans cette affaire [...] est de déterminer si la *company* défenderesse à l'action est effectivement une *company* – si, en vérité, cette création artificielle de la législation a été constituée de façon correcte [...]

Politics of English Law in the Nineteenth Century in Judges and Judging in BRAND, Paul and GETZLER, Joshua, *Judges and judging in the history of the common law and civil law: from antiquity to modern times*. Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2012, p. 113 ; Voir aussi, *JSCA 1844*, ss. 4, 7.

26 *CA 1985*, ss. 43 – 48 *Private company becoming public* devenu *CA 2006*, ss. 90 – 96 ; *CA 1985*, s. 117 *Public company share capital requirements* devenu *CA 2006*, s. 761.

27 Le droit luxembourgeois utilise une formule approchante à l'article 2 de la loi du 10 août 1915 en utilisant la formule : « La loi reconnaît comme sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique : –la société en nom collectif; –la société en commandite simple; –la société anonyme; –la société en commandite par actions; –la société à responsabilité limitée; –la société coopérative; –la société européenne (SE).Chacune d'elles constitue une individualité juridique distincte de celle des associés. »

28 *Salomon v A Salomon & Co Ltd [1897] AC 22 at 29-30, HL. Voir Annexe 14.*

Mais il me semble impossible de contredire une telle preuve que, dès qu'une *company* est légalement constituée, elle doit être traitée comme toute autre personne indépendante avec ses droits et responsabilités propres, et que les raisons de ceux qui prennent part à la constitution de la *company* sont absolument inopérantes pour savoir quels sont ces droits et ces responsabilités »²⁹

Et Lord MACNAGHTEN confirme dans la même affaire³⁰ :

« La société est en droit une personne différente de l'ensemble des signataires au contrat de société ; et même s'il se peut après l'*incorporation* que l'affaire soit précisément la même qu'avant, que les mêmes personnes soient *managers* et que les mêmes mains reçoivent les bénéfices, la *company* n'est pas en droit un représentant de ses souscripteurs ou un fiduciaire de ces derniers. De la même manière, les souscripteurs sont responsables en qualité d'associé de la société suivant ce que la loi prévoit »³¹

Cette solution diverge de celle de la *Court of Appeal*³² sur la même affaire³³ qui avait considéré, comme le liquidateur de la société, que l'affaire était celle de Mr. SALOMON et non de quelqu'un d'autre et qu'il avait utilisé une *limited company* comme un mandataire (*agent*)³⁴.

L'objet de cette décision ne devait pas être d'énoncer le principe de la personnalité morale en Angleterre, mais bien de déterminer le sort des créanciers chirographaires. L'argumentation utilisée par les juges de la *House of Lords* paralyse toutefois tout remboursement au profit des créanciers chirographaires.

Cette décision de justice est également considérée comme la première qui énonce la règle du maintien ou non du voile de l'*incorporation*. Dans cette affaire, il a été décidé de maintenir le voile de l'*incorporation*, mais cette solution n'a pas toujours été suivie dans des décisions ultérieures³⁵.

29 *My Lords, the important question in this case [...] is whether the respondent company was a company at all – whether in truth that artificial creation of the Legislature had been validly constituted in this instance [...] But short of such proof it seems to me impossible to dispute that once the company is legally incorporated it must be treated like any other independent person with its rights and liabilities appropriate to itself, and that the motives of those who took part in the promotion of the company are absolutely irrelevant in discussing what those rights and liabilities are.*

30 *Salomon v A Salomon & Co Ltd* [1897] AC 22 at 51, HL. **Voir Annexe 14.**

31 *The company is at law a different person altogether from the subscribers to the memorandum ; and, though it may be that after incorporation the business is precisely the same as it was before, and the same persons are managers, and the same hands receive the profits, the company is not in law the agent of the subscribers or trustee of them. Nor are the subscribers as members liable, in any shape or form, except to the extent and in the manner provided by the Act.*

32 Cet argument conduit KAY LJ au niveau de la *Court of Appeal* de considérer que : *the statutes were intended to allow seven or more persons, bona fide associated for the purpose of trade, to limit their liability under certain conditions and to become a corporation. But they were not intended to legalise a pretended association for the purpose of enabling an individual to carry on his own business with limited liability in the name of a joint stock company.* (*Broderip v Salomon* [1895] 2Ch 323 at 345).

33 *Broderip v Salomon* [1895] 2 Ch 323 at 331, CA.

34 C'est pour cela que l'on considère ces deux décisions comme des exemples de la levée du voile de l'*incorporation* autrement appelée *lifting the corporate veil*.

35 Le voile de l'*incorporation* a été levé notamment dans les affaires suivantes : *Gilford Motors v Horne* [1933] Ch 935 ; *Johnes v Lipman* [1962] 1All ER 442 ; *Daimler Company, Ltd v Continental Tyre and Rubber Company (Great Britain), Ltd* [1916] 2 AC 307 ; *FG (Films) Ltd* [1953] All ER 615 ; *Firestone Tyre and Rubber Co Ltd v Kewekub* [1957] All ER 561 ; *DHN Food Distributors Ltd v Tower Hamlets LBC* [1976] 3 All ER 462.

En revanche, comme dans l'affaire *Salomon v A Salomon & Co Ltd* [1897] AC 22, HL **Voir Annexe 14**, le voile de

Tout semble dépendre des données particulières de l'espèce.

Enfin, la jurisprudence *Salomon* a connu des développements en droit du travail anglais. Ainsi, un associé d'une *company* peut parfaitement devenir salarié de celle-ci. Dans ce cas, le salarié en question aura tous les droits prévus par la loi en qualité de salarié, ainsi que tous ceux qu'il obtient en sa qualité d'associé. Le juge l'énonce dans l'affaire *Lee v Lee's Air Farming Ltd (1960)* de la manière suivante³⁶ :

« Le fait qu'en sa capacité d'associé, il peut contrôler le cours des événements n'affectera pas en lui-même la validité de sa relation contractuelle avec la *company*. [...] Du point de vue des *Lords*, une des conséquences logiques de l'affaire *Salomon* est qu'une personne peut exercer au titre de deux capacités juridiques. Par conséquent, il n'y a aucune raison de dénier la possibilité de créer une relation contractuelle telle que celle entre [Lee] et la *company* »³⁷

Poussant la logique jusqu'à l'extrême dans l'affaire *Secretary of State for Trade and Industry v Bottrill (1999)*³⁸, les juges ont admis qu'un associé unique d'une *company* puisse être employé par celle-ci et qu'il puisse bénéficier, en conséquence, des droits énoncés dans le *the Employment Rights Act 1996*. Aujourd'hui, le *Companies Act 2006* prévoit expressément cette possibilité.

Position du droit français. Cette solution du droit anglais s'oppose notamment à la position du droit français en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée (SARL). Ainsi, un gérant majoritaire de SARL, même si le contrat de travail correspond à un emploi effectif, ne peut valablement conclure un contrat de travail avec la société puisqu'il ne se place plus dans un état de subordination à l'égard de la société³⁹. Il en est différemment pour un gérant minoritaire d'une SARL⁴⁰.

Les deux conditions du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, à savoir l'existence d'un emploi effectif et l'état de subordination, semblent même en droit français communes à toutes les formes de sociétés, sauf exceptions prévues par la loi comme pour la fonction d'administrateur

l'incorporation a été maintenu dans les affaires *In Re Southard & Co Ltd* [1979] 3 All ER 556 ; *Adams v Cape Industries plc* [1990] Ch 433.

36 *Lee v Lee's Air Farming Ltd* [1960] 3 WLR 758 at 766 ; [1961] AC 12, PC. **Voir Annexe 15.**

37 *The circumstance that in his capacity as a shareholder he could control the course of events would not in itself affect the validity of his contractual relationship with the company. [...]*

In their Lordships' view it is a logical consequence of the decision in Salomon's case that one person may function in dual capacities. There is no reason, therefore, to deny the possibility of a contractual relationship being created as between [Lee] and the company.

38 *Secretary Of State For Trade & Industry v Bottrill* [1999] EWCA Civ 78.1.

39 Cass. soc., 07 fév. 1979 : Bull. civ. 1979, n°122, p. 87, D 1979 p. 367 note Derrida ; Cass. soc. 08 oct. 1980 : Bull. civ. 1980, n°114, D 1981 p. 257 note Reinhard.

40 Cass. soc., 16 mai 1990 : Bull. civ. 1990 V, n°227, p. 137.

de sociétés anonymes⁴¹. Cependant, ces règles sont également en train de s'assouplir en France en permettant à un administrateur de devenir salarié d'une société anonyme au conseil de laquelle il siège si cette société ne dépasse pas, à la clôture d'un exercice social, les seuils définissant les petites et moyennes entreprises⁴².

Par ailleurs, en droit français, la distinction entre la société commerciale et ses associés peut être trouvée indirectement dans un arrêt du 2 juin 1834⁴³ :

« [Les] sociétés [autres que les associations commerciales en participation] qui, formées pour une série d'affaires, sans restriction déterminée, et accompagnées de formalités qui les font connaître du public, sont toujours, vis-à-vis des tiers, représentées par une raison sociale, au nom et pour le compte de laquelle se font les traités et actes relatifs à la société »

Le juge puise directement dans le Code de commerce de 1807 son argumentation puisqu'on y trouve énoncé⁴⁴ :

« Art. 20 – La société en nom collectif est celle [...] qui a pour objet de faire du commerce sous une raison sociale.

Art. 23 – La société en commandite [...] est régie sous un nom social, qui doit être nécessairement celui d'un ou de plusieurs des associés responsables et solidaires.

Art. 29 – La société anonyme n'existe point sous un nom social : elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés.

Art. 38 – Le capital des sociétés en commandite pourra être aussi divisé en actions, sans aucune autre dérogation aux règles établies pour ce genre de société.

Art. 50 – Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés »

Par conséquent, le juge de cassation, en 1834, utilise directement les textes légaux à sa disposition dans le Code de commerce en les compilant. La personnalité morale des sociétés transparait par sa « raison sociale ». Cette raison sociale est puisée parmi les noms de certains associés (société en nom collectif et sociétés en commandite) ou totalement en dehors d'eux (société anonyme)⁴⁵.

41 Art. 93 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 (JORF 26 juillet 1966, p. 6409) : *Un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail est antérieur de deux années au moins à sa nomination et correspond à un emploi effectif ; il ne perd pas le bénéfice de ce contrat de travail. Toute nomination intervenue en violation des dispositions du présent alinéa est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé.*

Le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonction.

En cas de fusion, le contrat de travail peut avoir été conclu avec l'une des sociétés fusionnées.

42 C. com., art. L225-21-1 inséré dans le code de commerce de 2000 par l'article 6 de la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives : JORF n°71 du 23 mars 2012 p. 5226.

43 Cass. civ., 2 juin 1834, Mouroult c/ Vautier et Derancourt : Répertoire Dalloz, vol. 40, Société, n°1656, 1859. **Voir Annexe 1.**

44 Code de commerce de 1807, loi du 15 septembre 1807 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1808.

45 Cette distinction est reprise dans le Code de commerce aujourd'hui avec des nuances. L'usage du nom de l'un des associés dans la dénomination sociale de la société est une simple faculté dans les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandites (art. L221-2, L222-3 et L224-1, al. 2 C. com.). En revanche, il est désormais explicitement autorisé d'utiliser le nom de l'un des associés dans la dénomination sociale d'une société anonyme et l'interdiction

De plus, dans une décision du 23 février 1891, le juge de cassation français est encore plus explicite lorsqu'il affirme⁴⁶ :

« [II] est de l'essence des sociétés civiles, aussi bien que des sociétés commerciales, de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun de ses membres »

Finalement, cette dernière décision, en regroupant les sociétés civiles et les sociétés commerciales, montre la véritable nature de la personnalité morale qui est d'avoir son existence juridique propre, distincte de celle de ses associés. Cette formulation sera, en fait, reprise par le juge anglais dans la décision *Salomon v A Salomon & Co Ltd* (1897). Cette formulation est également celle choisie par le législateur anglais dans la loi sur les *LLP* appelée *Limited Liability Partnership Act 2000*⁴⁷.

Parallèle entre le droit français et le droit anglais. La personnalité morale a été attribuée par le juge français aux sociétés civiles par la décision de 1891 ; le même pouvoir peut être reconnu au juge anglais, qui a été encadré de la manière suivante.

Le Professeur WARREN affirme⁴⁸ :

« Si quelqu'un remonte assez loin dans l'histoire du droit anglais, il trouvera que certains groupements ont été reconnus par les juges comme des sujets de droit sur la propre initiative de la juridiction. [...]

Mais la règle devint établie et est maintenant reconnue comme admise qu'un groupement doit être reconnu par la juridiction comme un sujet de droit si et seulement si la Couronne ou le Parlement l'a ordonné ainsi »⁴⁹

Par conséquent, le droit anglais révèle que le juge anglais dispose du pouvoir de reconnaître la personnalité morale à certains groupements et il doit admettre une telle personnalité morale si la Couronne ou le Parlement l'a expressément indiqué dans l'acte de constitution du groupement. Il est alors fait expressément référence aux *letters of patent* et aux *private Acts of Parliament*.

Liberté totale allemande. En Allemagne, il appartient librement aux associés des sociétés de déterminer les conditions de la réalisation de l'affaire ou le terme précis éventuel de celle-ci⁵⁰.

concerne aujourd'hui uniquement l'usage du nom d'un des associés commanditaires d'une société en commandite par actions (art. L224-1, al. 2 C. com.).

46 Cass. Req., 23 février 1891, Banque générale des Alpes-Maritimes c/ Rigal : DP 91, 1, 337; S. 1892. 1. 73. note Meynial. **Voir Annexe 2.**

47 *LLPA 2000, s. 1.*

48 Prof. Edward H. WARREN, *Torts by corporations in ultra vires undertakings* : 2 Cambridge L.J. 180 (1924-1926) p. 180.

49 *If one goes back far enough into English legal history, one will find that some bodies of men were recognised by the courts as legal units on the courts' own initiative. [...]*

But the rule gradually became established, and has now been recognized for centuries, that a body of men shall be recognized by the court as a legal unit only if the Crown or Parliament has so ordered.

50 Pour les *Personengesellschaften*, voir Hans GUMMERT, *Personengesellschaftsrecht*, Verlag CH Beck, München 2005, §2, n°9, p. 81 à propos de la *BGB-Gesellschaft*; Voir également SUDHOFF, *Personengesellschaften*, 7. Auflage,

Objet d'une société commerciale en Allemagne, en Angleterre et en France. De la même manière, aucune restriction ne semble affecter l'objet d'une société de droit allemand. L'objet d'une *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) n'est pas nécessairement commercial et cette forme de société peut être une œuvre charitable⁵¹.

En Angleterre, de la même manière, une *company* n'a pas toujours vocation à être à but lucratif. Cette idée est plutôt inhérente aux *partnerships*.

Le droit français a repris cette idée en considérant qu'une liste limitative de sociétés est commerciale par la forme, quel que soit son objet. Si le Code de commerce de 1807 l'admettait implicitement en énonçant que la loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales, la loi de 1966 a été plus précise en énonçant, pour sa part, à son article premier⁵² :

« Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions. »

Aujourd'hui, la liste des sociétés commerciales par la forme s'est simplement allongée.

Annnonce du plan. S'il est impossible de systématiser tous les droits et toutes les obligations d'une personne morale en France, en Allemagne et en Angleterre, il est en revanche possible de mettre en avant un certain nombre de droits et d'obligations caractéristiques. Pour cela, le droit allemand propose une piste qu'il convient d'exploiter. Cette piste concerne les différentes capacités des sociétés énoncées par le droit allemand et observées en France et en Angleterre (§1.). Il convient ensuite d'étudier le droit d'avoir un patrimoine pour les sociétés en France, en Allemagne et en Angleterre (§2.). Le droit d'avoir un siège social sur ces trois territoires sera, quant à lui, traité dans un nouveau paragraphe (§3.). Enfin, l'obligation de rendre certaines informations publiques apparaît comme indispensable pour rassurer les tiers en France, en Allemagne et en Angleterre et mérite des développements particuliers (§4.).

2.1.1. Les cinq capacités juridiques énoncées par le droit allemand et observées en France et en Angleterre (§1.)

Position du problème. Le droit allemand permet de mettre en évidence trois capacités juridiques

CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1999, S. 57ff. Pour les *Kapitalgesellschaften*, voir Heribert HIRTE, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 5. Auflage, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln 2006, p. 379.

51 SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München : Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 983.

52 Loi n°66-537 du 24 juillet 1966, art. 1 devenu art. L210-1 C. com.

généralement associées à une entreprise et, spécialement à une personne morale⁵³. Une entreprise est *rechtsfähig*, *handlungsfähig* et *parteifähig*. A côté de ces trois éléments, il en apparaît deux autres qui, sur la période étudiée, ont été tardivement associés à une personne morale. Il s'agit de la *Steuerrechtsfähigkeit* et de la *Insolvenzrechtsfähigkeit*. Ces cinq éléments caractéristiques vont être confrontés avec les phénomènes juridiques observés depuis le XIXe siècle en Angleterre et en France.

Annnonce du plan. Il s'agit d'étudier successivement la capacité de jouissance (**I.**), puis la capacité d'exercice des droits civils (**II.**) et la capacité d'ester en justice (**III.**). Ensuite, il est apparu la « capacité fiscale » (**IV.**) et la « capacité liquidative » (**V.**).

2.1.1.1. La capacité de jouissance ou die Rechtsfähigkeit (I.)

D'après le droit allemand, être *rechtsfähig* signifie disposer de sa capacité de jouissance. Par conséquent, une personne morale qui jouit de ses biens dispose du pouvoir d'administrer ses biens, mais aussi du pouvoir de les aliéner et donc de les vendre.

C'est à travers les sociétés par actions, et – pour GIERKE – à travers les sociétés coopératives de forme allemande que le droit allemand va développer les théories doctrinales sur la personnalité morale des sociétés⁵⁴. Pour HEDEMANN⁵⁵ :

« Chacun peut conclure n'importe quels contrats, faire tous testaments et constituer des associations [ou des sociétés], comme il le veut »⁵⁶.

Cette liberté contractuelle complète la capacité de jouissance (*Rechtsfähigkeit*) générale. Tout individu peut alors être le support de droits et de devoirs. La personne morale (*juristische Person*) dans sa forme moderne semble être une création du *Pandektenrecht* dont la société anonyme de forme allemande (*Aktiengesellschaft*) constitue le prototype. SAVIGNY définit donc le droit subjectif⁵⁷ comme « la seule personne à qui la puissance appartient : un territoire dans lequel sa volonté règne »⁵⁸ et Rudolph von IHERING comme « l'intérêt légal protégé »⁵⁹ et ⁶⁰.

53 Karsten SCHMIDT, *Handelsrecht*, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag, München 1999, §5 II.

54 GIERKE (1841-1921) fondera sa théorie du *Gesamthand* en comparant les *Genossenschaften* aux autres sociétés : GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*. Berlin 1887.

55 HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, I. Bd. 1910, p. 3, cité in Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht*, CH Beck, München, 1997, p. 439.

56 *Jedermann darf Verträge schließen, Testamente machen, Vereine gründen, welcher Art er will*.

57 „das subjektive Recht“.

58 „der einzelnen Person zustehende Macht : ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht“.

59 „rechtlich geschützten Interesse“.

60 Uwe WESEL, *Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht*, CH Beck, München, 1997, p. 439.

En droit français, la capacité de jouissance des droits est clairement affirmée quand il est énoncé qu'une personne morale jouit de droits et d'obligations particuliers. En raison du principe de la personnalité morale, l'associé ne dispose d'aucun droit de propriété sur les actifs sociaux. Il n'existe en conséquent aucun lien de connexité entre la créance de l'actionnaire sur la société qui résulte d'un contrat de prêt consenti par un actionnaire à la société et la créance de la société sur les actionnaires au titre de la libéralisation du capital social qui procède du contrat de société⁶¹.

2.1.1.2. La capacité d'exercice des droits civils ou die Handlungsfähigkeit (II.)

Le titulaire de la *Handlungsfähigkeit* est une des questions centrales du droit allemand de la personnalité morale. Il s'agit du titulaire de l'exercice des droits civils par la personne morale. Il faut cependant admettre que ce n'est pas la personne morale elle-même, mais les dirigeants de celle-ci (généralement un *Vorstand*) qui sont, en fait, les titulaires de ces droits. Au XIXe siècle, SAVIGNY et GIERKE se sont opposés sur cette question dogmatique qui est intimement liée à la reconnaissance de la fictivité ou à la reconnaissance de la réalité de la personne morale. Le droit anglais s'inscrira dans cette idée en posant la doctrine dite du managérialisme⁶².

Selon la *Vertretertheorie* de SAVIGNY, la personne morale est dans l'incapacité de "vouloir" et elle ne peut pas exercer les droits civils. Cette capacité appartient à un tiers, à savoir son représentant⁶³.

SAVIGNY énonce⁶⁴ :

« Seuls les droits civils supposent un être pensant et voulant, un seul homme, ce que l'on ne trouve justement pas dans les personnes morales considérées comme de simples fictions. Et ainsi se présente ici la contradiction interne d'un sujet capable d'agir, qui ne peut satisfaire en même temps à la condition de l'acquisition »⁶⁵

En revanche, selon la *Organtheorie* de GIERKE, les dirigeants de la personne morale sont en même temps les seuls capables de vouloir et d'exercer les droits civils⁶⁶. Si GIERKE façonne sa théorie à partir des sociétés coopératives (*Genossenschaften*), celle-ci semble pouvoir être transposée à toutes

61 Cass. com., 18 février 2004 : RJDA 6/2004, n°718.

62 Voir *infra*.

63 Karsten SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG Köln, Berlin, Bonn, München 2002, p. 250.

64 SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts II*, Berlin 1840, §90, p. 282.

65 *Allein Handlungen setzen ein denkendes und wollendes Wesen, einen einzelnen Menschen, voraus, was eben die juristischen Personen als bloße Fiktionen nicht sind. Und so erscheint hier der innere Widerspruch eines der Vermögensrechte fähigen Subjekts, welches doch die Bedingungen zum Erwerb derselben nicht erfüllen kann.*

66 Karsten SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG Köln, Berlin, Bonn, München 2002, p. 250.

les personnes morales⁶⁷. GIERKE affirme dans son *Deutsches Privatrecht*⁶⁸ :

« Naturellement, des représentants peuvent aussi agir pour les personnes morales. Suivant l'assimilation des personnes morales et des personnes physiques en droit de la personnalité (à l'égard des droits individuels), les relations de représentation sont accessibles aux deux catégories de personnes. Seule une représentation de la personne morale par une autre personne reste fondamentalement différente de sa représentation par son organe de direction »⁶⁹

La personne morale exprime elle-même la volonté de décision, exerce la possession, perpétue l'acte illicite, etc., le tout à travers son organe de direction⁷⁰.

De la même manière que les théories de la fictivité ou de la réalité des personnes morales, ces deux positions doctrinales ont également reçu un écho en France. La plus grande prise en compte de l'importance de l'organe de direction dans la personne morale en France trouvera une application toute singulière en droit de la responsabilité pénale⁷¹.

Un organe de direction de la personne morale doit-il lui aussi être doté de la personnalité morale ? Les juridictions françaises ont répondu à cette question par la négative à propos d'un conseil d'administration⁷², conseil qui n'est pas non plus le représentant légal de la société.

MAITLAND a démontré que le droit anglais a été moins concerné que le droit français par les théories allemandes⁷³. Cette controverse doctrinale ne peut atteindre le droit anglais qui a déjà débattu de cette question depuis le XVIIe siècle à travers les écrits de Sir Richard BROKE⁷⁴ dans son ouvrage intitulé *Grand Abridgement* publié, après sa mort, en 1568. BROKE est pour MAITLAND le père de la notion anglaise de *corporation sole*. Plus d'une fois, il dénomme une « parson » sous le vocable de « corporation » de la manière suivante :

« quelqu'un peut donner une terre à une « parson » et à ses descendants, et c'est une « corporation » d'après la *common law* et tout le monde s'accorde pour dire qu'il s'agit d'un droit de mainmorte ;⁷⁵

67 GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin : Weidmann 1887, p. 603 et sq.; Voir d'ailleurs GIERKE, *Deutsches Privatrecht, Band 1 : Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895, §67 I, p. 518 et sq.

68 GIERKE, *Deutsches Privatrecht Band 1 : Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895, p. 519.

69 *Natürlich können für Körperschaften auch Stellvertreter handeln. Denn vermöge der Gleichstellung von Verbandspersonen und Einzelpersonen im Individualrecht sind im Allgemeinen auch die individualrechtlichen Stellvertretungsverhältnisse beiden Personenklassen in gleicher Weise zugänglich. Allein eine derartige Vertretung der Körperschaft durch eine andere Person bleibt von ihrer Vertretung durch ihr Organ grundsätzlich verschieden.*

70 Karsten SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG Köln, Berlin, Bonn, München 2002, p. 251.

71 Voir *infra*.

72 Cass. com., 3 octobre 2006 : Bull. 2006 IV n°205 p. 226 ; BRDA n°21/06 du 15 novembre 2006, p. 2, §2.

73 Cambridge Texts in the History of Political Thought.

74 Cambridge Texts in the History of Political Thought.

75 Ibid., p. 11 Corporations and Capacities, pl. 41 : Vide Trespas in fine ann. 7 e.4 fo. i2 per Danby: *one can give land*

que la « parson » d'une église est une « corporation » en succession pour prescrire, pour prendre la terre d'une manière ou d'une autre ;⁷⁶

une « parson » peut prescrire en son nom et au nom de ses prédécesseurs ; selon Danby un homme peut donner une terre à une « parson » et à ses héritiers ; et il en est de même pour le chapitre de Littleton en Frankalmoin »⁷⁷

BROKE serait donc celui qui a proposé d'appliquer le terme « corporation » à une « parson » et qui considérerait qu'il y avait en Angleterre un nombre important de *corporation sole*.

2.1.1.3. La capacité d'ester en justice ou die Parteifähigkeit (III.)

En droit allemand, être *partefahig* signifie avoir la capacité d'ester en justice, ce qui implique la capacité de poursuivre et d'être poursuivi. Poussant la logique à l'extrême, Dr. RICHTER semble affirmer une évidence en disant que sans demandeur à l'action, aucun juge ne peut être saisi !⁷⁸ Plus exactement, un demandeur à l'action qui ne dispose pas ou plus de la capacité d'ester en justice, c'est-à-dire du pouvoir de saisir un juge pour faire valoir ses droits et ses prétentions, ne pourra valablement introduire une instance devant un juge.

En tout cas, les personnes morales bénéficient en principe du droit d'ester en justice. Pour la Cour de cassation, « la capacité d'ester en justice s'attache à la personne morale en tant que sujet de droit quelle que soit sa forme juridique »⁷⁹.

A l'opposé, des groupements n'ayant pas la personnalité juridique en France, en Allemagne et en Angleterre ont parfois le droit d'ester en justice. Ces groupements pourraient alors être qualifiés de quasi-personnes morales⁸⁰.

Les tribunaux peuvent aussi reconnaître une certaine individualité à des groupements qui n'avaient pas accompli toutes les formalités exigées par la loi pour le bénéfice de la personnalité morale. Par une décision du 30 août 1859 et une décision du 6 juillet 1864, la Cour de cassation a déjà admis les

to a parson and to his successors, and so this is a corporation by the common law, and elsewhere it is agreed that this is mortmain.

76 Ibid., p. 11 Corporations and Capacities, pl. 68: Vide tithe Encumbent i4, *that a parson of a church is a corporation in succession to prescribe, to take land in fee, and the like*, 39 h. 6, i4 and 7e. 4, i2.

77 Ibid., p. 11 Encumbent et Glebe, pl. I' [Marginal note: Corporacion en le person:] *a person can prescribe in himself and his predecessor* 39h.6, fo. i4; and *per Danby a man may give land to a parson and his successors*; 7e. 4, fo. i2; and *the same per Littleton in his chapter of Frankalmoin*.

78 Dr. KLAUS W. RICHTER, *Die Wirkungsgeschichte des deutschen Kartellrechts vor 1914 - Eine rechtshistorisch-analytische Untersuchung*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2007, p. 185.

79 Cass. 2^e civ., 8 juillet 2004 n°02-15623 : Bull. civ. 2004 II n°398 p. 335.

80 Voir le Titre II Chapitre II.

sociétés instituées pour l'arrosage et la fertilisation de diverses localités à agir et à être assignées en justice en la personne de leurs représentants⁸¹.

Un sujet de droit a vocation à être titulaire du droit d'ester en justice⁸². Par contre, si une société est absorbée par une autre, cette première société ne pourra plus agir en justice⁸³.

Poussant cette logique au maximum, la Cour de cassation française a énoncé le 7 décembre 1993⁸⁴ qu'il était impossible de couvrir l'irrégularité d'une procédure tenant à l'inexistence de la personne morale qui agit en justice⁸⁵.

Enfin, au niveau communautaire, une société constituée conformément à la législation d'un Etat membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire est réputée, selon le droit d'un autre Etat membre, avoir transféré son siège effectif dans cet Etat. Si ce dernier dénie à ladite société la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice devant ses juridictions nationales pour faire valoir les droits tirés d'un contrat conclu avec une société établie dans ledit Etat, cet Etat membre ne respecte plus le principe de la liberté d'établissement posé par les traités communautaires⁸⁶. Par conséquent, du fait de normes communautaires et du principe de la liberté d'établissement, la capacité d'ester en justice d'une société doit rester stable, d'un Etat membre à un autre, quel que soit le lieu de son siège social effectif. Cette réciprocité amène les juridictions des Etats membres et, en particulier, la France, l'Allemagne et l'Angleterre à reconnaître la capacité d'ester en justice de toute société révélée aux tiers, au risque d'établir une discrimination entre, d'une part, les sociétés directement constituées dans son propre Etat membre et, d'autre part, les sociétés constituées dans un autre Etat membre et transférant leur siège social dans un autre Etat membre. Dès lors, la question de savoir si cette société bénéficie toujours de la personnalité morale dans l'Etat membre d'accueil est placée au second plan.

81 Cass. civ., 30 août 1859 : DP. 1859. 1. 365 ; S. 1860. 1. 359 ; JCP 1954 II 7978 ; Cass. civ., 6 juillet 1864 : DP. 1864. 1. 424 ; S. 1864. 1. 327.

82 Cass. 2^e civ., 15 décembre 1986 : Bull. 1986 II n°190 p. 129.

83 Cass. 3^e civ., 17 mai 2006 : PA 29 septembre 2006 n°195 p. 10.

84 Cass. com., 07 déc. 1993, Société Jules Roy contre Société Benali et autres : Bull. 1993 IV n°462 p. 336 ; Y. CHARTIER, Rev. sociétés, 01 juil. 1994, n°3 pp. 462 à 465 ; JCP éd. G, 06 juillet 1994, n°27, p. 269, note E. PUTMAN.

85 Cass. 2^e civ., 9 décembre 1997 n°95-14512 ; Cass. com., 16 mars 1999 n°96-15851 ; Cass. com., 30 novembre 1999 : Bull. 1999 IV n°218 p. 183, JCP éd. E, 02 mars 2000, n° 9, p. 369, note H. CROZE et S. CAYRE ; Cass. soc., 13 novembre 2002 n°00-17176 ; Cass. 2^e civ., 12 février 2004 : Bull. 2004 II n°52 p. 44 ; Cass. 3^e civ., 17 mai 2006 : Bull. 2006 III n°130 p. 108, BRDA n°14/06 du 31 juillet 2006, p. 2, §2.

86 CJCE, 5 nov. 2002, aff. C-208/00; *Überseering BV c/ Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* : JCP éd. G II 10032, 26 février 2003, p. 360 à 365, note Michel MENJUCQ où la CJCE a été saisie de plusieurs questions préjudicielles émanant du *Bundesgerichtshof* allemand. Déjà CJCE, 27 sept. 1988, aff. C-81/87 ; *Daily Mail and General Trust* : Rec. CJCE p. 5483 ; CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97 ; *Centros Ltd* : Rec. CJCE I p. 1459.

2.1.1.4. La « capacité fiscale » ou die Steuerrechtsfähigkeit (IV.)

La *Steuerrechtsfähigkeit* est étudiée d'abord en Allemagne, puis en France et, enfin, en Angleterre.

En Allemagne, la *Steuerrechtsfähigkeit* est tardivement associée à une personne morale. Initialement, toutes les sociétés sont appréhendées par le biais de l'impôt sur le revenu (*Einkommensteuergesetz*). Il faut attendre une réforme fiscale allemande de mars 1920⁸⁷, pour voir apparaître un impôt spécifique aux personnes morales, l'impôt sur les sociétés (*Körperschaftsteuer*). Cette réforme fiscale a été initiée par Matthias ERZBERGER, alors Ministre des finances de la République de Weimar⁸⁸.

La France n'utilise pas la notion allemande de « capacité fiscale ». En France, après l'institution d'un impôt sur la dépense en 1917⁸⁹ sous forme de taxe spéciale sur le chiffre d'affaires, il a été décidé d'introduire un impôt sur les sociétés par la loi n°48-1268 du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier de la France (dite « loi REYNAUD », alors ministre des Finances et des Affaires économiques) et par le décret n°48-1986 du 9 décembre 1948 portant réforme fiscale⁹⁰. Le législateur fiscal français distingue entre des sociétés soumises par obligation à l'impôt sur les sociétés et celles soumises à l'impôt sur les sociétés par option⁹¹. Il s'agit dans tous les cas de personnes morales. Les « quasi-personnes morales », catégorie juridique que nous expliciterons ultérieurement⁹², ne relèvent pas pour l'instant de cet impôt. Cependant, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 permet à certaines sociétés anonymes, sociétés par

87 Il s'agit du *Körperschaftsteuergesetz* du 30 mars 1920 (*KörpschStG*), loi désormais distincte de la *Reichseinkommensteuergesetz* du 29 mars 1920 (*EinkStG*). Source : M. LION, *Das Bilanzsteuerrecht – Eine grundlegende Darstellung*, 2. Auflage, Berlin : Verlag von Franz Dahlen, 1925, p. 94(59).

88 Barth, *Die Entwicklung des deutschen Bilanzrechts*, Bd III/I, 1955, p. 42.

89 La loi du 31 décembre 1917 a institué une taxe sur les paiements qui a été généralisée et perfectionnée par une loi du 25 juin 1920 sous l'appellation de taxe sur le chiffre d'affaires. Source : J. LAMARQUE, *Droit fiscal général – Fascicule I*, Paris : Les Cours de droit, 1998, p. 59.

90 J. LAMARQUE, *Ibid.*, p. 123.

91 COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises 2000 – 2001*, 24^e éd., Litec Paris, n°800 et s. ; Art. 93 du décret du 9 décembre 1948 : - I- Sont passibles de l'impôt sur les sociétés, quel que soit leur objet, les sociétés anonymes, les sociétés en commandites par actions et les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés coopératives et leurs unions ainsi que les établissements publics, les organismes de l'Etat jouissant de l'autonomie financière, les organismes des départements et des communes et toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif. - II – Même lorsqu'elles ne revêtent pas l'une des formes visées au paragraphe I, les sociétés civiles sont également passibles dudit impôt lorsqu'elles se livrent à une exploitation ou à des opérations visées à l'article 8 du présent décret. - III – Les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les associations en participation sont soumises à l'impôt sur les sociétés si elles optent pour leur assujettissement à cet impôt dans les conditions prévues à l'article 108 ci-après [...]. - IV – Même à défaut d'option, l'impôt sur les sociétés s'applique, dans les sociétés en commandite simple, dans les associations en participation, y compris les syndicats financiers, et dans les sociétés de copropriétaires de navires, à la part des bénéficiaires correspondant aux droits des commanditaires et, respectivement, à ceux des associés ou copropriétaires dont les noms et adresses n'ont pas été indiqués à l'administration.

92 Voir *infra* Titre II, Chapitre II.

actions simplifiées et sociétés à responsabilité limitée d'opter pour le régime fiscal des sociétés de personnes⁹³. Dans ce cas, les associés de ces sociétés sont personnellement soumis à l'impôt sur le revenu pour la part de bénéfices sociaux correspondant à leurs droits dans la société⁹⁴. Cette nouvelle conception du droit français relativise le lien entre les sociétés de capitaux et l'impôt sur les sociétés. Il sera intéressant de voir la réaction de l'administration fiscale lorsqu'une société soumise de plein droit à l'impôt sur les sociétés décidera, lors de plusieurs exercices non successifs, d'opter pour le régime des sociétés de personnes.

Initialement, au Royaume-Uni, et spécialement en Angleterre, les *companies* étaient redevables d'un impôt sur le revenu (*income tax*) et d'un impôt sur les bénéfices (*profits tax*). Finalement, la *corporation tax*, imposition qui se distingue de l'imposition sur le revenu, est créée par le *Finance Act 1965 (c. 25)*. La raison de la création de ce nouvel impôt est exclusivement financière. Une réconciliation entre l'imposition sur le revenu et l'imposition sur les sociétés est finalement apparue vingt-trois ans plus tard par *the Income and Corporation Taxes Act 1988 (c.1)* puisque le système de calcul cédulaire (*schedular system*) est proposé dans une même loi pour ces deux impôts. Si une modernisation de l'impôt sur le revenu est réellement intervenue par différentes lois successives de 2001 à 2007⁹⁵, justement par l'abandon du système cédulaire, l'impôt sur les sociétés a finalement aussi fait l'objet d'une réforme d'ensemble au Royaume-Uni, et donc spécialement en Angleterre. En matière de *corporation taxes*, le système de calcul cédulaire tel qu'il existait auparavant est abandonné, mais il faut reconnaître que le système actuel reste approchant car il est construit à partir des différentes parties des nouvelles lois fiscales de 2009 et 2010⁹⁶.

2.1.1.5. La « capacité liquidative » ou die *Insolvenzfähigkeit* (V.)

La *Insolvenzrechtsfähigkeit*, que nous traduisons librement par une « capacité liquidative », n'est pas propre aux personnes morales, ni en Allemagne, ni en Angleterre, ni en France, mais pas pour les mêmes raisons.

93 Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 30 introduisant un article 239 bis AB dans le Code général des impôts.

94 CGI, art. 8.

95 *The Capital Allowances Act 2001 (c. 2)*, *The Income Tax (Earnings and Pensions) Act 2003 (c. 1)*, *Income Tax (PAYE) Regulations 2003 (SI 2003/2682)*, *the Income Tax (Trading and Other Income) Act 2005 (c. 5)* et *the Income Tax Act 2007 (c. 3)* et SI 2007/940.

96 *Corporation Tax Reform Consultation, Inland Revenue*, 12 août 2003 No. COI78225 ; *Corporation Tax Reform – Technical Note*, décembre 2004. Le projet de modernisation du droit fiscal anglais initié en 1997 (*Tax Law Rewrite Project*) comporte quatre lois principales aujourd'hui : *The Income Tax Act 2007 c. 3*, *The Corporation Tax Act 2009 c. 4*, *The Corporation Tax Act 2010 c. 4* et *The Taxation (International and Other Provisions) Act 2010 c. 8*. Source : HM Revenue & Customs.

En Allemagne, le droit de la faillite s'étend aux « sociétés de personnes » de forme allemande (*Personengesellschaften*)⁹⁷ qui sont dénuées, par définition, en Allemagne de la personnalité morale⁹⁸. Cette extension est un argument supplémentaire pour considérer ces formes de sociétés comme des « quasi-personnes morales ». En tout cas, la « capacité liquidative » s'étend en Allemagne à toutes les sociétés, dotées ou non de la personnalité morale.

En France, le droit de la faillite a connu une évolution remarquable. Initialement compris comme une sanction à l'encontre des dirigeants indéclicats, le droit des procédures collectives aide désormais la personne morale en cherchant des moyens de plus en plus diversifiés pour lui éviter sa liquidation et en envisageant au plus tôt de se mettre sous sa protection⁹⁹. Parallèlement, pour les personnes physiques, il est finalement apparu au fil des réformes législatives que les procédures collectives se sont progressivement étendues à diverses professions autres que les commerçants¹⁰⁰. En tout état de cause, les personnes morales de droit privé ont vocation aujourd'hui à être protégées par les dispositions relatives aux procédures collectives et non plus à être stigmatisées. Quoiqu'il en soit, si la liquidation a finalement lieu, la personnalité morale de la société ne survit *in fine* que pour les besoins de la liquidation¹⁰¹. Ce principe a d'ailleurs été dégagé en droit français par la jurisprudence¹⁰² pour éviter la confusion entre le patrimoine social et les patrimoines propres de

97 Voir *infra* Titre II, Chapitre II.

98 *InsO* 1994, §11.

99 Loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes ; L'ordonnance n°67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises ; Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises ; Loi n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises ; Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ; Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté ; Décret n°2009-160 du 12 février 2009 pris pour l'application de l'ordonnance du 18 décembre 2008 ; Loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière ; Ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ; Loi n°2012-346 du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet ; Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives ; Loi n°2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière ; Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

100 Initialement réservé aux commerçants et aux personnes morales de droit privé, le droit des procédures collectives s'est étendu à tout artisan, à tout agriculteur, et finalement, à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

101 A. BOUILLOUX, *La survie de la personne morale pour les besoins de la liquidation*, Revue des sociétés, 01 juil. 1994, n°3, p. 393 à 413.

102 Cass. civ., 27 juillet 1863 : S. 1863. 1. 457, P. 1864. 171, D. 1863. 1. 460 ; Cass. civ., 17 mai 1877 : S. 1877. 1. 356, P. 1877. 196 ; Cass. civ., 16 août 1880 : S. 1882. 1. 176, P. 1882. 1. 404, D. 1882. 1. 80 ; Cass. civ., 18 décembre 1883 : S. 1886. 1. 27, P. 1886. 1. 42, D. 1884. 1. 402 ; Cass. civ., 11 mars 1884 : S. 1885. 1. 447, P. 85. 1. 1073, D. 1884. 1. 199 ; Cass. civ., 2 décembre 1885 : S. 1888. 1. 331, P. 1888. 1. 792, D. 1886. 1. 357 ; Cass. civ., 13 janvier 1892 : S. et P. 1892. 1. 100, D. 1892. 1. 587 ; Cass. civ., 24 mai 1892 : S. et P. 1892. 1. 469, D. 1893. 1. 95 ; CA Nancy, 19 février 1881 : S. 1882. 2. 161, P. 1882. 1. 828 ; CA Bordeaux, 30 mars 1886 : S. 1888. 2. 181, P. 1888. 1. 973, D. 1886. 2. 284 ; CA Orléans, 9 mars 1894 : S. et P. 1895. 2. 310, D. 1895. 2. 265.

chacun des associés de la société¹⁰³. Il s'agit d'une fiction juridique parce que, suivant la formule de la Juridiction suprême française, « *les sociétés subsistent, pendant toute la durée de la liquidation, dans la mesure où il est nécessaire qu'il en soit ainsi pour la facilité de cette même liquidation. Dans cette mesure, la société, quoique dissoute, conserve jusqu'à l'achèvement de la liquidation sa personnalité morale* ». En d'autres termes, si, par l'effet de la dissolution, la société cesse d'exister pour l'avenir et pour les opérations en vue desquelles elle avait été constituée, elle continue néanmoins d'exister pour régler ses affaires accomplies, c'est-à-dire pour se liquider. Par conséquent, par exemple, tant qu'une société en nom collectif de droit français existe, et même tant qu'elle n'a pas été définitivement liquidée, les associés qui la composent n'ont sur les immeubles sociaux qu'un intérêt constituant un droit de nature purement mobilière et nullement un droit indivis et privatif de copropriété¹⁰⁴.

Mais la fiction légale de survie de la personnalité morale ne se conçoit qu'au regard d'une société ayant pu se manifester auprès des tiers comme personne morale. En conséquence, le liquidateur d'une société dissoute sans avoir été définitivement constituée ne peut aliéner les biens meubles et immeubles de la société qu'en vertu d'un mandat unanime de tous les associés à peine de nullité de l'acte de vente¹⁰⁵.

Par ailleurs, la personnalité morale d'une société subsiste pour les besoins de sa liquidation et les parts ou actions des associés conservent, jusqu'à la clôture de celle-ci, leur caractère mobilier, et peuvent être cédées¹⁰⁶. De la même manière, pendant cette période, des assemblées générales ont pu être régulièrement convoquées et se tenir¹⁰⁷.

En Angleterre; si aucune disposition concernant la faillite d'une *joint stock company* n'est présente dans le *Joint Stock Companies Act 1844*, le *Companies Act 1862* du 7 août 1862 titre quant à lui sur :

« Une loi relative à l'*incorporation*, la régulation et la faillite des sociétés commerciales et des autres groupements »¹⁰⁸

En effet, la quatrième partie de cette loi est relative à la faillite des *companies* et associations relevant de cette loi¹⁰⁹. Il est alors distingué entre la faillite judiciaire (*Winding up by the Court*) et la

103 Ed. Fuzier-Herman, *Répertoire général alphabétique du droit français*, tome 34, Paris, 1904, n°605, p. 475.

104 Cass. civ., 29 mai 1865 : S. 1865. 1. 325, P. 1865. 785, D. 1865. 1. 380 ; Cass. civ., 13 janvier 1892 : S. et P. 1892. 1. 100 ; Cass. civ., 24 mai 1892 : S. et P. 1892. 1. 469.

105 Cass. civ., 13 mars 1866 : S. 1867. 1. 333, P. 1867. 882, D. 1867. 1. 222.

106 Cass. 2^e civ., 27 octobre 1971 : D. 1972, p. 473 ; Cass. com., 03 octobre 2006 (2nd moyen) : Bull. 2006 IV n°203 p. 222 ; BRDA du 30 novembre 2006, n°22/06, p. 3, §5.

107 Cass. 3^e civ., 03 fév. 1993, Fontaine contre SCI Résidence concorde : Bull. 1993 III n°15, p. 10 ; Bull. Joly, 01 avr. 1993, p. 471 à 474.

108 *An Act for the Incorporation, Regulation, and Winding-up of Trading Companies and other Associations*.

109 *CA 1862, s. 5 et CA 1862, Part IV, ss. 74-173*.

faillite volontaire (*voluntary Winding up of Company*).

Il existe alors cinq circonstances particulières permettant à la juridiction de se prononcer sur la faillite judiciaire de la société¹¹⁰. La première circonstance est lorsque la société a passé une résolution¹¹¹ requérant que la société soit en faillite judiciaire¹¹². La deuxième circonstance intervient quand la société n'a pas commencé son affaire dans l'année de son *incorporation* ou qu'elle a suspendu son affaire pendant une année entière¹¹³. La troisième circonstance est lorsque le nombre des associés dans la société est inférieur à sept¹¹⁴. La quatrième circonstance est lorsque la société est incapable de payer ses dettes¹¹⁵ et la cinquième circonstance est lorsqu'il apparaît juste et équitable aux juges de prononcer la faillite de la société¹¹⁶.

Parallèlement, la faillite volontaire de la société pouvait être demandée dans trois situations particulières. En premier lieu, la faillite volontaire intervient lorsque la durée pour laquelle la société a été constituée est expirée. En deuxième lieu, lorsque l'événement pour lequel la société existait est survenu. En troisième et dernier lieu, lorsque la société a adopté une résolution à cet effet¹¹⁷.

Si le droit anglais s'est d'abord concentré sur le débiteur défaillant¹¹⁸, le droit de la faillite prenant de l'ampleur, le législateur anglais a décidé d'établir progressivement une législation séparée sous le vocable de *Insolvency Act*¹¹⁹, tout en maintenant quelques dispositions éparées dans les différents *Companies Acts*¹²⁰.

110 CA 1862, s. 79.

111 Il s'agit d'une *Special resolution* c'est-à-dire une résolution qui est passée avec une majorité des ¾ des associés, directement ou par procuration (CA 1862, s. 51).

112 CA 1862, s. 79(1).

113 CA 1862, s. 79(2).

114 CA 1862, s. 79(3).

115 CA 1862, ss. 79(4), 80.

116 CA 1862, s. 79(5).

117 Il s'agit d'une *Special resolution* (voir note *supra*). CA 1862, s. 129(1).

118 *Insolvent Debtors Relief Act 1801* c. 70 ; *Insolvent Debtors Relief Act 1804* c. 108 ; *Insolvent Debtors Relief Act 1805* c. 3 ; *Insolvent Debtors Relief Act 1806* c. 108 ; *Insolvent Debtors Relief Act 1809* c. 115 ; *Insolvent Debtors Relief (England) Act 1811* c. 125 ; *Insolvent Debtors Relief (England) Act 1812* c. 6 ; *Insolvent Debtors Relief (England) Act 1812* c. 13 ; *Insolvent Debtors Relief (England) Act 1812* c. 165 ; *Insolvent Debtors (England) Act 1813* c. 23 ; *Insolvent Debtors Relief (England) Act 1813* c. 28 ; *Insolvent Debtors (England) Act 1813* c. 102 ; *Insolvent Debtors (England) Act 1816* c. 102 ; *Insolvent Debtors (England) Act 1819* c. 129 ; *Insolvent Debtors (England) Act 1820* c. 3 ; *Insolvent Debtors (England) Act 1820* c. 119 ; *Insolvent Debtors (England) Act 1822* c. 123 ; *Insolvent Debtors (England) Act 1824* c. 61 ; *Insolvent Debtors Act 1825* c. 121 ; *Insolvent Debtors (England) Act 1826* c. 57 ; *Insolvent Debtors (England) Act 1830* c. 38 ; *Insolvent Debtors Act 1832* c. 43 ; *Insolvent Debtors (England) Act 1836* c. 44 ; *Insolvent Debtors Act 1839* c. 39 ; *Insolvent Debtors Act 1842* c. 116 ; *Insolvent Debtors Court Act 1848* c. 77 ; *Bankrupt and Insolvent Act 1857* c. 60 ; *Bankruptcy Repeal and Insolvent Court Act 1869* c. 83.

119 *Bankrupt and Insolvent Act 1857* c. 60 ; *Insolvency Act 1976* c. 60 ; *Insolvency Act 1985* c. 65 ; *Insolvency Act 1986* c. 45 ; *Insolvency Act 1994* c. 7 ; *Insolvency (No. 2) Act 1994* c. 12 ; *Insolvency Act 2000* c. 39.

120 Le *Companies Act 1948* (11 & 12 Geo. 6., c. 38) contient les dispositions concernant le *winding-up* d'une *company*

En Angleterre, ce droit s'étend aussi aux *partnerships*¹²¹, c'est-à-dire au *partnership* et au *limited partnership*, ce dernier étant issu du *Limited Partnership Act 1907*. Il faut bien comprendre que sans l'intervention du législateur en 1907, le droit anglais classique du *partnership* empêchait de concevoir un tel montage juridique car, dans un *general partnership*, les *partners* répondent indéfiniment des dettes de la société¹²².

Or, hormis le *limited liability partnership*¹²³ qui est une nouvelle structure possible en Angleterre depuis le 1er avril 2001, les *partnerships* ne sont pas dotés de la personnalité juridique¹²⁴. Cette solution anglaise devient alors un des arguments pour qualifier les *partnerships* et les *limited partnerships* de « quasi-personne morale »¹²⁵.

Conclusion du premier paragraphe (2.1.1.). Le droit français, à la différence des droits allemand et anglais des sociétés, ne fait pas aujourd'hui aussi clairement référence aux capacités « fiscale » et « liquidative » des sociétés. Cette situation provient sans doute du fait que le droit français a étendu à quasiment toutes les sociétés la personnalité morale à compter de la jurisprudence du 23 février 1891, ce qui n'a pas rendu nécessaire à l'époque la recherche de telles capacités. En revanche, l'Allemagne et l'Angleterre n'ont pas procédé à une telle extension de la personnalité juridique, et les doctrines allemande et anglaise ont mesuré l'intérêt de faire référence aux capacités en question. Le droit français des sociétés évoluant lui aussi, on peut se demander si la doctrine française ne trouvera finalement pas dans ces deux dernières capacités un moyen de répondre à des problèmes futurs, notamment à travers l'originalité fiscale de l'EIRL¹²⁶ maintenant assimilée en cas d'option à l'impôt sur les sociétés à l'EURL ou à l'EARL selon l'activité exercée.

à sa partie V, sections 211 à 365 et le *winding-up* de *unregistered companies* aux sections 398 à 405 (cf. Turner, Cecil W., *Turner's index to the Companies Act, 1948*, 10. ed., London : The Solicitors' law stationery society limited, 1948). Le *Companies Act 1985* comporte ainsi quelques dispositions (CA 1985, ss. 651-658), mais le *Companies Act 2006* comporte encore moins de dispositions relatives à la faillite des sociétés (CA 2006, ss. 193, 1282).

121 *The Insolvency Act 1986*, s. 420 et *the Insolvent Partnerships Order 1986* (SI 1986/2142) remplacé par *the Insolvent Partnerships Order 1994* (SI 1994/2421) modifié.

122 *Kendall v Hamilton* (1879) 4 App Cas 504, HL ; *Morris v Wentworth-Stanley* [1999] 2 QB 1004, CA.

123 *The Limited Liability Partnerships Regulations 2001* (SI 2001/1090), *The Limited Liability Partnerships (Amendment) Regulations 2005* (SI 2005/1989), *The Limited Liability Partnerships (Amendment) Regulations 2007* (SI 2007/2073), *The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009* (SI 2009/1804), *The Limited Liability Partnerships (Amendment) Regulations 2009* (SI 2009/1833), *The Limited Liability Partnerships (Amendment) (No. 2) Regulations 2009* (SI 2009/2995), *The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) (Amendment) Regulations 2013* (SI 2013/618).

124 *LLPA 2000* (c. 12), s. 1.

125 Voir *infra* Titre II, Chapitre II.

126 L'EIRL est normalement imposée à l'impôt sur le revenu, mais il est possible d'opter irrévocablement pour l'imposition sur les sociétés : Voir CGI, art. 1655 sexies.

2.1.2. Le droit d'avoir un patrimoine (§2.)

Le droit d'avoir un patrimoine pour une personne morale peut être un principe général du droit. En effet, si le droit allemand utilise simplement la notion de capacité de jouissance (*die Rechtsfähigkeit*) qui a été étudiée précédemment¹²⁷, le droit français, tout en utilisant également l'expression de « capacité de jouissance », pose le principe selon lequel une personne morale a le droit d'avoir un patrimoine **(I.)**. Le droit anglais a affiné quant à lui sa jurisprudence pour préciser ce qu'il entend sous le vocable de patrimoine propre de la société **(II.)**.

2.1.2.1. Une personne morale de droit français ayant le droit d'avoir un patrimoine **(I.)**

La personne morale des sociétés peut prétendre avoir un patrimoine. Ce principe général du droit français **(A.)**, a été implicitement accepté dans le Code civil dès 1804 **(B.)** et est aujourd'hui encore d'une brûlante actualité **(C.)**.

2.1.2.1.1. Un principe général du droit français **(A.)**

Le patrimoine est indissociablement lié à la personne, que cette personne soit une personne physique ou une personne morale. Si le patrimoine social doit être séparé du patrimoine des associés, il faut admettre l'existence d'une nouvelle personne à laquelle ce patrimoine appartient. La société personne morale est propriétaire des biens qui lui ont été apportés par les associés ou qu'elle a acquis après sa constitution. Les associés n'ont aucun droit sur les biens qui figurent dans ce patrimoine¹²⁸. Cependant, ces personnes morales ou juridiques ont une puissance patrimoniale qui dépasse souvent de beaucoup celle des personnes physiques. Cette puissance patrimoniale a justifié l'interventionnisme étatique au XIXe siècle pour les sociétés de capitaux. Cette « puissance qui ne cesse de croître »¹²⁹ peut continuer d'inquiéter les pouvoirs publics, surtout maintenant au niveau des groupements qui pourraient prendre le contrôle de ces personnes morales par des prises de participation de plus en plus significatives¹³⁰.

127 Voir *supra* §1.

128 G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Tome 1, vol. 2, 18e éd., Paris : LGDJ, 2002, §1147, p. 111.

129 E. VERGÉ & R. de SÉGOGNE, *Nouveau répertoire de droit*, Tome 3, 2e éd., Paris : Dalloz, 1964, p. 614.

130 A l'intérieur même de ces énormes personnes morales, les pouvoirs publics s'interrogent sur les prises de participations des « fonds souverains » dont les positions ont été significatives depuis la crise financière des « subprimes » de l'été 2007. Leurs interrogations se concentrent notamment sur les dirigeants de ces fonds ainsi que sur la transparence de ces fonds. Cf. les deux tables rondes sur les fonds souverains organisées au Sénat le 15 mai 2008, dont les vidéos et comptes rendus sont disponibles sur http://www.senat.fr/evenement/fonds_souverains/index

2.1.2.1.2. Une acceptation implicite depuis le Code civil de 1804 (B.)

Le Code civil de 1804, à son article 529, admet implicitement le droit pour une personne morale d'avoir un patrimoine en déclarant "meubles par détermination de la loi"¹³¹ :

« [Les] actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles [dépendants] de ces entreprises appartiennent aux compagnies. »

L'idée que la société forme un corps moral distinct des associés qui la composent est donc reprise par les rédacteurs du Code civil même si elle n'est pas directement, mais indirectement formulée en particulier par l'article 529 dudit code¹³². L'absence d'une doctrine commercialiste se fait cruellement sentir sous l'Ancien Régime comme dans les premières décennies du XIXe siècle. Cette carence est à l'origine de celle de la codification napoléonienne, qui nulle part n'affirme clairement l'existence de la personnalité morale des sociétés de commerce et donc laisse en suspens la question de la nature juridique de l'apport et, par voie de conséquence, celle de l'action, dont l'article 529 du Code civil se contente de dire qu'elles sont "meubles par détermination de la loi". En effet, ou la société anonyme est une personne morale et dans ce cas elle peut être considérée comme propriétaire des différents apports qui forment son patrimoine, ou bien elle ne l'est pas et, dans ce cas, ce sont les actionnaires qui sont copropriétaires par indivis des biens apportés à la société¹³³. Dans le même sens, la faculté de la transmission des actions entre vifs ou à cause de mort se meut en droit et contribue à faire entrer l'action dans le patrimoine de l'actionnaire, tout en renforçant en même temps l'idée de personnalité morale de la société, véritable titulaire du patrimoine social¹³⁴.

La jurisprudence se servira de cet article 529 du Code civil pour admettre la personnalité morale de toutes les sociétés commerciales¹³⁵. Malheureusement, la double réglementation dont le contrat de société fait l'objet à la fois dans le Code civil et dans le Code de commerce, entraîne une distinction entre société civile et société commerciale qui va compliquer singulièrement les choses¹³⁶. La

.html#table_1 (consulté le 18 novembre 2013). Voir notamment les interventions de Me Michael DORAN, de Me Laura RESTELLI-BRIZARD et de M. Gilles Dard, président de Merrill Lynch (France).

131 Code civil des Français : édition originale et seule officielle, Paris An XII 1804, p. 130.

132 A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 92, point 69 sous « La Révolution et le XIXe siècle : Le développement des personnes juridiques de droit privé ».

133 A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La Société anonyme au XIXe siècle : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, Paris : PUF, 1985, p. 184.

134 A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La Société anonyme au XIXe siècle*, Ibid., p. 203.

135 G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Tome 1, vol. 2, 18e éd., Paris : LGDJ, 2002, §1056-17, p. 10.

136 A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 92.

distinction entre société civile et société commerciale a permis aux juristes qui se montraient réticents à l'égard de cette notion, de refuser aux sociétés civiles la personnalité morale pendant une grande partie du XIXe siècle, et même après. Ainsi, Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT par exemple, seront encore hostiles à la personnalité morale des sociétés civiles et, partant, à l'autonomie de leur patrimoine, après la Première Guerre mondiale¹³⁷. La loi de 1978 refusera cette dernière analyse et affirmera la personnalité morale légale de toutes les sociétés civiles.

2.1.2.1.3. Un principe d'une brûlante actualité (C.)

Le principe d'unicité du patrimoine énoncé par AUBRY et RAU appliqué aux personnes morales reprend en droit français de la vigueur dans des décisions récentes, ainsi que dans la législation.

Le visa utilisé par le juge de cassation est alors invariablement le même¹³⁸ :

« Vu le principe selon lequel le patrimoine est indissociablement lié à la personne »

Et la Cour de cassation en tire alors plusieurs enseignements dans le domaine de la fusion.

D'une part, elle énonce que la transmission universelle à la personne morale absorbante du patrimoine de la personne morale absorbée est indissociable de la dissolution de cette dernière et ne peut se réaliser tant que cette personne morale n'est pas dissoute¹³⁹.

D'autre part, cependant, elle confirme la décision des juges du fond qui ont considéré que l'association constituée par des organisations représentatives et investies d'une mission de service public pour le contrôle de l'appellation d'origine contrôlée, avait qualité pour rechercher le recouvrement des cotisations qui lui sont ouvertes par l'article L. 632-6 du code rural. Dans ce cas, il n'est plus nécessaire de tenir compte de la fusion, le 16 juin 2000, du comité interprofessionnel des vins d'Anjou et de Saumur, dit "CIVAS", et du comité interprofessionnel des vins de Touraine et Loire ni de la dissolution du CIVAS par l'ordonnance du 26 mai 2005¹⁴⁰.

Dans un autre ordre d'idées, le droit français considère que l'identité des signataires des documents commerciaux et l'identité des adresses de deux sociétés ne suffisent pas, en principe, à détruire l'apparence de sociétés juridiquement distinctes et à prouver qu'il n'existe qu'une seule personne

137 A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Ibid., p. 93.

138 Cass. com., 12 juillet 2004 n°03-12673 et 03-12683 ; Cass. com., 12 juillet 2004 n°03-12672 : Bull. 2004 IV N° 161 p. 174 ; Bull. Joly, 2004, p. 1554, §305, note C. M. BÉNARD ; Cass. com., 12 juillet 2005 n°04-11170 ; Cass. com., 8 novembre 2005 n°03-20982 ; Cass. com., 31 janvier 2006 n°04-14576 : Bull. Joly, juin 2006, §169, p. 814 note J.J. DAIGRE.

139 Cass. com., 12 juillet 2004 n°03-12672, 03-12673 et 03-12683 ; Cass. com., 12 juillet 2005 n°04-11170 ; Cass. com., 8 novembre 2005 n°03-20982 ; Cass. com., 31 janvier 2006 n°04-14576.

140 Cass. com., 11 mars 2008 n°06-12855.

morale ou que les patrimoines sont confondus¹⁴¹. De même, dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société-mère ne révèlent pas nécessairement des relations financières anormales constitutives d'une confusion de patrimoines¹⁴². En fait, en France, la théorie de la confusion des patrimoines a été développée par les juges pour faciliter l'engagement de la responsabilité d'une autre société¹⁴³ ou celle du dirigeant de la société en faillite¹⁴⁴, cette responsabilité découlant de l'absence de séparation réelle entre le patrimoine de cette société ou de ce dirigeant avec la société en faillite, et ainsi améliorer le sort des créanciers.

A côté de ces décisions de justice, le législateur a également cherché à innover en 2007 en introduisant dans le Code civil la fiducie¹⁴⁵. La fiducie est définie au nouvel article 2011 du Code civil comme :

« l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

Dans la loi de 2007, seules les personnes morales pouvaient avoir la qualité de constituant ou de fiduciaire¹⁴⁶. En revanche, le ou les bénéficiaires n'étaient pas nécessairement des personnes morales. Suite à une critique unanime de la doctrine, la loi de modernisation de l'économie de 2008 dispose que la qualité de constituant n'est plus précisée¹⁴⁷ et que la qualité de fiduciaire est ouverte aux avocats¹⁴⁸.

La loi de 2007 dispose également que les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de la fiducie forment un patrimoine d'affectation chez le fiduciaire¹⁴⁹. Par conséquent, le fiduciaire

141 Cass. com., 19 oct. 1993 n°91-20345, *Debroise et autres contre société RFI* : Bull. Joly, 01 déc. 1993, n°12 p. 1239 à 1241 note J-J, DAIGRE.

142 Cass. com., 19 avril 2005 : Bull. 2005 IV n°92 p. 95 ; Bull. Joly 2005, p. 690, §155 note C. SAINT-ALARY-HOUIN ; D 2005, p. 1225, obs. A. LIENHARD ; RTD com 2005, p. 541, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET ; JCP éd. E 2005, n°721 ; BRDA, 15 mai 2005, n°9/05, p. 6, §8. Puis CA Paris, 11 oct. 2005 : Bull. Joly 2006, p. 478, §94.

143 Cass. com., 06 fév. 1961 : Bull. 1961 n°79 ; Cass. com., 15 oct. 1962 : Bull. 1962 n°401.

144 Cass. com., 29 mars 1960 : Bull. 1960 n°124 ; Cass. com., 18 juil. 1962 : Bull. 1962 n°377 ; Cass. com., 16 oct. 1962 : Bull. 1962 n°403 ; Cass. com., 07 janv. 1963 : Bull. 1963 n°18 ; Cass. com., 18 mars 1963 : Bull. 1963 n°159 ; Cass. com., 21 mai 1963 : Bull. 1963 n°245 ; Cass. com., 17 déc. 1963 : Bull. 1963 n°555 ; Cass. crim., 16 janv. 1964 n°63-90263 : Bull. crim. 1964 n°16 ; Cass. com., 30 juin 1964 : Bull. 1964 n°342 ; Cass. 1^o civ., 20 juil. 1964 : Bull. 1964 n°402 ; Cass. com., 15 nov. 1965 : Bull. 1965 n°574 ; Cass. com., 18 juil. 1966 : Bull. 1966 n°361.

145 Loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie : JORF 21 février 2007, p. 3052, texte 3.

146 En particulier, les articles 2014 et 2015 du Code civil.

147 En dernier lieu, lire l'exposé des motifs du projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie et modifiant le livre IVème du code civil révélant les conséquences d'une habilitation législative mal calibrée en la matière (Sénat, projet de loi n°359, session ordinaire de 2008 – 2009, Annexe au procès-verbal de la séance du 15 avril 2009, spéc. p. 4).

148 Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 18 : JORF n°0181 du 5 août 2008, p. 12471 et seq.

149 Article 12, I de la loi n°2007-211 du 19 février 2007.

possède alors nécessairement plusieurs patrimoines en son sein. Si le principe selon lequel le patrimoine est indissociablement lié à la personne demeure, il faut reconnaître que la fiducie constitue une exception nouvelle à ce principe en permettant l'émiettement du patrimoine du fiduciaire en de multiples patrimoines d'affectation. La fiducie apparaît alors comme un concurrent crédible de la société personne morale en ce qui concerne l'affectation d'un patrimoine particulier en vue de sa gestion dans un objectif purement patrimonial. En revanche, il faut reconnaître que le fonctionnement quotidien de la fiducie et celui de la société personne morale sont complètement différents.

Quoi qu'il en soit, une fois que l'on reconnaît un patrimoine propre à cette personne morale, il faut admettre qu'il existe de nombreux autres moyens de déposséder une personne de tout ou partie de ses biens pour une opération ou une situation déterminée en dehors d'une opération de fiducie¹⁵⁰.

Enfin, un nouveau patrimoine d'affectation existe depuis l'entrée en vigueur des dispositions relatives à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)¹⁵¹. L'article L526-6 du Code de commerce dispose que l'EIRL permet à une personne physique « d'affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale ». L'EIRL n'est donc pas et il ne peut pas être une personne morale, mais il permet d'affecter un patrimoine professionnel à une activité professionnelle et de distinguer par l'EIRL les créanciers professionnels des créanciers personnels. La constitution du patrimoine professionnel résulte de la déclaration d'affectation. D'après l'article L526-6 du code de commerce, ce patrimoine « est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés nécessaires à l'exercice de [l']activité professionnelle » de l'entrepreneur individuel. Depuis le 1er janvier 2013, un même entrepreneur individuel peut même constituer plusieurs patrimoines affectés¹⁵². Soumis à des contraintes comptables et juridiques comparables à une EURL, ainsi qu'à une critique vive de la doctrine, et même à une certaine limitation déontologique¹⁵³, il n'est pas certain que l'EIRL

150 Cf. Colloque sur « La fiducie, révolution juridique et pratique des affaires » organisé le vendredi 29 juin 2007 et notamment l'intervention du Hubert de Vauplane, *La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier*, citant notamment le réméré, le report en bourse et les garanties dans les systèmes de paiement : JCP E 2007 n°2050 et sq., spéc. n°2051.

151 Les textes principaux sur l'EIRL sont: – la loi n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée – le décret d'application n°2010-1706 du 29 décembre 2010 relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée – l'ordonnance n°2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Voir aussi Décret n°2013-65 du 18 janvier 2013 pris pour l'application de l'article L273 B du livre des procédures fiscales relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : JORF n°17 du 20 janvier 2013, p. 1374.

152 Loi n°2010-658 du 15 juin 2010, art. 14, II.

153 Selon le Conseil National des Barreaux, en assemblée générale des 18 et 19 juin 2010, "le choix de l'EIRL n'est envisageable que pour les avocats exerçant individuellement ou au travers de structures sans personnalité morale

connaisse le même engouement que la SARL unipersonnelle, même si l'EIRL fait l'objet d'une attention renouvelée du Gouvernement français¹⁵⁴.

2.1.2.2. Les développements du droit anglais sur la notion de patrimoine propre de la société (II.)

L'affaire *Salomon v A Salomon & Co Ltd* (1897) étudiée précédemment constitue l'affirmation en droit positif anglais de la personnalité morale pour une *company* immatriculée auprès de la *Companies House*. Simplement, au niveau de la notion de patrimoine propre de la société en droit anglais, il faut reconnaître l'existence d'un précédent plus ancien qui avait d'ailleurs été écarté expressément dans l'affaire *Salomon* par les juges de la *House of Lords*. Il s'agit de l'affaire *Queen v Arnaud* (1846) (A.). Ultérieurement à l'affaire *Salomon*, le juge anglais a également été amené à préciser sa jurisprudence sur cette notion de patrimoine propre dans l'affaire *Macaura v Northern Assurance Co Ltd* (1925) (B.).

2.1.2.2.1. L'affaire Queen v Arnaud (1846) (A.)

La notion de patrimoine propre en droit anglais a été clairement exprimée par Lord DENMAN CJ dans l'affaire *Queen v Arnaud* (1846) lorsqu'il énonce¹⁵⁵ :

« La *company* est une personne morale par le biais d'une charte de sa présente Majesté ayant pour objet de produire des vaisseaux et de les utiliser dans l'océan Pacifique. [...] Maintenant, il nous apparaît qu'une personne morale britannique est, en tant que telle, la seule propriétaire du navire et un sujet britannique [...], pour autant qu'un tel terme puisse être utilisé pour une personne morale, nonobstant quelques associés étrangers qui peuvent individuellement prendre part à la *company*, même si de tels associés de cette personne morale n'ont pas droit, en tout ou partie, directement ou indirectement, d'être les propriétaires de ce vaisseau »¹⁵⁶

Par conséquent, une *company* est, à l'image des personnes physiques, un sujet du droit qui possède en son nom propre les biens qu'elle produit. En l'espèce, cette *company* est la seule propriétaire des

(associations et S.E.P.), à l'exclusion des structures d'exercice (S.C.P. ou S.E.L.) dont les associés ne peuvent opter pour un exercice à titre individuel (art. 7 L. 31 décembre 1971)".

154 Voir en particulier le décret n°2013-65 du 18 janvier 2013 pris pour l'application de l'article L273 B du livre des procédures fiscales relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : JORF « Lois et Décrets » n°17 du 20 janvier 2013, p. 1374.

155 *R v Arnaud* (1846) 9 QB 806 at 817. Voir Annexe 13.

156 *The company is a corporation, by charter of Her present Majesty, for the purpose of providing vessels and employing them in the Pacific Ocean. [...]*

Now, it appears to us that the British corporation is, as such, the sole owner of the ship, and a British subject [...] as far as such a term can be applicable to a corporation, notwithstanding some foreigners may individually have shares in the company, and that such individual members of the corporation are not entitled, in whole or in part, directly or indirectly, to be owners of the vessel.

navires. Les associés de cette *company* ne sont pas les propriétaires des navires et ils ne possèdent pas le patrimoine de cette société. La *company* elle-même dispose de son patrimoine. Si des restrictions quant à la possession de certains biens touchent certains associés de la *company*, elles ne concernent en rien la *company* elle-même.

S'il est vrai que cette décision a été rendue pour une *company* qui a obtenu sa personnalité juridique par l'intermédiaire d'une charte royale, il n'en demeure pas moins que l'autonomie du patrimoine de la *company* par rapport aux patrimoines de ses associés y a été clairement affirmée pour la première fois.

2.1.2.2.2. L'affaire Macaura v Northern Assurance Co Ltd (1925), une conséquence de la jurisprudence Salomon (B.)

En droit anglais, suivant le précédent de l'affaire *Salomon*¹⁵⁷, l'affaire *Macaura v Northern Assurance Co Ltd (1925)*¹⁵⁸ conduit la *House of Lords* à énoncer qu'un associé d'une *company* n'a aucun intérêt assurable dans la propriété possédée par la *company*.

Le juge Lord BUCKMASTER affirme que¹⁵⁹ :

« Ni un créancier chirographaire, ni un associé de la *company* n'a un intérêt assurable sur un actif particulier qui est détenu par cette *company*¹⁶⁰. »

Ce que reprend Lord WRENBURY¹⁶¹ :

« [Un associé de la *company*], même s'il détient toutes les *shares*, n'est pas la personne morale et [...] ni lui, ni aucun créancier de la *company* n'a un droit de propriété provenant

157 Pour d'autres décisions dans le prolongement du *Salomon's case*, lire *In re Wragg* [1897] 1 Ch 796, CA per VAUGHAN Williams J ; *In re Hirth ex parte The Trustee* [1899] 1 QB 612, CA per WRIGHT J ; *Lagunas Nitrate Company v Lagunas Syndicate* [1899] 2 Ch 392, CA per ROMER J ; *The Gramophone and Typewriter, Limited v Stanley* [1906] 2 KB 856, [1908] 2 KB 89, CA ; *The Attorney-general for the Dominion of Canada v Standard Trust Company of New-York* [1911] AC 498, PC ; *R v Grupp* [1915] 2 KB 683, CA ; *Booth v Helliwell* (1914) 3 KB 252 ; *In re Express Engineering works, Limited* [1920] 1 Ch 466, CA ; *Commissioners of Inland Revenue v Sansom* [1921] 2 KB 492, CA ; *British Thomson-Houston Company, Limited v Sterling Accessories, Limited* [1924] 2 Ch 33 per TOMLIN J ; *Parker and Cooper, Limited v Reading* [1926] 1 Ch 975 per Astbury ; *Thomas v Richard Evans and Company, Limited* [1926] 1 KB 33 ; *Colville Estate, Limited v IRC* [1930] 2 KB 393 ; *Bank voor Handel en Scheepvaart NV v Slatford* [1953] 1 QB 248 ; *EBBW Vale Urban District Council v South Wales Traffic Area Licensing Authority* [1951] 2 KB 366 ; *Pegler v Craven* [1952] 2QB 69, CA ; *Lee v Lee's air farming Ltd* [1961] AC 12 Voir Annexe 15 ; *Tunstall v Steigmann* [1962] 2 QB 593, CA ; *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co. Ltd* [1980] 1 QB 358 ; *Multinational Gas and Petrochemical v Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd* [1983] 1 Ch 258, CA ; *Arab Monetary Fund v Hashim* [1991] 2 AC 114, HL ; *Deutsche Genossenschaftsbank v Burnhope* [1995] 1 WLR 1580, HL.

158 *Macaura v Northern Assurance Co Ltd* [1925] AC 619, HL.

159 *Macaura v Northern Assurance Co Ltd* [1925] AC 619, HL at 628.

160 *Neither a simple creditor nor a shareholder in a company has any insurable interest in a particular asset which the company holds.*

161 *Macaura v Northern Assurance Co Ltd* [1925] AC 619, HL at 633.

de la *common law* ou de l'*equity* dans les actifs de la personne morale¹⁶². »

La propriété de la *company* appartient donc à celle-ci et non à ses associés. Lord Buckmaster se réserve toutefois la question du créancier titulaire d'une sûreté (*secured creditor*). Un tel créancier assure le paiement de sa dette sur un actif particulier détenu par son débiteur.

Finalement, si une personne morale possède une propriété en son nom propre, il est logique en conséquence de reconnaître que les pertes et les profits résultant de la mise sous forme sociale appartiennent aussi à la personne morale et non plus à ses associés¹⁶³. Une société est normalement à la fois le propriétaire légal et le bénéficiaire légal de sa propriété¹⁶⁴.

2.1.3. Le droit d'avoir un siège social (§3.)

Le droit d'avoir un siège social est une des conséquences majeures du patrimoine propre de la personne morale. Une personne morale doit effectuer certaines de ces activités à partir d'une adresse déterminée. Si ce droit particulier s'exprime nécessairement au sein du droit interne à chacun des trois territoires étudiés (I.), il faut reconnaître une implication récente au niveau communautaire et européen sur cette question (II.).

2.1.3.1. En droit interne français, allemand ou anglais (I.)

En ce qui concerne la notion de siège social, les droits internes français (A.), allemand (B.) et anglais (C.) ont une approche différente mais présentent quelques points de convergence qui seront mis en évidence.

2.1.3.1.1. Le droit d'avoir un siège social au niveau du droit interne français (A.)

En France, la notion de domicile est une notion de droit civil qui ne concerne que les personnes physiques. L'article 102 du Code civil de 1804 énonce que¹⁶⁵ :

« Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est le lieu où il a son

162 [A member of the company,] even if he holds all the shares is not the corporation and [...] neither he nor any creditor of the company has any property legal or equitable in the assets of the corporation.

163 J. LOWRY and A. DIGNAM, *Company Law*, 3rd ed., Oxford University Press 2006, p. 18, §2.8.

164 Par conséquent, le fait que les associés de la *company* donnent leurs *shares* en *trust* à d'autres personnes ne rend pas les bénéficiaires de ce *trust* titulaires de la propriété de la *company*. Voir *Ayton Ltd v Popely* [2005] EWHC 810 (Ch), LTL 19/9/2005.

165 Code civil des Français : édition originale et seule officielle, Paris An XII 1804, p. 28.

principal établissement. »

Pour les personnes morales, il est préférable en France de parler de siège social. Le principe est alors que chaque personne morale peut le fixer librement. Cependant, les juges français restent libres de vérifier la coïncidence du siège social ainsi choisi avec la réalité du lieu de l'activité principale de la personne morale et, à défaut, de fixer le siège social de celle-ci au lieu de son activité effective. C'est la distinction entre le siège social statutaire et le siège social réel¹⁶⁶.

Par ailleurs, il a été jugé qu'une société dissoute conserve son siège social tant que la liquidation de la société n'est pas terminée¹⁶⁷.

De surcroît, tenant compte de la multiplicité des lieux d'activité des sociétés de taille importante, la jurisprudence admet qu'une même personne morale puisse avoir autant d'adresses différents qu'elle a d'établissements. Cette jurisprudence, dite des « gares principales », date de 1857¹⁶⁸ et elle a été consacrée par le Code de procédure civile¹⁶⁹ français¹⁷⁰. Poussant cette jurisprudence jusqu'à son paroxysme, la Cour de cassation vient d'admettre en avril 2006 qu'une société d'assurance pouvait être assignée devant le tribunal du lieu où elle dispose d'un simple agent général habilité à la représenter¹⁷¹.

2.1.3.1.2. Le droit d'avoir un siège social au niveau du droit interne allemand (B.)

En Allemagne, l'inviolabilité du domicile est énoncée à l'article 13 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 appelée *Grundgesetz*¹⁷² dans la teneur qui suit :

« Le domicile est inviolable. »¹⁷³.

Les juges constitutionnels allemands ont toujours interprété cette disposition de manière extensive,

166 Cass. 2^e civ., 19 mars 1956 : D 1956, 351 ; Cass. com. 13 déc. 1983 : JCP 1985 II 20421 note Signoret-Serrano.

167 CA Paris, 3 juillet 1967 : D 1967, 666.

168 Cass. civ., 4 mars 1857 : DP 1857. 1. 124.

169 l'article 26 III et IV de la loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit dispose que "III. – Le nouveau code de procédure civile, institué par le décret n°75-1123 du 5 décembre 1975, devient le code de procédure civile." et que "IV. – Dans toutes les dispositions législatives en vigueur, les mots : « nouveau code de procédure civile » sont remplacés par les mots : « code de procédure civile »".

170 Art. 43 CPC : "Le lieu où demeure le défendeur s'entend : - s'il s'agit d'une personne physique, du lieu où celle-ci a son domicile ou, à défaut, sa résidence, - s'il s'agit d'une personne morale, du lieu où celle-ci est établie".

171 Cass. 2^e civ., 6 avril 2006 : Bull. 2006 II n°100 p. 96 ; BRDA 12/06 du 30 juin 2006, p. 3.

172 Art. 13 Abs. 1 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 (GG) : BGBl. III, S. 100-1.

173 *Die Wohnung ist unverletzlich.*

en y englobant les locaux professionnels¹⁷⁴. Par conséquent, en Allemagne, non seulement le siège social est reconnu mais il dispose d'une protection établie au niveau constitutionnel pour les personnes morales¹⁷⁵, mais aussi pour les sociétés non dotées de la personnalité morale¹⁷⁶.

Par ailleurs, le droit international privé allemand définit le *Gesellschaftsstatut*, c'est-à-dire la règle permettant de déterminer quel droit s'applique aux sociétés. Ce droit international privé comprend donc comme en France les règles de conflits de loi.

Deux méthodes de rattachement existent principalement pour le *Gesellschaftsstatut*. Il y a, d'une part, la *Sitztheorie* et, d'autre part, la *Gründungstheorie*. La *Sitztheorie* tient compte du lieu effectif de gestion de la société ce que le droit français appelle le siège social réel. La *Gründungstheorie* quant à elle tient compte uniquement concernant le siège social des stipulations mentionnées dans les statuts de la société. Cela correspond alors à ce que le droit français appelle le siège social statutaire. Le droit allemand ne favorise expressément aucune des deux théories¹⁷⁷, mais le droit communautaire semble plus favorable à la *Sitztheorie*¹⁷⁸. Quoi qu'il en soit, déterminer le siège social d'une société en Allemagne est une question récurrente du droit international privé des sociétés en Allemagne¹⁷⁹.

2.1.3.1.3. Le droit d'avoir un siège social au niveau du droit interne anglais (C.)

En Angleterre, une *company* peut avoir un siège social qui correspond au lieu de son enregistrement auprès de la *Companies House*.

174 Voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale (*das Bundesverfassungsgericht* ou BVerfG) du 13 octobre 1971, *Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 32, p. 54 (1 BvR 280/66) cité dans CEDH, Niemietz c. Allemagne, du 16 décembre 1992, aff. n°13710/88 série A n° 251-B : "*Der Begriff "Wohnung" in Art. 13 Abs. 1 GG ist weit auszulegen; er umfaßt auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume*".

175 Pour une e.V., la décision de la Cour constitutionnelle fédérale BVerfGE 44, 353 (371) ou *Beschluß des Zweiten Senats vom 24. Mai 1977* - 2 BvR 988/75. Pour une GmbH, la décision BVerfGE 76, 83 (88) ou *Beschluß des Ersten Senats vom 16. Juni 1987* - 1 BvR 1202/84.

176 Pour une KG, la décision de la Cour constitutionnelle fédérale BVerfGE 42, 212 (219) ou *Beschluß des Zweiten Senats vom 26. Mai 1976* - 2 BvR 294/76. Ceci contribue à appeler la KG de "quasi-personne morale" allemande puisqu'elle fait l'objet de la même protection que les personnes morales.

177 Voir en particulier Art. 37 II EGBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*) qui dispose : „*Die Vorschriften dieses Unterabschnitts (Vertragliche Schuldverhältnisse) sind nicht anzuwenden [...] auf Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht, das Vereinsrecht und das Recht der juristischen Personen, wie zum Beispiel die Errichtung, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen sowie die persönliche gesetzliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Schulden der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person.*“

178 Dans ce sens, HUECK, Götz & WINDBICHLER, Christine, *Gesellschaftsrecht*, 21. Auflage, München : Verlag CH Beck, 2008, §1, Rn. 18, p. 10 et sq.

179 BGHZ 53, 181, 183 (1970) ; BGH : NJW 1995, 1032 ; BFH : NZG 2002, 103.

Dans l'affaire *Gasque v IRC (1940)*, le juge MACNAGHTEN J énonce la solution suivante¹⁸⁰ :

« Il a été suggéré par Mr. Needham, au nom de l'appelant, que par la loi en Angleterre, une personne morale n'a aucun siège social. Il est assez vrai qu'une personne morale ne peut pas avoir un siège social dans le même sens qu'un domicile pour un individu, pas plus qu'elle ne peut avoir une résidence dans le même sens que pour un individu. Mais, par analogie avec une personne physique, les attributs d'une résidence, d'un domicile et d'une nationalité peuvent lui être donnés et sont, je le pense, donnés par la loi en Angleterre à une personne morale. [...] Je pense qu'une telle *company* a un siège social – un siège social anglais si elle a été enregistrée en Angleterre et un siège social écossais si elle a été enregistrée en Ecosse »¹⁸¹

Par conséquent, en Angleterre, la notion de siège social statutaire (*registered office*) domine.

Le *registered office* est l'adresse de la *company* à laquelle les courriers, y compris les courriers de rappels envoyés par le registre des sociétés (*Companies House*), seront adressés. Il doit être précisé lors de l'*incorporation* de la *company*¹⁸² et être mis à jour en permanence¹⁸³. En effet, si une *company* change de lieu de *registered office* après son *incorporation*, la nouvelle adresse doit être notifiée au registre des sociétés¹⁸⁴ sous peine d'une sanction pénale¹⁸⁵.

Si le *registered office* peut être n'importe où en Angleterre, il doit toujours être à une adresse effective pour délivrer des documents à la *company* et pour réduire au maximum les délais pour que les correspondances envoyées à cette adresse par la *Companies House* soient instruites de manière efficace¹⁸⁶.

Le changement d'adresse du siège social prend effet après enregistrement du formulaire adéquat par le *registrar*. Mais jusqu'à quatorze jours inclus après la date à laquelle le formulaire est enregistré par la *Companies House*, une personne peut valablement se servir de tout document de la *company* en utilisant son ancien *registered office*¹⁸⁷.

180 *Gasque v IRC* [1940] 2 KB 80, KB Div. at 84.

181 *It was suggested by Mr Needham on behalf of the appellant that by the law of England a body corporate has no domicile. It is quite true that a body corporate cannot have a domicile in the same sense as an individual any more than it can have a residence in the same sense as an individual. But by analogy with a natural person the attributes of residence, domicile and nationality can be given, and are, I think, given by the law of England to a body corporate. [...] I think, such a company has a domicile – an English domicile if registered in England, and a Scottish domicile if registered in Scotland.*

182 Une *company* est considérée comme *incorporated* en Angleterre lorsque le *body corporate* acquiert une *perpetual succession*. Halsbury's Laws of England, V°Companies, n°202.

183 *CA 1985, ss. 10 and 287(2)*. Le lieu du *Registered Office* est donc à remplir sur le *Form 10* appelé *First directors and secretary and intended situation of registered office* lors de l'*incorporation*. Il convient ensuite d'utiliser le *Form 287* dénommé *Change in Situation or Address of Registered Office* pour prévenir la *Companies House* de tout changement concernant le *Registered Office*. Depuis l'entrée en vigueur du *CA 2006*, il faut utiliser aujourd'hui les *Forms IN01* et *AD01*.

184 *CA 1985, s. 287(3)*. Il faut alors transmettre au *registrar* le *Form 287*. Depuis l'entrée en vigueur du *CA 2006*, il faut utiliser aujourd'hui le *Form AD01*.

185 *CA 1985, s. 287(7)*. Aujourd'hui abrogé par *CA 2006*, il reste la sanction pénale applicable de manière générale à la *Part 36* du *CA 2006* dénommée *Offences under the Companies Acts*.

186 *CA 1985, s. 287(1)*. Il s'agit aujourd'hui du *CA 2006, s. 86*.

187 *CA 1985, s. 287(4)*. Il s'agit aujourd'hui du *CA 2006, s. 87(2)*.

Finalement, le devoir pour une *company* d'avoir un *registered office* se manifeste à deux niveaux¹⁸⁸. En premier lieu, tout registre, index et autres documents doivent être tenus au *registered office* et être disponibles pour une inspection par le public intéressé¹⁸⁹ sous peine de sanctions pénales¹⁹⁰. En second lieu, tout document de la *company* doit mentionner l'adresse de son *registered office* et, en cas de changement de lieu de son *registered office*, la *company* doit répercuter ce changement dans les quatorze jours après avoir signifié le changement à la *Companies House*¹⁹¹, sous peine de sanctions pénales¹⁹².

Simplement, la notion de *registered office* n'est pas propre aux *companies* et elle apparaît également pour certains *partnerships*.

Les *limited partnerships*¹⁹³, qui n'ont pas la personnalité morale en Angleterre, doivent également s'enregistrer auprès du registre des sociétés où ils ont leur principal centre d'intérêts ou bien où il est proposé de l'être (sans recevoir pour autant l'*incorporation*)¹⁹⁴. Pour cette raison, un *Limited Partnership* anglais ne peut être enregistré par la *Companies House* si le principal centre d'intérêts est situé à l'étranger.

Enfin, le *limited liability partnership* (LLP)¹⁹⁵, qui a la personnalité morale en Angleterre, a un *registered office* qui présente des caractéristiques très proches¹⁹⁶ de la définition du *registered office* d'une *company* et tout changement du *registered office* d'un LLP doit être envoyé à la *Companies House* au moyen du formulaire adéquat¹⁹⁷, sous peine de sanctions pénales¹⁹⁸.

2.1.3.2. En droit communautaire et européen (II.)

Comme les jurisprudences des juridictions communautaires et européennes ont des incidences directes sur le droit français, allemand et anglais, il s'avère essentiel, pour la période postérieure à la Seconde Guerre mondiale, d'y faire référence.

188 CA 1985, s. 287(5). Il s'agit aujourd'hui du CA 2006, s. 87(3).

189 CA 1985, s. 287(5) (a). Il s'agit aujourd'hui du CA 2006, s. 87(3).

190 CA 1985, s. 287(7). Aujourd'hui abrogé par CA 2006, il reste la sanction pénale applicable de manière générale à la Part 36 du CA 2006 dénommée *Offences under the Companies Acts*.

191 CA 1985, s. 287(5)(b). Il s'agit aujourd'hui du CA 2006, s. 87(3).

192 CA 1985, s. 287(7). Aujourd'hui abrogé par CA 2006, il reste la sanction pénale applicable de manière générale à la Part 36 du CA 2006 dénommée *Offences under the Companies Acts*.

193 Pour aller plus loin, voir le Titre II, Chapitre II relatif aux quasi-personnes morales.

194 LPA 1907, ss. 5, 8 et le Form LP5 *Application for Registration of a Limited Partnership*.

195 Lire également la conclusion de la thèse.

196 *Limited Liability Partnerships Act 2000*, s. 2 and Sch. Part II *Registered offices*.

197 Pour l'Angleterre, il s'agissait à l'origine du Form LLP287. Depuis l'entrée en vigueur du SI 2009/1804, on utilise le Form LLAD01.

198 SI 2001/1090, reg. 4 & Sch. 2. Depuis l'entrée en vigueur du SI 2009/1804, il n'est plus certain qu'une sanction pénale soit d'actualité dans ce domaine.

En effet, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)¹⁹⁹ va se saisir de la question de savoir si le siège social d'une personne morale est inviolable. Dans un premier temps, la CJCE va énoncer que²⁰⁰ :

« Si la reconnaissance d'un [...] droit [fondamental à l'inviolabilité d'un domicile] en ce qui concerne le domicile privé des personnes physiques s'impose dans l'ordre juridique communautaire en tant que principe commun aux droits des Etats membres, il n'en va pas de même en ce qui concerne les entreprises, car les systèmes juridiques des Etats membres présentent des divergences non négligeables en ce qui concerne la nature et le degré de protection des locaux commerciaux face aux interventions des autorités publiques.

On ne saurait tirer une conclusion différente de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, dont le paragraphe 1 prévoit que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». L'objet de la protection de cet article concerne le domaine d'épanouissement de la liberté personnelle de l'homme et ne saurait donc être étendu aux locaux commerciaux. Par ailleurs, il y a lieu de constater l'absence d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à cet égard.

Il n'en demeure pas moins que, dans tous les systèmes juridiques des Etats membres, les interventions de la puissance publique dans la sphère d'activité privée de toute personne, qu'elle soit physique ou morale, doivent avoir un fondement légal et être justifiées par les raisons prévues par la loi et que ces systèmes prévoient, en conséquence, bien qu'avec des modalités différentes, une protection face à des interventions qui seraient arbitraires ou disproportionnées. L'exigence d'une telle protection doit donc être reconnue comme un principe général du droit communautaire. »²⁰¹

Finalement, poussée par l'argumentation de la CJCE, la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)²⁰² a décidé de faire bénéficier les personnes morales des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au même titre que les personnes physiques en énonçant le 16 avril 2002²⁰³ :

« Dans le prolongement de l'interprétation dynamique de la Convention, la Cour considère qu'il est temps de reconnaître, dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels. »

199 En anglais, *European Court of Justice* (ECJ) ; en allemand, *der Europäische Gerichtshof* (EuGH). La Cour de justice changera de nom en France après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1er décembre 2009. Cette juridiction européenne ne s'appellera plus en France CJCE, mais CJUE. En revanche, en Allemagne et en Angleterre, la juridiction communautaire conservera son ancien acronyme, même après le traité de Lisbonne. Ceci montre une conscience de la doctrine française du changement opéré par ce traité ayant donné la personnalité juridique à l'Union européenne.

200 CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c/ Commission*, aff. 46/87 et 227/88 : Rec. 1989 p. 2859 ; CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Benelux c/ Commission*, aff. 85/87 : Rec. 1989 p. 3137 ; CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Chemical Ibérica e.a. c/ Commission*, aff. 97/87, 98/87 et 99/87 : Rec. 1989 p. 3165.

201 CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c/ Commission*, spéc. points 17 à 19.

202 En anglais, *European Court of Human Rights* (ECHR) ; en allemand, *die Europäische Menschenrechtskonvention* (EMRK).

203 Ex: CEDH, 16 avril 2002, *société Colas Est et a. c/ France*, n°37971/97 ; AJDA 2002, p. 500 obs. JF FLAUSS ; D. 2003, n°23, p. 1541 et s., obs. A. LEPAGE ; D. 2003, somm., p. 527, obs. C BIRSAN ; JCP 2002, I, n°153, obs. R. BESROUR ; JCP éd E 2003, p. 77, obs. B. ESPESSON-VERGEAT ; JCP éd. E 2003, p. 560, obs. J RAYNAUD ; Bull Joly 2002, p. 953, note N. MATHEY : Les personnes morales de droit privé à but lucratif ont un domicile au sens de l'art. 8 de la Convention, la Cour érige le droit à sa protection.

Cette nouvelle position de la CEDH a conduit la CJUE à préciser sa jurisprudence²⁰⁴ :

« S'agissant du droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8 de la CEDH, il convient de rappeler que la Cour a admis l'existence d'un principe général du droit communautaire garantissant une protection contre les interventions de la puissance publique dans la sphère d'activité privée de toute personne, qu'elle soit physique ou morale, qui seraient disproportionnées ou arbitraires. [...]

Le respect du principe général susvisé implique, notamment, que l'intervention de la puissance publique ait un fondement légal et soit justifiée par des raisons prévues par la loi »

Par conséquent, si cette ouverture jurisprudentielle a été critiquée par la doctrine, il faut admettre que les juridictions communautaires et européennes l'ont assimilée²⁰⁵.

Un exemple précurseur existe même en droit anglais dans la décision *R v Inland Revenue Commissioners, ex p. Banque Internationale à Luxembourg SA (2000)*²⁰⁶ à propos de la transmission d'informations demandées à une banque à propos de l'un de ses clients²⁰⁷. Il existe maintenant des exemples d'application par les juges français de cette jurisprudence européenne²⁰⁸.

Au final, l'article 1 du protocole numéro 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dispose expressément que la protection de la propriété appartient à toute personne physique, mais aussi à toute personne morale²⁰⁹, et ce directement²¹⁰. Ce protocole, ratifié par l'immense majorité des Etats parties à ladite convention, y compris la France, l'Allemagne et le Royaume-Uni²¹¹, justifie également une protection du siège social des personnes morales.

Conclusion du troisième paragraphe (2.1.3). La question de lier un patrimoine à une personne morale s'est posée en France, en Allemagne et en Angleterre. Contribuant à l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques, ces trois droits ont admis que la personne morale ait un siège social (*domicile* en anglais et *Sitz* en allemand). Malgré des différences d'approches dans

204 TPICE, arrêt du 9 juillet 2003, *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients c/ Commission*, aff. T-224/00 : Rec. 2003 p. II-2597 ; CJCE, Ordonnance du 30 mars 2006, *Strintzis Lines Shipping c/ Commission*, aff. C-110/04 P : Rec. 2006 p. I-44.

205 Lord Woolf MR se pose même la question de savoir si l'article 8 CEDH s'applique aux personnes morales dans *R v Broadcasting Standards Commission*, ex parte *BBC* [2000] 3 All ER 989 at 992-3.

206 *R v Inland Revenue Commissioners, ex p. Banque Internationale à Luxembourg SA* [2000] STC 708 at 723 per LIGHTMAN J.

207 BIRKS, *English Private Law – First updating supplement*, OUP 2002, p. 14.

208 Cass. crim., 22 octobre 2003 : Bull. crim. 2003 n°199 p. 821 ; Cass. crim., 6 décembre 2006 : Bull. crim. 2006 n°306 p. 1104.

209 A propos du droit des personnes morales à la liberté d'expression (art. 10 de la Convention) en Angleterre, voir *Autronic AG v Suisse* n°12726/87 (1990) 12 EHRR 485, § 47 et *R (North Cyprus Tourism Centre Ltd) v Transport for London* [2005] EWHC 1698 (Admin), *The Times*, 24 août 2005.

210 *Agrotexim v Grèce* n°14807/89 (1995) 21 EHRR 250 et *Credit and Industrial Bank v République Tchèque* n°29010/95 (2003) ECHR 2003-XI, §§46 – 52 ; *Weir v Secretary of State for Transport* [2005] EWHC 2192 (Ch), LTL 14/10/2005.

211 Le protocole n°1 est entrée en vigueur en France le 3 mai 1974, en Allemagne le 13 février 1957 et au Royaume-Uni le 18 mai 1954. Source : Bureau des Traités du Conseil de l'Europe.

les trois Etats membres concernés, les jurisprudences communautaire et européenne entendent dans leurs derniers développements protéger le siège social des personnes morales de toute violation. Les juridictions internes ne sont plus indifférentes à cette reconnaissance de principe de l'inviolabilité du siège social des personnes morales.

2.1.4. L'obligation de rendre certaines informations publiques (§4.)

Sur la question de rendre certaines informations publiques, les cultures juridiques française, anglaise et allemande diffèrent. Simplement, comme les droits anglais et allemand présentent le plus de raffinement en cette matière, il ne sera indiqué que très sporadiquement des données sur le droit français. Ainsi, ce seront essentiellement le système juridique anglais **(I.)** et le système juridique allemand **(II.)** qui seront étudiés. De nouveau, les conséquences de l'harmonisation communautaire sur cette obligation de rendre certaines informations publiques doivent être également évoquées **(III.)** parce que « le droit communautaire imprègne depuis longtemps le droit des sociétés »²¹².

2.1.4.1. Le système juridique anglais (I.)

Le contrôle des comptes **(A.)** des personnes morales de sociétés anglaises et la divulgation d'informations diverses par les personnes morales de sociétés anglaises **(B.)** constituent les deux points principaux mis en avant dans le système juridique anglais.

2.1.4.1.1. Le contrôle des comptes en Angleterre (A.)

KLEIN, juriste autrichien, nous permet d'aborder la question du contrôle des comptes de manière comparative puisqu'il affirme en 1904²¹³ :

« Délimiter avec exactitude l'activité de l'*auditor* anglais cause quelques difficultés aux tribunaux anglais. Dans les présentations des divers *Lord justice* sur ce point, l'imperfection de l'audit est nettement perceptible »²¹⁴

Si elle pose des difficultés juridiques, l'obligation de tenir des comptes qui font l'objet d'un audit va

212 HUECK, Götz & WINDBICHLER, Christine, *Gesellschaftsrecht*, 21. Auflage, München : Verlag CH Beck, 2008, §1, Rn. 16, p. 9.

213 KLEIN, Franz, *Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft*, Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, Wien 1904, p. 28 et s. in Peter DORALT et Susanne KALSS, *Franz Klein – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2004, p. 202 et sq.

214 *Die Tätigkeit der Auditors richtig abzugrenzen, macht den englischen Gerichten einige Mühe. In den Darlegungen der verschiedenen Lord justices über diesen Punkt wird die Halbheit des audit deutlich wahrnehmbar.*

de soi en droit anglais. D'ailleurs, la nomination d'un ou plusieurs *auditors* est imposée dès le *Joint Stock Companies Act 1844 (7 & 8 Vict., Cap. 110)*²¹⁵.

En fait, le droit anglais des sociétés va toujours avoir comme souci de divulguer certaines informations à un nombre plus ou moins restreint de personnes²¹⁶. Cette façon de faire s'exprime au niveau des *partnerships* qui n'ont pas la personnalité morale en Angleterre, mais aussi au niveau des *companies*.

Ainsi, le *Partnership Act 1890* énonce à la *section 24* une règle supplétive de la volonté des *partners* :

« Sauf stipulation expresse ou implicite entre les *partners* [...], les registres du *partnership* sont tenus au lieu de l'affaire (ou au lieu principal de l'affaire s'il y en a plus d'un) et tout *partner* peut, quand il le souhaite, avoir accès et inspecter et copier n'importe lequel de ces registres »²¹⁷

Cependant, si les registres sont produits à un procès concernant l'affaire de la *firm*, les *partners* peuvent empêcher toute divulgation de toute information qui ne concerne pas directement l'objet du recours²¹⁸.

Dans la décision *Kirkintilloch Equitable Co-operative Society Ltd v Livingston (1972)*²¹⁹, Lord THOMSON affirme pour les *societies* :

« Dans les termes des lois de 1893 et 1913 sur les sociétés industrielles et de prévoyance et désormais dans ceux de la loi de 1965, les comptes de la [...] société doivent être présentés annuellement pour un audit effectué par une ou plusieurs personnes inscrites sur une liste de personnes nommées *auditors* officiels par le Trésor »²²⁰

Par conséquent, le contrôle des comptes est extrêmement répandu en Angleterre, il dépasse même les *joint stock companies*, ancêtres des *public companies*. Il faut toutefois noter qu'à la différence d'un commissaire aux comptes en France, un *auditor* ne dispose pas du pouvoir d'alerte. Il dispose en revanche de certains droits et de certains devoirs. Ces droits concernent des droits à l'information, des droits d'assister aux assemblées générales et le droit de divulgation de certains registres et documents appartenant à la *company*²²¹. Son devoir principal concerne quant à lui la

215 *JSCA 1844*, s. 7.

216 P. L. DAVIES, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 7th ed., Sweet & Maxwell 2003, p. 531.

217 *Subject to any agreement express or implied between the partners, [...] the partnership books are to be kept at the place of business of the partnership (or the principal place, if there is more than one), and every partner may, when he thinks fit, have access to and inspect and copy any of them.*

218 *In re Pickering, Pickering v Pickering* (1883) 25 ChD 247, CA.

219 *Kirkintilloch Equitable Co-operative Society Ltd v Livingston* [1972] SC 111 at 114.

220 *In terms of the Industrial and Provident Societies Acts, 1893 and 1913, and now the Industrial and Provident Societies Act, 1965, the accounts of the [...] society must be submitted annually for audit by one or more persons selected from a list of persons appointed official auditors by the Treasury.*

221 Droits à l'information (*Companies Act 1989*, s. 120(1) et *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004*, s. 8 ; *CA 1985*, s. 389A devenu *CA 2006*, ss. 499 – 500) ; Droit d'assister aux meetings et

publication d'un rapport annuel²²².

2.1.4.1.2. La divulgation d'informations diverses par les personnes morales de sociétés anglaises (B.)

En contrepartie à leur existence légale propre, les personnes morales anglaises doivent divulguer aux dirigeants, aux associés de la société, ou aux tiers des informations plus ou moins nombreuses.

Dans le *Joint Stock Companies Act 1844 (JSCA 1844)*, les informations divulguées aux tiers sont celles qui sont accessibles via le *registrar*²²³ moyennant le paiement d'une certaine somme d'argent pour l'inspection ou pour la copie de chacun des documents. Il s'agit alors des documents qui doivent être renvoyés au *registrar (returns)*, des actes notariés (*deeds*), des registres (*registers*) et des index (*indexes*).

Les informations divulguées aux associés de la *joint stock company* sont en revanche variables. Sauf disposition contraire, les registres de la société sont accessibles gratuitement à tout associé (*shareholder*) au lieu du principal établissement de la société²²⁴. Le compte de bilan leur est transmis lors de l'assemblée générale statuant sur les comptes de la société (*ordinary Meeting of the Shareholders*)²²⁵. En Angleterre, cette obligation va de soi puisque dans la terminologie juridique anglaise, un *ordinary general meeting* est une assemblée générale des associés de la société statuant sur les comptes annuels alors qu'un *extraordinary general meeting* est toute assemblée générale des associés de la société entre deux *ordinary general meetings*. Cette terminologie anglaise est d'ailleurs un faux ami par rapport à la distinction du droit français entre assemblée générale ordinaire et extraordinaire, l'assemblée générale extraordinaire ayant vocation en droit français à modifier, par exemple, les statuts de la société.

autres (*Companies Act 1985*, s. 390 ; *Companies Act 1989*, s. 120(1) ; *SI 2000/3373* devenu *CA 2006*, s. 502) ; Divulgateion du contenu de certains *registers* et *documents* (ex : *register of members CA 1985*, s. 356 devenu *CA 2006*, s. 116).

222 Les devoirs des *auditors* sont énoncés au *Companies Act 1985*, s. 237 (*duties of auditor*) devenu *CA 2006*, s. 498. En dehors de ces devoirs généraux, l'auditor peut avoir d'autres missions sur des sujets particuliers. Ces sujets concernent notamment les *valuation* et *report* sur la *consideration* de l'*allotment* de *shares* d'une *public company* (*CA 1985*, ss. 44, 103 et 108 devenus *CA 2006*, ss. 93, 593 – 596, 1150), le *report* annexé à la *statutory declaration* des *directors* dans le cadre d'un *payment out of capital* d'une *private company* : *CA 1985*, s. 173(5) devenu *CA 2006*, s. 714(5)(6), le *report* sur les *initial accounts* préparés par une *public company* pour une *proposed distribution* aux associés de la *company* : *CA 1985*, s. 273 devenu *CA 2006*, s. 839.

223 *JSCA 1844*, s. 18.

224 *JSCA 1844*, s. 33.

225 *JSCA 1844*, s. 36 *contra JSCA 1844*, s. 42.

Enfin, les registres de comptes ne sont connus, en principe, que des *directors*²²⁶ qui, à partir de ces registres, élaborent le compte de bilan de la société (*JSCA 1844*, s. 35).

La *section 35* du *Joint Stock Companies Act 1844* est particulièrement éclairante sur le processus de préparation des comptes de la société²²⁷ :

« XXXV. Et qu'il soit proclamé loi, que 14 jours au moins avant la période à laquelle les comptes doivent être transmis aux *auditors* (comme il est requis ci-dessous), les *directors* d'une telle société doivent rendre les livres de la société équilibrés et doivent faire un compte de bilan complet et loyal ; et qu'avant de transmettre un tel compte de bilan aux *auditors* (comme il est requis ci-dessous), les *directors* ou trois d'entre eux doivent examiner un tel compte de bilan et le signer après cet examen ; et qu'après l'examen de ce compte de bilan par des *directors*, le président doit signer un tel compte de bilan et, enfin, les *directors* doivent faire en sorte que ce compte de bilan soit enregistré dans les livres de la société »²²⁸

Finalement, cette divulgation différentielle perdurera avec de plus en plus de raffinements pour aboutir au *Companies Act 2006*²²⁹. Une *company* se doit de maintenir des registres et des informations concernant son affaire (généralement au siège social statutaire) pour leur consultation par diverses personnes.

Certaines de ces informations peuvent être des informations dupliquées et disponibles pour la consultation directement auprès de la *Companies House*.

Le législateur anglais a toujours pris des mesures pour déterminer qui peut consulter des documents. Ces mesures sont interprétées à la lettre par la jurisprudence²³⁰. Hormis les dispositions légales ci-dessous contenues dans les *Companies Act*, les *members* d'une *company* n'ont pas de droit particulier pour consulter ou prendre copie de documents²³¹. En effet, il se trouve que si certains registres et documents peuvent être consultés par n'importe qui²³², certains autres ne peuvent être

226 *JSCA 1844*, s. 34 *contra JSCA 1844*, s. 37. Ces registres de comptes sont aussi facilement accessibles par les *auditors* (*JSCA 1844*, s. 40).

227 *Anno Septimo & octavo Victoriae Reginae*, Cap. 110, 1218 p. 1235.

228 XXXV. *And be it enacted, That Fourteen Days at the least before the Period at which the Accounts are required to be delivered to the Auditors as herein-after provided the Directors of such Company shall cause the Books of the Company to be balanced, and a full and fair Balance Sheet to be made up ; and that previously to such Balance Sheet being delivered to the Auditors as herein-after provided the Directors, or any Three of their Number, shall examine such Balance Sheet, and sign it as so examined ; and that when the Balance Sheet shall have been so examined the Chairman of the Directors shall sign such Balance Sheet, and that thereupon the Directors shall cause the same to be recorded in the Books of the Company.*

229 Les dispositions du *Companies Act 1989* ne sont pas toutes entrées en vigueur. Celles du *Companies Act 2006* sont quasiment toutes entrées en vigueur.

230 *Butt v Kelson* [1952] Ch 197, CA.

231 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co. Ltd* [1980] 1 WLR 627 at 634 *per Lord Diploc*.

232 *Contract to purchase own share* (CA 1985, s. 169(4)-(5) devenu CA 2006, s. 702) ; *Register of debenture holders* (CA 1985, s. 190 devenu CA 2006, s. 743) ; *Register of interests in shares* (CA 1985, s. 211(8)(a) devenu CA 2006, s. 811(1)) ; *Investigation into interests in shares* (CA 1985, s. 215(7) devenu CA 2006, s. 807) ; *Register of directors and secretaries* (CA 1985, s. 288(1) devenu CA 2006, ss. 162, 275) ; *Register of directors' interests* (CA 1985, s. 325(1) devenu CA 2006, s. 809) ; *Register of members* (CA 1985, s. 356(1) devenu CA 2006, s. 116(1)) ; *Register of charges* (CA 1985, ss. 407 – 408 devenus CA 2006, ss. 876 – 877).

consultés que par les associés de la société (*members*) ou par les créanciers (*creditors*)²³³. Par ailleurs, certains registres et documents peuvent être consultés uniquement par les *members*²³⁴, alors que d'autres ne peuvent être consultés que par les dirigeants de la société (*company officers*)²³⁵. Cette culture de la divulgation constitue une des caractéristiques du droit anglais des sociétés disposant de la personnalité morale.

2.1.4.2. Le système juridique allemand (II.)

En ce qui concerne l'obligation de rendre certaines informations publiques, le droit allemand a toujours concentré ses efforts sur la publication des comptes annuels (A.). Simplement, au-delà même des personnes morales allemandes, il semble que ces règles de publicité s'appliquent aussi aux *Personengesellschaften* qui peuvent être qualifiées de quasi-personnes morales (B.).

2.1.4.2.1. La publicité des comptes annuels (A.)

En droit allemand, déjà dans le *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR) de 1794, il est imposé à chaque gérant (*Gesellschafter*) d'une *Gesellschaft* d'établir annuellement un inventaire ou un bilan à la fin de chaque année calendaire (ALR II 8 §§64 et sq.)²³⁶.

Le *ADHGB* a également connu des règles concernant les obligations comptables et il en sera de même lors de la réforme de 1884 concernant la tenue d'un bilan avec les actifs et les passifs (*art. 185c, 239b ADHGB*). Suite à la crise de 1929, une publicité détaillée sera imposée aux *Aktiengesellschaften* par les *Notverordnungen* de 1931²³⁷, qui sera couplée avec la certification des

233 *The directors' statutory declaration et auditors' report* relatifs au paiement par la *company* pour le rachat ou l'achat de ses propres actions (CA 1985, s. 175(6)(b) devenu CA 2006, s. 720); Tout instrument créant une charge qui requiert un enregistrement d'après la partie XII du CA 1985 (enregistrement des charges) (CA 1985, s. 408(1) devenu CA 2006, s. 877).

234 Tout contrat ou memorandum fait par une *private company* pour acheter ses propres *shares* (CA 1985, s. 169(4)(5) devenu CA 2006, s. 702); tout contrat de service qu'un *director* (ou *shadow director*) de la *company* a conclu avec elle ou avec une de ses filiales, ainsi que toute provision indemnitaire prenant en charge la responsabilité du *director* dans certains cas (*qualifying third party indemnity provision* ou QTIPI) (CA 1985, ss 318(1), (6)-(7) et 309C(4)-(5) devenus CA 2006, ss. 228 – 230 et 236 – 237); les procès-verbaux (*minutes of proceedings*) de tout assemblée générale de la *company* réunie depuis le 01 novembre 1929 (CA 1985, s. 383(3) devenu CA 2006, s. 358(4)); pour les *private companies*, le registre des résolutions écrites approuvé d'après la section 381A comme si elles étaient des résolutions de la *company* en assemblée générale (CA 1985, s. 382A(3) devenu CA 2006, s. 356).

235 Les *accounting records* ou les livres de la *company* (CA 1985, s. 222(1) devenu CA 2006, s. 388).

236 Helmut COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3. Band, *Das 19. Jahrhundert*, 3. Teilband *Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten*, CH Beck'sche, München 1986, p. 2980.

237 Gerald SPINDLER, *Recht und Konzern – Interdependenzen der Rechts und Unternehmensentwicklung in Deutschland und den USA zwischen 1870 und 1933*, Tübingen : JCB Mohr (Paul Siebeck), 1993, p. 64.

comptes par un commissaire aux comptes appelé en Allemagne un *Wirtschaftsprüfer* (§§262a et s. *HGB 1931*)²³⁸.

On trouve aussi la trace de l'établissement d'un bilan annuel (§47 Nr. 1 *GmbHG 1899*) pour ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée de forme allemande²³⁹ :

« Sont soumis à la décision des associés [...] la constatation d'un bilan annuel et la distribution du boni en découlant »^{240 et 241}

A la différence des *Aktiengesellschaften*, les *GmbH* ne seront concernées par des règles aussi strictes qu'à compter d'une loi de 1937, si bien qu'entre le texte de 1931 (*Notverordnungen 1931*) et celui de 1937, la forme juridique d'une *GmbH* sera favorisée en Allemagne pour devenir une société mère²⁴².

Dans le *Aktiengesetz* de 1965, l'obligation d'approbation des comptes relève de l'assemblée des actionnaires (§§119 Abs. 1 Nr. 2, 174 Abs. 1 *AktG 1965*)²⁴³.

A coté de ces règles générales, il existait des règles spéciales pour les *Aktiengesellschaften* allemandes aux §§148-176 *AktG 1965*. Finalement, une loi portant sur la publicité des comptes datant de 1969 a modifié les règles juridiques applicables en la matière pour les *Aktiengesellschaften*²⁴⁴.

2.1.4.2.2. L'extension de la publicité des comptes au-delà des seules personnes morales allemandes (B.)

L'obligation du §122 *HGB* relative à l'approbation des comptes est une règle supplétive pour les

238 QUASSOWSKI, *Die Vorschriften der Aktienrechtsnovelle über Publizität, eigene Aktien und Einziehung von Aktien* in *Juristische Wochenzeitschrift* 1931, p. 2914 et s. ; FRIEDLÄNDER, *Aktienrecht – mit Einschluß der NotVO vom 19.9.1931 und 6.10.1931 und Durchführungbestimmungen unter besonderer Berücksichtigung*, Stuttgart 1932, p. 201 et sq. ; BARTH, *Die Entwicklung des deutschen Bilanzrechts und der auf ihm beruhenden Bilanzauffassungen, handelsrechtlich und steuerrechtlich*, 1. Band, Stuttgart 1953, p. 94 et sq.

239 Helmut COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3. Band *Das 19. Jahrhundert*, 3. Teilband *Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten*, CH Beck'sche, München 1986, p. 3021.

240 *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (RGBl 1892 S. 477f.)* in FÖRTSCH, Richard: *Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in der am 1. Januar in Wirksamkeit tretenden Fassung*, 2. Aufl., Leipzig 1899, p. 221.

241 *Der Bestimmung der Gesellschafter unterliegen [...] die Feststellung der Jahresbilanz und die Vertheilung des aus derselben sich ergebenden Reingewinns*

242 Gerald SPINDLER, *Recht und Konzern – Interdependenzen der Rechts und Unternehmensentwicklung in Deutschland und den USA zwischen 1870 und 1933*, Tübingen : JCB Mohr (Paul Siebeck), 1993, p. 67.

243 Héribert HIRTE, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 5. Auflage, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln 2006, p. 169.

244 *Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen* du 15.8.1969 : *BGBl. I 1189*.

Personengesellschaften qui sont des sociétés, mais qui ne sont pas des personnes morales pour le droit allemand²⁴⁵. Une décision datant de 1996 de la *Bundesgerichtshof* (BGH) – généralement appelée « cour de cassation allemande » mais qui est en pratique l’une des cinq Cours fédérales suprêmes allemandes²⁴⁶ – décrit de façon détaillée la façon dont une *Personengesellschaft* doit éventuellement établir ses comptes²⁴⁷.

Initialement, les dispositions §§38-47b *HGB* obligeaient tous les commerçants à tenir un livre comptable. Finalement, les §§238 et suivants *HGB* codifièrent le droit des livres comptables commerciaux²⁴⁸, dispositions qui concernent aussi bien les *Personengesellschaften* que les *Körperschaften* (qui sont quant à elles d’authentiques personnes morales de société en Allemagne), puisque l’obligation pèse sur l’ensemble des personnes qui font des affaires. Des dispositions supplémentaires apparaissent toutefois pour les *Körperschaften* (§§264 et suivants *HGB*)²⁴⁹. La modernisation de la comptabilité des sociétés par la loi du 25 mai 2009 parachève cette évolution en Allemagne notamment en réduisant les coûts de la comptabilité des sociétés, en améliorant les pouvoirs prédictifs des états financiers et en valorisant les instruments financiers à la juste valeur²⁵⁰.

2.1.4.3. L’harmonisation communautaire (III.)

La France, l’Allemagne et l’Angleterre vont recevoir l’influence des directives communautaires en ce qui concerne les règles applicables aux comptes sociaux.

La 4^e directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978 concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés²⁵¹ et la 7^e directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 concernant les comptes consolidés de ces mêmes formes de sociétés²⁵² montrent la recherche au niveau européen de la coordination et de l’harmonisation du droit des sociétés dans ce domaine.

De récentes modifications de ces deux directives ont poussé le législateur français à les transposer,

245 Voir *infra* Titre II, Chapitre II sur les quasi-personnes morales.

246 D’après *Art. 95 Abs. 1 GG*, l’Allemagne fédérale compte cinq juridictions suprêmes : *der Bundesgerichtshof* (juridiction de droit commun), *das Bundesverwaltungsgericht* (juridiction administrative), *der Bundesfinanzhof* (juridiction financière), *das Bundesarbeitsgericht* (juridiction du travail) et *das Bundessozialgericht* (juridiction de la sécurité sociale). En vue de préserver l’unité de la jurisprudence entre ces diverses juridictions suprêmes, il a été institué une chambre commune aux cours suprêmes (*Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe*) par une loi fédérale appelée *Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes* (RsprEinhG) et datant du 19 juin 1968 (*BGBI. I S. 661*).

247 BGH, *Urteil* du 29 mars 1996 : II ZR 263/94 ; NJW 1996. 1678.

248 Friedrich KÜBNER, *Gesellschaftsrecht*, 5. Auflage, CF Müller Verlag, Heidelberg 1998, p. 255.

249 Friedrich KÜBNER, *Ibid.*, p. 261 et sq., spéc. p. 264 et sq.

250 *Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG) v. 25.5.2009* : *BGBI. I S. 1102* (Nr. 27)

251 AG, KGaA et GmbH en Allemagne ; *public companies limited by shares or by guarantee, private companies limited by shares or by guarantee* en Angleterre ; SA, SCA et SARL en France.

252 Friedrich KÜBNER, *Ibid.*, p. 256.

avant que la France prenne la présidence tournante du Conseil de l'Union européenne en 2008²⁵³. En dernier lieu, ces directives ont été codifiées par la directive 2013/34/UE du 26 juin 2013²⁵⁴.

Il faut cependant reconnaître qu'encore aujourd'hui, les règles de présentation des comptes sociaux restent assez différentes, ce qui a conduit les experts du chiffre à imaginer des systèmes internationaux de normalisation²⁵⁵.

Conclusion du quatrième paragraphe (2.1.4). L'obligation de divulguer certaines informations pèse sur les sociétés. Cette obligation est vue initialement comme une contrepartie de l'existence d'une personnalité juridique propre. Simplement, suites aux différents scandales de la fin des années 1990 et du début des années 2000 qui ont touché particulièrement les Etats-Unis²⁵⁶ ou l'Europe²⁵⁷, cette communication d'informations participe à ce qu'il est désormais coutume d'appeler la transparence, et le rôle de contrôle des commissaires aux comptes a dû être redéfini dans le cadre français²⁵⁸ et dans le cadre communautaire²⁵⁹. Cette situation conduit également l'OCDE à favoriser en matière fiscale l'échange global automatique d'informations en matière fiscale afin de permettre un meilleur recouvrement de l'impôt²⁶⁰.

Conclusion de la première section (2.1). Les droits et obligations de la personne morale des

253 Loi portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire et loi de modernisation de l'économie.

254 Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil : JOUE n°L 182 du 29.06.2013, p. 19.

255 Comparer le Plan comptable général français avec le *Kontenplan* allemand et le *Table of accounts* anglais. Voir cependant les efforts de normalisation comptable internationale par les normes internationales IAS/IFRS.

256 Enron Corporation.

257 Vivendi-Universal, Mark & Spenser, Parmalat.

258 Décret n°2005-1412 du 16 novembre 2005 portant approbation du code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes. Ce décret a fait l'objet d'un recours en annulation pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. L'Assemblée du contentieux, par une décision du 24 mars 2006, annule le décret de 2005 en tant qu'il ne prévoit pas de mesures transitoires relatives aux mandats de commissaires aux comptes en cours à la date de son entrée en vigueur. Un nouveau décret a donc été publié à cet effet (décret n° 2006-469 du 24 avril 2006). Le décret n°2007-431 du 25 mars 2007 relatif à la partie réglementaire du code de commerce a abrogé ce décret de 2005 pour l'incorporer dans le Code de commerce (Section 2 du Chapitre 2 du Titre 2 du Livre VIII de la partie réglementaire C. com.).

259 Directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil (8^e directive sociétés 84/253/CEE du Conseil du 10 avril 1984 concernant l'agrément des personnes chargées du contrôle légal des documents comptables) ; directive 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance.

260 Au 22 novembre 2013, cinquante Etats et territoires ont pris des dispositions pour se mettre en conformité avec l'échange automatique d'informations en matière fiscale. Source : OCDE.

sociétés ont été systématisés en France, en Allemagne et en Angleterre. Simplement, les éléments caractéristiques qui peuvent être attachés à cette personne morale l'ont été progressivement, si bien qu'il est en pratique extrêmement difficile de trouver le critère déterminant et singulier d'une personne morale aujourd'hui.

En plus de l'ensemble des faisceaux d'indices transmis par la terminologie allemande, la notion de patrimoine et celle de divulgation d'informations par le biais notamment d'une comptabilité contrôlée efficacement ont été mises en avant.

Finalement, le juge français a parfaitement conscience de l'importance des notions de patrimoine et de divulgation d'informations aux tiers lorsque la chambre commerciale de la Cour de cassation approuve dans un arrêt du 14 juin 2005 la décision des juges du fond pour qui une société peut avoir à la fois une personnalité juridique, une comptabilité et un patrimoine propres²⁶¹.

2.2. La responsabilité pénale des personnes morales (Section 2.)

Problématique de la seconde section. Le droit anglais, le droit allemand et le droit français n'ont pas connu la même évolution en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales depuis le XIXe siècle. Vue comme une conséquence de la consécration même de l'existence d'une personne morale en Angleterre, cette responsabilisation pénale n'a rencontré un enthousiasme démesuré ni en Allemagne, ni en France. Le droit allemand continue d'ailleurs à n'admettre essentiellement comme sujet du droit pénal que la personne physique²⁶². En France, au contraire, il a été choisi de reconnaître à la personnalité morale des sociétés la qualité de sujet de droit pénal.

Annnonce du plan de la seconde section. Le contraste est si important qu'il faut essayer de déterminer quand a été consacrée la responsabilité pénale des personnes morales en Angleterre, en Allemagne et en France (§1.) avant de déterminer les effets d'une telle responsabilité pénale des personnes morales sur ces trois territoires (§2.).

2.2.1. La consécration de la responsabilité pénale des personnes morales (§1.)

La maturation juridique de la personnalité morale des sociétés n'est pas la même en Angleterre, en Allemagne et en France.

MAITLAND n'hésite pas à utiliser le terme allemand de *Deliktsfähigkeit* – signifiant l'imputabilité de l'infraction pénale – pour une société personne morale anglaise. Cependant, MAITLAND admet dans

²⁶¹ Cass. com., 14 juin 2005 : Bull. Joly 2006, § 15, p. 98 note D. VIDAL.

²⁶² Voir cependant les infractions relatives aux églises et aux établissements religieux dans le Code pénal allemand (Strafgesetzbuch ou StGB).

le même temps que la *House of Lords* a reconnu une telle imputabilité pour les syndicats anglais (*trade-unions*)²⁶³, structures juridiques dénuées de personnalité morale.

La personne morale dispose d'une capacité de jouissance (*rechtsfähig*), d'une capacité d'exercice (*handlungsfähig*), d'une capacité d'ester en justice (*parteifähig*), d'une capacité fiscale (*steuerrechtsfähig*) et d'une capacité liquidative (*insolvenzrechtsfähig*)²⁶⁴. Il s'agit maintenant de se demander si, comme l'affirme MAITLAND, la personnalité morale dispose de la capacité de commettre des infractions parce que des infractions pénales lui sont imputables (*deliktsfähig*).

Le droit anglais s'est très tôt posée cette question (I.), puis, à "leur" manière, le droit allemand et le droit français ont eu à rechercher les moyens juridiques pour établir indirectement en Allemagne (II.), puis directement et complètement en France (III.), la responsabilité pénale des personnes morales, responsabilité qui heurte les principes juridiques découlant du droit romain.

2.2.1.1. Le droit anglais, précurseur de la responsabilité pénale des personnes morales (I.)

Initialement, la responsabilité pénale de la personne morale en Angleterre était exclue, du fait du mécanisme de la représentation d'une *company* par ses dirigeants²⁶⁵. Si une infraction pénale était envisageable par les juges, les dirigeants répondaient de cette infraction. Ainsi, sauf si une infraction spéciale est prévue à l'encontre de la personne morale par un texte de loi particulier (*Statute Law*)²⁶⁶, les juges anglais ont clairement exclu, dans une série de décisions au XIXe siècle, les personnes morales du champ général du droit pénal²⁶⁷.

Dans ce contexte, si certaines lois spéciales concernant la responsabilité pénale des personnes morales ont été introduites au XIXe siècle (A.), le juge anglais a finalement admis un principe de la responsabilité pénale des sociétés personnes morales (B.).

2.2.1.1.1. Les lois spéciales concernant la responsabilité pénale des personnes morales au XIXe siècle (A.)

Des exemples d'infractions pénales concernant directement les sociétés peuvent être trouvés dans le

263 Cambridge Texts in the History of Political Thought series, F. W. MAITLAND, *State, Trust and Corporation*, edited by D. RUNCIMAN and M. RYAN, CUP 2003, p. 113 confirmé par *The Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992* (c. 52), s. 10.

264 Voir *supra* section 1, §1.

265 C. R. N. WINN, *The criminal responsibility of corporations*, 3 Cambridge LJ 398 (1927-1929) at 401.

266 S. LOWE et F. MCKIE, *La responsabilité pénale des personnes morales en Angleterre* : PA, 06 oct. 1993, n°120 p. 81 à 83.

267 *The Queen v Birmingham and Gloucester Railway Company* (1842) 3 QB 223 at 232 ; *The Queen v Great North of England Railway Company* (1846) 9 QB 315 at 326 ; *Pharmaceutical Society v London and Provincial Supply Association* (1879) 4 QBD 313 at 319 ; *R v Tolsen* (1889) 23 QBD 168.

Joint Stock Companies Act, 1844 (7&8 Vict. c. 110) (1.) et dans le *Companies Act, 1862 (25 & 26 Vict. c. 89) (2.)*.

2.2.1.1.1.1. Dans le *Joint Stock Companies Act, 1844 (1.)*

Une infraction pénale a été créée spécialement à l'encontre de certaines *companies* dans le *JSCA 1844*²⁶⁸ à l'article 58²⁶⁹ :

« [Si], dans la période indiquée, la personne précédemment obligée d'enregistrer une telle *Company* ne le fait pas, alors, sur déclaration de culpabilité, une telle *Company* qui fait défaut doit payer, pour chaque infraction, une somme n'excédant pas £50 »²⁷⁰

S'il est vrai que les *companies* visées par ce texte²⁷¹ devant se manifester auprès du *registrar* ne sont pas celles issues de la loi de 1844 mais celles existant antérieurement à cette loi, il n'en reste pas moins que ces *companies* répondent par elles-mêmes devant le juge pénal et non pas leurs représentants légaux²⁷².

Cette interprétation de la loi anglaise est confirmée par un autre article de cette loi de 1844, qui crée une sanction pénale spécifique à l'encontre de dirigeants qui ne permettent pas l'inspection et la copie de certains documents accessibles aux associés ou aux personnes que ces dirigeants désignent puisque la loi dispose²⁷³ :

« [Que] si une telle demande d'inspection de documents adressée à un *Director* ou *Officer* ne permet pas, en fait, de faire une telle inspection, alors, sur déclaration de culpabilité, ce *Director* ou cet *Officer* devra payer une somme pour chaque infraction ne dépassant pas 40 *Shillings* »²⁷⁴

Par conséquent, le législateur anglais pouvait parfaitement prévoir à l'article 58 une sanction pénale à l'encontre des personnes devant exécuter l'enregistrement auprès du *registrar* ; ce législateur a toutefois considéré qu'il s'agissait d'une faute non attribuable aux personnes qui allaient tardivement effectuer cette obligation, mais d'une faute de la société elle-même.

268 *JSCA 1844 (7&8 Vict. c. 110)*, s. 58.

269 Un "article" est dénommé "section" en anglais.

270 *That if within the said Period the Person hereby required to register any such Company fail so to do, then, on Conviction thereof, every such Company so failing shall forfeit for every such Offence a Sum not exceeding Fifty Pounds.*

271 Il s'agit de toutes les *Joint Stock Companies* pour qui le *JSCA 1844* s'applique, qui doivent exister le 1^{er} novembre 1844 et ont été incorporées par *Act of Parliament*, par *Charter*, ou ont été privilégiées par *Letters Patent* ou ont été établies en vertu d'un *Deed of Settlement* ou par n'importe quel autre acte juridique ou par tout autre moyen.

272 D'après le *JSCA 1844 (7&8 Vict. c. 110)*, s. 58, il s'agit des *directors, managers, officers* ou toute autre personne ayant la direction, le management, l'exercice, la super intendance ou l'exécution des affaires internes de la *company*.

273 *JSCA 1844*, s. 57.

274 *That if on such Demand any such Director or Officer to whom such Demand is made do not thereupon permit such Inspection, then, on Conviction thereof, he shall be liable to pay for every such Offence a Sum not exceeding forty Shillings.*

2.2.1.1.1.2. Dans le *Companies Act, 1862* (2.)

Quelques années après le *JSCA 1844*, le législateur anglais décide dans le *Companies Act, 1862* de sanctionner pénalement pour une même infraction la *company* et les représentants de la *company*.

C'est ainsi que sous le titre "*Penalty on Company not keeping Register of Directors*", l'article 46 de cette loi de 1862 dispose²⁷⁵ :

« Si une *Company* constituée d'après le *Companies Act 1862* et n'ayant pas un capital social divisé en *shares* ne tient pas un registre de ses *Directors* ou *Managers*, ou n'envoie pas une copie d'un tel registre au *Registrar* suivant les règles énoncées dans la *section* précédente, ou ne notifie pas au *Registrar* tout changement qui concerne ces *Directors* ou *Managers*, une telle *Company* délinquante devra supporter une peine n'excédant pas £5 par jour jusqu'à ce que l'infraction cesse et tout *Director* ou *Manager* de la *Company* qui aura sciemment et intentionnellement autorisé ou permis une telle infraction devra subir la même sanction »²⁷⁶

Même si les *Companies* visées par le texte sont seulement les *Companies* n'ayant pas un capital social divisé en *shares*, l'idée d'une sanction pénale pouvant toucher à la fois la personne morale et les dirigeants de cette personne morale est bien présente dans cet article de loi. Il faut aussi remarquer que cette infraction pénale peut, au final, ne toucher que la personne morale, s'il n'est efficacement démontré qu'un *Director* ou un *Manager* de la société a agi « sciemment et intentionnellement ».

Par comparaison, le droit français a parfaitement eu connaissance des dispositions de cette loi anglaise de 1862 puisque le législateur français a, en 1867, repris certaines des dispositions de cette loi anglaise lors de sa réforme du droit des sociétés par actions. Pour autant, il n'a pas souhaité instituer, à cette occasion, une responsabilité pénale des personnes morales. Cette situation peut s'expliquer parce que le droit français a souhaité rester fidèle à la tradition issue du droit romain, suivant lequel les sociétés ne peuvent pas se voir imputer une infraction pénale (« *societas delinquere non potest* »).

2.2.1.1.2. Le principe jurisprudentiel de la responsabilité pénale des personnes morales en Angleterre (B.)

Pour pouvoir faire évoluer sa jurisprudence, le juge anglais va s'appuyer sur l'évolution du terme «

275 *Public General Statutes – 25 & 26 Vict.*, 1862 p. 627

276 *If any Company under this Act, and not having a Capital divided into Shares, makes default in keeping a Register of its Directors or Managers, or in sending a Copy of such Register to the Registrar in compliance with the foregoing Rules, or not notifying to the Registrar any Change that takes place in such Directors or Managers, such delinquent Company shall incur a Penalty not exceeding Five Pounds for every Day during which such Default continues, and every Director and Manager of the Company who shall knowingly and wilfully authorize or permit such Default shall incur the like Penalty.*

person » en droit pénal anglais (1.) avant de consacrer en 1944, non sans difficultés, le principe de la responsabilité pénale des personnes morales (2.) en Angleterre.

2.2.1.1.2.1. Evolution du terme « *person* » en droit pénal anglais (1.)

NASMITH affirmait en 1875 que le terme « *person* » en Angleterre doit correspondre à un être humain qui est membre d'une communauté, qui possède des droits civils et qui est sujet de devoirs civils conférés et imposés par cette communauté à tous ses membres²⁷⁷.

Il n'est donc pas question à cette époque d'étendre aux personnes morales de droit anglais la qualification de sujets de droit pénal en utilisant le terme « *person* ».

L'*Interpretation Act 1889* (52 & 53 Vict. c. 63) énonce alors, contre toute attente, que les sociétés anglaises se verront reconnaître légalement une responsabilité pénale²⁷⁸. En effet, le terme de « *person* » ne se limite plus aux seuls êtres humains. Cette loi de 1889 donne à partir du 1^{er} janvier 1890 une portée beaucoup plus large au terme de « *person* » en droit pénal. Ce mot correspond désormais aux personnes physiques et aux *bodies corporate*, c'est-à-dire, en pratique, aux personnes morales.

Sur le fondement de cette loi d'interprétation de 1889, la responsabilité pénale d'une *company* a pu être recherchée par les juges pour des infractions particulières identifiées par le législateur anglais²⁷⁹.

Toutefois, dans *The King v Cory Brothers and Company Limited* (1927), le juge FINLAY J en limite la portée lorsqu'il énonce²⁸⁰:

« Il se peut que la loi soit modifiée; D'un autre côté, il se peut que ces précédents puissent toujours gouverner le droit. Mais il est suffisant pour moi de dire ici que, de mon point de vue, je suis lié par les précédents qui montrent assez clairement que, comme la loi l'établit, une accusation n'ouvrira pas droit à appel contre une personne morale [...] pour haute trahison »²⁸¹

277 David NASMITH, *The Institutes of English Private Law : The substantive branch of the Law of Persons and Things, Book 1 – Persons*, London Butterworths, 1875 (réédition Rothman & Co., Littleton (Colorado), 1980), p. 3.

278 *Interpretation Act, 1889* (52 & 53 Vict. Cap. 63), section 2 "Application of penal Acts to bodies corporate" : (1) *In the construction of every enactment relating to an offence punishable on indictment or on summary conviction, whether contained in the Act passed before or after the commencement of this Act, the expression "person" shall, unless the contrary intention appears, include a body corporate.* (2) *Where under any Act, whether passed before or after the commencement of this Act, any forfeiture or penalty is payable to a party aggrieved, it shall be payable to a body corporate in every case where that body is the party aggrieved.*

Cette disposition est entrée en vigueur le 1er janvier 1890 (*Interpretation Act 1889*, s. 42).

279 *R v Tyler* [1891] 2 QB 588 at 593 ; *Pearks, Gunston & Tee Ltd v Ward* [1902] 2 KB 1; *Chuter v Freeth & Pocock Ltd* [1911] 2 KB 832 ; *Moussel Brothers Ltd v London and North-Western Railway Company* [1917] 2 KB 836.

280 *The King v Cory Brothers and Company Limited* [1927] 1 KB 810 at 817.

281 *It may be that the law ought to be altered; on the other hand it may be that these authorities ought still to govern the law, but it is enough for me to say, sitting here, that in my opinion I am bound by authorities, which show quite*

Par conséquent, il reste difficile pour le juge anglais d'opérer un revirement de jurisprudence, tant il est lié par le système des précédents. Le droit pénal n'échappe pas à cette règle et le juge FINLAY J ne peut pas, en 1927, établir un principe général de responsabilité des personnes morales. Il faut attendre pour cela une série de décisions datée de 1944.

2.2.1.1.2.2. *Une responsabilité pénale des personnes morales généralisée à compter de 1944 (2.)*

Finalement, plusieurs décisions datées de la fin de la Deuxième Guerre mondiale consacrent un principe général de responsabilité pénale à des personnes morales en Angleterre dans les termes qui suivent, notamment²⁸² dans l'affaire *Rex v ICR Haulage Ltd (1944)*²⁸³ :

« Nous ne sommes pas en train de dire qu'en tout état de cause lorsqu'un agent d'une *limited company* agissant dans les affaires de celle-ci commet un crime, la *company* est automatiquement tenue pénalement responsable. Notre décision vise seulement à l'annulation de l'assignation à la vue de la mention de celle-ci, une objection qui est faite avant que toute preuve ne soit apportée et sans tenir compte des faits de l'espèce »²⁸⁴

et dans l'affaire *DDP v Kent and Sussex contractors Ltd (1944)*²⁸⁵ :

« Je ne vois rien, dans aucun des précédents auxquels nous avons fait référence, qui nous oblige de dire que la *company* est incapable d'être considérée coupable des infractions pour lesquelles la *company* défenderesse à l'action a été accusée »²⁸⁶

Dans ces décisions, ainsi que dans la décision *Moore v I Bresler Ltd (1944)*²⁸⁷, les juges anglais établissent qu'une *company* peut être responsable pénalement d'une infraction, et, en particulier, d'une infraction de *mens rea*.

Finalement, la *House of Lords* va confirmer cette position des juges du fond en 1971 dans la décision *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass (1971)*²⁸⁸ :

« Si la personne responsable était identifiable, en droit, avec la *company*, alors son action

clearly that as the law stands an indictment will not lie against a corporation [...] for a felony.

282 Voir également *Moore v Bresler* [1944] 2 All ER 515.

283 *Rex v ICR Haulage Ltd* [1944] 1 KB 551 at 559.

284 *We are not deciding that in every case where an agent of a limited company acting in its business commits a crime the company is automatically to be held criminally responsible. Our decision only goes to the invalidity of the indictment on the face of it, an objection which is taken before any evidence is led and irrespective of the facts of the particular case.*

285 *DDP v Kent and Sussex contractors Ltd* [1944] 1 KB 146 at 156.

286 *I can see nothing in any of the authorities to which we have been referred which requires us to say that a company is incapable of being found guilty of the offences with which the respondent company was charged.*

287 *Moore v I Bresler Ltd* [1944] 2 All ER 515.

288 *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass* [1971] 2 WLR 1166 at 1179, HL per Lord REID. **Voir Annexe 16.**

était l'action de la *company*, quelle que soit la gravité de l'infraction. A défaut, aucun de ses actes, grave ou non, ne sera considéré comme un acte de la *company* elle-même »²⁸⁹

Il s'agit alors de déterminer comment le juge anglais arrive à déterminer une telle « identification » avec la *company*.

Dans l'affaire *Lennard's Carrying Company (1915)*, VISCOUNT HALDANE LC explicitait déjà le terme « identification » de la façon suivante²⁹⁰ :

« Une personne morale est une abstraction. Elle n'a aucune pensée personnelle de la même manière qu'elle n'a pas de corps à elle ; sa volonté active et directrice doit en conséquence être recherchée dans la personne qui peut être appelée, sous certains aspects, un représentant qui est vraiment la pensée directrice et la volonté de la personne morale, le vrai *ego* et le cœur de la personnalité de celle-ci »²⁹¹

Cette volonté particulière a été décrite initialement en jurisprudence anglaise par « *active and directive will* » pour finalement être désignée plus généralement par « *directing mind and will* ». On pouvait alors facilement identifier la volonté de la société avec celle des dirigeants de la société. Il semble que le juge anglais décide maintenant de l'interpréter plus largement, suite à une décision de 1995²⁹². Lord HOFFMANN affirme en effet dans *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission (1995)* :

« Il n'est pas nécessaire dans cette affaire de déterminer si Koo pourrait être décrit comme le « *directing mind and will* » de la *company*. Mais les *Lords* ne veulent pas pour autant dire que, dès qu'un préposé de la *company* a le pouvoir d'agir au nom de celle-ci, la connaissance de ce pouvoir aura pour conséquence de l'attribuer en toute circonstance à la *company* »²⁹³.

Si tout est alors question d'espèce, le juge anglais admet implicitement dans cette décision qu'un simple préposé de la *company* puisse engager potentiellement la responsabilité pénale de la *company*.

Si la responsabilité pénale des personnes morales est désormais régulièrement affirmée en

289 *If the guilty man was in law identifiable with the company then whether his offence was serious or venial his act was the act of the company but if he was not so identifiable then no act of his, serious or otherwise, was the act of the company itself.*

290 *Lennard's Carrying Co Ltd v Asiatic Petroleum Co Ltd* [1915] AC 705 at 713, HL.

291 *A corporation is an abstraction. It has no mind of its own any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent, but who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and centre of the personality of the corporation.*

292 *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission* [1995] 2 AC 500 at 511, PC.

293 *It was therefor not necessary in this case to inquire into whether Koo could have been described in some more general sense as the 'directing mind and will' of the company. But their Lordships would wish to guard themselves against being understood to mean that whenever a servant of a company has authority to do an act on its behalf, knowledge of that act will for all purposes be attributed to the company.*

Angleterre²⁹⁴, il demeure un certain nombre d'infractions qu'une personne morale est dans l'impossibilité de commettre, comme, par exemple, celle de conduire un véhicule de manière imprudente²⁹⁵.

2.2.1.2. L'éternelle hésitation du droit allemand en la matière (II.)

En droit allemand, le principe latin « *societas delinquere non potest* », selon lequel les sociétés ne peuvent commettre de délits pénaux, a gardé toute sa force depuis le début du XIXe siècle²⁹⁶.

Par conséquent, il est vain de rechercher en Allemagne une responsabilité pénale des personnes morales directement dans les textes de droit pénal (A.). En revanche, en dehors de ces textes, des amendes ont pu être infligées aux personnes morales et ces amendes reposent sur la constatation d'une infraction pénale (B.). Face à cette évolution, le *Land* de Bavière offre une évolution récente de son système d'organisation judiciaire qui démontre l'importance du contentieux lié à ces amendes (C.).

2.2.1.2.1. Une recherche vaine dans les textes de droit pénal allemand (A.)

Le droit pénal allemand est, à l'image de son droit commercial, victime du morcellement du Saint Empire romain germanique.

Le texte fondamental « *Die Carolina* » (*Constitutio Criminalis Carolina*) de 1532 est remplacé, dès le XVIIIe siècle, par des codes pénaux locaux appelés *die deutschen Staatspartikularstrafgesetzbücher*.

Le 29 mai 1813 entre en vigueur le code pénal bavarois (*bayerisches Strafgesetzbuch*). Ce code, qui a été rédigé par Paul Johann VON FEUERBACH, constitue le code pénal allemand moderne.

Après d'autres codes pénaux locaux dont le code pénal prussien (*Strafgesetzbuch der Preußischen Staaten*) du 14 avril 1851, l'ensemble des textes épars sont remplacés par un Code pénal impérial (*Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* ou *RStGB*) le 15 mai 1871, suite à la proclamation du *Reich* allemand²⁹⁷.

Plus précisément, le 31 mai 1870 est la date officielle du code pénal pour le *Bund* Nord Allemand.

294 *National Coal Board v Gamble* [1958] 3 All ER 203 ; *John Henshall (Quarries) Ltd v Harvey* [1965] 1 All ER 725 ; *R v HM Coroner for East Kent, ex parte Spooner* (1987) 3 BCC 636, DC ; *R v OLL Ltd* (1994) Times, 9 décembre 1994 ; *Re A-G's Reference (No. 2 of 1999)* [2000] QB 796.

295 *Richmond-on-Thames BC v Pinn & Wheeler Ltd* [1989] Crim LR 510.

296 J. HEIKE, *La responsabilité de la personne morale dans le droit pénal allemand* : PA, 06 oct. 1993 n°120, p. 77 et 78.

297 P. GRÉCIANO, M. JAKOWCZYK, *Einführung in das deutsche Strafrecht und Strafprozessrecht*, Coll. Allemand juridique, n°8, 2005, pp. 37 et 38.

Mais cette loi entre en vigueur dans le *Südhessen* le 1^{er} janvier 1871. A cause de la constitution de l'Empire allemand (*Deutsch Reich*), une loi de l'empereur Guillaume Ier sera promulguée le 15 mai 1871, date officielle du code pénal impérial (*RStGB*). Le Code pénal impérial (*RStGB*) entre en vigueur le 1^{er} octobre 1871 en Alsace-Lorraine (*Elsaß-Lothringen*) et le 1^{er} janvier 1872 dans les Etats de Bavière, du *Württemberg* et du *Baden*²⁹⁸.

Dans ce nouveau code pénal harmonisé, il n'existe aucune disposition relative à la responsabilité pénale des personnes morales.

Jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale, il n'y aura aucune règle de droit qui soit relative à une sanction pénale infligée à une personne morale. Cela explique les raisons pour lesquelles bon nombre d'ouvrages concernant le droit pénal allemand décident, encore aujourd'hui, de ne pas traiter de cette question en même temps que de l'étude du droit pénal.

L'absence de responsabilité pénale des personnes morales en Allemagne a été confirmée en 2012 par la Cour de cassation allemande (*BGH*) dans une affaire ayant conduit à l'impunité de compagnies pharmaceutiques pour des délits de corruption²⁹⁹. Dans ses propres commentaires sur cette décision³⁰⁰, la Haute juridiction allemande reconnaît elle-même qu'il serait de l'intérêt de l'Allemagne que le pouvoir législatif se saisisse de cette question.

Comme l'Allemagne doit ratifier, sous peine de sanctions³⁰¹, une convention des Nations Unies contre la corruption datant de 2003³⁰², il est possible, même si cette convention des Nations Unies laisse le choix entre une responsabilité pénale, civile ou administrative, que le droit allemand consacre la responsabilité pénale des personnes morales de forme allemande au moins dans le domaine de la lutte contre la corruption afin de tenir compte du mauvais signal de la décision de justice du 29 mars 2012.

2.2.1.2.2. Le développement d'amendes particulières en dehors de la législation pénale (B.)

298 A. KÖHLER, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Verlag von Veit&Comp., Leipzig 1917, p. 3.

299 BGH, Beschl. v. 29.3.2012 : GSSSt 2/11 **Voir Annexe 11** ; Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 9-10/2013, S. 404 ; Medizinrecht, Oktober 2012, Band 30, Ausgabe 10, S. 662 ; Juristische Rundschau, Band 2012, Heft 9, S. 394.

300 *Pressemitteilung Nr. 97/12 vom 22.6.2012*.

301 L'Union européenne a ratifié le 12 novembre 2008 la convention des Nations Unies contre la corruption (Source Nations-Unies) si bien que l'Allemagne est maintenant obligée de s'y conformer en sa qualité d'Etat membre de l'Union européenne.

302 Convention des Nations Unies contre la corruption (UNCAC) du 31 octobre 2003, spéc. art. 26.

En cas d'infraction pénale, le régime juridique allemand actuel, pour ce qui était qualifiée initialement d'amende fiscale (1.), privilégie aujourd'hui le terme d'amende administrative infligée à la personne morale (2.).

2.2.1.2.2.1. L'amende fiscale en cas d'infraction pénale de 1870 à 1945 (1.)

Par réalisme fiscal, le code des procédures fiscales impériales allemandes (*Reichsabgabenordnung RAbgO*) disposait (§357 *RAbgO*)³⁰³ :

« Lorsque des entreprises de personnes morales ou des unions de personnes commettront des infractions fiscales, dans le cas où la loi explique la sanction encourue et sans que le tort d'une personne physique soit mis en évidence, on peut reconnaître dans ce cas l'amende contre la personne morale ou l'union de personnes, et cette amende sera déterminée en référence aux coûts de la procédure pénale »³⁰⁴

Tirant les conséquences légales de cette disposition, la Cour de cassation impériale statuant en droit pénal (*Reichsgericht in Strafsachen*) a énoncé le 16 décembre 1926³⁰⁵ que la punition du représentant de la personne morale exclut une punition à l'encontre de la personne morale ou de l'union de personnes. Dans le même temps, une responsabilité pénale de l'organe de direction ne peut qu'être incompatible avec la responsabilité pénale de la personne morale³⁰⁶.

Une autre décision du *Reichsgericht* est encore plus claire, quand elle énonce en 1896³⁰⁷ :

« [Ne] peut être sujet d'une responsabilité pénale seulement une personne physique, à l'exclusion d'une personne morale et d'un groupe majoritaire d'individus. Le droit pénal allemand ne connaît pas un tel délit concernant les personnes morales »³⁰⁸

Ainsi, le droit pénal allemand ne cherche même pas à reconnaître la responsabilité pénale d'une personne morale car, selon lui, seule une personne physique est sujet de droit pénal.

Une décision ultérieure du *Reichsgericht* datant de 1900 permet de conclure sur cette question de la

303 *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, 61. Band, Walter de Gruyter & Co. Verlag, Berlin und Leipzig 1928, II 591/26 p. 94 (RGSt 61, 94).

304 *Wenn in Betrieben von juristischen Personen oder Personenvereinigungen Steuerzuwiderhandlungen begangen werden, kann da, wo das Gesetz die Strafe für verwirkt erklärt, ohne daß ein Verschulden einer natürlichen Person festgestellt zu werden braucht, die Geldstrafe gegen die juristische Person oder Personenvereinigung selber erkannt und diese in die Kosten des Strafverfahrens verurteilt werden.*

305 II 591/26: RGSt 61, 96.

306 *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, 16. Band, Verlag von Veit&Comp., Leipzig, 1888, p. 123 (RGSt 16, 123, 124).

307 *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, 28. Band, Verlag von Veit&Comp., Leipzig, 1896, p. 105 (RGSt 28, 105).

308 *(Nach ihnen) kann Subjekt einer strafbaren Handlung nur eine physische Person sein, weder eine juristische Person noch eine zu einer juristischen Einheit gewordene Personenmehrheit. Ein sogenanntes Körperschaftsdelikt kennt das deutsche Strafrecht nicht.*

manière suivante³⁰⁹ :

« Sur le représentant d'une personne morale repose également à la place de cette dernière l'accomplissement des obligations de ceux qui sont frappés d'un intérêt public et ce représentant est seul responsable par conséquent d'après les règles juridiques générales du fait de l'impossibilité d'une répression criminelle de la personne morale également pénalement responsable, notamment lorsque l'inexécution de chaque obligation est contestée à travers une norme juridique relevant du droit pénal »³¹⁰

L'ensemble des règles pénales pouvant toucher une personne morale sont donc subies par le représentant de la personne morale. Cette solution est intimement liée à la solution dégagée en droit fiscal initialement par le biais des dispositions du *RAbgO*.

2.2.1.2.2.2. *L'amende administrative en cas d'infraction pénale à partir de 1945 (2.)*

Après la capitulation de l'Allemagne nazie, le 8 mai 1945, le nouveau territoire allemand est subdivisé en quatre zones d'occupation. Les zones occupées par les Américains et les Anglais intègrent alors, de par leurs traditions jurisprudentielle et légale, une sanction des groupements en droit pénal des cartels et en droit pénal des devises³¹¹. Cependant, après le départ des Alliés, la Cour de cassation allemande (*BGH*) décide de considérer de nouveau le *RAbgO* comme un concept subsidiaire et d'admettre qu'à côté de la responsabilité pénale de la direction (*Verband*) du groupement, il y a la responsabilité des organes d'un groupement (*Organ einer Personenvereinigung*)³¹².

En effet, après la constitution de la République fédérale d'Allemagne, le droit issu des deux territoires occupés anglo-saxons n'est pas retranscrit dans la loi du 26 juillet 1949 relative au droit pénal économique (*Wirtschaftsstrafgesetz* ou *WiStG*). Les §§ 23, 24 *WiStG 1949* n'établissent plus une amende pénale contre les personnes morales ou les groupements de personnes. En particulier, selon le §23 *WiStG 1949*, il peut être établi une sanction contre la direction d'une personne morale ou d'une société commerciale (*Verbandgeldbuße*) lorsqu'une infraction aux dispositions du *WiStG*

309 *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, Band 33., Verlag von Veit&Comp., Leipzig, 1900, p. 264 (RGSt 33, 264).

310 *Dem Vertreter einer juristischen Person liegt aber auch an Stelle der letzteren die Erfüllung derjenigen Verpflichtungen ob, welche ihr im öffentlichen Interesse auferlegt sind, und er haftet infolgedessen auch schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bei der aus der Natur der Sache folgenden Unmöglichkeit einer kriminellen Verfolgung der juristischen Person selbst strafrechtlich, wenn die Nichterfüllung jener Verpflichtungen durch eine Rechtsnorm unter Strafe gestellt ist.*

311 Pour la zone d'occupation américaine : MR-Gesetz Nr. 56 et pour la zone d'occupation anglaise : VO Nr. 78.

312 *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, Band 5., Berlin, Köln : Carl Heymanns Verlag KG, p. 31 (BGHSt 5, 28, 31).

1949 se produit dans l'entreprise.

Suite à l'introduction de la loi sur les règles défavorables, le 24 mai 1968, (*Ordnungswidrigkeitengesetz* ou *OWiG 1968*), la sanction est nouvellement régie au §26 *OWiG 1968*.

Après la 2^e loi de lutte contre la criminalité économique du 15 mai 1986³¹³, la loi de 1968 est réécrite et les dispositions du §26 *OWiG 1968* sont transférées au §30 *OWiG 1987*³¹⁴.

Il a alors été décidé que les personnes morales allemandes sont responsables administrativement, si la responsabilité pénale est établie à l'encontre de ses représentants (§§30 *OWiG*, 377 II *AO*). Cette personne morale doit alors s'acquitter d'une amende administrative appelée *Geldbuße*³¹⁵.

Le §30 de la loi sur les règles défavorables (*OWiG 1987*)³¹⁶ dispose que :

« Si quelqu'un a commis [...] comme organe autorisé d'une personne morale ou comme membre d'un tel organe [...] un délit ou une règle défavorable, du fait des devoirs rencontrés par cette personne morale [...], du fait des devoirs violés par elle ou bien que la personne morale [...] s'est enrichie ou devait s'enrichir illégalement, il peut être fixé contre cette personne morale une amende administrative »³¹⁷

Cette amende administrative est une amende qui n'est pas automatique et elle laisse aux juridictions administratives allemandes une large marge d'appréciation³¹⁸.

Par ailleurs, le §30 *OWiG 1987* est titré „*Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen*”, c'est-à-dire « les sanctions administratives contre les personnes morales et les groupements ». Par conséquent, cette amende dépasse le seul champ d'application des personnes morales pour s'appliquer également à ce qui est appelé les quasi-personnes morales³¹⁹ allemandes.

S'il n'y a pas de responsabilité pénale des personnes morales allemandes au sens strict, il existe une

313 2. *Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität* ou 2. *WiKG*.

314 *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung* du 19.02.1987 (*BGBl. I S. 602*).

315 RAISER / VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2006, §8 n°18 p. 42, §24, n°3 p. 369.

316 *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* du 24.05.1968 (*BGBl. I S. 481*).

317 *Hat jemand [...] als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs, [...] eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen, durch die Pflichten, welche die juristische Person [...] treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person [...] bereichert worden ist oder werden sollte, so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden.*

318 En dernier lieu, la juridiction nationale administrative (*Bundesverwaltungsgericht* à Leipzig). Lire: TÖBBENS, Hans W., *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten*, *NStZ* 1999, Heft 1, 15. janv. 1999, p. 5 ; SCHMITZ, Monika & TASCHKE, Jürgen, *Haftungsrisiken von Unternehmen bei der Begehung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten durch Mitarbeiter*, *Wirtschaftsrechtliche Beratung (WiB)* 22/1997, 21. nov. 1997, p. 1169-1216, spéc. p. 1171.

319 Voir *infra* Titre II, Chapitre II.

forme de responsabilisation des personnes morales et des quasi-personnes morales en Allemagne,³²⁰ supportée par les organes ou représentants de ces dernières³²¹. Aussi, s'il ne s'agit pas d'une responsabilité pénale proprement dite³²², le résultat est le même, car une vraie sanction – certes administrative – est finalement prononcée contre la personne morale³²³.

2.2.1.2.3. La réorganisation du système judiciaire bavarois ou la symbiose entre une sanction pénale classique et la Bußgeld (C.)

Par une déclaration (*Regierungserklärung*) du 6 novembre 2003, le *bayerische Ministerpräsident*, Dr. Edmund STOIBER, propose d'envisager un nouveau découpage des compétences autrefois allouées pour toute la Bavière au *Bayerisches Oberstes Landesgericht (BayObLG)* à trois nouvelles juridictions, les *Oberlandesgerichte*³²⁴. Suite à une modification de la législation bavaroise en la matière³²⁵, le *Oberlandesgericht München* devient désormais compétent pour les affaires civiles concernant toute la Bavière et pour les affaires pénales de la compétence territoriale allouée au *OLG München*. Le *Oberlandesgericht Bamberg* est compétent quant à lui pour les affaires pénales de la compétence territoriale allouée au *OLG Bamberg* et il est compétent pour l'ensemble de la Bavière pour les affaires de *Bußgeld*. Enfin, le *Oberlandesgericht Nürnberg* est compétent pour les affaires pénales de la compétence territoriale allouée au *OLG Nürnberg*.

Par conséquent, par une simple décision administrative de redécoupage des juridictions en Bavière, il est démontré, en fait, le lien et la cohérence qui peuvent exister entre, d'une part, les sanctions pénales proprement dites et, d'autre part, la sanction administrative (*Bußgeld*) infligée aux personnes morales de forme allemande. Le nouvel *OLG Bamberg* est chargé de ces deux missions

320 A titre de comparaison, d'autant que le droit autrichien et le droit allemand ont connu le même droit commercial à plusieurs périodes de leur histoire, le droit autrichien reconnaît le droit pour une personne morale d'être poursuivie directement pénalement. Simplement, le droit pénal autrichien étend cette possibilité aux personnes morales, mais aussi aux associations de personnes dénuées de personnalité morale. En effet, le droit autrichien utilise l'expression „*juristische Person und Personengemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit*“. Lire §§153b ff. StGB autrichien issu notamment *Strafrechtsänderungsgesetz 1998* : *BGBI. I Nr. 153 S. 1825* (20. août 1998) et du *Sozialbetrugsgesetz* : *BGBI. I Nr. 152/2004* (30. déc. 2004).

321 Torsten van JEGER, *Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen*, Frankfurt am Main : Peter Lang GmbH, Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2002, p. 11 et sq.

322 BISSON, Frank, *Die Haftung des Organs für die Verletzung von Pflichten der juristischen Person – Insbesondere ein Beitrag zur Haftung des Organs für die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten* : *Gesellschafts- und Steuerrecht der GmbH und GmbH & Co. (GmbH Rundschau)*, Heft 22/2005, 96e année, p. 1454.

323 TIEDEMANN, *Die « Hebung » von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität* : *NJW* 1988, p. 1169.

324 A cet égard, l'acronyme OLGSt signifie certes une décision en affaire pénale auprès d'une OLG, mais peut aussi faire référence aux décisions rendues dans le cadre des *Ordnungswidrigkeiten*. Source : *Cardiff Index to Legal Abbreviations*.

325 *Gesetz über die Organisation der ordentlichen Gerichte im Freistaat Bayern (GerOrgG)* du 25 avril 1973 : *GVBl. S. 189*, modifié par une loi du 25.10.2004 : *GVBl. S. 400*.

revenant antérieurement au *Bayerisches Oberstes Landesgericht*. Cette réforme a un impact immédiat sur le territoire de la Bavière et pourrait conduire les juges bavarois à faire évoluer leur jurisprudence. Cette évolution potentielle sera observée avec un intérêt d'autant plus fort que la Bavière concentre aujourd'hui les plus importantes sociétés commerciales de toute l'Allemagne.

2.2.1.3. Le développement tardif mais certain du droit pénal français en la matière (III.)

En droit français, le principe latin « *societas delinquere non potest* » a gardé toute sa force pendant l'essentiel de la période couverte par notre étude. La question de la responsabilité pénale des personnes morales est considérée comme délicate, parce qu'il est difficile d'admettre qu'une action délictuelle ne soit pas personnelle et parce qu'on ne peut appliquer à ces personnes que des peines pécuniaires³²⁶. Pour autant, des textes spéciaux envisageront cette responsabilité pénale, notamment l'ordonnance n°45-920 du 5 mai 1945 sur les entreprises de presse coupables de collaboration avec l'ennemi.

Par conséquent, le droit français a finalement décidé de consacrer une responsabilité pénale générale pour les personnes morales. Après avoir étudié les travaux parlementaires (A.), il sera mis en avant le principe de cette responsabilité pénale (B.) et le régime juridique applicable dans ce cas (C.).

2.2.1.3.1. Les travaux parlementaires relatifs à la responsabilité pénale des personnes morales en France (A.)

La responsabilité pénale des personnes morales a été clairement consacrée lors de la refonte du Code pénal par des lois de 1992³²⁷, entrées en vigueur le 1^{er} mars 1994³²⁸. La France a consacré par

326 E. VERGÉ & R. de SÉGOGNE, *Nouveau répertoire de droit*, Tome 3, 2^e éd., Paris : Dalloz, 1964, p. 614.

327 Lois n°92-683, 92-684, 92-685 et 92-686 du 22 juillet 1992 complétées par un décret n°93-726 du 29 mars 1993.

328 F. DELAPORTES, *Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales* : JCP éd. E, 11 fév. 1993, p. 69 à 77 ; A. CHARVÉRIAT, *Personnes morales, bientôt responsables pénalement* : Option Finance, 15 fév. 1993 n°246 ; M. DELMAS-MARTY, Y. GUYON et P. LE CANNU, *La responsabilité pénale des personnes morales* : Revue des sociétés, 01 avril 1993, n°2 p. 229 à 388 et Erratum : M. DELMAS-MARTY, *La responsabilité pénale des personnes morales : les conditions de mises en jeu de la responsabilité pénale* : Revue des sociétés, 01 juil. 1993 n°3 p. 566 ; C. DUCOULOX-FAVARD, *Demain les personnes morales responsables pénalement* : PA n°42 du 07 avr. 1993 ; P. PONCELA, *Le livre 1 du nouveau Code pénal : dispositions générales* : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 01 juil. 1993, n°3 p. 455 à 468 ; D. GUIRIMAND, *La responsabilité pénale des personnes morales* : Revue de jurisprudence sociale (RJS), 01 sept. 1993, n°8-9, p. 483 à 495 ; T. DALMASSO, *La responsabilité pénale des personnes morales* : PA, 17 nov. 1993, n°138, p. 10 à 16 (sur les dispositions du nouveau code pénal qui entreront en vigueur le 1^{er} mars 1994) ; *Responsabilité pénale des personnes morales* : BRDA du 28 fév. 1994, n°4 p. 14 à 25 ; B. BOULOC, *La responsabilité pénale des entreprises en droit français* : Revue internationale de droit comparé, 01

un texte de loi la responsabilité pénale des personnes morales. Pour autant, après avoir penché pour le principe de spécialisation des infractions pénales concernant les personnes morales, le droit français a entendu donner une portée générale, voire très générale, à ce principe de responsabilité pénale³²⁹.

La loi n°92-683 du 22 juillet 1992 introduit en France la responsabilité pénale des personnes morales. Désormais, les personnes morales, au même titre que les personnes physiques, peuvent être poursuivies pénalement. Il s'agit donc de la responsabilisation ultime de la personne morale qui peut donner, recevoir, être titulaire de droits ou d'obligations, et qui doit maintenant répondre pénalement de ses erreurs. Cette solution a fait l'objet d'un large consensus au sein du Parlement. Malgré tout, plusieurs rapports ont dû traiter de cette question pour en montrer les enjeux³³⁰.

Le premier rapport fait par M. Marcel RUDLOFF³³¹, sénateur, dispose :

« A la suite des travaux de la commission "remaniée" de révision du Code pénal, un nouvel avant-projet pour la partie générale du Code pénal fut diffusé en 1983 [...] A la responsabilité des groupements prévue par l'avant-projet de 1978, le texte de 1983 substituait la responsabilité pénale des personnes morales afin d'éviter que ne soit retenue que la responsabilité de nature commerciale, industrielle ou financière, à l'exclusion des syndicats ou associations³³² [...] L'article 121-2 du projet de loi est une innovation de la réforme : il prévoit que les personnes morales pourront être déclarées pénalement responsables de certaines infractions. Cependant, l'article ne constitue qu'une affirmation de principe : de telles incriminations ne pourront être prévues qu'au cas par cas, au titre de lois spéciales. [...] Connue de l'ancien droit, notamment de l'ordonnance de 1670 qui admettait la responsabilité pénale des groupements et prévoyait à leur encontre des peines d'amende ou de confiscation et même des sanctions particulières telles que la démolition des murailles ceinturant les villes, la responsabilité des personnes morales fut écartée par le Code pénal dans le prolongement de la suppression des corporations décidée par la Révolution. [...] La responsabilité pénale des personnes morales est admise dans les pays de *Common law* depuis le siècle dernier. Elle l'est également, depuis moins longtemps, aux Pays-Bas (1976). [...] Ce mouvement [de reconnaissance] (qui touche encore peu le droit positif) n'est cependant pas général. Ainsi, le nouveau droit pénal allemand, s'il se dote de dispositions permettant de lutter contre les formes les plus modernes de la criminalité économique, ne

avr. 1994, n°2 p. 669 à 681.

329 Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 54 : « Dans le premier alinéa de l'article 121-2 du code pénal, les mots « et dans les cas prévus par la loi ou le règlement » sont supprimés » : JORF 10 mars 2004 p. 4601. Cette disposition est entrée en vigueur le 31 décembre 2005 (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 207, IV). Cet article est issu d'un amendement parlementaire présenté par le sénateur FAUCHON n°458 du 30 septembre 2003 et adopté en première lecture au Sénat. Pour aller plus loin, voir le Rapport de M. Jean-Luc WARSMANN, député, n° 1236 – 2^e partie, p. 86.

330 Sur l'ensemble des rapports déposés pour ce projet de loi, quatre évoquent la responsabilité pénale des personnes morales: Les rapports du Sénat n°271 et 199 de M. RUDLOFF; les rapports AN n°896 et 1345 de M. MARCHAND. Source: Archives de l'Assemblée nationale.

331 Rapport du Sénat n°271, annexé au procès-verbal de la séance du 27 avril 1989.

332 Rapport du Sénat n°271, p. 16 et 17.

remet pas en cause l'adage *Societas delinquere non potest*. »³³³

Le rapport présenté par M. Philippe MARCHAND³³⁴, député, continue d'expliquer la situation :

« Pour définir le cadre juridique dans lequel le débat se situe, il convient d'abord de souligner que la tradition pénale française a toujours reposé sur l'idée que les infractions pénales ne peuvent être commises que par des personnes physiques, parce qu'elles supposent l'intervention d'une volonté humaine, personnelle et intelligente. Dès lors, pendant longtemps, est demeurée inconcevable l'idée que les personnes morales – que l'on ne voulait pas considérer autrement que comme une fiction juridique – puissent être tenues pour pénalement responsables d'actes commis matériellement par des personnes physiques, même si celles-ci agissaient pour le compte de la personne morale [...] ; pourquoi ne pas admettre que [la] volonté [propre des personnes morales] puisse se traduire, le cas échéant, par la commission d'actes pénalement répréhensibles, d'autant plus qu'il est admis depuis longtemps que la responsabilité civile des personnes morales peut être admise? »³³⁵

Le second rapport de M. Marcel RUDLOFF³³⁶, sénateur, précise encore un peu plus le débat :

« Combiné aux articles 131-37 et suivants traitant des peines applicables, et sous réserve – soulignée par votre Haute Assemblée en première lecture – d'un renvoi à des lois spéciales pouvant seules définir au cas par cas les incriminations applicables, le présent article s'est proposé de jeter les bases du principe de la responsabilité pénale des personnes morales. [...]. Votre commission vous proposera de prévoir la peine de dissolution dès la première infraction, dans le seul cas toutefois où la personne morale a été créée pour commettre l'infraction et non dans le cas où elle a été détournée de son objet.

Cependant, parmi les autres peines applicables aux personnes morales, votre commission vous propose de réserver à la seule récidive le placement sous surveillance et l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale.

Sur le principe même, votre commission croit devoir vous proposer à nouveau d'exclure la responsabilité pénale des partis et groupements politiques, des syndicats professionnels et des institutions représentatives du personnel.

Enfin, votre commission vous propose de redéfinir les conditions du cumul de responsabilité dans une forme plus adaptée à la matière pénale. »³³⁷

Le dernier rapport évoquant la responsabilité pénale des personnes morales a été fait par M. Philippe MARCHAND³³⁸, député. Il clôt le débat :

« Une des dispositions les plus novatrices du projet de loi consiste dans l'institution d'une responsabilité pénale des personnes morales.

Un large débat a porté, tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat, sur le champ d'application de ce principe [...]. La commission propose à l'Assemblée nationale de reprendre les dispositions qu'elle a adoptées en première lecture »³³⁹

Par conséquent, ces travaux parlementaires démontrent que si le principe de l'introduction de la

333 Rapport du Sénat n°271, p. 61 et 62.

334 Rapport AN n°896, annexé au procès-verbal de la séance du 2 octobre 1989.

335 Rapport AN n°896, p. 17 et 18.

336 Rapport du Sénat n°199, annexé au procès-verbal de la séance du 2 avril 1990.

337 Rapport du Sénat n°199, p. 44 et sq.

338 Rapport AN n°1345, annexé au procès-verbal de la séance du 10 mai 1990.

339 Rapport AN n°1345, p. 10.

responsabilité pénale des personnes morales a été consensuelle entre les deux chambres du Parlement, il a été plus délicat pour les deux chambres de s'accorder sur le champ d'application qu'un tel principe engendre.

2.2.1.3.2. Le principe de la responsabilité pénale des personnes morales énoncé par l'article 121-2 du Code pénal (B.)

En fait, si le principe a été très tôt admis par les chambres du Parlement, les délimitations du champ d'application de ce principe ont été plus difficiles à tracer. Finalement, la rédaction de l'article 121-2 du Code pénal de 1994 sera la suivante :

« Les personnes morales, à l'**exclusion de l'Etat**, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les **collectivités territoriales et leurs groupements** ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public »

La loi pénale exclut de son champ d'application l'Etat, et reconnaît par là même implicitement sa personnalité morale.

Par ailleurs, la responsabilité pénale ne s'applique que dans certaines situations juridiques pour les collectivités territoriales et leurs groupements, dans le but de limiter les poursuites. Enfin, l'exclusion des partis politiques et des syndicats a été abandonnée.

Il revient finalement à des lois spéciales d'incriminer les personnes morales pour certaines infractions, à partir de nouvelles dispositions au sein du Code pénal³⁴⁰, et, surtout de nouvelles dispositions en dehors de ce code³⁴¹. L'obligation de prévoir un texte spécial pour chaque incrimination sera finalement ultérieurement abandonnée, rapprochant ainsi sur ce point le droit français du droit anglais.

2.2.1.3.3. Le régime juridique applicable aux personnes morales délinquantes (C.)

La loi pénale isole la responsabilité pénale des personnes morales de celle des personnes physiques **(1.)**, délimite les conditions de ce nouveau principe **(2.)**, et donc permet de déterminer les conséquences de la disparition de la personnalité morale par voie de dissolution, de fusion ou de scission sur sa responsabilité pénale **(3.)** avant de donner enfin quelques règles de procédure **(4.)**.

³⁴⁰ Art. 226-7; 226-9; 227-14; 312-15; 313-9; 314-12; 414-7; 431-21; 450-4... C. pén..

³⁴¹ Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 relayée par le Code de commerce de 2000, le Code monétaire et financier...

2.2.1.3.3.1. *L'absence d'exclusion entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle de la personne physique (1.)*

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits.

Ce principe a pour limite l'appréciation *in concreto* de la responsabilité pénale des personnes physiques pour faits d'imprudance ou de négligence. Il nécessite, lorsque la faute a été la cause indirecte du dommage, une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité et de prudence (C. pén., art. 121-3, al. 4).

2.2.1.3.3.2. *Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales (2.)*

La responsabilité pénale concerne en France notamment les formes de sociétés dotées de la personnalité juridique (Article 121-2 du Code pénal). Par conséquent, les formes de sociétés qui sont dépourvues de toute personnalité morale ne peuvent engager leur responsabilité pénale. Il en est ainsi de la société de fait, de la société en participation et de l'association d'avocats, par exemple. Il s'agit alors d'une responsabilité qui, si elle concerne les personnes morales, ne concerne pas encore les quasi-personnes morales.

Lors de son introduction dans l'ordonnancement juridique français, il fallait un texte exprès pour que l'infraction soit encourue³⁴². De nombreuses lois postérieures à 1994 ont ainsi introduit de nouvelles sanctions pénales pour les personnes morales³⁴³. Finalement, la responsabilité pénale des personnes morales est encourue pour toutes infractions à compter du 31 décembre 2005, sans avoir à être expressément prévue par une disposition spéciale pour chaque infraction considérée³⁴⁴.

L'adage latin *nullum crimen, nulla poena sine lege* exprimant le principe de la légalité des délits et

342 R. M. JO Sénat 26 janvier 1995, p. 205 (Question écrite n°08436 de M. P.-C. TAITTINGER : JO Sénat du 10 novembre 1994, p. 2666) : « *Le délit d'abus de biens sociaux ne fait pas partie des infractions spécifiquement prévues par la loi pour lesquelles la responsabilité pénale d'une personne morale peut être recherchée. Il est donc exclu, en l'état actuel de la législation, qu'une entreprise constituée sous la forme d'une personne morale puisse faire l'objet d'une mise en examen pour abus de biens sociaux* » ; Cass. crim. 18 avr. 2000 n°99-85183 : Bull. crim. n°153 p. 451.

343 Par exemple, Voir Loi n°96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime, art. 1 ; Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, art. 8 ; Loi n°2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, art. 2 et sq.

344 Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, art. 54 et 207, IV.

des peines a toujours été respecté pour les personnes morales³⁴⁵, mais le respect de cet adage est devenu plus diffus à partir du moment où un texte spécial n'est plus obligatoirement nécessaire pour le faire respecter³⁴⁶. Si cette façon de procéder rapproche le droit français des droits anglo-saxons en ce sens qu'il appartiendra alors au juge de déterminer si une sanction déterminée concerne une personne morale, le principe de la légalité des délits et des peines reste toutefois la règle en Allemagne³⁴⁷ et en France pour les personnes physiques³⁴⁸. Pour autant, un texte postérieure à 2005 décide quand même d'établir expressément une nouvelle responsabilité pénale assortie d'une peine d'amende dans le domaine de l'aviation civile³⁴⁹.

La doctrine a unanimement souhaité que, dans le cas d'un simple principe général, seule une sanction pécuniaire soit envisagée³⁵⁰. Cette solution doctrinale rapproche sur ce point le droit français des droits anglais et allemand.

Par ailleurs, pour que la responsabilité pénale soit encourue, il faut réunir plusieurs éléments. En premier lieu, il faut pouvoir imputer l'infraction à la personne morale³⁵¹. En deuxième lieu, il faut que l'infraction ait été commise en tant qu'auteur ou complice. En effet, la responsabilité pénale des personnes morales peut être recherchée comme celle des personnes physiques. Si la personne morale est l'auteur de l'infraction, la tentative est également punissable en cas de crime ou parfois de délit³⁵². Sa responsabilité peut même être recherchée en tant que complice de la personne physique³⁵³. En troisième lieu, il faut que l'infraction soit commise par un organe ou un représentant de la personne morale, sans avoir à préciser l'identité de l'auteur des manquements constitutifs de

345 Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du Code pénal, annexe, art. 121-2 spécifiant « et dans les cas prévus par la loi ou le règlement ».

346 Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 54 : *Dans le premier alinéa de l'article 121-2 du Code pénal, les mots : « et dans les cas prévus par la loi ou le règlement » sont supprimés.* L'article 207, IV de cette loi de 2004 a fixé l'entrée en vigueur de cette disposition au 31 décembre 2005 : BS 02/05 *Tour d'horizon sur l'année 2004* étude n°34 p. 87.

347 StGB, §1 : *Keine Strafe ohne Gesetz: eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde* i. e. StGB, §1 : Aucune peine sans loi: un acte peut être puni seulement lorsque la peine était déterminée légalement avant que l'acte soit commis.

348 Art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (OBERDORFF, Henri & ROBERT, Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme – Textes français et internationaux*, 5^e éd., Paris : Montchrestien, 2002, p. 8) repris à l'art. 111-2 du C. pén. 1994.

349 Décret n°2006-521 du 5 mai 2006 relatif à l'enregistrement d'images ou de données et modifiant le code de l'aviation civile : JORF « Lois et Décrets » du 7 mai 2006, p. 6784.

350 Selon la Professeur Jula HUGHES (Faculty of Law, University of New Brunswick, Canada), la *common law* au Canada va même plus loin puisqu'elle admet parfaitement de poursuivre pénalement quelqu'un, même en l'absence d'infraction pénale identifiée par un texte. Voir : *R. v. Thornton* [1993] 2 S.C.R. 445 et (1991), 1 O.R. (3d) 480 et *R. v. Cuerrier* [1998] 2 S.C.R. 371 qui consacrent pour des infractions d'omission le pouvoir créateur des juridictions canadiennes de *common law*.

351 Cass. crim., 11 mars 2003 n°02-82352 : Bull. crim. 2003 n° 65 p. 238.

352 art. 121-4 et 121-5 C. pén.

353 art. 121-7 et 121-6 C. pén et Circ. crim. 93-9 FI du 14 mai 1993 : Brochure JO n°20012.

l'infraction, dès lors que l'infraction retenue n'a pu être commise, pour son compte, que par ses organes ou représentants³⁵⁴. En quatrième lieu, cette infraction doit être commise pour le compte de la société³⁵⁵. En cinquième lieu, il faut une imputation de l'infraction au représentant légal³⁵⁶. En sixième lieu, il faut une infraction non intentionnelle³⁵⁷.

2.2.1.3.3. Les conséquences de la disparition de la personnalité morale par voie de dissolution, de fusion ou de scission sur sa responsabilité pénale
(3.)

La responsabilité pénale de la personne morale subsiste-t-elle en cas de disparition de la personne morale par voie de dissolution, de fusion ou de scission ? Le principe de la personnalité des infractions et des peines³⁵⁸ paraît conduire à l'impossibilité d'engager une action pénale ou à la

354 Cass. crim., 11 avril 2012 n°10-86974 : Bull. crim. 2012, n° 94 ; Cass. crim., 20 juin 2006 : Bull. crim. 2006 n°188 p. 669, JCP éd. E, n°2756, p. 2105 note M. Véron, BRDA n°17/06 du 15 septembre 2006, p. 2 ; Cass. crim., 23 mai 2006 : JCP éd. E, n°2756, p. 2105 note M. Véron ; Cass. crim., 29 avr. 2003 n°02-85353 : Bull. crim. 2003 n° 91 p. 347 : à propos d'une association de commerçants ; Cass. crim., 26 juin 2001 n°00-83466 : Bull. crim. 2001 n° 161 p. 504 : définit la qualité de représentants ; Cass. crim., 18 janvier 2000 n° 99-80318 : Bull. crim. 2000 n° 28 p. 68 : à propos de la SNCF ; Cass. crim., 30 mai 2000 n°99-84212 : Bull. crim. 2000 n° 206 p. 607 : A propos d'un salarié d'une société ; Cass. crim., 9 nov. 1999 n°98-81746 : Bull. crim. 1999 n° 252 p. 786 : définit la qualité de représentant ; Cass. crim., 14 déc. 1999 n°99-80104 : Bull. crim. 1999 n° 306 p. 947 : délégation de pouvoirs en matière de sécurité donnée à un préposé (chef de chantier) ; Cass. crim., 1 déc. 1998 n°97-80560 : Bull. crim. 1998 n° 325 p. 942 : le président de la société ou son délégué en matière de sécurité, qui n'a pas accompli toutes les diligences normales pour la mise en place d'un dispositif de protection ; Cass. crim., 7 juillet 1998 n°97-81273 : Bull. crim. 1998 n° 216 p. 626 : directeur général qui a eu sciemment recours aux services d'un entrepreneur clandestin.

355 Cass. crim., 26 juin 2001 n°00-83466 : Bull. crim. 2001 n° 161 p. 504 : il n'est pas nécessaire d'établir une faute distincte à la charge de la personne morale ; Cass. crim., 18 janvier 2000 n°99-80318 : Bull. crim. 2000 n° 28 p. 68 : il doit être établi qu'une infraction a été commise, pour le compte d'une personne morale, par leurs organes ou représentants ; Cass. crim., 24 mai 2000 n°99-83414 : Bull. crim. 2000 n° 203 p. 597 : il doit être établi qu'une infraction a été commise, pour le compte d'une personne morale, par leurs organes ou représentants.

356 Cass. crim., 26 oct. 2004 n°03-86970 : Bull. crim. 2004 n°254 p. 951 : le jugement de relaxe définitif de la société poursuivie ne fait pas obstacle à ce que la responsabilité pénale de la personne physique auteur ou complice des mêmes faits soit engagée ; Cass. crim., 19 oct. 2004 n°04-82485 : Bull. crim. 2004 n°247 p. 920 : La société et son directeur technique sont coupables du délit de pollution des eaux. Le directeur technique a commis une faute caractérisée créant un risque d'une particulière gravité en contribuant à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage et en n'ayant pas pris les mesures permettant de l'éviter ; Cass. crim., 30 mai 2000 n°99-84212 : Bull. crim. 2000 n° 206 p. 607 : La relaxe du représentant légal d'une personne morale en son nom personnel ne peut mettre obstacle à ce qu'il soit appelé à représenter ultérieurement celle-ci dans les poursuites engagées contre elle à raison des mêmes faits ; Cass. crim., 2 déc. 1997 n°96-85484 : Bull. crim. 1997 n° 408 p. 1350 : il appartient aux juges du fond de rechercher si le directeur général, organe de la société, avait eu personnellement connaissance de l'inexactitude des faits relatés dans les attestations. Il n'est pas nécessaire cependant que l'organe ou le représentant ait été personnellement déclaré coupable des faits reprochés à la personne morale (solution implicite).

357 C. MOULOUNGUI, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales (nouveau code pénal)* : RTD com., 01 juil. 1994, n°3 p. 441 à 454 ; Cass. crim., 24 oct. 2000 n°00-80378 : Bull. crim. 2000 n° 308 p. 913 : Il résulte des articles 121-2, 121-3 et 222-19 du Code pénal, tant dans leur rédaction antérieure à la loi du 10 juillet 2000 que dans celle issue de cette loi, que les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique constitutive du délit de blessures involontaires, alors même qu'en l'absence de faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, nouveau, la responsabilité pénale des personnes physiques ne pourrait être recherchée.

358 Art. 121-1 C. pén. : Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait.

poursuivre³⁵⁹. En revanche, lorsque la sanction pénale a été prononcée à l'encontre de la personne morale, et s'il s'agit en particulier d'une peine d'amende, elle figure dans le passif qui est transmis ou liquidé³⁶⁰. En cas d'absorption d'une société, la responsabilité pénale de la société absorbée n'est pas transmissible. L'absorption fait perdre son existence juridique à la société absorbée et la société absorbante ne saurait alors être poursuivie à la place de la société absorbée³⁶¹. Aussi, outre le risque fiscal, la question du risque pénal peut être un des paramètres qui guide le sens de l'absorption envisagée.

2.2.1.3.3.4. Les règles de procédure applicables (4.)

Il existe en France des règles spécifiques concernant les personnes morales et ces règles ont été intégrées au Code de procédure pénal français. Il s'agit, d'une part, de règles concernant la compétence territoriale **(a.)** et, d'autre part, de règles concernant la représentation de la personne morale au cours de la procédure pénale **(b.)**.

2.2.1.3.3.4.1. La compétence territoriale (a.)

En ce qui concerne la compétence territoriale, lorsqu'une personne morale est soupçonnée ou poursuivie, il y a une compétence du lieu de l'infraction ou du lieu où la personne morale a son siège³⁶². Dans l'hypothèse où des personnes physiques seraient mises en cause en même temps que la personne morale, les juridictions saisies des poursuites sont également compétentes à l'égard de la personne morale. Ces règles de compétence ne sont pas exclusives de l'application éventuelle des règles particulières de compétence relatives aux infractions économiques et financières et aux actes de terrorisme³⁶³.

2.2.1.3.3.4.2. La représentation en justice de la personne morale poursuivie pénalement (b.)

359 Cass. crim., 15 novembre 2005 : Les annonces de la Seine, 31 août 2006, n°55, p. 8 (2006-1158).

360 Le même raisonnement se tient en matière civile. Cass. com., 8 novembre 2005 : Bull. Joly 2006, §71, p. 344 à 351 note P. LE CANNU.

361 Cass. crim., 14 oct. 2003 n°02-86376 : Bull. crim. 2003 n° 189 p. 778 : Dans le cas où une société, poursuivie pour homicide involontaire, fait l'objet d'une fusion-absorption, la société absorbante ne peut être déclarée coupable, l'absorption ayant fait perdre son existence juridique à la société absorbée ; Cass. crim., 20 juin 2000 n°99-86742 : Bull. crim. 2000 n° 237 p. 702 : Idem lorsqu'une société, poursuivie pour blessures involontaires, fait l'objet d'une fusion-absorption. Voir également Cass. 3^e civ., 17 mai 2006 : PA, 29 septembre 2006, n°195, Jurisprudence, p. 10-13.

362 art. 706-42 CPP.

363 art. 706-42 CPP, renvoyant aux art.705 et 706-17 CPP.

Pour ce qui concerne la représentation de la personne morale au cours de la procédure³⁶⁴, la personne morale est représentée à tous les actes de la procédure, en principe, par son représentant légal. La personne morale peut également être représentée par toute personne bénéficiant, conformément à la loi ou à ses statuts, d'une délégation de pouvoir à cet effet. Toutefois, un mandataire de justice peut être désigné pour représenter la personne morale, lorsque des poursuites pour des mêmes faits ou des faits connexes sont engagées à l'encontre du représentant légal³⁶⁵. Il appartient alors au représentant légal de saisir par requête le président du tribunal de grande instance aux fins de désignation d'un mandataire de justice pour représenter la personne morale³⁶⁶. De même, en l'absence de toute personne habilitée à représenter la personne morale (dirigeants en fuite, par exemple), le président du tribunal de grande instance désigne, à la requête du ministère public, du juge d'instruction ou de la partie civile, un mandataire de justice pour la représenter.

Conclusion du premier paragraphe (2.2.1.). Seul le droit allemand refuse encore aujourd'hui de considérer qu'il lui soit possible de sanctionner pénalement une personne morale à cause de l'adage latin « *societas delinquere non potest* ». Le droit anglais l'a admis dès le XIXe siècle pour des infractions particulières mais, suite à une évolution de sa jurisprudence à compter de 1944, le juge anglais a décidé de systématiser cette responsabilité pénale et de consacrer un principe général de la responsabilité pénale des personnes morales. Le droit français ne pourra obtenir cette même évolution qu'à partir de la publication d'une nouvelle loi, une des lois de 1992 relative au code pénal et, surtout d'une disposition d'une loi de 2004 entrée en vigueur le 31 décembre 2005. Quoiqu'il en soit, les droits allemand, anglais et français ont trouvé les moyens d'infliger des sanctions aux sociétés et, en particulier, aux personnes morales. La question est de savoir si ces sanctions sont adéquate.

2.2.2. Les effets de la responsabilité pénale des personnes morales (§2.)

Problématique et annonce du plan. Le fait d'admettre une responsabilité pénale aux personnes

364 art. 706-43 CPP.

365 Cass. crim., 12 janvier 2000 : Bull. crim. 2000 n°23, p. 51 ; Cass. crim., 15 février 2005 : Bull. crim. 2005 n°57, p. 212, Bull. Joly 2005, Jurisprudence, §246, p. 1117 et s. note Jean-François BARBIÈRI ; *Les annonces de la Seine*, Suppl. n°30 du 4 mai 2006, p. 7 et 8.

366 Cass. com., 4 sept. 2001 n°01-80013 : Selon l'article 706-43 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 10 juillet 2000, applicable immédiatement, lorsque des poursuites pour des mêmes faits ou pour des faits connexes sont engagées à l'encontre du représentant légal, la désignation d'un mandataire de justice pour représenter la personne morale est facultative ; *Contra* ant. : Cass. crim., 5 janv. 2000 n°99-84613 : Bull. crim. 2000 n° 4 p. 7 ; Cass. crim., 12 janv. 2000 n°98-86441 : Bull. crim. 2000 n° 23 p. 51 ; Cass. crim., 09 déc. 1997 n°97-83079 : Bull. crim. 1997 n° 420 p. 1385.

morales, directement comme en Angleterre ou en France, ou indirectement comme en Allemagne, a pour principal effet d'établir une sanction. Si le principe d'une sanction est acquis à l'encontre des personnes morales **(I.)**, cette sanction peut toutefois faire l'objet de quelques aménagements en France **(II.)**.

2.2.2.1. La sanction encourue (I.)

Annnonce du plan. Le droit anglais, le droit allemand et le droit français prévoient une ou plusieurs sanctions à l'encontre des personnes morales, suivant le territoire en question. Si les trois droits s'accordent pour infliger une amende **(A.)**, le droit français montre son particularisme en prévoyant tout un panel d'autres sanctions **(B.)**.

2.2.2.1.1. L'amende, une peine commune à la France, l'Angleterre et l'Allemagne (A.)

Si l'amende est la peine qui se retrouve en France, en Allemagne et en Angleterre, il faut comprendre que cette peine n'a pas la même nature dans ces trois territoires. Véritable sanction pénale en France **(1.)**³⁶⁷ et en Angleterre **(2.)**, il s'agit d'une sanction administrative en Allemagne **(3.)**.

2.2.2.1.1.1. L'amende pénale en France (1.)

En France, son taux maximum est le quintuple de celui prévu pour les personnes physiques³⁶⁸. Il y a donc un lien étroit et différentiel qui est instauré en principe entre le taux maximum prévu pour les personnes physiques et celui prévu pour les personnes morales.

Toutefois, à défaut d'amende prévue pour les personnes physiques en cas de crime, l'amende encourue pour une personne morale dans ce cas est de 1.000.000 €³⁶⁹. Une telle disposition n'a pas d'équivalent pour les peines délictuelles et contraventionnelles.

2.2.2.1.1.2. L'amende pénale en Angleterre (2.)

367 A. PÉZARD, *Le cumul des sanctions pénales et administratives des personnes morales en droit des affaires* : PA, 06 oct. 1993, n°120 p. 65 à 69 ; P. LE CANNU, *Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale* : PA, 06 oct. 1993, n°120 p. 16 à 21.

368 art. 131-38 C. pén. pour les crimes et les délits ; art. 131-41 C. pén. pour les contraventions.

369 art. 131-38 C. pén. pour les crimes insérés par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, art. 55 I (JORF, 10 mars 2004, p. 4567).

En Angleterre, en revanche, les sanctions infligées aux personnes morales dans les *Companies Acts* sont au même niveau que celles qui sont infligées aux éventuels dirigeants de la personne morale. Le *Companies Act 1985* a listé l'ensemble des infractions pénales dans un tableau annexé à la loi³⁷⁰, qui précise la *section* de la loi visée, la dénomination abrégée de la sanction pénale et la nature de la procédure pénale engagée³⁷¹. Aucune distinction n'est alors faite entre le taux maximum de l'amende prévu pour les dirigeants et celui prévu pour la personne morale. Ce taux est alors strictement identique. Le *Companies Act 2006* ne comporte plus une telle annexe mais des infractions pénales existent toujours. L'information est désormais beaucoup moins grande.

2.2.2.1.1.3. L'amende administrative en Allemagne (3.)

En Allemagne, il ne s'agit pas d'une sanction pénale mais d'une sanction administrative découlant de la constatation d'une infraction pénale commise par le représentant d'une personne morale³⁷². Dans ce cas, il n'y a plus aucun lien avec la sanction qui pourrait être infligée aux personnes physiques, comme en France, ou aux dirigeants, comme en Angleterre. Cette sanction administrative est totalement autonome par rapport au droit pénal allemand, ce qui permet au droit allemand de continuer de pouvoir considérer que l'adage « *societas delinquere non potest* » reste toujours d'actualité pendant tout le XXe siècle et le début du XXIe siècle.

2.2.2.1.2. Les autres peines propres à la responsabilité pénale des personnes morales en France (B.)

Le droit français a souhaité introduire à côté de la peine d'amende toute une série d'autres sanctions. Si ces peines sont propres au droit français (1.), leur nombre reste circonscrit à l'article 131-39 du Code pénal (2.) et le juge pénal dispose d'un pouvoir d'appréciation (3.).

2.2.2.1.2.1. D'autres peines propres au droit français (1.)

En introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal, le droit français, et seulement le droit français, a envisagé d'autres peines criminelles et correctionnelles à côté de l'amende³⁷³.

370 CA 1985, s. 730 et CA 1985, Sch. 24.

371 Le droit pénal anglais distingue entre *on summary conviction* et *on conviction on indictment*. La sanction la plus lourde est associée à la seconde procédure. Par ailleurs, en cas d'infraction continue (*for continued contravention*), la peine est aggravée.

372 §30 OWiG.

373 art. 131-39 C. pén.

En effet, il n'existe aucun équivalent ni en droit anglais ni en droit allemand. Le droit anglais et le droit allemand considèrent que seule l'amende est véritablement efficace pour sanctionner les infractions commises par des personnes morales.

Pour autant, le droit français ne s'éloigne pas totalement de ces deux autres droits puisque le Code pénal dispose que les peines criminelles et correctionnelles encourues par les personnes morales sont toujours l'amende³⁷⁴ et, dans les cas prévus par la loi, les peines énumérées par ce même code³⁷⁵.

2.2.2.1.2.2. Des peines circonscrites à l'article 131-39 du Code pénal (2.)

Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou plusieurs des peines listées dans l'article 131-39 du Code pénal.

Si la liste de ces peines s'est allongée en 2007³⁷⁶ et en 2010³⁷⁷, il n'en demeure pas moins que la peine la plus lourde susceptible d'être prononcée à l'encontre d'une personne morale reste la dissolution judiciaire de la personne morale³⁷⁸. Si la peine de mort n'existe plus en France pour les personnes physiques³⁷⁹, cette sanction est bien réelle pour les personnes morales, hormis, il est vrai, pour les personnes morales de droit public, pour les partis ou groupements politiques, pour les syndicats professionnels et les institutions représentatives du personnel qui, eux, sont exclus explicitement par la loi, et contre lesquels on ne peut prononcer cette peine³⁸⁰.

Cette sanction est également limitée, parce qu'elle n'est prévue que pour les infractions les plus graves et qu'elle ne peut être prononcée que dans des hypothèses où la personne morale aurait été créée ou détournée de son objet pour commettre l'infraction. Dans ce cas, par comparaison avec le droit anglais, la situation n'est pas très éloignée de ce que l'on peut constater en Angleterre pour un *partnership* ou une *company* ayant un objet illicite.

Si elle est prononcée, la dissolution de la personne morale entraîne le renvoi de cette personne morale devant le tribunal compétent pour prononcer sa liquidation³⁸¹.

374 art. 131-37, 1° C. pén.

375 art. 131-37, 2° C. pén. renvoyant à l'art. 131-39 C. pén.

376 Elles passent de 9 à 11 suite à la loi n°2007-297 du 5 mars 2007, art. 25 II 4° (JORF du 7 mars 2007).

377 Loi n°2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale, art. 11.

378 art. 131-39, 1° C. pén.

379 Loi n°81-908 du 09 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort (JORF du 10 octobre 1981 p. 2759) ; loi constitutionnelle n°2007-239 du 23 février 2007 relative à l'interdiction de la peine de mort (JORF du 24 février 2007 p. 3355) ; loi n°2007-1165 du 1er août 2007 autorisant la ratification du protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances (JORF du 2 août 2007 p. 12989).

380 art. 131-39 C. pén. *in fine*.

381 art. 131-45 C. pén.

2.2.2.1.2.3. Le pouvoir modérateur du juge (3.)

Si une infraction peut être punie par plusieurs peines, le juge français a toujours la faculté de ne prononcer que l'une d'entre elles³⁸².

Par conséquent, le juge peut envisager la peine la plus adéquate en fonction du délinquant personne morale. Il peut notamment tenir compte du fait qu'il s'agit pour cette personne morale d'une première infraction pénale et donc que cette personne morale est en quelque sorte un primo délinquant.

2.2.2.2. Les aménagements de la sanction pénale et le casier judiciaire de la personne morale en France (II.)

Annonce du plan. Même si une personne morale a finalement été condamnée pénalement par un juge en France, cette personne morale peut bénéficier d'un certain nombre d'aménagements de sa peine (**A.**). Quoi qu'il en soit, à compter de son immatriculation, la personne morale dispose, comme les personnes physiques, d'un casier judiciaire qui pourra se remplir au fur et à mesure de ses condamnations (**B.**).

2.2.2.2.1. Les aménagements de la sanction pénale de la personne morale en France (A.)

Annonce du plan. Parmi les aménagements de la sanction pénale infligée à l'encontre d'une personne morale de droit français, on distingue en France le sursis (**1.**), la récidive (**2.**) et la réhabilitation (**3.**).

2.2.2.2.1.1. Le sursis (1.)

Comme pour les personnes physiques, la juridiction de jugement peut accorder aux personnes morales le sursis simple à exécution de certaines sanctions. Le Code pénal a cependant prévu des conditions spécifiques à l'octroi du sursis tenant compte du passé pénal de la personne morale et des peines susceptibles d'en faire l'objet.

³⁸² art. 132-17 C. pén.

Quant au passé pénal de la personne morale, en matière criminelle et correctionnelle, le sursis simple ne peut être ordonné qu'à l'égard des personnes morales n'ayant pas été condamnées, dans les cinq années précédant les faits, pour un crime ou un délit de droit commun, à une amende d'un certain montant³⁸³. En matière contraventionnelle, le sursis ne peut être accordé qu'aux personnes morales n'ayant pas été condamnées dans le même délai à une peine d'amende d'un montant inférieur au cas précédent³⁸⁴.

Quant aux peines susceptibles d'en faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, seules certaines peines peuvent être assorties du sursis³⁸⁵. Il en est de même en matière contraventionnelle³⁸⁶.

La suspension de la peine qui résulte du sursis devient définitive si le bénéficiaire ne fait pas l'objet d'une nouvelle condamnation dans un délai de cinq ans pour les crimes et délits ou dans un délai de deux ans pour les contraventions³⁸⁷.

2.2.2.2.1.2. *La récidive (2.)*

La commission d'une infraction postérieurement à une première est pour le délinquant une circonstance aggravante dont le régime est étendu par le Code pénal aux personnes morales³⁸⁸.

Il y a récidive générale et perpétuelle si, après une condamnation prononcée pour un crime ou un délit, la personne morale commet ultérieurement un crime³⁸⁹. Le taux maximum de l'amende est alors porté au décuple.

Il y a récidive générale et temporaire si, après une condamnation prononcée pour un crime ou un délit, la personne morale commet un délit dont l'amende est au moins supérieure à une certaine somme et suivant un certain délai³⁹⁰. Le taux maximum de l'amende est alors porté également au décuple.

383 art. 132-30 C. pén. L'amende ne devait pas être supérieure à 400.000 FF et, actuellement 60.000 €.

384 art. 132-33 C. pén. L'amende ne devait pas être supérieure à 100.000 FF et, actuellement 15.000 €.

385 art. 132-32 C. pén.

386 art. 132-34, al. 2 C. pén.

387 art. 132-35 et s. C. pén.

388 art. 132-12 et s. C. pén.

389 art. 132-12 C. pén.

390 art. 132-13 C. pén.

Il y a récidive spéciale et temporaire si, après une condamnation prononcée pour un délit, la personne morale commet dans un certain délai le même délit ou un délit qui lui est assimilé au regard des règles de la récidive³⁹¹.

En matière contraventionnelle, il y a parfois récidive si la personne morale, après une condamnation, commet suivant un certain délai la même contravention³⁹². Le taux maximum de l'amende est porté de nouveau à dix fois celui qui est prévu à l'origine.

2.2.2.2.1.3. La réhabilitation (3.)

Il existe une procédure de réhabilitation³⁹³, qui conduit à effacer les traces de la condamnation, passé un certain délai, et notamment toute mention au casier judiciaire, ainsi que les incapacités et déchéances qui résultent de la condamnation³⁹⁴.

La réhabilitation est de plein droit si la personne morale n'a subi aucune condamnation nouvelle à une peine criminelle ou correctionnelle dans un certain délai³⁹⁵.

En outre, le représentant légal de la personne morale condamnée peut présenter une demande de réhabilitation judiciaire. Cette demande ne peut être formée qu'après un délai de 2 ans à compter de l'expiration de la durée de la sanction subie. Le représentant légal adresse la demande en réhabilitation au procureur de la République du lieu du siège social de la personne morale³⁹⁶. La chambre d'accusation statue dans les 2 mois sur les conclusions du procureur général, la partie concernée ou son avocat ayant été entendu ou dûment convoqué³⁹⁷. En cas de rejet de la demande, une nouvelle demande peut être formulée après l'expiration d'un délai d'un an³⁹⁸.

2.2.2.2.2. Le casier judiciaire (B.)

A l'image des personnes physiques, la personne morale dispose d'un casier judiciaire. Les

391 art. 132-14 C. pén.

392 art. 132-15 C. pén.

393 art. 133-12 et s. C. pén.

394 art. 133-12 C. pén.

395 art. 133-14 C. pén.

396 art. 798-1 CPP

397 art. 794 CPP

398 art. 797 et 798-1 CPP combinés.

condamnations pénales prononcées contre les personnes morales sont inscrites sur leur casier judiciaire³⁹⁹. En effet, pour permettre l'application des règles relatives à la récidive ou au sursis, et également pour assurer l'effectivité des sanctions pénales prononcées à l'encontre des personnes morales, le Code de procédure pénale a créé un casier judiciaire des personnes morales⁴⁰⁰. Après avoir déterminé le contenu du casier judiciaire des personnes morales (1.), il faut en donner les modalités d'accès (2.).

2.2.2.2.1. Le contenu du casier judiciaire des personnes morales (1.)

Contrairement aux personnes physiques (trois bulletins), il n'existe pour les personnes morales que deux extraits du casier judiciaire.

Son contenu est précisé à l'article 768-1 du Code de procédure pénale. Le casier judiciaire contient, en premier lieu, les condamnations contradictoires et les condamnations par défaut non frappées d'opposition, prononcées pour crime, délit ou contravention de la cinquième classe par toute juridiction répressive. En deuxième lieu, il contient les condamnations contradictoires ou par défaut non frappées d'opposition pour les contraventions des quatre premières classes, dès lors qu'est prise, à titre principal ou complémentaire, une mesure d'interdiction, de déchéance, d'incapacité, ou une mesure restrictive de droit. En troisième lieu, il contient les déclarations de culpabilité assorties d'une dispense de peine ou d'un ajournement, avec ou sans injonction, du prononcé de la peine et, en quatrième et dernier lieu, les condamnations prononcées par les juridictions étrangères qui, en application d'une convention ou d'un accord international, ont fait l'objet d'un avis aux autorités françaises.

2.2.2.2.2. L'accès au casier judiciaire des personnes morales (2.)

Le bulletin n°1 est le relevé intégral des fiches du casier judiciaire applicables à la même personne morale. Il ne peut être délivré qu'aux autorités judiciaires nationales, sauf accord de réciprocité⁴⁰¹. Le bulletin n°2 est le relevé des fiches qui sont applicables à la même personne morale, à l'exclusion de celles concernant certaines décisions⁴⁰². Le bulletin n°2 ne peut être délivré qu'à certaines personnes limitativement énumérées par le Code de procédure pénale⁴⁰³.

399 Le casier judiciaire des personnes morales (contenu, communication, réhabilitation de la personne morale), ANSA, Bull. de l'ANSA du 01 mars 1994, n°2698, p. 1 à 7.

400 art. 768-1 CPP ; art. R65 et s. CPP.

401 art. 774-1 CPP.

402 art. 775-1 A CPP.

403 art. 776-1 CPP.

Si la personne morale ne peut obtenir aucune copie du relevé de son casier judiciaire, elle peut en prendre connaissance. Le représentant légal peut obtenir, sur demande adressée au procureur de la République près le Tribunal de grande instance du siège social de la personne morale, communication du relevé intégral (et non une copie de ce relevé) des mentions du casier judiciaire concernant celle-ci. La lecture du relevé sera faite au représentant légal de la personne morale justifiant de cette qualité⁴⁰⁴.

Conclusion du second paragraphe (2.2.2.). Si les effets attachés à la responsabilité pénale des personnes morales devaient rester l'amende, le droit français a entendu développer un arsenal juridique propre aux personnes morales pour certains délits et certains crimes, allant même jusqu'à prévoir la dissolution judiciaire. Le droit allemand circonscrit l'amende administrative aux peines les plus graves, alors que le juge anglais continue de tisser sa jurisprudence autour de l'amende judiciaire prononcée même en dehors de tout texte exprès.

Conclusion de la seconde section (2.2.). La responsabilité pénale des personnes morales n'est pas à proprement parler intégrée dans le droit pénal allemand. Une partie de la doctrine allemande commence néanmoins à envisager les conséquences d'une consécration de la responsabilité pénale des personnes morales en Allemagne, et cette évolution doctrinale commence également à toucher d'autres Etats de droit germanique comme l'Autriche, les Pays-Bas ou la Grèce. A l'inverse, cette responsabilité pénale des personnes morales est bien implantée en Angleterre et un contentieux de plus en plus important se développe en France sur cette question, conduisant la Cour de cassation et les juridictions du fond à appliquer les textes pénaux concernant cette matière de plus en plus régulièrement.

Transition intertitre. FRANZ KLEIN décrit en 1904 les droits français, allemand et anglais tels qu'ils étaient à l'époque et, en fait, tels qu'ils sont restés en grande partie aujourd'hui⁴⁰⁵ :

« Egalement outre Rhin, l'exemple allemand agit, même si l'influence sur l'Angleterre et sur la France ne sont pas à mettre sur le même plan. La France adopte maintenant du droit allemand des sociétés par actions seulement ce qui a été créé partiellement à partir des suggestions de la loi française de l'année 1867 ; entre l'Angleterre et la législation allemande, il n'existe pas un tel échange. Malgré tout, et malgré la retenue qu'il a voulue, le rapprochement de la France du droit allemand des sociétés par actions est particulier, en ce sens qu'il indique que la direction géniale que le droit allemand des sociétés par actions

404 art. 777-2 CPP.

405 Franz KLEIN, *Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft*, Wien : Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 1904, p. 22 et s., in Peter DORALT und Susanne KALSS, *Franz Klein – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts*, Wien : Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2004, p. 196 et sq.

incarne, persiste et a raison de celui si ténu des opposés éclatants du caractère national [...] Il se peut que ni le droit français des sociétés par actions, ni le droit anglais des sociétés par actions après cette dernière réforme partielle s'apprécieront seuls. Le nouveau droit et l'ancien droit rassemblés, le régime anglais des actions est encore aujourd'hui le plus libre des trois et la réglementation en France est modérée par rapport à ce qu'elle est dans l'Empire allemand »⁴⁰⁶.

Les droits allemand, anglais et français s'observent depuis le XIXe siècle et chacun fait état des progrès qui lui semblent véritables par rapport aux autres droits.

C'est désormais celui qui aura le plus d'attraits pour les investisseurs, en tenant compte de facteurs notamment économiques, qui verra le nombre de sociétés implantées sur son territoire augmenter⁴⁰⁷.

Dans ce contexte, les personnalités morales sont dénombrées en France, en Allemagne et en Angleterre par des organismes statistiques⁴⁰⁸ par comparaison au nombre des entreprises individuelles. Néanmoins, il faut reconnaître que la qualification de « personnalité morale » n'est peut-être plus aujourd'hui suffisante pour expliquer l'ensemble des situations juridiques observées en France, en Allemagne et en Angleterre, si bien que juridiquement l'information est biaisée et imparfaite. En ce sens, la personnalité morale présente certaines limites qu'il convient maintenant de mettre en évidence.

406 *Auch jenseits des Rheins wirkt das deutsche Beispiel, doch der Einfluß auf England und Frankreich sind nicht auf eine Linie zu stellen. Frankreich übernimmt jetzt nur aus dem deutschen Aktienrechte, was dieses zum Teile eben aus den Anregungen des französischen Gesetzes vom Jahre 1867 geschaffen hat; zwischen England und der deutschen Gesetzgebung besteht kein solcher Austausch. Trotzdem und trotz der Zurückhaltung, mit der es geschieht, ist die Annäherung Frankreichs an das deutsche Aktienrecht von Bedeutung, da sie zeigt, daß die Geistesrichtung, die sich im deutschen Aktienrechte verkörpert, fortdauert und stärker ist als die sonst so leicht hervorbrechenden Gegensätze des nationalen Charakters [...]*

Es kann natürlich weder das französische noch das englische Aktienrecht nach dieser letzten Teilreform allein beurteilt werden. Neues und altes Recht zusammengefaßt, ist das englische Aktienregime auch heute noch das freieste unter den dreien und die Reglementierung in Frankreich maßvoll im Vergleiche zu der im Deutschen Reiche.

407 Pour le droit anglais, voir Ron HARRIS, *Industrializing English law – Entrepreneurship and Business Organization, 1720 – 1844*, Cambridge University Press 2000, p. 201 et sq. Pour le droit allemand, voir Michael J. ULMER, *Harmonisierungsschranken des Aktienrechts*, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 1998, p. 18 et sq.

408 En France, l'INSEE est en charge de ces statistiques. En Allemagne, il s'agit de *Statistisches Bundesamt* (également appelé *Destatis*). En Angleterre, *l'Office for National Statistics* s'occupe de ces statistiques.

Titre II : Les limites de la personnalité morale des sociétés en France, en Allemagne et en Angleterre

Problématique du titre second. Après avoir mis en évidence l'impact juridique depuis le XIXe siècle de la personnalité morale des sociétés en ce qui concerne sa création et sa vie, il faut maintenant déterminer les limites de la personnalité des sociétés sous ce même aspect.

En étudiant plus spécialement les droits français, allemand et anglais, il s'avère que cette question recoupe deux séries de vérités.

De première part, les implications pratiques de la reconnaissance de la personnalité morale des sociétés ont conduit les législateurs, les jurisprudences et les doctrines françaises, allemandes et anglaises à se demander si les personnes morales pouvaient être systématisées. La vitalité de la doctrine en la matière a influencé de manière significative les systèmes juridiques. Si ce bouillonnement doctrinal s'est d'abord développé en Allemagne, il s'est exprimé de façons fort diverses en France et en Angleterre.

De seconde part, à côté des personnes morales des sociétés, il existait ou il est apparu depuis le XIXe siècle des entités juridiques françaises, allemandes et anglaises qui, sans être dotées de la personnalité juridique, s'en rapprochent fortement. Comme ce n'est plus le droit, mais le fait qui rapproche en France, en Allemagne et en Angleterre, ces sociétés ayant une existence juridique propre sans être dotées de la personnalité morale, nous nous proposons de les qualifier de « quasi-personnes morales ». Cette proposition de nouvelle qualification juridique pourrait permettre d'apaiser les tensions qui touchent ces formes de sociétés dans la période récente en France, en Allemagne et en Angleterre. Dotées d'une qualification juridique qui leur est propre, elles seraient également soumises à un régime juridique singulier et autonome par rapport aux régimes juridiques des personnes morales. Il serait également dans ce cas inutile de chercher à vouloir absolument les qualifier de personnes morales, alors que ces entités juridiques ont été pensées lors de leur introduction dans le système juridique français, allemand ou anglais comme devant en être dénuées. En même temps, cette nouvelle qualification permettrait de montrer aux tiers étrangers du système juridique en cause et qui cherchent à établir des droits ou des obligations avec ces sociétés que ces entités juridiques ont acquis une maturité suffisante pour pouvoir être classées dans une catégorie juridique proche des personnes morales, la catégorie juridique des quasi-personnes morales.

Annnonce du plan du titre second. Par conséquent, après avoir mis en évidence la vitalité de la doctrine et ses applications par la jurisprudence et par le législateur depuis le XIXe siècle (**chapitre 1.**), il sera étudié plus particulièrement ce que nous avons décidé d'appeler les quasi-personnes morales en France, en Allemagne et en Angleterre (**chapitre 2.**).

3. LA VITALITÉ DE LA DOCTRINE ET SON APPLICATION PAR LA JURISPRUDENCE ET PAR LE LÉGISLATEUR (CHAPITRE I.)

Problématique. Dans un autre registre que les guerres militaires qui ont opposé la France, l'Allemagne et l'Angleterre, une bataille pour l'exportation du concept de personnalité morale des sociétés, a violemment touché ces territoires à partir du XIXe siècle. Sans aucun doute, les révolutions industrielles et techniques ont joué un rôle de catalyseur. En tout état de cause, ces conflits de pensées juridiques se sont traduits par la publication d'un nombre foisonnant de textes doctrinaux sur la question de la personnalité morale, publications qui revêtent un nouveau sens dans un espace mondialisé.

Le législateur, après de longues années d'absence, a repris les choses en main et a essayé d'imposer sa vision de la personnalité morale des sociétés et sa manière de systématiser la personne morale. Or, les sources doctrinales et jurisprudentielles, à l'origine de l'idée de la personnalité morale, continuent, à l'ère de la révolution industrielle et surtout, à l'ère de la société de consommation et, désormais, des nouvelles technologies, d'approfondir le système de la personnalité morale des sociétés. Ainsi, la doctrine propose de son côté de déclarer la personne morale comme sujet de droit, au même titre que la personne physique. Par conséquent, en débit d'un réel interventionnisme législatif, il convient de constater la consécration de la personne morale comme sujet de droit.

La doctrine dégage unanimement en droit subjectif deux catégories de personnes. Il y a, d'une part, les personnes physiques et, d'autre part, les personnes morales. Ainsi, il apparaît une certaine unité entre les deux grandes catégories de personnes et même un « anthropomorphisme instinctif » pour mieux appréhender la personne morale par rapport à la personne physique¹. Cependant, le Doyen VEDEL a dit un jour qu'il n'a jamais pu serrer la main de l'Etat, et que cela constitue, selon lui, la seule différence entre les personnes morales et les personnes physiques. D'aucuns diront à l'inverse que la personne morale n'a pas d'âme, ce qui la différencie des personnes physiques qui en ont une².

1 Pour une critique vive de cette approche. DAUBIN, Jean, *Le droit subjectif*, Paris : Dalloz, 1952, p. 150.

2 Cf. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Tome 1, vol. 2, Paris : LGDJ, 2002, n°1135, p.103 et A.

Nous le savons, la personne morale peut être également appelée « personne juridique », ou bien encore « personne civile » ou « être moral ». Quelle que soit la dénomination choisie³, la personne en question est un sujet de droit puisqu'elle peut acquérir, contracter, être titulaire de droits et débiteur d'obligations.

La personnalité morale des sociétés peut tendre vers l'assimilation complète de la personne morale à la personne physique, par exemple en ce qui concerne l'attribution de la nationalité, le domicile, la responsabilité civile et pénale, la capacité de donner et de recevoir.

Mais il faut reconnaître également que les personnes morales jouissent de biens patrimoniaux et extra-patrimoniaux au même titre que les personnes physiques.

Ainsi, en ce qui concerne son patrimoine, la personne morale présente une autonomie totale : en plus d'être responsable, elle dispose du droit d'ester en justice. Parallèlement, au niveau extra-patrimonial, la personne morale a une dénomination sociale, un siège social, des sentiments⁴, et un honneur. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé de faire bénéficier les personnes morales des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, au même titre que les personnes physiques⁵.

Annnonce du plan du chapitre. Quoi qu'il en soit, il nous faut à ce stade énoncer les théories doctrinales de la personnalité morale en France, en Allemagne et en Angleterre (**section 1.**) avant de mettre en avant les manifestations légales et jurisprudentielles des théories de la personnalité morale des sociétés dans ces trois territoires (**section 2.**).

3.1. Les théories doctrinales de la personnalité morale en France, en Allemagne et en Angleterre (Section 1.)

Introduction de la section. Les théories doctrinales sur la personnalité morale des sociétés ont fait l'objet d'un débat passionné parce que les enjeux qui y étaient liés dépassaient le simple système juridique où ils naissaient mais laissaient au contraire apparaître des choix de société.

Si de nombreuses théories doctrinales de la personnalité morale ont vu le jour, chaque théorie ayant

Sériaux, *Les personnes*, Paris : PUF, p. 80.

3 Le terme « personne morale » est d'ailleurs celui utilisé dans des conventions internationales ou européennes, comme le traité de la communauté européenne du charbon et de l'acier (traité CECA du 18 avril 1951, art. 66) ou de la communauté économique européenne (traité CEE de 25 mars 1957, art. 58).

4 Ceci explique la reconnaissance d'un préjudice moral pour une société dotée de la personnalité morale en France : Cass. com. 15 mai 2012 n°11-10278 : Bull. civ. 2012 IV, n°101.

5 Ex: CEDH, 16 avril 2002, société Colas Est et a. c/ France, n°37971/97; AJDA 2002, p. 500 obs. JF FLAUSS; D. 2003, n°23, p. 1541 et s., obs. A. LEPAGE; D. 2003, somm., p. 527, obs. C BIRSAN; JCP 2002, I, n°153, obs. R. BESROUR; JCP éd E 2003, p. 77, obs. B. ESPESSON-VERGEAT; JCP éd. E 2003, p. 560, obs. J RAYNAUD; Bull Joly 2002, p. 953, note N. MATHEY: Les personnes morales de droit privé à but lucratif ont un domicile au sens de l'art. 8 de la Convention, la Cour érige le droit à sa protection.

son auteur, ces théories doctrinales démontrent que, depuis le XIXe siècle, la France, l'Allemagne et l'Angleterre s'observent en ce qui concerne la conceptualisation de la personnalité juridique des sociétés.

De ces échanges entre représentants de la doctrine des trois territoires se dégagent deux grands ensembles de théories. Il s'agit, d'une part, des théories de la fiction et des théories de la réalité. Toutefois, certaines autres théories méritent d'être analysées dans le cadre de cette section.

Annnonce du plan de la section. C'est pourquoi les théories de la fiction de la personnalité morale seront étudiées en premier (§1.), puis les théories de la réalité de la personnalité morale en deuxième (§2.) et, enfin, diverses théories doctrinales pouvant avoir un intérêt dans l'étude comparative des trois systèmes juridiques feront l'objet d'une étude particulière (§3.).

3.1.1. Les théories de la fiction de la personnalité morale (§1.)

Après avoir présenté le contexte juridique favorisant l'émergence des théories de la fiction en Angleterre, en Allemagne et en France (I.), les théories de la fiction seront présentées (II.) avant d'être critiquées (III.).

3.1.1.1. Le contexte juridique favorisant l'émergence des théories de la fiction (I.)

Ce contexte juridique est particulièrement ancien en Angleterre (A.) et en Allemagne (B.). En France, la distinction entre la société commerciale et la société civile fait de l'ombre à l'émergence de toute théorie doctrinale jusqu'à la fin du XIXe siècle (C.).

3.1.1.1.1. Le contexte juridique en Angleterre (A.)

En Angleterre, l'abrogation du *Bubble Act 1720* (6 Geo. 1, c. 18) en 1825⁶ permet de casser les premiers monopoles et permet les premiers développements en volume de sociétés commerciales⁷. En effet, il faut bien comprendre que cette loi de 1720 ne visait pas à éviter que se répète la *South Sea Bubble* de 1720 mais bien à maintenir le monopole de la *South Sea Company*⁸ en empêchant un grand nombre d'autres sociétés de pouvoir entrer en concurrence avec elle. D'ailleurs, sur les vingt-

6 *Bubble Companies, etc. Act 1825* (6 Geo. IV c. 91).

7 Bishop Carleton HUNT, *The Development of the business corporation in England 1800 – 1867*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) 1936, pp. 76, 88, 114, 144, 149, 157.

8 La *South Sea Company* a été constituée en 1711 avec un monopole pour faire du commerce avec l'Amérique espagnole.

neuf articles que comptait cette loi de 1720, les dix-sept premiers articles étaient relatifs à l’*incorporation* de deux nouvelles sociétés d’assurance maritime, la *Royal Exchange Assurance* et la *London Assurance*⁹, et les sept derniers articles protégeaient différents intérêts de la *South Sea Company* et de la *East India Company*¹⁰. Il s’ensuit un intérêt de la doctrine anglaise pour la personnalité morale, spécialement celle des sociétés d’assurance maritime, de manière assez précoce¹¹.

En fait, la bulle spéculative de la *South Sea Company* peut être présentée de la manière suivante¹² :

	Prix de l’action (<i>share</i>) de la <i>South Sea Company</i>
Janvier 1720	£128
Mi-février 1720	£187
Début juillet 1720	£950
Octobre 1720	£170

Finalement, le gouvernement a été contraint de nationaliser la *South Sea Company*, abandonnant les investisseurs à d’énormes pertes, mais sauvant l’essentiel du système financier de cette société et envoyant en prison certains dirigeants de la société ainsi que John AISLABIE, *Chancellor of the Exchequer*¹³ à l’époque. Quoi qu’il en soit, ce n’est qu’au début du XIXe siècle que la loi de 1720 sera appelée *Bubble Act* par la doctrine anglaise, hostile pour longtemps encore aux *joint stock companies*¹⁴. Par conséquent, le *Bubble Act* constitue une loi pénale qui avait pour objectif d’empêcher la liberté de création d’un *stock* important de *shares* librement cessibles. Il fallait alors

9 Ron HARRIS, *Industrializing English Law – Entrepreneurship and Business Organization 1720 – 1844*, Cambridge University Press 2000, p. 207.

10 Ron HARRIS, *Ibid.*, p. 67.

11 Samuel MARSHALL, *A Treatise on the law of insurance – in four books: I. Of Marine Insurance. II. Of Bottomry & Respondentia. III. Of Insurance upon Lives. IV. Of Insurance against fire*, vol. I. , 3rd ed., J. Butterworth & Son, London 1823, p. 42 et sq. ; Sir Joseph ARNOULD, *A treatise on the law of marine insurance and average – with references to the american cases, and the later continental authorities*, 1st ed, W. Benning and Co. Law Booksellers, London 1848, p. 81 et sq. ; William SHEE, *A treatise of the law of Marine Insurance, Bottomry, and Respondentia. by Samuel Marshall*, 4. ed., Shaw and Sons, London 1861, p. 32 et sq. ; David MACLACHLAN, *Arnould on the Law of Marine Insurance*, vol. I, 3, ed., Stevens & Sons and W. Maxwell, London 1866, p. 135 et sq. ; David MACLACHLAN, *Arnould on the Law of Marine Insurance*, vol. I, 5. ed., Stevens & Sons and W. Maxwell, London 1866, p. 154 et sq. ; David MACLACHLAN, *Arnould on the Law of Marine Insurance*, vol. I, 6, ed., Stevens & Sons and W. Maxwell, London 1882, p. 154 et sq. ; M. D. CHALMERS and D. OWEN, *A digest of the Law relating to Marine Insurance*, William Clowes and Sons Ltd, London 1901, p. 151 et sq. (note F) ; L. DUCKWORTH, *An epitome of the Law affecting Marine Insurance*, 2. ed., Effingham Wilson, London 1907, p. 1-4 ; L. DUCKWORTH, *An encyclopaedia of Marine Insurance*, Sir Isaac Pitman & Sons Ltd, London 1907, p. 187 – 191 “Marine Insurance” ; Susan HODGES, *Law of marine insurance*, 1. ed., Cavendish, London 1996, p. 1 et s. ; Howard BENNETT, *Law of marine insurance*, 1. ed., Clarendon Press, Oxford 1996, p. 8.

12 John MICKLETHWAIT & Adrian WOOLDRIDGE, *The Company – A short history of a revolutionary Idea*, Phoenix, London 2005, p. 40.

13 Le *Chancellor of the Exchequer* est un poste qui s’occupe des affaires financières et économiques. Le terme *Exchequer* provient du nom d’une institution médiévale anglaise qui était chargée de collecter les impôts prélevés au nom du roi.

14 Ron HARRIS, *op. cit.*, p. 67.

nécessairement, après 1720, obtenir de la Couronne ou du Parlement une autorisation pour pouvoir constituer une *joint stock company*¹⁵. Cette hostilité conduit la doctrine anglaise à argumenter pendant cette période sur les bienfaits du système de la concession royale pour obtenir cette personnalité juridique. Il en sera d'ailleurs de même, en France, pour la société anonyme et, en Allemagne, pour la *Aktiengesellschaft*. Les *partnerships* semblent alors en Angleterre la voie la plus appropriée pour obtenir des fonds¹⁶. Il faut toutefois bien comprendre que le système anglais dissocie la notion de personnalité juridique de celle de responsabilité limitée¹⁷. Le législateur anglais aura alors besoin de deux lois distinctes au XIXe siècle pour réconcilier les deux notions juridiques¹⁸ qui, depuis lors, s'entremêlent dans les *Companies Acts* successifs¹⁹.

3.1.1.1.2. Le contexte juridique en Allemagne (B.)

En Allemagne, le *Bund* allemand ne permet pas, pendant l'essentiel du XIXe siècle, une unification des normes juridiques concernant le droit des sociétés, mais conduit la doctrine allemande à s'autoproclamer comme la véritable descendante du droit romain afin de retrouver son unité perdue. A partir de 1861, le droit des sociétés allemandes, par l'intermédiaire du *ADHGB*, sera également profondément inspiré du droit prussien qui se répandra dans toute l'Allemagne et sera, à compter du *Reich* allemand, uniforme sur l'ensemble du territoire allemand. Dans ce contexte, il n'en reste pas moins que la notion de personne morale sera étudiée fondamentalement par la doctrine allemande sous le prisme du droit romain²⁰.

15 P. L. COTTRELL, *Industrial Finance 1830 – 1914 – The finance and organization of English manufacturing industry*, Methuen & Co. Ltd, London 1979, p. 8. En pratique, le nombre de sociétés *unincorporated* augmentait et leurs statuts (*trust deeds*) contenaient une stipulation telle que '*Provisio that nothing therein shall be construed an Undertaking against 6th George I*' i. e. « Prévoir que rien dans les présentes dispositions n'auront pour effet de constituer une entreprise qui contrevient à la loi énoncée lors de la sixième année du règne de Georges Ier ».

16 P. L. COTTRELL, *Ibid.*, p. 10.

17 C. A. COOKE, *Corporation, trust and company : an essay in legal history*, Manchester University Press 1950, p. 80.

18 *The Joint Stock Companies Act 1844* (7 & 8 Vict. c. 110) et *Limited Liability Act, 1855* (18 & 19 Vict. c. 133).

19 *Companies Act 1862* (25 & 26 Vict. c. 89 (1862)) ; *Companies Act 1867* (30 & 31 Vict. c. 131 (1867)) ; *Companies Act 1877* (40 & 41 Vict. c. 26 (1877)) ; *Companies Act 1879* (42 & 43 Vict. c. 76 (1879)) ; *Companies Act 1880* (43 Vict. c. 19 (1880)) ; *Companies Act 1883* (46 & 47 Vict. c. 28 (1883)) ; *Companies Act 1886* (49 & 50 Vict. c. 23 (1886)) ; *Companies Act 1898* (61 & 62 Vict. c. 26 (1898)) ; *Companies Act 1900* (63 & 64 Vict. c. 48 (1900)) ; *Companies Act 1907* (7 Edw. VII c. 50 (1907)) ; *Companies Act 1908* (8 Edw. VII c. 12 (1908)) ; *Companies Act 1913* (3 & 4 Geo. V c. 25 (1913)) ; *Companies Act 1928* (18 & 19 Geo. V c. 45 (1928)) ; *Companies Act 1929* (19 & 20 Geo. V c. 23 (1929)) ; *Companies Act 1947* (10 & 11 Geo. VI c. 47 (1947)) ; *Companies Act 1948* (11 & 12 Geo. VI c. 38 (1948)) ; *Companies Act 1967* c. 81 ; *Companies Act 1976* c. 69 ; *Companies Act 1980* c. 22 ; *Companies Act 1981* c. 62 ; ***Companies Act 1985* c. 6** ; *Companies Act 1989* c. 40 ; ***Companies Act 2006* c. 46**.

20 Par exemple : Friedrich Carl von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Band 2, Veit und Comp., Berlin 1840, §§85 et sq., p. 235 et s. ; K. G. von WÄCHTER, *Pandekten Band 1 : Allgemeiner Theil*, Leipzig 1880, p. 234 et sq. ; E. HÖLDER: *Pandekten : Allgemeine Lehren*, Freiburg i.B. 1891, p. 114 et sq. ; F. REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig 1893, p. 289 et sq. ; H. DERNBURG, *Pandekten, Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, 4. verbesserte Auflage, Verlag von H. W. Müller, Berlin 1894, p. 134 et sq.

3.1.1.1.3. Le contexte juridique en France (C.)

En France, la progression de la notion de « corps » dans les sociétés de commerce apparaît dès l'Ancien Régime. Commandée par des problèmes très concrets, notamment le souci de soustraire aux créanciers personnels des associés les biens apportés à la société, la notion progresse. Elle est faiblement soutenue par un courant juridique qui, soit directement (CUJAS, FAVRE), soit par l'intermédiaire de la doctrine italienne (BORNIER, TOUBEAU) puise dans le droit savant²¹. Jusqu'aux années 1880, il n'y a guère que les commercialistes pour s'intéresser de près à la notion de personnalité morale à propos des sociétés. Les fortes résistances opposées à la reconnaissance d'une pleine liberté d'association en France étaient allées de pair avec un long silence doctrinal. Tout change avec la reconnaissance par une loi sur la liberté syndicale en 1884²², et avec le vote, la même année, d'une importante loi municipale²³. Les spécialistes du droit du travail ainsi que les doctrinaires du droit administratif commencent alors à étudier spécialement cette notion. MICHOU, Professeur du droit public, s'inscrit dans ce mouvement doctrinal²⁴.

3.1.1.2. Les théories de la fiction proprement dites (II.)

Après avoir présenté de manière générale la théorie de la fiction allemande (A.), il sera étudié son interprétation par le droit français (B.).

3.1.1.2.1. La théorie de la fiction allemande ou Fiktionstheorie allemande (A.)

Selon la théorie de la fiction, chaque individu et seuls les individus ont une véritable personnalité²⁵. La personnalité morale accordée à des groupements est le résultat d'un artifice juridique, les personnes morales étant des créations de pure technique. La personnalité morale est une fiction juridique.

Il est admis que la thèse de la fiction a été systématisée en Allemagne par l'auteur allemand SAVIGNY²⁶.

21 A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 91.

22 Loi du 21 mars 1884 relative aux syndicats professionnels : JO « Lois et Décrets » du 22 mars 1884, p. 1577.

23 En particulier l'article 111 de la loi du 5 avril 1884 : JO « Lois et Décrets » du 06 avril 1884, p. 1557.

24 L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 2e éd., 1924, p. 1.

25 WIEDEMANN, Herbert, *Gesellschaftsrecht*, Band 1 – Grundlagen, CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1980, p. 192.

26 Friedrich Carl von SAVIGNY est l'un des fondateurs de l'Université Humboldt de Berlin (Allemagne) : Stephan Meder, *Rechtsgeschichte – Eine Einführung*, 2. Auflage, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien 2005, p. 275

Pour une étude sur cette théorie, lire Rittner, Fritz, *die werdende juristische Person*, Tübingen : JCB Mohr (Paul

Pour appuyer son argumentation, SAVIGNY se fonde sur les dispositions du Digeste de JUSTINIEN²⁷ avant d'affirmer²⁸ :

« La capacité juridique a été présentée ci-dessus (§60) en résumé comme liée à l'homme considéré isolément. Nous l'envisageons maintenant comme un sujet de droit artificiel, accepté largement à travers une pure fiction. Nous dénommons un tel sujet de droit une personne morale, c'est-à-dire une personne qui sera acceptée comme telle à des fins purement juridiques. Nous trouvons en elle un support des rapports juridiques constatés à côté de ceux de l'homme considéré isolément »²⁹

Pour être plus exact, en règle générale, on associe le nom de SAVIGNY à celui de la *Fiktionstheorie*. Seulement, il s'avère que l'enseignement de SAVIGNY a été mal compris et ne doit pas, en tout cas, être mis totalement en opposition avec la théorie de la réalité de l'allemand GIERKE³⁰. La science des associations de personnes ne sera d'ailleurs même pas abordée par SAVIGNY, et SAVIGNY lui-même considérera l'Etat comme une réalité juridique. Par contre, SAVIGNY attribue à l'Etat la façon dont doit être faite la personnalité juridique d'un sujet de droit idéal³¹. Il existe une croyance dans la société civile selon laquelle la personnalité juridique s'acquiert par une concession de l'Etat. Mais le fait que l'Etat lui-même ne bénéficie d'aucune légitimation en tant que personnalité juridique ne dérange nullement SAVIGNY, qui ne s'inquiète pas en particulier de la question du fisc³² :

« Totalement à part et hors de ces contradictions se trouve le plus gros et le plus important de toutes les personnes morales : le fisc, c'est-à-dire l'Etat lui-même, pensé comme sujet de relations de droit privé »³³

Par conséquent, la question ne se pose pas de savoir si l'Etat existe. Il s'agit pour SAVIGNY d'un présumé³⁴.

Finalement, une véritable théorie de la fiction semble avoir été formulée un peu plus tard par WINDSCHEID³⁵ qui considère qu'un sujet de droit n'est pas donné par la personnalité juridique mais est seulement une personnalité fictive³⁶ :

Siebeck), 1973, p. 180 et sq.

27 Digeste III. 4. *Quod cujuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur* et Digeste XLVII. 22. *de collegiis et corporibus*.

28 SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, Band 2, Berlin : Veit und Comp., 1840, p. 236.

29 *Die Rechtsfähigkeit wurde oben dargestellt als zusammenfallend mit dem Begriff des einzelnen Menschen (§60). Wir betrachten sie jetzt als ausgedehnt auf künstliche, durch bloße Fiction angenommene Subjecte. Ein solches Subject nennen wir eine juristische Person, d. h. eine Person welche bloß zu juristischen Zwecken angenommen wird. In ihr finden wir einen Träger von Rechtsverhältnissen noch neben dem einzelnen Menschen.*

30 FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 2. Teil Die juristische Person*, Berlin Heidelberg New-York Tokyo : Springer Verlag, 1983, p. 3.

31 FLUME, *Ibid.*, p. 12.

32 SAVIGNY, *op. cit.*, p. 245.

33 *Ganz allein, und außer diesen Gegensätzen, steht die größte und wichtigste unter allen juristischen Personen: der Fiskus, das heißt der Staat selbst, als Subject von privatrechtlichen Verhältnissen gedacht.*

34 FLUME, *op. cit.*, p. 13.

35 WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1. Band, 1862 Düsseldorf, §49 in FLUME, *op. cit.*, p. 13.

36 WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1. Band, Düsseldorf 1862, §57 p. 124.

« Une personne morale est une personne non vraiment existante mais imaginée, qui sera traitée comme sujet de droits et d'obligations »³⁷

Aussi, pour WINDSCHEID, le fait que la personnalité morale soit le fruit de l'imagination est un présupposé. Ce n'est qu'ensuite que l'on attribue à cette personne fictive des droits et des obligations.

Enfin, ARNDTS VON ARNESBERG considère que la personnalité morale est un sujet de droit qui possède seulement une fiction juridique sans véritable personnalité juridique mais avec une personnalité morale intellectuelle.

En effet, il énonce³⁸ :

« Une personne morale est un sujet de droit qui n'existe que par une fiction juridique sans personnalité juridique naturelle et donc qui n'est qu'un être intellectuel et non naturel »³⁹

Cette dernière conception n'est pas incompatible avec l'existence de droits et d'obligations, mais peut poser le problème du véritable titulaire de ces droits ou obligations.

3.1.1.2.2. Les interprétations de la Fiktionstheorie (B.)

Doter un groupement, à l'image de l'homme, de la personnalité juridique est une fiction. Pendant tout le XIXe siècle et une grande partie du XXe, la doctrine française a considéré la personne morale comme une personnalité fictive, les êtres humains étant seuls des personnes. Pour donner des droits reconnus aux personnes, le législateur les a dotées de la personnalité. Ce fut le moyen de prétendre que la personnalité morale était concédée par la loi, ce qui permettait de la refuser aux groupements que le législateur ou le roi ne voulaient pas reconnaître. A l'appui de cette théorie, les sociétés anonymes ont été pendant la majeure partie du XIXe siècle soumises à une autorisation préalable gouvernementale. Par ailleurs, comme nous l'avons noté, de nombreuses lois instituent de nouvelles personnes morales à la fin du XIXe et au début du XXe en France. Dans ces conditions, être investi de la personnalité morale semble relever de la loi ou de la volonté royale, suivant l'époque que l'on étudie. Malgré tout, le développement des sociétés au XIXe siècle se fera en France par les sociétés en commandite, spécialement les sociétés en commandite par actions parce qu'elles sont plus libres pour leur constitution que les sociétés anonymes⁴⁰. D'où, sans doute, la

37 *Eine juristische Person ist eine nicht wirklich existierende, sondern nur vorgestellte Person, welche als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten behandelt wird.*

38 Karl Ludwig ARNDTS VON ARNESBERG, *Lehrbuch der Pandecten*, München 1852, p. 38.

39 *Eine juristische Person ist ein Rechtssubject, das nur vermöge juristischer Fiction ohne natürliche Persönlichkeit besteht, also nur ein intellectuelles, kein natürliches Dasein hat.*

40 Les sociétés en commandite par actions n'ont pas à obtenir d'autorisation gouvernementale (art. 37 et 38 C. com.

tentative du législateur français de soumettre les sociétés en commandite par actions à une autorisation gouvernementale⁴¹. Mais cette idée sera finalement opportunément abandonnée dans la loi de 24 juillet 1867 sur les sociétés. Dans une période récente, être doté de la personnalité morale relève aussi de la volonté du législateur, qui l'attribue ou qui l'ôte au gré de la législation au même organisme⁴².

De la même manière, en Allemagne, du fait de la *Konzession Theorie*, la personnalité morale d'une société dépend de la volonté de l'autorité publique locale. D'ailleurs, cette idée de système de l'octroi (*Oktroisystem* ou *Konzessionssystem*) est déjà en place avant même les législations du XIXe siècle⁴³. En Allemagne, pendant une grande partie du XIXe siècle, il n'est donc toujours pas possible de constituer une société dotée de la personnalité juridique sans obtenir une autorisation d'un roi⁴⁴ ou d'un duc⁴⁵. Il faut attendre l'instauration du *Reich* allemand en 1871 pour obtenir une libéralisation globale dans tout l'empire allemand de la constitution des *Aktiengesellschaften*.

La *concession theory* existera également en Angleterre mais, du fait du *Joint stock companies Act, 1844* (8 Vict. c. 110) autorisant l'*incorporation* d'une *joint stock company* directement auprès d'un organisme, sans autorisation préalable, la politique du « laissez-faire » sera alors prééminente un peu avant la moitié du XIXe siècle. L'évolution définitive sera atteinte par le *Limited Liability Act, 1855* (18 & 19 Vict. c. 133), qui consacre la limitation de responsabilité des associés de certaines personnes morales. En effet, la loi distingue à ce propos entre l'avenir des *companies* constituées sous le régime juridique 8 Vict. c. 110⁴⁶, et les *companies* maintenant et ultérieurement enregistrées⁴⁷, et aussi les *companies* constituées par un *Private Acts of Parliament*⁴⁸.

1807) et elles peuvent être formées par des actes publics ou sous signature privée (art. 39 C. com. 1807).

41 Un projet de loi déposé au bureau de l'Assemblée nationale le 15 février 1838 visait même à supprimer les sociétés en commandite par actions, sous l'influence de E. VINCENS, mais sera vivement critiqué par de nombreux juristes, dont M. L. WOŁOWSKI, rédacteur en chef de la revue législation et jurisprudence.

42 Par exemple, le Conseil national de la formation pharmaceutique était doté initialement de la personnalité morale (Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 59 III et loi n°2004-806 du 9 août 2004 art. 100 II). Il en est de même de l'institution de gestion sociale des armées (Ordonnance n°2004-1374 du 20 décembre 2004, annexe et loi n°2005-1550 du 12 décembre 2005 art. 14), tout comme de la Commission de régulation de l'énergie (Loi n°2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004, art. 117 et loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, art. 8).

43 SCHMIDT, Kartsen, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München : Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 761.

44 Par exemple, le *Königreich Bayern*, constitué le 1er janvier 1806, et le *Königreich Hannover*, constitué suite au Congrès de Vienne de 1814.

45 Par exemple, le *Großherzogtum Baden* constitué progressivement entre 1803 et 1810.

46 LLA 1855, s.1 *Mode of obtaining Limited Liability by future Companies under 8 Vict. c. 110*.

47 LLA 1855, s. 2 *Mode of obtaining Limited Liability by Companies now or hereafter registered*.

48 LLA 1855, s. 3 *Mode of obtaining Limited Liability by existing Companies constituted under Private Acts of Parliament*.

En pratique, il s'agit de toutes les entreprises de plus de vingt cinq associés⁴⁹.

Quoi qu'il en soit, reprenant le point de vue de BLACKSTONE⁵⁰, le juge M. D. HILL, dans la décision *R. v Arnaud (1846)*,⁵¹ énonce que les caractères particuliers des associés disparaissent dans une personne morale et que ces personnes morales sont des personnes artificielles (*artificial persons*).

Les tenants doctrinaux de cette théorie, en France, sont principalement, pour le droit administratif, DUCROCQ⁵² et L. DUGUIT⁵³. Pour le droit civil, la position de AUBRY et RAU est plus sèche parce qu'ils y associent la notion de patrimoine. Quant à F. LAURENT⁵⁴, sa théorie en faveur de la « fictivité » des personnes morales prend plus d'ampleur car son hostilité à la théorie de la réalité des personnes morales est gonflée de sa passion contre l'Eglise et les congrégations religieuses⁵⁵. Ce professeur à l'Université de Gand, en Belgique, affirmait⁵⁶ :

« Si nous employons néanmoins le mot de *personne civile*, c'est qu'il est reçu dans le langage juridique ; mais tout en nous en servant, nous protestons d'avance contre l'idée qu'il implique »

Donc, d'après cette théorie, les groupements sont considérés comme des personnes par le législateur et traités comme tel par pure fiction. Mais cette fiction est utilisée afin de rendre compte de certains phénomènes et permettre diverses opérations. Dès lors, non seulement l'attribution de la personnalité morale des sociétés suppose que le législateur l'ait expressément autorisée, mais encore les effets de la personnalité morale ne sauraient être étendus au-delà de ce que les textes ont prévu.

Les fictions étant d'interprétation stricte, la capacité des personnes morales doit être sévèrement appréciée. Cette solution est clairement au centre de la définition de « petite » et de « grande » personnalité morale des associations, reconnue à la lecture de la loi du 1er juillet 1901⁵⁷.

49 LOBBAN, Michael, *The Politics of English Law in the Nineteenth Century in Judges and Judging* in BRAND, Paul and GETZLER, Joshua, *Judges and judging in the history of the common law and civil law: from antiquity to modern times*. Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2012, p. 103.

50 1. Blackst. Com. 467 cité dans la décision *The Queen v Arnaud (1846)* 9 QB 806 at 816. **Voir Annexe 13.**

51 *The Queen v. Arnaud (1846)* 9 QB 806 at 816. **Voir Annexe 13.**

52 DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 3. éd., Paris : E. Thorin , 1869, IV, §296.

53 Tout au moins dans les premières éditions de son ouvrage de droit administratif à en lire L. MICHOU.

54 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 1, 3e éd., 1878.

55 Peu après, la loi du 1er juillet 1901 sur le contrat d'association prévoira un chapitre particulier pour les congrégations religieuses; la loi de 1905 sur la séparation des églises et de l'Etat sera également très passionnée.

56 F. LAURENT, *Principe de droit civil*, tome 1, 5^e éd., Bruxelles : Bruylant-Christopheck Cie, successeur Emile Bruylant, Paris : A. Chevalier-Marescq & Cie successeur, 1893, n°287 et sq., p. 367 et sq., spéc. p. 368.

57 La « petite » personne morale est attribuée à toute association déclarée en préfecture. La « grande » personne morale est attribuée aux associations reconnues d'utilité publique (Loi du 1^{er} juillet 2001 relative au contrat d'association, art. 5, 6 et 10, 11). Cette distinction semble s'être amoindrie depuis l'ordonnance n°2005-856 du 28 juillet 2005 portant simplification du régime des libéralités consenties aux associations, fondations et congrégations, de certaines déclarations administratives incombant aux associations, et modification des obligations des associations et fondations relatives à leurs comptes annuels (JORF du 29 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006).

Autrement dit, selon cette théorie, l'homme est un sujet de droit comme seul capable de volonté. Les sociétés et les associations sont des êtres abstraits sans pensée ni volonté. Il faut recourir à une fiction sanctionnée par le législateur pour leur accorder la capacité juridique. Insistant sur l'idée d'unité corporative, au détriment des droits des individualités regroupées au sein d'une structure, cette théorie sert presque toujours à justifier l'intervention de l'Etat à qui revient le droit de concéder, de refuser ou de retirer le bénéfice de la personnalité morale⁵⁸.

3.1.1.3. Les critiques de la Fiktionstheorie (III.)

La *Fiktionstheorie* n'est pas à l'abri de toute critique. Ces critiques ne sont toutefois pas d'ordre juridique⁵⁹ et, en tout cas, elles ne peuvent pas la remettre en cause totalement⁶⁰.

La première critique est d'ordre philosophique. Si la personnalité morale des sociétés est accordée par le législateur, et donc par l'Etat, comment l'Etat lui-même en a-t-il bénéficié ? On le sait, SAVIGNY l'a tenu comme un présupposé, comme une hypothèse qu'il faut nécessairement admettre et il a balayé la controverse d'un trait de plume. En tout cas, cela peut expliquer pourquoi, en France, les publicistes se sont les premiers intéressés à la personnalité morale des sociétés.

La seconde critique est d'ordre politique. Le fait de faire dépendre la reconnaissance de la personnalité morale d'une société d'une décision arbitraire de l'Etat présente un danger. L'Etat peut être tenté de l'utiliser comme une arme lui permettant de priver des groupements de toute faculté d'expression et d'action⁶¹. Ce fut tout l'intérêt du *Bubble Act* de 1720 en Angleterre, jusqu'à son abrogation en 1825, mais aussi du retrait législatif de la personnalité morale après l'avoir accordé par une loi précédente en France ces dix dernières années pour plusieurs organismes⁶².

Pour certains membres de la doctrine, la « fictivité » de la personnalité morale est telle qu'elle ne serait rien d'autre qu'une appropriation collective. Les biens de la personne morale ainsi admise n'appartiennent pas à un sujet distinct des associés, mais à ses associés collectivement.

Cependant, cette position se heurte à de graves objections, en particulier juridiques. D'une part, le

58 En ce sens, la loi du 24 juin 1921 peut servir à alimenter la thèse de la fiction, puisqu'elle refuse la personnalité aux associations en participation.

59 Ce qui explique la survivance de cette théorie, sous d'autres formes, encore actuellement.

60 RITTNER, Fritz, *die werdende juristische Person*, Tübingen : JCB Mohr (Paul Siebeck), 1973, p. 182

61 Nous pensons implicitement à des Etats non démocratiques, mais cela peut également concerner des Etats qui se prétendent être démocratiques.

62 Ex : Conseil national de la formation pharmaceutique, institution de gestion sociale des armées et Commission de régulation de l'énergie. Voir note *supra*.

concept de propriété collective est très proche de la notion même d'indivision⁶³. Or, lorsque plusieurs individus sont indivisément propriétaires d'une masse de biens, l'ensemble des décisions de gestion doit, en principe, être pris par l'ensemble des co-indivisaires. De plus, chacun des indivisaires a la liberté de sortir de l'indivision en provoquant le partage. Dans ces conditions, de telles règles sont inconciliables avec le fonctionnement de la plupart des sociétés françaises, allemandes et anglaises⁶⁴. Cette position générale du droit français n'est toutefois pas celle du droit allemand qui reconnaît à la *Erbengemeinschaft* la forme sociale⁶⁵, ni celle du droit anglais qui, dans le *partnership*, permet à l'un des partenaires de notifier aux autres son intention de dissoudre le *partnership*. D'ailleurs, à titre particulier, même le droit français envisageait que la société se finisse par la volonté qu'un ou plusieurs expriment de n'être plus en société⁶⁶.

D'autre part, une difficulté supplémentaire apparaît pour les personnes morales de droit public, en particulier l'Etat. Il paraît en effet difficile de réduire ces personnes morales de droit public à une vulgaire masse de biens dont l'ensemble des citoyens auraient la propriété collective. L'Etat, par exemple, a une activité au-delà de sa seule exploitation⁶⁷.

Enfin, l'idée de propriété collective suppose de façon nécessaire et suffisante des biens à s'approprier. Seulement, certains groupements de personnes ne sont propriétaires d'aucun bien. C'est le cas, notamment, de certaines personnes morales de droit privé à but non lucratif. Les sociétaires d'une association, par exemple, lors de la liquidation de celle-ci, ne bénéficient pas du boni de liquidation, celui-ci devant être au contraire reversé à une autre association du même type⁶⁸.

Conclusion du premier paragraphe (3.1.1). Postérieurement à la théorie de la fiction s'est développée une autre théorie. Il s'agit de la théorie de la réalité. Ces deux théories d'origine allemande seront âprement discutées tout au long du XIXe siècle et l'on opposera les tenants de la

63 Ce qui pousse J. CARBONNIER à la rejeter, au même titre que la communauté ou la copropriété (cf. J. CARBONNIER, *Droit civil, les personnes*, PUF, 2000 *in fine*).

64 Toutes les sociétés commerciales peuvent prévoir dans leurs statuts de déroger à la règle de la liquidation de la société en cas de départ d'un de leurs associés. Mais les statuts peuvent prévoir également des critères d'agrément pour l'admission de tout nouvel associé.

65 GIERKE, *Deutsches Privatrecht – Band 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895, p. 682 ; FLUME, *Die Personengesellschaft*, Bd. I, Berlin 1977, p. 59 ; SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München : Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 1050 ; BGH, *Urteil* du 21 décembre 1988, BGHZ 30, 391, 397 ; Staudinger/Werner, *BGB*, 13. Bearb. 1996, § 2032 n°4, 5 ; BGH, *Urteil* du 11.09.2002 : XII ZR 187/00.

66 C. civ. 1804, art. 1865 et 1869. Source : *Code civil des Français 1804 – édition du bicentenaire 1804-2004*, éd. présentée par BREDIN, Jean-Denis, Paris : Dalloz, 2004, p. 452 et 453.

67 Si nous sommes passés d'un Etat gendarme à un Etat providence, cet Etat providence doit connaître de la sécurité et de la salubrité publiques.

68 Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, art. 1 et 9 : JORF « Lois et Décrets » du 02/07/1901 p. 4025.

Fiktionstheorie autour de SAVIGNY et de WINDSCHEID à la *Theorie der realen Verbandspersönlichkeit* dont le principal initiateur est GIERKE⁶⁹. En fait, la théorie de la fiction n'a pas totalement convaincu et elle n'a pu emporter une adhésion unanime de la doctrine. Ceci a donc conduit nécessairement la doctrine à rechercher d'autres théories idéalement plus convaincantes.

3.1.2. Les théories de la réalité de la personnalité morale (§2.)

Après avoir présenté ces théories d'origine allemande (I.), il faut dire quelles sont les différentes réalités appréhendées dans ces théories (II.).

3.1.2.1. Des théories d'origine allemande (I.)

Ce mouvement doctrinal s'est produit dès la fin du XIXe siècle. Ce sont les Allemands qui ont été de nouveau à l'origine de ce mouvement doctrinal, regroupés autour de JHERING⁷⁰, BRINZ⁷¹, BESELER⁷² et, surtout, de GIERKE⁷³.

Depuis 1868, GIERKE étudie les sociétés coopératives allemandes (*Genossenschaften*) dans son ouvrage dénommé *Das deutsche Genossenschaftsrecht* dans un sens différent de la loi prussienne sur les *Genossenschaften* de 1867 alors en vigueur. GIERKE considère les sociétés coopératives allemandes comme des associations particulières ayant un objet économique.

Il affirme alors⁷⁴ :

« Toute personne morale de droit allemand [est] fondée sur la liberté de réunion, c'est-à-dire des associations à personnalité juridique autonome »⁷⁵

En fait, GIERKE va présenter la *Theorie der realen Verbandspersönlichkeit*⁷⁶ de la manière suivante⁷⁷ :

« Pour comprendre et apprécier la partie du droit relative à la réglementation des groupements, il faut chercher à savoir en quoi consiste exactement ce qui ici fait son entrée

69 HUECK/WINDBICHLER, *Gesellschaftsrecht*, 20. Auflage, Verlag CH Beck 2003, §2 n°8, p. 26.

70 JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 5. Aufl., Leipzig (1883-1894) III, 1 p. 221 et sq., p. 355 et sq.

71 A VON BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Band 1, 2. Aufl., Erlangen 1873, p. 135.

72 G. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig 1843, p. 48 et sq. ; BESELER, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Band 1, 1. Aufl., Berlin 1847, §69.

73 L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, Ibid., cite principalement Gierke. Il façonne toutefois sa propre théorie sous l'angle du droit public et non sous celui du droit des sociétés. Il en sera de même pour MAITLAND en Angleterre.

74 GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1. Band, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Berlin 1868, p. 5.

75 *Jede auf freie Vereinigung beruhende deutschrechtliche Körperschaft, das heißt Vereine mit selbständiger Rechtspersönlichkeit*.

76 GIERKE, *Deutsches Privatrecht – Band 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895, p. 470.

77 GIERKE, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Rektoratsrede, 1902, p. 3.

dans le droit et en reçoit sa réglementation »⁷⁸

GIERKE considère alors que la question de la personnalité juridique est une question centrale de la science juridique⁷⁹. Finalement, l'une des phrases les plus célèbres de GIERKE est celle qui affirme que⁸⁰ :

« La personnalité est également donnée aux associations de personnes par concession de la loi »⁸¹

Par conséquent, même si la concession provenant d'organes de l'Etat a finalement disparu d'abord en Angleterre en 1844, puis en France en 1867 et enfin en Allemagne en 1871, il subsiste la concession légale, de la loi. Ce que la loi peut faire, elle peut également le défaire.

La thèse dite de la fiction, généralement admise par les auteurs du XIXe siècle, a été contestée par la théorie de la réalité, qui a donné naissance à des interprétations fort diverses en France de la part de privatistes comme R. SALEILLES⁸² ou de publicistes comme L. MICHOD⁸³ et M. HAURIU⁸⁴. Bien qu'elle ait marqué la jurisprudence française, elle n'a jamais, elle non plus, emporté l'adhésion de la communauté de la doctrine.

3.1.2.2. Le panorama des différentes théories de la réalité (II.)

La réalité de la personnalité morale des sociétés peut prendre diverses formes. Il s'agit de reconnaître l'existence d'une volonté collective ou d'admettre la nécessité d'offrir un habit juridique indispensable à l'acquisition et à l'exercice de droits. Suivant la seconde acception, il s'avère que l'habillement juridique s'impose, en fait, par l'étymologie même du mot « personne »⁸⁵. Il s'agit donc d'une réalité sociologique (A.) ou d'une réalité technique (B.).

3.1.2.2.1. La réalité sociologique (A.)

Dans le premier cas, qui a été appelé « la réalité sociologique », l'idée exprimée repose sur le fait

78 *Um den Teil des Rechts, der sich als Lebensordnung von Verbänden gibt, zu verstehen und zu würdigen, muß man zu erfahren suchen, was denn eigentlich das ist, was hier in das Recht hineinritt und von ihm seine Ordnung empfängt.*

79 ERLER und KAUFMANN, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Band, Erich Schmidt Verlag, Berlin 1978, mot „Körperschaft (juristische Person)“, p. 1149.

80 GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Band 2., Berlin 1868, p. 25.

81 *Die Persönlichkeit ist selbst menschlicher Vereinigungen im Rechtsgedanken gegeben.*

82 Cf. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 2e éd., Paris 1922, spéc. p. 24 et sq.

83 Cf. L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 3e éd., 1932, n°8.

84 Cf. HAURIU, Maurice, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey 1925, p. 203.

85 Voir l'Introduction.

que l'essence même de la personnalité morale réside dans la volonté du sujet de droits⁸⁶. Dès qu'un groupement est doté d'une volonté collective distincte des volontés individuelles de ses associés, il devrait être reconnu comme une personne morale. Seulement, cette doctrine, admise au sein de notre étude par la référence à l'origine sociale du terme « société », nous conduit à attribuer à tout groupe social formant une unité, même psychologique, la personnalité morale. Cette solution nous semble excessive puisqu'il existe de nombreuses situations où se manifeste une volonté collective, sans qu'il soit utile de reconnaître à l'organe qui l'exprime, la personnalité juridique⁸⁷. Par contre, si certains critères sont remplis, il est alors envisageable d'allouer la quasi-personnalité morale à ces groupements⁸⁸.

3.1.2.2.2. La réalité technique (B.)

Dans le second cas, il a été évoqué une « réalité technique » de la personnalité morale⁸⁹. Dès lors qu'un groupement est doté d'un degré d'organisation suffisant pour que ses dirigeants expriment une volonté collective mise au service d'intérêts distincts de ceux de ses associés, il convient de lui reconnaître la personnalité morale. La personnalité morale traduit alors l'exigence d'une technique juridique. En effet, en admettant que l'essence de la personnalité morale des sociétés est d'être sujet de droits, et que les sociétés ont parfois des intérêts collectifs distincts des intérêts individuels de leurs associés, les sociétés doivent pouvoir se faire reconnaître dans ce cas une personnalité. En fait, leurs intérêts collectifs appellent à une protection juridique distincte de celle accordée aux intérêts individuels de leurs associés, et donc postulent une personnalité pour ces sociétés distinctes de leurs associés.

Il nous faut alors énoncer deux grandes conséquences. D'une part, et nous l'avons déjà vu, la personnalité morale doit être reconnue, même en l'absence de texte législatif, à toute société dotée d'intérêts distincts de ceux de ses associés, dès lors qu'elle dispose d'une organisation suffisante pour les défendre. D'autre part, au-delà des textes, tous les droits qui lui sont nécessaires pour assurer la défense d'intérêts collectifs doivent être accordés à la personne morale dont on a reconnu l'existence⁹⁰.

86 TEYSSIE, Bernard, *Droit civil – Les personnes*, 10^e éd., Paris : Litec, 2007, p. 372, n°488 et sq.

87 Ex : manifestations dans les rues suite à un mouvement de grève, conseil de famille pour les décisions concernant un mineur

88 Voir *infra*.

89 TEYSSIE, Bernard, *Droit civil – Les personnes*, 10^e éd., Paris : Litec, 2007, p. 372, n°490 et sq.

90 Nous pouvons d'ailleurs remarquer que certaines lois sont très détaillées en la matière, alors que d'autres sont laconiques. A titre d'exemple, il suffit de comparer un article de la loi du 13 avril 1900 avec celui de la loi du 9 juillet 1915 pour deux écoles, l'Ecole nationale des mines et l'Ecole centrale des Arts et Manufactures : L'article 34 de la loi du 13 avril 1900 dispose « L'Ecole nationale supérieure des mines est investie de la personnalité civile. » alors que la loi du 9 juillet 1915 précise « L'Ecole centrale des Arts et Manufactures est investie de la personnalité

Cette approche est au cœur du système de pensée du droit allemand qui pousse cette logique à l'extrême en considérant que toute structure juridique disposant d'un organe de direction structuré et imposé par la loi doit se voir reconnaître la personnalité morale, alors que les sociétés présentant une souplesse organisationnelle concernant leurs organes de direction ne peuvent y prétendre. A partir de cette réalité technique est née la distinction en Allemagne entre les *Körperschaften* et les *Personengesellschaften* qu'il est proposé d'appeler « personnes morales » et « quasi-personnes morales » en français. Il explique également pourquoi le GEIE de forme allemande ne peut prétendre être doté de la personnalité morale car un type d'organe de direction organisé n'y est pas imposé. Il explique également aussi pourquoi la conception allemande du droit peut avoir du mal à comprendre que la SAS française soit dotée de la personnalité morale alors que la direction de cette société n'y est pas clairement imposée.

Conclusion du deuxième paragraphe (3.1.2.). Quoiqu'il en soit, le mouvement doctrinal est lié à la persistance ou à la reconnaissance d'intérêts collectifs⁹¹ ce qui permet d'envisager les diverses théories de la réalité des personnes morales. Par rapport à la théorie de la fiction, les théories de la réalité de la personne morale sont généralement radicalement inverses, quelle que soit la sorte de réalité retenue, comme, par exemple, les intérêts collectifs, ou encore la volonté ou l'organisation collective.

L'essentiel est d'admettre que la personnalité morale des sociétés existe en dehors de la volonté du législateur et s'impose à lui. D'ailleurs, le principe de la liberté contractuelle dans le contrat d'association, proclamé par la loi de 1901, suffit à VAREILLES-SOMMIÈRES pour rejeter le recours à la fiction⁹².

Finalement, les batailles doctrinales débutant au XIXe siècle n'ont pas abouti à la victoire de l'une des théories doctrinales sur l'autre⁹³. Pire, elles ont permis le développement d'autres théories doctrinales pour essayer de se sortir de la controverse.

3.1.3. Les autres théories doctrinales de la personnalité morale (§3.)

Un certain nombre d'autres théories doctrinales de la personnalité morale des sociétés sont

civile. Elle est représentée en justice et dans les actes de la vie civile par son directeur, assisté du conseil de l'Ecole. L'Ecole reste placée sous l'autorité du Ministre du Commerce, de l'Industrie, des Postes et des Télégraphes. »

91 Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ; Loi du 21 mars 1884 consacre la liberté syndicale ; Loi du 1 juillet 1901 sur la liberté d'association. Cette liberté d'association est considérée comme un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République suite à la décision n°71-44 DC du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 : Grandes décisions du Conseil constitutionnel, n° 19, p. 238.

92 VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, LGDJ 1902, n°262 et sq.

93 Friedrich KÜBNER, *Gesellschaftsrecht*, 5. Auflage, Heidelberg : CF Müller Verlag, 1998, p. 31.

apparues. Certaines de ces théories doctrinales sont allées jusqu'à nier toute personnalité juridique (I.), alors que d'autres se demandent s'il ne faut pas admettre que cette personnification n'existe que par le but à atteindre une fois cette personnalité juridique obtenue (II.). Enfin, la théorie de l'entreprise se pose nécessairement (III.).

3.1.3.1. Les théories négatrices de la personnalité morale ou *Theorie des Sondervermögens*⁹⁴ (I.)

Dans la recherche d'un substrat qui pourrait expliquer les droits et les devoirs d'une personne morale, BRINZ⁹⁵ et BEKKER⁹⁶ proposent dans leurs ouvrages sur le *Pandektenrecht* la formulation suivante :

« [La société] est devenue indépendante et dédiée à un actif à des fins spécifiques – une approche qui a été [...] l'impulsion pour la reconnaissance des personnes morales »⁹⁷

A cette théorie peut être rattachée celle du patrimoine d'affectation où certains droits ou biens sont affectés spécialement à un but déterminé.

Si cette théorie a été vivement critiquée jusqu'à l'instauration de sociétés unipersonnelles en France et en Angleterre, le droit allemand s'en accommode d'autant plus facilement que cela lui a permis d'expliquer la constitution de la personne morale des sociétés en Allemagne.

Parallèlement, la controverse doctrinale entre les tenants de la théorie de la fiction et ceux de la théorie de la réalité a été telle qu'elle a incité certains auteurs, au début du XXe siècle, à nier la valeur même de la notion de personne morale⁹⁸.

PLANIOL énoncera à ce propos la formule célèbre⁹⁹ :

« La prétendue personnalité morale est une forme collective de propriété »

94 Herbert WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band 1 – Grundlagen, München : CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1980, p. 195 et sq.

95 BRINZ, *Pandekten*, 3. Auflage 1884, Bd. I, §60, 61 und Bd. III, §432 et sq.

96 BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, Bd. I, 1886, §§41, 42, 89.

97 *Das verselbständigte und einem bestimmten Zweck gewidmete Vermögen – ein Denkansatz, der auch historisch den Anstoß zur Anerkennung juristischer Personen gab.*

98 M. PLANIOL, *Traité pratique de droit civil, 1. Les Personnes. État & capacité*, dans les premières éditions, où il affirme : « **Négation de la personnalité fictive** – L'idée de la personnalité fictive est une conception simple, mais superficielle et fautive, qui cache aux yeux la persistance, jusqu'à nos jours, de la propriété collective à côté de la propriété individuelle. Elle mérite d'être abandonnée » ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, 2^e éd., Paris : F. Pichon, successeur, 1901, n°1967, p. 641. Confirmé M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, 7^e éd., Paris : LGDJ, 1915, n°3017, p. 947. *Contra* PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 1, 1^e éd., Paris : LGDJ, n°68, p. 71 ; L. DUGUIT, *Etudes de droit public. L'Etat 1. L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901, § 45 et sq.

99 M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, vol. 1, 1^e éd., 1900, n°3016 et PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, vol. 1 – Les personnes, 1952, n°68.

Par ailleurs, assigner aux groupements un rôle d'outils de l'action économique, d'instruments d'organisation sociale et d'utiles contrepois aux pouvoirs de l'Etat, ne doit toutefois pas masquer le caractère fictif de la reconnaissance à un groupe d'un attribut qui appelle pensée et volonté, et qu'un groupement ou une société ne possède jamais. Il faut reconnaître l'existence d'une hiérarchie décisionnelle au sein des sociétés, dont le sommet se veut représentatif de l'ensemble de ses membres¹⁰⁰.

3.1.3.2. La personnification par le but ou Zweckpersonifikation (II.)

Ludwig ENNECCERUS et Hans Carl NIPPERDEY¹⁰¹ sont à l'origine de la théorie dite de la *Zweckpersonifikation*¹⁰². Ils prennent appui pour cela sur la terminologie de la sociologie de la façon suivante¹⁰³ :

« Les nombreux centres d'intérêts humains sont communs à un ensemble plus ou moins grand de personnes et, pour cette raison, est né chez tous les peuples le besoin d'associations et d'organisations stables, en un mot des organisations visant à atteindre ainsi des objectifs communs »¹⁰⁴

Dans cette théorie, les organisations sont elles-mêmes des sujets volontaires (*Willenssubjekte*) et elles sont par conséquent personnifiées. Il y a donc une personnalité morale parce que la personne morale a un but qui est distinct du but particulier de l'ensemble de ses associés. Cette idée est aujourd'hui clairement énoncée au premier alinéa de l'article 1832 du Code civil français, ce qui montre que le droit français a pu subir l'influence de cette doctrine germanique et qu'elle l'exprime encore aujourd'hui.

3.1.3.3. La théorie du droit des entreprises (III.)

La théorie économique du droit des entreprises (*Theorie des Unternehmensrechts*) pose d'abord le problème de la définition de ce droit. Plutôt que de se limiter au droit des groupes (*Konzernrecht*, §§15 et sq., 291 et sq. *AktG 1965*), il est possible de dégager une définition générale qui ressort de

100 L'actuel Code pénal français indique d'ailleurs dans la définition même de la responsabilité pénale des personnes morales, à l'art. 121-2, la nécessaire présence des « organes » ou « représentants » comme élément constitutif de l'infraction.

101 Fred G. BÄR, *Die Schranken der inneren Vereinsautonomie – historisch-dogmatische Überlegungen zu einem Vereinsgesetz*, Berlin Verlag 1996, p. 266.

102 RITTNER, Fritz, *die werdende juristische Person*, Tübingen : JCB Mohr (Paul Siebeck), 1973, p. 185 et sq.

103 ENNECCERUS & NIPPERDEY, *Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959; §103 I.

104 *Zahlreiche menschliche Interessen sind einer größeren oder kleineren Masse von Menschen gemeinsam und bei allen Völkern hat daher das Bedürfnis zu bleibenden Vereinigungen und Veranstaltungen, mit einem Wort zu Organisationen zur Erreichung derartiger gemeinsamer Zwecke geführt.*

l'ensemble des textes légaux du droit allemand¹⁰⁵ :

« Entité juridique reposant sur la réunion organisationnelle de personnes et de moyens matériels, qui travaille selon des méthodes économiques et produit des biens et des services économiques dans le but de satisfaire, par l'intermédiaire du marché, la demande de la communauté pour les produits ainsi générés et, avec le profit qu'elle en tire, les souhaits de revenus et les autres besoins de ses actionnaires, employés et patrons »¹⁰⁶

De là se pose la question de savoir si, en Allemagne, la société est une entreprise ou si la société possède une entreprise. Si la relation entre société et entreprise est finalement possible à expliquer au niveau d'une seule personne morale, elle ne permet pas en revanche de répondre à la complexité des opérations juridiques qu'engendre la constitution de groupes de sociétés en Allemagne, mais cette idée peut aisément être reprise pour la France ou pour l'Angleterre.

Toutefois, le droit allemand a constitué un véritable système juridique pour les groupes de sociétés à l'image des *GmbH & Co. OHG* ou des *GmbH & Co. KG*¹⁰⁷. En fait, ce genre de structure peut être également proposé en France ou en Angleterre, mais ni le droit anglais, ni le droit français n'ont eu l'honnêteté intellectuelle de révéler ce montage juridique aux tiers.

Finalement, une directive communautaire de 1990¹⁰⁸ a mis sur ce point tout le monde d'accord en envisageant explicitement d'appréhender ce type de montage lorsque tous leurs associés indéfiniment responsables sont des sociétés¹⁰⁹. En 2013, la codification de cette directive ira encore plus loin en l'élargissant à toute entreprise¹¹⁰.

En France, le groupe de sociétés est plus une réalité économique qu'une réalité juridique¹¹¹. Cependant, il est proposé au niveau fiscal la possibilité de prévoir l'imposition des bénéficiaires soit,

105 RAISER & VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 4. Auflage, München : Verlag Franz Vahlen, 2006, §6 n°8 citant Raiser, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, (ZHR) 144 (1980), 206, 231.

106 *auf der organisatorischen Verbindung von Personen und sachlichen Mitteln beruhende rechtliche Einheit, die nach ökonomischen Methoden arbeitet und wirtschaftliche Güter oder Dienstleistungen hervorbringt, um über den Markt die Nachfrage der Allgemeinheit nach ihren Produkten und mit dem Erlös die Einkommenswünsche und sonstigen Bedürfnisse seiner Anteilseigner, Arbeitnehmer und Unternehmensleiter zu befriedigen.*

107 Par exemple, KLUNZINGER, Eugen, *Grundzüge des Gesellschaftsrechts*, 12. Auflage, München : Verlag Vahlen, 2002, p. 103 décrit ces formes sociales comme des sociétés de commandite renforcées (*verstärkte Kommanditgesellschaften*).

108 Directive 90/605/CEE du Conseil du 8 novembre 1990 modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE concernant respectivement les comptes annuels et les comptes consolidés, en ce qui concerne leur champ d'application : JOCEE L 317 du 16.11.1990, p. 60–62.

109 En Allemagne, cette directive est transposée par la loi du 24 février 2000 (*BGBl. I S. 154*). En France, cette directive est transposée par le décret n°94-663 du 2 août 1994 : JORF du 4 août 1994 p. 11339. En Angleterre, cette directive est transposée par le *SI 1993/1820* dénommé *The Partnerships and Unlimited Companies (Accounts) Regulations 1993*.

110 Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil : JOUE L 182 du 29 juin 2013, p. 19, spéc. art. 1 de ladite directive, p. 26.

111 M. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises 2000 – 2001*, 24^e éd., Paris : Litec, 2000, n°930 et sq.

depuis 1920¹¹², suivant le régime des sociétés mères, soit, à partir de 1988¹¹³, suivant le régime de l'intégration fiscale. Ce second régime, qui prévoit l'intégration des filiales à 95% dans le périmètre du groupe, montre les liens économiques importants qui peuvent exister entre différentes sociétés d'un même groupe et qui se traduisent au niveau fiscal par ce mécanisme. Si le droit fiscal considère le groupe de sociétés en tant que tel en France, le droit commercial continue d'étudier spécialement chaque société du groupe en particulier, justement parce que chacune des sociétés du groupe peut avoir la personnalité morale, voire la quasi-personnalité morale.

Conclusion du troisième paragraphe (3.1.3.). Ces autres théories doctrinales sont extrêmement variées et elles ont pour seul point commun de s'intéresser ou, au contraire, de s'opposer à la personnalité morale des sociétés. Ces autres théories doctrinales portent en germe la notion de quasi-personnes morales, qu'il est proposé de constater¹¹⁴. En effet, si ces théories doctrinales ont vu le jour, c'est précisément parce qu'il existe des variétés de sociétés qui n'ont pas la personnalité morale en France, en Allemagne ou en Angleterre. Pourquoi alors reconnaître la personnalité morale à certaines sociétés et la refuser à d'autres qui présentent des caractéristiques similaires ? Il est proposé de répondre ultérieurement à cette question.

Conclusion de la première section (3.1.). Les théories de la réalité et les théories de la fiction, comme certaines autres théories doctrinales, n'ont pas laissé les juges et les législateurs français, allemand et anglais totalement insensibles. Ce bouillonnement doctrinal a permis l'éclosion et la consécration de chacune de ces théories en France, en Allemagne et en Angleterre.

3.2. Les manifestations légales et jurisprudentielles des théories de la personnalité morale (Section 2.)

Introduction de la section. Les théories de la personnalité morale ont eu des manifestations légales et jurisprudentielles en France, en Allemagne et en Angleterre. Simplement, ces manifestations ont été différentes sur chacun de ces territoires. Ainsi, il semble que le droit anglais ait gardé une position distante par rapport aux droits français et allemand qui se sont passionnés pour cette question. Ce constat peut sans aucun doute être lié, d'une part, au système judiciaire anglais et, d'autre part, à l'incontournable superpuissance des Etats-Unis d'Amérique au XXe siècle. Quoi

112 Loi du 31 juillet 1920 portant fixation du budget général pour l'exercice 1920.

113 Loi n°87-1060 du 30 décembre 1987 de finances pour 1988, art. 68, A : JORF 31 décembre 1987, p. 15493.

114 Voir *infra* Titre II, Chapitre II.

qu'il en soit, à côté de la *House of Lords* qui s'occupe de traiter les litiges au niveau suprême en Angleterre, se trouve le *Privy Council* qui a en charge les appels en dernier ressort des Etats membres du *Commonwealth* qui le désirent. Par conséquent, sur son propre sol, le droit anglais se nourrit de ce qui se passe dans des Etats étrangers, loin des préoccupations des Etats qualifiés de continentaux qui ne sont pas membres de cette institution. Par ailleurs, si l'hégémonie économique américaine avait pu être remise en cause après la crise du jeudi noir de 1929, elle ne pourra plus être contestée après la fin de la Seconde Guerre mondiale et, surtout, après la chute du mur de Berlin.

Annnonce du plan de la section. Si bien qu'après les manifestations des théories doctrinales en France et en Allemagne (§1.), il faudra déterminer quelle a été l'attitude anglaise face à ces théories doctrinales (§2.).

3.2.1. Les manifestations des théories en France et en Allemagne (§1.)

Introduction. SAVIGNY, WINDSCHEID et GIERKE ont, de manière évidente, durablement marqué de leur empreinte le droit allemand, mais aussi, de par l'extraordinaire engouement de la doctrine française pour leurs théories, le droit français. Simplement, chacune des théories doctrinales n'étant pas exempte de critiques, l'attrait le plus important de ces travaux a été de chercher à systématiser le droit des personnes morales des sociétés. Parallèlement, pour justifier le fait d'attribuer la personnalité morale à une société, s'est posée en Allemagne la question de la dichotomie entre la personne morale et les fondateurs de cette personne morale. Est alors née l'idée d'entreprendre par soi ou « *Unternehmen an sich* », nouvelle abstraction juridique qui a permis au droit allemand d'être l'un des précurseurs des sociétés unipersonnelles et qui lui permet de dépasser ses distinctions juridiques fondamentales originelles.

Annnonce du plan. Il s'agit alors pour nous de mettre en avant le processus de systématisation de la personnalité morale des sociétés constaté depuis le XXe siècle sur ces deux Etats continentaux (I.) avant d'étudier plus particulièrement la notion allemande de « *Unternehmen an sich* » (II.).

3.2.1.1. La systématisation du droit de la personnalité morale des sociétés (I.)

Introduction. Le droit allemand a tout de suite décidé de profiter des enseignements de théories doctrinales de SAVIGNY et de GIERKE en élaborant une distinction entre les sociétés dérivant de l'association du code civil allemand de 1900 (*Verein*) qui sont dotées de la personnalité morale et

celles dérivant de la société du code civil allemand (*BGB-Gesellschaft* ou *GbR*)¹¹⁵ qui en sont dénuées.

Le législateur français veut systématiser la personnalité morale des sociétés. Pour atteindre cet objectif, il décide de rassembler des dispositions éparses sur le droit des sociétés contenues dans divers textes normatifs au sein d'une loi unique qui sera promulguée cent ans exactement après la grande loi sur les sociétés par actions de 1867. Il s'agit de la loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966¹¹⁶.

Puis le législateur propose de redonner au Code civil de son importance, en modifiant les textes faisant référence certes aux sociétés civiles, mais aussi aux sociétés en général dans le Code civil de 1804.

Enfin, d'autres lois éparses interviennent pour des questions ponctuelles concernant la personnalité morale des sociétés. L'interventionnisme du législateur français s'est voulu rationnel. Le législateur a dépassé le cap des principes pour rentrer dans celui des exceptions, puis des exceptions aux exceptions. Bref, le législateur français a élaboré un véritable système juridique pour la personnalité morale des sociétés.

Parallèlement, en Allemagne, il a été décidé de maintenir des lois particulières pour différentes formes de sociétés. Il n'y a pas de mouvement de recodification observé en Allemagne comme en France depuis le début des années 1990. Simplement, l'Allemagne sert d'aiguillon à la France pour procéder à ses propres réformes en ce domaine.

Annnonce du plan. C'est pourquoi nous analyserons les différentes lois apparaissant en France, en n'oubliant pas, dès que possible, de rappeler les liens entre le droit allemand et le droit français, et plus ponctuellement, entre le droit français et le droit anglais.

Si la loi du 24 juillet 1966 est le pionnier de ce mouvement législatif (**A.**), la loi du 4 janvier 1978 poursuit le mouvement (**B.**), suivie par de nombreuses autres lois (**C.**).

115 Cette approche moderne, doublée du fait qu'un empereur avait été nommé au sommet du *Reich* allemand depuis 1871, explique sans doute les raisons pour lesquelles l'empereur du Japon, après avoir fait venir des doctrinaires français, dont Gustave BOISSONADE (1825-1910), a finalement décidé de s'inspirer des textes des futurs *BGB* et *HGB* allemands pour établir leur propre droit civil. Source : FUKUDA, Kiyooki, *Rechtsfähigkeit der Personengesellschaft im japanischen Recht : Entwicklung der rezipierten deutsch-rechtlichen Lehre in Japan im Vergleich zur Entwicklung des deutschen Rechts*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2003, p. 153. Voir aussi Christiane C. WENDEHORST, *Rezeption deutschen Zivilrechts – Was bleibt übrig im 21. Jahrhundert?* in Jörg-Martin JEHL, Volker LIPP, Keiichi YAMANAKA (Hg.), *Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht*, Göttinger Juristische Schriften, Band 2, 2008, p. 20 et sq.

116 Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ; Décret d'application n°67-236 du 23 mars 1967. L'ensemble est maintenant codifié dans le Code de commerce : art. L210-1 C. com., R210-1 C. com.

3.2.1.1.1. La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales¹¹⁷ (A.)

Après avoir mis en évidence le contexte général de la loi de 1966 par rapport au droit allemand et au droit anglais (1.), nous montrerons les principaux intérêts de cette loi au niveau la personnalité morale (2.), y compris après les modifications qui lui ont été apportées (3.).

3.2.1.1.1.1. Contexte général de la loi de 1966 par rapport au droit allemand et au droit anglais (1.)

La loi n°66-537 du 24 juillet 1966, adoptée un siècle après la loi de 1867, cherche à concurrencer la loi allemande de 1965 sur les sociétés par actions de forme allemande¹¹⁸. La loi allemande de 1965 sur les sociétés par actions confirme, après la loi de 1937¹¹⁹, que le droit des sociétés par actions en Allemagne est définitivement sorti du *ADHGB*¹²⁰ ou du *HGB*¹²¹ dans lesquels elles étaient incluses au XIXe siècle et au début du XXe siècle. Le droit allemand ne cherche apparemment plus à codifier l'ensemble du droit des sociétés. Par cette démarche, le droit français se rapproche du droit anglais et des *Companies Acts* qui, depuis 1862, centralisent les questions principales concernant les *companies*¹²². La codification à droit constant du code de commerce par une ordonnance de 2000 conduira sur ce point à une rupture entre, d'une part, le droit français pour lequel les dispositions principales applicables au droit des sociétés commerciales sont codifiées et, d'autre part, les droits allemand et anglais pour lesquels ce ne sont pas le cas. Il faut toutefois reconnaître que, malgré l'importance de la codification du Code de commerce, toutes les règles concernant les sociétés sont centralisées dans un seul et même texte et que cela justifie, à lui seul, le maintien des codes de sociétés proposés par des éditeurs juridiques encore aujourd'hui.

3.2.1.1.1.2. Les principaux intérêts de la loi de 1966 au niveau la personnalité morale (2.)

Globalement, la loi de 1966 est une compilation de textes concernant les sociétés commerciales qui

117 Loi désormais codifiée au sein du Code de commerce de 2000.

118 *Aktiengesetz* du 6.09.1965 : *BGBl. I S. 1089*.

119 *Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz)* du 30.1.1937 : *RGBl. I S. 107*. Source : SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München : Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 762.

120 *Art. 207-259 ADHGB a. F.* Source : LAUTENSCHLAGER, Carl, *Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch nebst dem württembergischen Einführungsgesetz vom 13. August 1865*, Stuttgart 1865, p. 115 et sq.

121 §§178-334 *HGB a. F.* Source : K. LEHMANN & V. RING, *Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Band 1, Berlin, 1902, p. 373 et sq.

122 Le *Companies Act 2006* est maintenant l'une des lois les plus longues d'Angleterre avec ses 1300 articles et ses 16 annexes lors du *Royal assent*.

présente principalement des intérêts pour la systématisation des personnes morales de ces formes de sociétés.

En effet, cette loi de 1966 n'est pas, en soi, une révolution en ce qui concerne les sociétés commerciales¹²³. En effet, l'ensemble des variétés de sociétés commerciales par la forme proposée dans cette loi ont déjà fait l'objet de législations antérieures¹²⁴. Les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite étaient déjà dans le Code de commerce de 1807, les sociétés par actions ont vu l'autorisation gouvernementale disparaître en 1867, après l'Angleterre en 1844 et avant l'Allemagne en 1871, et les sociétés à responsabilité limitée (SARL) apparaissent sur tout le territoire de la France, et non plus seulement en Alsace-Lorraine, par une loi de 1925¹²⁵. Or, la loi de 1966 propose comme variété de sociétés commerciales les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite (simple et par actions), les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes. Il s'agit donc plus d'une compilation de lois antérieures au sein d'une même loi, afin de rendre plus lisibles les formes de sociétés commerciales existant en France. En ce sens, cette démarche se rapproche, même si les juges anglais ont des difficultés à l'admettre, de celle qui s'observe dans les *Companies Acts* successifs en Angleterre. Simplement, à l'époque, en Angleterre, il n'y a pas de modifications d'ampleur observées dans la législation¹²⁶.

Malgré tout, la loi de 1966 présente un effort de systématisation de la personnalité morale des sociétés commerciales au niveau de sa création et de sa liquidation.

Au niveau de sa création, nous avons vu que l'ancien critère était celui de la constitution de la personne morale. Ce critère était tellement souple qu'il avait secrété une jurisprudence de la section commerciale et financière de la Cour de cassation en date du 13 février 1957¹²⁷. Cette « option » possible dans la détermination de la date de création de la personnalité morale d'une société, en l'espèce, une société à responsabilité limitée, avait conduit un auteur à proposer une distinction entre une personnalité morale extrinsèque et une personnalité morale intrinsèque¹²⁸. Par son article 5, la loi de 1966 propose un nouveau critère, plus strict, pour déterminer la date de naissance de la

123 Pour G. LAGARDE, dans une chronique au Dalloz de 1967, la loi de 1966 constitue « la toilette d'une centenaire ».

124 Dans le même sens, J. P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris : Dalloz, 2002, p. 224.

125 Loi du 7 mars 1925 sur l'institution des sociétés à responsabilité limitée. Elles existaient déjà sur le territoire dit de « l'Alsace-Lorraine » qui correspond aujourd'hui aux départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, de par l'appartenance de ce territoire français à l'Allemagne à l'époque du *GmbHG* du 20 avril 1892.

126 Après le *Companies Act 1948* (c. 38), la consolidation des textes concernant les *companies* interviendra en Angleterre par le *Companies Act 1985*. Aujourd'hui, le texte de référence est devenu le *Companies Act 2006*.

127 Cass. com., 13 février 1957, Société Cagnat et Fils et autres c/ époux Drouet : Bull. com. III, n°56. **Voir Annexe 4.**

128 G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Tome 1, vol. 2, 18e éd., Paris : LGDJ, 2002, §1148, p. 112. Il s'agit d'une proposition de M. THALLER réfutée dans cet ouvrage.

personnalité morale. En effet, cet article énonce dans son premier alinéa :

« Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce. »

Ce texte verra le jour malgré une tentative de résistance exprimée par un amendement prévoyant le maintien du critère de la constitution. Cet amendement proposé par M. DUCOLONE, député, énonçait :

« Les sociétés commerciales jouissent de leur personnalité morale à compter du jour de leur constitution. »

Mais cet amendement sera finalement rejeté par l'Assemblée nationale.

Cette nouvelle solution avait pour objectif de faire disparaître tout contentieux relativement à la date de création de la personnalité morale des sociétés commerciales. Ceci est indéniablement le cas. Seulement, une nouvelle difficulté est apparue : il faut maintenant déterminer la nature des actes effectués par les fondateurs de la société avant cette immatriculation. Ce même article 5 de la loi de 1966, devenu l'alinéa 2 de l'article L210-6 du Code de commerce, propose une ébauche de solution en disposant :

« Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société. »

Ainsi, la société en formation n'a pas acquis la jouissance de la personne morale, mais a-t-elle acquis autre chose ? Par ailleurs, le législateur semble distinguer la constitution de la société et son immatriculation. Ces ambiguïtés ont donc été à l'origine de la création d'un énorme contentieux sur cette question¹²⁹. Aussi, si le législateur de 1966 a souhaité simplifier la date de création de la personnalité morale des sociétés commerciales, il n'est parvenu qu'à un demi succès, puisqu'un critère est proposé, mais ses modalités d'application s'avèrent complexes.

En ce qui concerne la liquidation, la loi de 1966 affirme de nouveau la liberté contractuelle, hormis les limites posées par la loi, à son article 390 devenu l'article L237-1 du Code de commerce :

« Sous réserve des dispositions du présent paragraphe [devenu du présent chapitre], la liquidation des sociétés est régie par les dispositions contenues dans les statuts. »

Parmi ces limites, la survie de la personnalité morale des sociétés commerciales après la dissolution

129 Par exemple : Cass. com., 12 février 1991 : Bull. civ. IV n°73 ; CA Paris, 22 septembre 1987 : Gaz. Pal. 1988. 1. 86. ; Cass. com., 4 mai 1981 : Rev. Sociétés 1982. 277 note PHILIPPE, D. 1982. 482 note DAIGRE ; CA Paris, 11 juin 1971 : JCP 1972. II. 16981, note GUYON, Rev. Sociétés 1972. 222. note SORTAIS ; Cass. com., 14 janvier 1992 : Bull. Joly 1992. 291, note CUISANCE ; Cass. 1^e civ. 1^{ère}, 3 décembre 1980 : D. 1983. IR 69, obs. BOUSQUET ; Cass. com., 22 février 1994 : RTD civ. 1994. 907, obs. BANDRAC.

de la société est très particulière. En effet, l'alinéa 2 de l'article 391 de la loi de 1966 devenu l'alinéa 2 de l'article L237-2 du Code de commerce prévoit :

« La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci. »

Cette survie temporaire de la personnalité morale est tellement exceptionnelle que la jurisprudence, qui l'a en premier établie, l'a interprétée de manière stricte. En particulier, une société dissoute ne dispose plus du droit d'utiliser, ni de celui de transmettre à une autre société sa dénomination sociale¹³⁰. En fait, le législateur de 1966 reprend à son compte une solution proposée notamment par la jurisprudence en 1948¹³¹. Cet arrêt dispose en substance qu'une société qui prononce sa dissolution ne survit que pour les besoins de sa liquidation. Elle ne peut donc pas récupérer sa personnalité morale et être rétablie dans ses conditions antérieures d'existence, même avec le consentement de tous les associés.

Quoi qu'il en soit, et pour une société anonyme de forme allemande (*Aktiengesellschaft*), le *Reichsgericht* avait déjà consacré ce principe dans une décision de 1880¹³².

3.2.1.1.1.3. Les deux modifications importantes de la loi de 1966 postérieurement à la publication de cette loi (3.)

La loi de 1966 a été modifiée en ce qui concerne le développement des entreprises unipersonnelles disposant de la personne morale et en ce qui concerne le fonctionnement de la personnalité morale des sociétés commerciales.

Développement des entreprises unipersonnelles disposant de la personnalité morale. Au sein de la loi de 1966, Il faudra attendre en France l'année 1985 pour voir apparaître l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (SARL à une personne)¹³³, 1994 pour découvrir la société par actions simplifiée¹³⁴ et 1999 pour permettre la création de sociétés par actions simplifiées unipersonnelles¹³⁵.

Si les mouvements législatifs constatés en Allemagne puis en France ont permis au droit

130 Cass. com., 12 novembre 1992 : JCP 93. II. 22039; Bull. Joly 1993. 561.

131 CA Paris, 20 décembre 1948 : JCP 1948. II. 5080.

132 *Urteil* du 29 décembre 1880 (I. Sen.) : RGZ 5, p. 7 (1882). **Voir Annexe 8.**

133 Loi n°85-697 du 11 juillet 1985 relative aux entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée et exploitation agricole à responsabilité limitée. Elle fait suite à la loi allemande (*GmbH-Novelle*) du 4 juillet 1980.

134 Loi n°94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée.

135 Loi n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche créant, à son article 3, la société par actions simplifiée unipersonnelle.

communautaire de se saisir de cette question par la 12^e directive sur le droit des sociétés de 1989¹³⁶, une option sera également proposée pour les sociétés anonymes¹³⁷, qui sera saisie par l'Allemagne en 1994¹³⁸, en France pour les SASU en 1999¹³⁹, et en 2006¹⁴⁰ pour les *public companies* en Angleterre.

Fonctionnement de la personnalité morale des sociétés. Au niveau du fonctionnement des personnes morales, la loi de 1966 privilégie la liberté contractuelle en affirmant à son article 2 devenu l'article L210-2 du Code de commerce :

« La forme, la durée qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans¹⁴¹, la raison ou la dénomination sociale, le siège social, l'objet social et le montant du capital social sont déterminés par les statuts de la société. »

Cette solution n'est pas nouvelle, puisque nous nous plaçons dans un contexte de libéralisation du commerce depuis la fin du XIX^e siècle. La véritable nouveauté réside dans la répartition des compétences au sein des sociétés anonymes. En effet, la loi de 1966 entend scinder la fonction de président-directeur général (P.D.G.) en fonctions de président du Conseil d'administration et de directeur général de la société¹⁴², sans avoir pu y arriver totalement dans les faits¹⁴³. Nous pouvons tempérer ce constat par la rédaction de l'article 115 de la loi qui disposait :

« Sur la proposition du président, le conseil d'administration peut donner mandat à une personne physique d'assister le président à titre de directeur général »

Le P-DG de la société anonyme n'était donc pas contraint de nommer un ou plusieurs directeurs généraux, d'après les termes mêmes de la loi de 1966.

Parallèlement, inspiré du système dual en vigueur depuis longtemps en Allemagne dans la *Aktiengesellschaft (Vorstand et Aufsichtsrat)*¹⁴⁴, la loi de 1966 propose pour la société anonyme le

136 Douzième directive 89/667/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé : JOCEE L 395 du 30.12.1989, p. 40–42. Cette directive est aujourd'hui codifiée par la directive 2009/102/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 : JOCE L 258 du 1.10.2009, p. 20 et sq.

137 Douzième directive 89/667/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, art. 6. Voir aujourd'hui directive 2009/102/CE, art. 6.

138 *Das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts* du 2.8.1994 : *BGBl. I S. 1961*. Source : Schönfelder, *Deutsche Gesetze, Textsammlung*, München : Verlag CH Beck, sous *Aktiengesetz 1965*.

139 Loi n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche : JORF « Lois et Décrets » du 13 juillet 1999, p. 10398, spéc. art. 3.

140 CA 2006, ss. 7, 38. et SI 2008/2860 (C. 126) dénommé *The Companies Act 2006 (Commencement No. 8, Transitional Provisions and Savings) Order 2008* ayant fait entré en vigueur au 1er octobre 2009 ces deux dispositions du *Companies Act 2006*.

141 L'article 5 de la loi du 24 juillet 1966 permet la prorogation de la personne morale.

142 Art. 110 et s. de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966.

143 D'où une nouvelle tentative par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

144 LAUTENSCHLAGER, Carl, *Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch nebst dem württembergischen Einführungsgesetz vom 13. August 1865*, Stuttgart : Kröner, 1865, p. 119 et sq. Voir spécialement Art. 225 ADHGB relatif au *Aufsichtsrat* et Art. 227 et s. ADHGB pour les dispositions relatives aux droits et aux obligations du *Vorstand*.

système du directoire et du conseil de surveillance. Mais si, en droit français, il s'agit d'une simple faculté, le droit allemand, lui, le rend obligatoire dès que la société dotée de la personnalité morale atteint une certaine dimension. Les réformes de la gouvernement des sociétés anonymes en France aurait du conduire à favoriser le système dualiste par rapport au système moniste.

Si l'apparition de la société par actions simplifiée depuis 1994 a pu court-circuiter son essor, les dirigeants français restent attachés au terme de Président.

La loi NRE de 2001, tout en définissant clairement les rôles de président (C. com., art. L225-51) et de directeur général (C. com., art. L225-56, I), n'a prévu qu'un régime optionnel qui n'empêche pas qu'une seule et unique personne cumule les fonctions de président et de directeur général dans une société anonyme. Cette loi de 2001 essaie de modifier la logique de la direction d'une société anonyme mais n'arrive pas à remettre fondamentalement en cause la tradition française sur ce point.

Les principes énoncés dans la loi de 1966 vont, ensuite, être généralisés par la loi de 1978 à toutes les sociétés.

3.2.1.1.2. La loi du 4 janvier 1978 sur les sociétés civiles (B.)

La notion de société civile se retrouve en Allemagne comme en France. Simplement, en Allemagne, elle constitue depuis toujours une structure juridique qui ne possède aucune personnalité juridique, alors que la société civile française s'est vu reconnaître judiciairement au XIXe siècle puis législativement en 1978 la personnalité morale. Après une présentation du projet de loi et des travaux parlementaires (1.), nous analyserons les conséquences de cette loi du 4 janvier 1978 sur la systématisation de la personnalité morale en France (2.).

3.2.1.1.2.1. Présentation du projet de loi et des travaux parlementaires (1.)

M. René PLEVEN, Garde des Sceaux et Ministre de la Justice a présenté au nom de M. Pierre MESSMER, alors Premier Ministre, un projet de loi qui été annexé au procès-verbal de la première séance après le 1er juillet 1972 à l'Assemblée nationale¹⁴⁵. Ce projet de loi vise à modifier le titre neuvième du livre troisième du Code civil sur les sociétés et n'aboutira qu'en 1978¹⁴⁶. Il envisage notamment en ce qui concerne la constitution des sociétés civiles de les faire sortir de la clandestinité. Elles seront immatriculées à un registre. Par ailleurs, la loi envisage de consacrer la personnalité morale des sociétés civiles et d'en tirer toutes les conséquences. En effet, le projet de

¹⁴⁵ Annexe n°2548 ; Source: Archives de l'Assemblée nationale.

¹⁴⁶ Loi n°78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil.

loi indique¹⁴⁷ :

« Certes la jurisprudence a reconnu aux sociétés civiles la personnalité morale depuis 1891, mais sans tirer toutes les conséquences, puisqu'elle admet encore que l'engagement personnel de l'associé dans une société civile existe concomitamment avec celui de la société et qu'en conséquence le créancier pouvait poursuivre à son choix la société ou les associés. Le projet précise à cet égard que la responsabilité des associés ne pourra être mise en cause que si la société civile a été préalablement et vainement poursuivie »¹⁴⁸

Ce projet de loi va aboutir à la loi du 4 janvier 1978, mais sera malgré tout imparfait puisqu'il ne fera pas mention des sociétés civiles constituées avant cette loi¹⁴⁹. Il faudra attendre la loi LRE de 2001 et un décret de 2002 pour que le législateur tente de résoudre le cas particulier de cette catégorie de sociétés¹⁵⁰. Quoi qu'il en soit, cette poursuite préalable et vaine de la personne morale du nouvel article 1858 du Code civil protégera mieux les associés de telles sociétés puisqu'un créancier devra le plus souvent démontrer cette poursuite contre la société civile et le juge ne se contentera plus d'une simple notification de la créance à la société demeurée infructueuse¹⁵¹, sauf en cas de déclaration de créance à la procédure de liquidation judiciaire¹⁵² ou de clôture de la liquidation¹⁵³.

Annexé au procès verbal de la séance du 27 octobre 1972 à l'Assemblée nationale, un rapport a été fait par M. LE DOUAREC, député¹⁵⁴. Ce rapport explicite de nouveau la volonté de rapprocher la date de naissance de la personne morale de la date d'immatriculation. Il rappelle l'évolution de la perception des sociétés civiles depuis le XIXe siècle :

« Dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, la société civile *était dénuée de personnalité morale* et les mesures de publicité étaient donc inutiles.

Constituée comme une indivision organisée¹⁵⁵, elle n'avait pas à se faire connaître des tiers, protégés au surplus par la responsabilité indéfinie des associés...

La doctrine et la pratique étaient d'autant plus fondées à demander une immatriculation des sociétés civiles que la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation de biens, les faillites et banqueroutes a créé *un registre* où sont recensées les personnes morales

147 Projet (n°2548), p.3 et 4; Source : Archives de l'Assemblée nationale.

148 Pour une application pratique de ce dispositif : Cass. com., 27 septembre 2005 : Bull. Joly 2006, §47, p. 235 et s. note A. REYGROBELLET.

149 Du fait du respect de l'article 2 du Code civil: « *la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif* ».

150 Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; Décret n°2002-1085 du 7 août 2002 précisant les modalités d'immatriculation des sociétés civiles antérieures à la loi de 1978. Ce décret avait fixé une date limite pour procéder à l'immatriculation. Cette disposition a conduit les praticiens à inviter les dirigeants de ces sociétés à procéder à leur immatriculation. Toutefois, le Gouvernement a précisé après l'expiration du délai que les sociétés civiles concernées non immatriculées conserveraient leur personnalité.

151 Cass. 3^e civ., 4 juin 2009 n°08-12805 : Bull. civ. 2009 III, n°135.

152 Cass. mixte, 18 mai 2007 n°05-10413 Bull. mixte. 2007 n°4.

153 Cass. 3^e civ., 10 février 2010 n°09-10982 : Bull. civ. 2010 III, n°42.

154 Annexe n°2608 ; Source : Archives de l'Assemblée nationale. Fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

155 Le député reprend une des critiques à la théorie de la fiction.

de droit privé non commerçantes lorsqu'elles sont en cessation de paiements [...]
L'article [1842] répond à ces vœux et permettra désormais de procéder à l'immatriculation des sociétés civiles »¹⁵⁶

L'objectif de la réforme de 1978 est donc bel et bien d'immatriculer les nouvelles sociétés civiles et de mieux protéger les tiers.

3.2.1.1.2.2. Conséquences de la loi du 4 janvier 1978 sur la systématisation de la personnalité morale en France (2.)

Ce nouvel article 1842 du Code civil est un des plus importants du dispositif de la réforme de cette partie du Code civil. En liant l'acquisition de la personnalité morale à la publicité, le futur article 1842 reprend la formule utilisée par l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966. Le nouveau texte aura donc pour effet d'appliquer à peu près le même régime à toutes les sociétés, qu'elles soient civiles ou commerciales. Il énonce :

« Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation.
Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations. »

Nous pouvons noter que la rédaction est différente par rapport à celle proposée en 1966. Celle-ci nous indique l'évolution dans la systématisation de la personnalité morale entre 1966 et 1978¹⁵⁷ qui peut générer des divergences de jurisprudence entre la chambre commerciale et les chambres civiles de la Cour de cassation.

Par ailleurs, le législateur introduit un chapitre premier relatif aux dispositions générales concernant les sociétés. Le nouvel article 1834 du Code civil accentue le caractère général de ces dispositions en énonçant :

« Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toutes les sociétés, s'il n'en est autrement disposé par la loi en raison de leur forme ou de leur objet. »

Par conséquent, une hiérarchie se crée entre les dispositions du Code civil et les dispositions de la loi de 1966. Les dispositions générales applicables à toutes les sociétés sont dans le Code civil, les dispositions générales applicables aux seules sociétés commerciales sont dans les premiers articles de la loi de 1966¹⁵⁸. L'autonomie du droit commercial par rapport au droit civil n'est pas pour autant

156 Rapport (n°2608), p. 18 et 19 ; Source : Archives de l'Assemblée nationale.

157 Même si le nouvel article 1843 du C. civ. présente une rédaction très proche de celle de la loi de 1966.

158 La codification de la loi de 1966 effectuée en 2000 ne modifie pas les choses, puisqu'elle a été réalisée à droit constant. Par contre, un contentieux est apparu à propos de la sanction pénale du non dépôt des comptes sociaux

remise en cause ; le législateur organise simplement le système de la personnalité morale des sociétés. Par ces deux lois, le législateur propose le principe directeur (loi de 1978, chapitre 1) dans le Code civil et le cas particulier des sociétés civiles (loi de 1978, chapitre 2), puis le principe des sociétés commerciales (loi de 1966, chapitre préliminaire devenu Code de commerce, titre 1 du livre 2) et les règles propres des diverses sociétés commerciales (loi de 1966, titre 1 devenu Code de commerce, titre 2 du livre 2). Cette construction juridique n'est toutefois pas complète et elle doit s'apprécier selon la doctrine disposition légale par disposition légale.

Mais, très rapidement, le législateur multipliera les régimes juridiques dérogatoires à ces principes et seule la loi introduisant la responsabilité pénale des personnes morales présentera à nouveau un retour aux principes juridiques.

3.2.1.1.3. Les autres lois au service de la personnalité morale des sociétés (C.)

Le législateur français a fait preuve d'une inflation législative ces dernières décennies, même en ce qui concerne la personnalité morale des sociétés. Nous avons donc dû choisir des textes qui présentent pour notre étude un intérêt particulier, et de façon chronologique, de 1966 à nos jours. Dans ce cadre, trois lois se détachent particulièrement. Il s'agit d'abord de la loi sur les sociétés civiles professionnelles (1.), de celle sur le groupement d'intérêt économique (2.) et, enfin, de la loi sur le mécénat (3.) qui font ressortir l'extrême importance de la personnalité morale.

3.2.1.1.3.1. La loi sur les sociétés civiles professionnelles (1.)

La première loi importante est de novembre 1966 et elle est relative aux sociétés civiles professionnelles (SCP). L'article 1 de cette loi énonce¹⁵⁹ :

« Il peut être constitué, entre personnes physiques exerçant une même profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, et notamment entre officiers publics et ministériels, des sociétés civiles professionnelles qui jouissent de la personnalité morale et sont soumises aux dispositions de la présente loi. »

Mais la date de création de la personne morale est très particulière pour ces sociétés, comme

suite à cette codification de 2000, parce que des alinéas d'origine réglementaire ont été codifiés dans le Code de commerce de 2000. Ce contentieux a pu finalement être définitivement endigué suite au décret n°2006-1566 du 11 décembre 2006, art. 80, qui a introduit une sanction pénale uniforme pour toutes les sociétés commerciales dans ce cas à l'article 246-1 du décret n°67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales, devenu l'article R247-3 du Code de commerce.

159 Loi n°66-879 du 29 novembre 1966 : JORF « Lois et Décrets » du 30 novembre 1966, p. 10451.

l'indique son article 6¹⁶⁰:

« Les sociétés civiles professionnelles sont librement constituées dans les conditions prévues au règlement d'administration publique particulier à chaque profession, qui déterminera la procédure d'agrément ou d'inscription et le rôle des organismes professionnels.

En ce qui concerne les officiers publics et ministériels, la société doit être agréée ou titularisée dans l'office selon les conditions prévues par le règlement d'administration publique. »

Ce n'est donc pas la date de l'immatriculation de la société qui détermine la date de la création de la personnalité morale des SCP, mais leur date d'agrément, d'inscription ou de titularisation. Il apparaît pour cette catégorie de société un filtre, comme au temps où les sociétés anonymes étaient soumises à une autorisation gouvernementale. Ce filtre se justifie par l'importance de la charge confiée, les professions réglementées visées par ce texte étant notamment des professions juridiques ou du milieu médical¹⁶¹.

3.2.1.1.3.2. La loi sur le groupement d'intérêt économique (2.)

Très peu de temps après, un texte de 1967 est à l'origine de la création d'un groupement particulier du fait de sa nature hybride. Il s'agit du groupement d'intérêt économique (GIE) de l'ordonnance¹⁶² de septembre 1967¹⁶³. En effet, le GIE peut être civil ou commercial. Mais le GIE doit être immatriculé au registre du commerce, ce qui pose le problème de la présomption simple de la commercialité de la société. L'article 3 de l'ordonnance (art. L251-4 C. com.) dispose à ce sujet :

« Le groupement d'intérêt économique jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité à dater de son immatriculation au registre du commerce, sans que cette immatriculation emporte présomption de commercialité du groupement. »

Le GIE présente pour la personnalité morale plusieurs intérêts. Il est à l'origine de la constitution d'un registre du commerce ET des sociétés, registre étendu aux sociétés civiles et aux GIE. Il s'agit

160 Dans sa rédaction suite à la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990.

161 Décrets n°67-868 du 02/10/1967 sur la SCP de notaires ; n°69-763 du 24/07/1969 sur la SCP de commissaires-priseurs ; n°69-1056 du 20/11/1969 sur la SCP d'avocats ; n°69-1057 du 20/11/1969 sur la SCP d'avoués ; n°69-1274 du 31/12/1969 sur la SCP d'huissiers de justice ; n°71-688 du 11/08/1971 sur la SCP de greffiers de tribunal de commerce ; n°71-689 du 11/08/1971 sur SCP d'agréés ; n°72-698 du 26/07/1972 sur la SCP de conseils juridiques ; n°76-73 du 15/01/1976 sur la SCP de géomètres experts ; n°77-636 du 14/06/1977 sur la SCP de médecins ; n°77-1480 du 28/12/1977 sur la SCP d'architectes ; n°78-326 du 15/03/1978 sur la SCP de directeurs de laboratoires d'analyse médicale ; n°78-906 du 24/08/1978 sur la SCP de chirurgiens-dentistes ; n°79-949 du 09/11/1979 sur la SCP d'infirmiers ; n°79-885 du 11/10/1979 sur la SCP de vétérinaires ; n°81-509 du 12/05/1981 sur la SCP de masseurs kinésithérapeutes ; n°86-260 du 18/02/1986 sur la SCP de conseils en brevets d'invention ; n°86-636 du 14/03/1986 sur la SCP d'experts agricoles et fonciers et la SCP d'experts forestiers ; n°86-1176 du 05/11/1986 sur la SCP d'administrateurs judiciaires et sur la SCP de mandataires liquidateurs.

162 Ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967 relative aux GIE codifiée aujourd'hui dans le Code de commerce de 2000 aux articles L251-1 et sq.

163 Ce texte influença directement l'élaboration d'un texte européen qui aboutira au Règlement CEE n°2137-85 du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE).

ensuite du seul groupe de sociétés auquel la personnalité morale est reconnue. Les GIE (et à partir de 1985, les GEIE) sont les seules exceptions légales à ce jour en France. Enfin, il s'agit d'un groupement dont l'objet consiste à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres. Le GIE a donc une activité auxiliaire par rapport à celle de ses membres. Aussi, il s'agit d'une véritable structure de gestion d'une entreprise et non d'une société à proprement parler.

3.2.1.1.3.3. *La loi sur le mécénat (3.)*

La loi relative au développement du mécénat de 1987¹⁶⁴ est quant à elle celle qui exprime le mieux l'état supposé ou connu des connaissances du législateur sur la personnalité morale des sociétés en France. En effet, l'article 22 de la loi dispose :

« Des groupements d'intérêt public dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière peuvent être constitués entre deux ou plusieurs personnes morales de droit public ou de droit privé comportant au moins une personne morale de droit public. »

Jamais un article de loi n'avait proposé autant de fois les expressions « personne morale » ou « personnalité morale » dans la même phrase.

La conscience de la systématisation de la personnalité morale est telle que le législateur distingue personnalité morale de droit public et personnalité morale de droit privé. Le législateur admet la profonde unité de la personnalité morale des sociétés, mais entend diviser cette personnalité, comme le propose la doctrine, entre le droit public et le droit privé.

3.2.1.2. *Unternehmen an sich ou la conception moderne allemande de la personnalité morale (II.)*

Problématique. Une théorie juridique qui s'apparente à une philosophie est apparue sous le vocable « *Unternehmen an sich* » dont RIECHERS offre la synthèse la plus élaborée¹⁶⁵ au début du XXe siècle. Cette théorie est reprise ultérieurement par la République de Weimar, le IIIe *Reich* et la République fédérale d'Allemagne en ce qui concerne le droit des sociétés, et spécialement le droit des sociétés par actions allemandes (*Aktienrecht*).

Cette théorie, proposée par RATHENAU et HAUSSMANN, a reçu un écho particulier dans la législation allemande à la fin de la République de Weimar, entre 1928 et 1933. Cette théorie ne fut pas non plus

164 Loi n°87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat. Voir depuis lors la loi n°2003-709 du 1^{er} août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations.

165 RIECHERS, Arndt, *Das 'Unternehmen an sich' – Die Entwicklung eines Begriffes in der Aktienrechtsdiskussion des 20. Jahrhunderts*, Tübingen : JCB Mohr (Paul Siebeck), 1996, p. 3 et s. Voir également : RITTNER, Fritz, *Die werdende juristische Person*, Tübingen : JCB Mohr (Paul Siebeck), 1973, p. 281 et sq.

ignorée par les nazis jusqu'en 1945 et elle fut de nouveau au centre des débats depuis la Seconde Guerre mondiale.

Annnonce du plan. Par conséquent, après avoir mis en évidence l'origine doctrinale de cette théorie allemande (A.), nous verrons comment cette théorie s'est épanouie à l'époque de la République de Weimar (B.) et également depuis lors (C.) permettant ainsi de mieux comprendre pourquoi le droit allemand est tellement attaché au processus de codécision au sein de toutes les personnes morales en Allemagne.

3.2.1.2.1. L'origine doctrinale de la théorie (A.)

Position du problème. Le droit allemand s'est toujours passionné pour l'étude de la société anonyme de forme allemande (*Aktiengesellschaft*), même si la place que cette forme occupe dans le système juridique allemand a été obérée suite à l'adoption de la société à responsabilité limitée de forme allemande (*GmbH*) en 1892. Quoi qu'il en soit, s'est posée la question de savoir s'il fallait identifier l'entreprise (*Unternehmen*) à la société anonyme de forme allemande (*Aktiengesellschaft*) et s'il fallait superposer l'entreprise à la personne morale. Il est assez difficile de déterminer si la notion de reconnaissance de la *Aktiengesellschaft* comme personne morale a un lien avec cette théorie chez les partisans et les opposants de « *l'Unternehmen an sich* », car celle-ci est liée en partie au droit de vote majoritaire.

Annnonce du plan. Deux représentants de la doctrine allemande sont considérés comme étant à les fondateurs de la théorie de « *l'Unternehmen an sich* », il s'agit de RATHENAU (1.) et de HAUSSMANN (2.).

3.2.1.2.1.1. L'évocation par Walther Rathenau (1.)

RATHENAU écrit en 1917 un ouvrage intitulé *De la nature de l'action*¹⁶⁶ dans lequel il explique le passage de l'entreprise familiale à la grande entreprise. Il voit dans cette évolution une substitution de fond pour les entreprises en forme d'organes, d'affaire et de gestion.

Il énonce¹⁶⁷:

« Aujourd'hui, la grande entreprise n'est absolument plus une simple structure d'intérêts de droit privé, elle est bien davantage [...]. Il lui est possible de se développer au sens de l'économie générale, il est impensable qu'elle revienne au stade d'association relevant purement et simplement de l'économie privée ou qu'elle éclate en petites particules

166 RATHENAU, Walther, *Vom Aktienwesen – Eine geschäftliche Betrachtung*, Berlin : S. Fischer Verlag, 1918, p. 1 et sq.

167 RATHENAU, Walther, *Ibid.*, p. 38.

privées »¹⁶⁸

Et il poursuit¹⁶⁹ :

« On peut être d'avis différent sur le fait de savoir si des structures qui sont si étroitement liées, non seulement à l'économie générale de la nation mais même à l'existence de celle-ci, ne doivent pas se constituer en étant plus libres des conditions de l'économie privée, plus liées à celles de l'Etat ; mais, quelle que soit la forme que pourrait prendre un jour leur constitution, jamais plus leur nécessité vitale dans un sens qui transcende celui de l'économie privée ne pourra être contestée »¹⁷⁰

RATHENAU propose alors une conception de théorie économique qui vise à relancer rationnellement l'économie allemande des suites de la Grande Guerre¹⁷¹. En fait, sa conception a déjà été utilisée pendant la guerre parce qu'il sera chargé par le ministère de la Guerre prussien dès la mi-août 1914 du département des matières premières de guerre. Jusqu'en avril 1915 à cette fonction, RATHENAU n'aura de cesse d'encourager l'organisation fortement centralisée de l'ensemble de l'industrie allemande, ce qui lui vaudra d'être à l'origine d'un nouveau type de société, la société de guerre (*Kriegsgesellschaft*)¹⁷².

3.2.1.2.1.2. L'explicitation par Fritz Haussmann (2.)

HAUSSMANN est à l'origine de l'expression « *Unternehmen an sich* ». Dans un article publié au *Juristische Wochenschrift* le 17 décembre 1927¹⁷³, HAUSSMANN présente la société anonyme de forme allemande (*Aktiengesellschaft*) comme une *Unternehmen an sich*. Il donne deux significations distinctes à l'expression « *Unternehmen an sich* ».

D'un côté, il s'agit pour lui de critiquer la doctrine de RATHENAU. Selon lui, les mises en œuvre du principe de la majorité dans une assemblée générale d'une *Aktiengesellschaft* amènent par ce biais RATHENAU à favoriser la protection de *l'Unternehmen an sich* vis-à-vis de la majorité dans une assemblée générale¹⁷⁴. De l'autre, il prône le caractère institutionnel de *l'Aktiengesellschaft* et l'idée

168 *Die Großunternehmung ist heute überhaupt nicht mehr lediglich ein Gebilde privatrechtlicher Interessen, sie ist vielmehr [...]. Seine Fortbildung im gemeinwirtschaftlichen Sinne ist möglich, seine Rückbildung zur rein privatwirtschaftlichen Bindung oder seine Aufteilung in kleine Privatartikel ist undenkbar.*

169 RATHENAU, Walther, *op. cit.*, p. 40.

170 *Man kann verschiedener Meinung darüber sein, ob Gebilde, die in so enger Beziehung nicht nur zur nationalen Gesamtwirtschaft, sondern selbst zur nationalen Existenz stehen, nicht freier von privatwirtschaftlichen, belasteter mit staatlichen Bedingungen aufgerichtet sein sollen ; wie aber auch niemals ihre Verfassung sich gestalten sollte, ihre Lebensnotwendigkeit in einem höheren als privatwirtschaftlichen Sinne kann niemals mehr bestritten werden.*

171 RIECHERS, Arndt, *Das 'Unternehmen an sich' – Die Entwicklung eines Begriffes in der Aktienrechtsdiskussion des 20. Jahrhunderts*, Tübingen : JCB Mohr (Paul Siebeck), 1996, p. 12.

172 RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 13.

173 HAUSSMANN, *Aktienwesen und Aktienrecht* : JW 1927, p. 2953 – 2956 cité in RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 16.

174 RIECHERS, Arndt, *op. cit.*, p. 18.

d'autonomie dans lequel il voit une des formes fondamentales du droit moderne vivant des sociétés par actions. Une des idées essentielles de HAUSSMANN est de mettre l'accent sur la signification de l'aspiration au gain comme principe légal pour le système économique et, par conséquent, la distinction dans les *Aktiengesellschaften* capitalistiques entre celles reposant sur la seule transmission avec aspiration au taux de capitalisation et les *Aktiengesellschaften* sans cette aspiration mais étant au service de la communauté¹⁷⁵. En fait, il semble que cette seconde catégorie d'*Aktiengesellschaften* capitalistiques soit déjà reconnue en doctrine au XIXe siècle par Albert SCHÄFFLE¹⁷⁶ et Adolph WAGNER¹⁷⁷.

HAUSSMANN énonce à propos du caractère institutionnel de l'*Aktiengesellschaft*¹⁷⁸ :

« que les entreprises de droit privé exploitées sous forme de société par actions, en particulier les grandes entreprises, aient à prendre en compte l'importance et la situation qui sont les leurs dans la vie économique générale, et que la responsabilité des dirigeants de telles entreprises vis-à-vis de la communauté ne puisse qu'augmenter au fur et à mesure que croît l'entreprise »¹⁷⁹

Selon HAUSSMANN, l'intérêt de l'affaire se confond avec l'intérêt de la majorité des actionnaires¹⁸⁰.

Finalement, HAUSSMANN interprète l'idée de « *l'Unternehmen an sich* » dans le sens d'une transformation et d'un détournement du principe capitalistique incarné par l'*Aktiengesellschaft*¹⁸¹.

3.2.1.2.2. *L'épanouissement de la théorie à l'époque de la République de Weimar (B.)*

Situation de l'Allemagne après la Première Guerre mondiale. Suite à la Première Guerre mondiale, l'Allemagne subit une importante inflation économique – comme d'autres Etats européens – ce qui conduit les sociétés anonymes de forme allemande à proposer des actions de préférence (*Vorzugsaktien*) avec des droits de vote, plutôt que des droits au dividende¹⁸². Sur les marchés financiers se développe la pratique de la constitution de réserves cachées (*stille Reserven*). Les stipulations statutaires qui s'occupent du droit des assemblées générales, du niveau des

175 RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 17.

176 SCHÄFFLE, *Die Anwendbarkeit der verschiedenen Unternehmungsformen* : ZgesStW 25 (1869), p. 261 et sq. cité in RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 19.

177 WAGNER, *Das Actiengesellschaftswesen* : Schriften des Vereins für Socialpolitik 4 (1874), p. 51 et s. ,cité in RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 19.

178 HAUSSMANN, *Aktienwesen und Aktienrecht* : JW 1927, p. 2953 – 2956, cité in RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 20.

179 *daß die in Aktiengesellschaftform betriebenen privatwirtschaftlichen Unternehmungen, namentlich Großunternehmungen, auf ihre Bedeutung und Stellung im allgemeinen Wirtschaftsleben Rücksicht zu nehmen haben, und daß die Verantwortung der Leiter derartiger Unternehmungen der Allgemeinheit gegenüber mit dem Wachsen des Unternehmens eine steigende werden kann.*

180 RIECHERS, Arndt, *op. cit.*, p. 21.

181 RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 18.

182 RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 45.

amortissements et des réserves, ainsi que les charges des membres du conseil de surveillance (*Aufsichtsrat*) ou du directoire (*Vorstand*), présentent alors également des dispositions sur les réserves cachées¹⁸³, si bien que « les dispositions légales commencent à perdre de leur influence » y compris dans ces domaines¹⁸⁴.

Die wirtschaftsrechtliche Methode ou la méthode du droit économique. La vision des juristes sur les rapports économiques est alors dirigée par la méthode du droit économique.

Le résultat de cette méthode en droit des sociétés est de favoriser la théorie de « *l'Unternehmen an sich* ». L'idée d'une protection des affaires doit être regardée avec comme arrière-plan la méthode économique sur vingt années¹⁸⁵. HAUSSMANN attire l'attention sur les périls qui peuvent se cacher dans la méthode du droit économique. Cette méthode pousse à l'instrumentalisation du droit. En effet, on accepte la réalité trouvée dans le droit naturel et on ajuste le droit positif avec les besoins organisationnels de l'économie¹⁸⁶.

Le contenu et la fonction du droit de propriété. L'influence de la discussion sur « *l'Unternehmen an sich* » s'exerce à l'époque de la République de Weimar, à côté de la méthode du droit économique, par la notion du contenu et de la fonction du droit de propriété. Hans FEHR affirme à ce propos¹⁸⁷ :

« Quel est l'effet de la propriété, quel est son rayonnement en termes de forces et de relations, en termes d'énergies économiques et sociales, cela importe bien plus que de savoir à qui elle appartient et de quoi elle se compose »¹⁸⁸

Par conséquent, FEHR¹⁸⁹, mais aussi d'autres doctrinaires allemands comme Manfred BOTT-BODENHAUSEN¹⁹⁰ ou Oswald SPENGLER prônent non un droit statique mais un droit dynamique, évolutif.

L'acceptation de *l'Unternehmen an sich* par GIERKE. A partir des années 1920, un nombre important d'auteurs se positionne pour la théorie de *l'Unternehmen an sich* et ils se prévalent pour cela des idées de GIERKE. En procédant de cette manière, ces auteurs s'inscrivent dans une

183 RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 48.

184 RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 49.

185 RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 49.

186 RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 50.

187 FEHR, Hans, *Recht und Wirklichkeit*, Postdam, Zürich 1928, p. 117, cité in RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 52.

188 *Wie das Eigentum wirkt, was es für Kräfte und Beziehungen, für wirtschaftliche und soziale Energien ausstrahlt, ist unendlich viel wichtiger, als wem es gehört, und aus was es besteht.*

189 FEHR, Hans, *Das kommende Recht*, Berlin, Leipzig, 1933, p. 6 et s. cité in RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 52.

190 BOTT-BODENHAUSEN, Manfred, *Formatives und funktionales Recht in der gegenwärtigen Kulturkrise*, Berlin, 1926, p. 155, cité in RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 52.

continuité doctrinale. SCHLEGELBERGER s'inscrit clairement dans cette optique en 1930¹⁹¹, tout comme Firo MATSUDA en 1931¹⁹².

GIERKE prenait comme point de départ la personnalité indépendante des ensembles organisés. Sa conception – à savoir que la société licite et ordonnée serait un ensemble inhérent à l'entité réelle – s'exprimera dans les années 1920 de telle sorte que l'entreprise à plusieurs sera envisagée comme une entreprise grande et réelle. A partir de là se grefferont les problèmes d'actionnaires majoritaires ou minoritaires et la répartition des pouvoirs qui peut en conséquence être constatée dans l'entreprise et déjà appréhendée par FRANZ KLEIN¹⁹³. Ce dernier voit d'ailleurs dans l'évolution des sociétés anonymes de forme allemande l'œuvre de contraires inconciliables¹⁹⁴. Cela conduira Heinz HAYUM à affirmer plusieurs années plus tard¹⁹⁵ :

« Là où la majorité réalise, lors de sa décision et de son vote, l'idée fondamentale qui est à la base de la décision à la majorité, [...] la volonté d'unité [...] ne peut avoir d'autre objectif que de préserver les intérêts de la société »¹⁹⁶

Par conséquent, l'intérêt de la majorité se confond pour HAYUM avec l'intérêt social. Suivant l'enseignement de Hayum, FRANZ MARX distingue alors entre les intérêts de l'actionnaire individuel (*Individualinteressen*) et ceux de l'intérêt social (*Sozialinteressen*)¹⁹⁷. Il considère que la société anonyme de forme allemande décide à travers l'action de son intérêt particulier de la direction d'une opération¹⁹⁸. Cette position doctrinale repose sur le principe de la capacité juridique de ladite société.

L'épanouissement de l'*Unternehmen an sich* entre 1928 et 1933. Oskar NETTER fournit la position méthodologique fondamentale qui sert de point de départ pour l'étude de la théorie de l'*Unternehmen an sich* ; lorsqu'il écrit sur les problèmes de la vie du droit des sociétés par actions, il affirme ainsi¹⁹⁹ :

« Parler de droit nouveau, cela n'est possible que là où, et dans la mesure où, dans la conscience d'une époque donnée, ont cours des normes, où des jugements sur les relations d'homme à homme sont mis en œuvre dans la réglementation de l'ordre social et, de ce fait,

191 SCHLEGELBERGER, JW 1930, p. 3712, cité in Riechers, Arndt, *Ibid.*, p. 54.

192 F. MATSUDA, *Kollektivismus und Individualismus im Aktienrecht* : ZHR 96 (1931), p. 239 – 266, spéc. p. 251.

193 F. KLEIN, *Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft*, Wien : Manz, 1904, p. 42 et sq.

194 F. KLEIN, *Ibid.*, p. 54.

195 H. HAYUM, *Die Grenzen der Mehrheits Herrschaft in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft*, Diss. jur. Tübingen, 1927, p. 76.

196 *wo die Mehrheit bei ihrer Entscheidung und Abstimmung den Grundgedanken verwirklicht, der der Mehrheitsentscheidung überhaupt zugrunde liegt [...] den Einheitswillen, der nur darauf gehen kann, die Interessen der Gesellschaft zu wahren.*

197 MARX, Franz, *Die Bedeutung der Interessenkollision für das Aktienstimmrecht und die Rechtsgültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen*, Diss. jur. Heidelberg, 1927, p. 9.

198 MARX, Franz, *Ibid.*, p. 121 et sq.

199 NETTER, Oskar, *Probleme des lebenden Aktienrechts*, Berlin : Liebmann, 1929, p. 17.

deviennent réalité »²⁰⁰

Dans le cadre d'un hommage à Albert PINNER en 1932, NETTER exprime pleinement sa pensée. Le défaut d'une définition de la société anonyme de forme allemande dans la législation le pousse ainsi à considérer que la réalité du droit vivant émane de la socialisation des intérêts dans la forme juridique de cette forme de société²⁰¹.

Il constate que²⁰² :

« Si la société anonyme de forme allemande (AG) est une forme de ce capitalisme, il en découle nécessairement que le changement des formes d'organisation du système capitaliste doit se répercuter de façon déterminante dans la structure de l'AG²⁰³, cette forme de société à laquelle vont ses préférences. »

Comprenant que la pensée de RATHENAU a été mal interprétée par HAUSSMANN²⁰⁴, NETTER recherche une meilleure formulation²⁰⁵. C'est alors qu'il propose d'expliquer *l'Unternehmen an sich* de la manière suivante²⁰⁶ :

« L'intérêt commun ne dit donc rien d'autre que l'exercice des intérêts de l'ensemble des actionnaires à travers la direction et la majorité trouve son fondement juridique dans l'intérêt de l'entreprise. Que ce principe juridique doive aussi se répercuter pour l'exercice de l'intérêt de la majorité et que cela trouve aussi des fondements légaux et des limites dans l'intérêt de l'entreprise découle obligatoirement de ce principe »²⁰⁷

Pendant que NETTER consolide sa théorie de *l'Unternehmen an sich*, Edmund DELMONT prône un nouveau droit des sociétés par actions en Allemagne. Il prend appui sur une décision du *Reichsgericht* de 1927 opposant certains actionnaires minoritaires à la *Hamburg-Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft*²⁰⁸. Le *Reichsgericht* a décidé, dans cette affaire, le maintien d'une résolution d'augmentation de capital et a débouté les actionnaires minoritaires de leur demande. DELMONT adhère alors totalement à l'argumentation de RATHENAU et il interprète cette décision du *Reichsgericht* de la manière suivante : les droits de la minorité ont une participation limitée à la

200 *Von neuem Recht kann immer nur da und nur insoweit die Rede sein, als im Bewußtsein einer Zeit Normen gelten, Urteile über Beziehungen von Mensch zu Mensch in der Regelung der sozialen Ordnung wirken und damit Wirklichkeit sind.*

201 NETTER, Oskar, *Zur aktienrechtlichen Theorie des „Unternehmens an sich“*, Berlin : de Gruyter, 1932, p. 527.

202 NETTER, Oskar, *Ibid.*, p. 530.

203 *Ist die AG eine Gestaltungsform des Kapitalismus, so folgt daraus zwingend, daß der Wechsel der Gestaltungsformen des kapitalistischen Systems sich in der Struktur der ihm vorzugsweise dienenden Gesellschaftsform der AG entscheidend auswirken muß.*

204 NETTER, Oskar, *op. cit.*, p. 540.

205 NETTER, Oskar, *Ibid.*, p. 573 et sq.

206 NETTER, Oskar, *Ibid.*, p. 579.

207 *Das Gesamtinteresse besagt also nichts anderes, als daß die Geltendmachung der Interessen der Gesamtheit der Aktionäre durch die Verwaltung und Mehrheit die rechtliche Grundlage findet im Interesse des Unternehmens. Daß dieses Rechtsprinzip sich darnach auch auswirken muß für die Geltendmachung des Interesses der Mehrheit und daß dieses auch in dem Interesse des Unternehmens die Rechtsgrundlage und Grenze findet, folgt zwangsläufig aus diesem Prinzip.*

208 RGZ, 119, p. 248 (décembre 1927) ; JW 1928, p. 625.

formation de la volonté de la société toute entière²⁰⁹.

Herbert LANDSBERGER, quant à lui, considère que la société anonyme de forme allemande, véritable grande entreprise, exerce dans la grande machine de l'économie nationale allemande une fonction essentielle. L'intérêt de *l'Unternehmen an sich* englobe aussi l'intérêt commun des propriétaires²¹⁰.

Karl GEILER apprécie *l'Unternehmen an sich* comme principe directeur au sens d'une autonomisation de l'entreprise par rapport à ses actionnaires²¹¹. Dans le même ordre d'idée, Ludwig H. SCHMIDTS affirme que le profit revient en premier lieu à l'entreprise elle-même, non aux actionnaires de celle-ci²¹².

Pour Firo MATSUDA, la société anonyme de forme allemande est un être disposant d'un intérêt propre, d'une activité professionnelle et d'une volonté propre, parce que la AG est, justement, une personne morale. En ce sens, MATSUDA se situe totalement dans la suite de GIERKE et il voudrait bien étendre aux sociétés anonymes de forme allemande la théorie dégagée par GIERKE à propos des sociétés coopératives²¹³. Selon lui, l'action (*die Aktie*) incarne seulement une prétention vis-à-vis de la société anonyme de forme allemande et aucun droit en qualité d'actionnaire. Par conséquent, MATSUDA distingue l'action de l'obligation de la manière suivante²¹⁴ :

« L'action est une créance vis-à-vis de l'AG dans la même société, pendant que l'obligation est une créance vis-à-vis de l'AG en dehors de la même société »²¹⁵

Aussi, selon lui, les titulaires des actions ou des obligations sont en situation de créancier par rapport à la société, mais la justification de leurs créances est différente.

Conclusion (3.2.1.2.2.). La République de Weimar n'est pas restée insensible à cet important mouvement doctrinal lancé par RATHENAU. Même si une commission, instituée après la 34^e journée des juristes allemands à Cologne et ayant pour objet de proposer des réformes en droit des sociétés par actions, s'en défend, cette commission suit la doctrine de *l'Unternehmen an sich* lorsqu'elle propose de modifier le §252 HGB concernant, en 1928, le droit de vote dans la AG²¹⁶.

L'association des avocats allemands (*der Deutsche Anwaltsverein*), lorsqu'elle devra se prononcer auprès du ministère impérial de la Justice (*Reichsjustizministerium*) sur le projet de réforme en

209 RIECHERS, Arndt, *op. cit.*, p. 80 et sq.

210 LANDSBERGER, Herbert, *Das Rechtsgedanke des „Unternehmen an sich“ und das neue Aktienrecht* : ZBH 1932, p. 79 – 89, spéc. p. 84.

211 RIECHERS, Arndt, *op. cit.*, p. 88.

212 SCHMIDTS, *Gehört der Gewinn dem Aktionär oder Unternehmen?* : ZBH 1927, p. 393.

213 F. MATSUDA, *Kollektivismus und Individualismus im Aktienrecht* : ZHR 96 (1931), p. 251.

214 F. MATSUDA, *Idid.*, p. 260.

215 *Die 'Aktie' ist eine Forderung gegenüber der Aktiengesellschaft innerhalb derselben, während die Obligation... eine Forderung gegenüber der Aktiengesellschaft außerhalb derselben ist.*

216 RIECHERS, Arndt, *op. cit.*, p. 98.

question, donnera son accord unanime pour *l'Unternehmen an sich*.

Face à ces sollicitations, le *Reichsjustizministerium* ne restera pas insensible. Selon lui, les actionnaires doivent désormais comprendre qu'une AG moderne n'est pas seulement une forme juridique pour la recherche du bénéfice, mais qu'elle doit aussi, à divers degrés, bénéficier aux intérêts communs du peuple allemand²¹⁷.

Dans ces circonstances, la jurisprudence aussi évolue, et ce dès la réforme de 1884 sur les sociétés par actions. C'est ainsi que, déjà en 1908, dans la décision *Hibernia*, le *Reichsgericht* énonce dans cet arrêt de principe que la majorité de l'actionnariat détermine la gestion de la société et, par conséquent, ce qui est à faire et à autoriser dans l'intérêt de la société et des actionnaires²¹⁸. Un mois après cette décision, une autre décision du *Reichsgericht* précise que la majorité des actionnaires ne peut agir en bravant les convenances par une prise de décision au détriment de la société ou au détriment de la minorité²¹⁹. Cette décision sera d'ailleurs confirmée ultérieurement dans la jurisprudence allemande²²⁰.

3.2.1.2.3. Les répercussions de la théorie depuis la République de Weimar (C.)

Annnonce du plan. Des répercussions de la théorie de *l'Unternehmen an sich* existent à l'époque de l'Allemagne nazie (1.) et également depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale (2.).

3.2.1.2.3.1. A l'époque du national-socialisme (1.)

Les décisions de justice seront directement influencées par la doctrine nazie relative à l'idée commune. Le devoir de loyauté des entreprises désigne les frontières entre l'action de la majorité²²¹ et celle de l'actionnaire individuel²²². La doctrine de *l'Unternehmen an sich* sera directement critiquée par Johannes CD ZAHN comme étant devenue, en dernier lieu, en droit privé une émanation de la science marxiste qu'il faudrait combattre²²³.

Dans le même temps, une nouvelle institution, l'Académie pour le droit allemand (*die Akademie für Deutsches Recht*) aura, à peine six mois après sa constitution, la mission suivante²²⁴ :

217 RIECHERS, Arndt, *Ibid.*, p. 102.

218 RGZ 68, 235, 346 (1908; I Sen.).

219 RGZ 68, 314, 317 (1908, II Sen.).

220 RGZ 80, 385, 390 et s. (1912) ; RGZ 81, 37 et s. (1912) ; RGJW 1916, 575 et s. ; RGZ 107, 72, 75 et s. (1923) ; RGZ, 107, 202, 204 et s. (1923, V Sen.) ; RGZ 112, 14, 17 et s. (1925) ; RGZ 113, 6, 16 (1926) ; RGJW 1927, 2986, 2989 ; RGZ 119, 97, 104 et s. (1927) ; RGZ, 119, 248, 256 et s. (1927) ; RGZ, 142, 219, 221 et s. (1933).

221 RGZ 142, 219, 221 (1933) ; RGZ 146, 71, 76 (1934).

222 RGZ 146, 385, 395 (1935).

223 ZAHN, Johannes CD, *Wirtschaftsführertum und Vertragsethik im neuen Aktienrecht*, Berlin, Leipzig, 1934, p. 39 et s.

224 Discours du *Reichsjustizkommissar* Hans FRANK lors de la réunion inaugurale le 26 juin 1933 (Annuaire de l'Académie pour le droit allemand : 1 (1933), p. 7) cité in RIECHERS, Arndt, *op. cit.*, p. 162.

« Préparer le renouvellement du droit allemand au sens de l'idéologie nationale-socialiste d'après les principes de la méthode scientifique rigoureuse »²²⁵

En ce qui concerne les sociétés par actions, la réalisation du programme national-socialiste donnera lieu à la production de deux rapports successifs par cette Académie²²⁶. Dans le premier rapport, l'exigence nationale-socialiste pour une personnification de *l'Aktiengesellschaft* sera repoussée comme étant irréalisable. Le second rapport, quant à lui, n'amène aucune innovation essentielle et il reste réservé sur la terminologie nationale-socialiste, à quelques détails près. Ceci conduit Hans HEISER à considérer qu'il ne peut résulter de ces deux rapports que l'ajournement de la mise en place d'un complet nouveau droit des sociétés. Le rapport négatif est, d'après HEISER, marqué par le principe conservateur et le principe de la préservation de *l'Unternehmen an sich*²²⁷.

En conséquence, lorsque, l'été 1935, le projet du *Reichsjustizministerium* sur un *Aktiengesetz* est présenté, on s'appuie sur la discussion de l'époque de la République de Weimar, sur les réformes de 1931²²⁸ et sur les travaux de l'Académie qui ont conduit à un rejet dans le rapport de 1935²²⁹. Malgré tout, lorsque le nouvel *Aktiengesetz* entrera en vigueur, la discussion sur *l'Unternehmen an sich* cessera.

3.2.1.2.3.2. Depuis la Seconde Guerre mondiale (2.)

Après 1945, la notion de *l'Unternehmen an sich* réapparaît dans un contexte différent. L'enseignement de *l'Unternehmen an sich* a, dans un premier temps, assimilé l'intérêt de l'entreprise à l'intérêt de la société commerciale, puis il a ensuite légitimé l'intérêt individuel et l'intérêt de la majorité des actionnaires par rapport à l'intérêt commun.

La discussion sur les statuts de l'entreprise conduit Kurt BALLERSTEDT à considérer que la construction d'une entreprise en tant que telle (*Unternehmen als solches*) est illicite et que l'actionnaire n'est plus suffisant. Il faut permettre aux salariés d'intervenir dans la gestion de l'entreprise. Cette discussion sur la question de la cogestion (*Mitbestimmung*) conduit à la légitimer par l'intermédiaire de la notion de *l'Unternehmen an sich*. Erich POTTHOFF constate que la grande

225 *Die Erneuerung des Deutschen Rechts im Sinne der nationalsozialistischen Weltanschauung nach den Grundsätzen strenger wissenschaftlicher Methode vorzubereiten.*

226 Le 1er rapport est d'avril 1934 (ZakDR 1934, p. 20 – 34). Le second rapport est de juin 1935 (ZakDR 1935, p. 247 – 260).

227 HEISER, Hans, *Der praktische Betriebswirt 1935*, p. 578 et sq.

228 Il s'agit des deux *Notverordnungen*, l'une datant du 19.9.1931 (*RGBl. I S. 493*), l'autre du 6.10.1931 (*RGBl. I S. 537*).

229 Cet état de fait conduit la doctrine allemande à considérer que l'*Aktiengesetz* de 1937 ne peut être considéré comme une loi à proprement parler nazie et justifie finalement son maintien jusqu'à l'*Aktiengesetz* de 1965. Voir SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München : Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 763 ; également, RIECHERS, Arndt, *op. cit.*, p. 166 et sq.

AG est – de fait – devenue une *Unternehmen an sich* et les lois sur la cogestion sont des mesures adaptées à cette transformation sociologique de l'économie et de la société dans l'Allemagne moderne²³⁰.

Finalement, Rudolf WIETHÖLER a écrit à propos de la théorie de « *l'Unternehmen an sich* » que cette idéologie tient lieu d'analyse exacte que l'économie exige²³¹. Il sert ainsi de pont entre le droit et l'économie.

Conclusion du premier paragraphe (3.2.1). La doctrine de « *l'Unternehmen an sich* » permet de montrer que le droit allemand ne se préoccupe plus seulement de la personnalité morale des sociétés, mais qu'il cherche à donner un sens à la constitution de certaines formes de sociétés, spécialement les sociétés anonymes de forme allemande (*Aktiengesellschaften*). Par voie de conséquence, le droit allemand est prêt très précocement à admettre qu'il existe quelque chose d'autre que la personnalité juridique qui peut justifier l'usage de certaines formes de société. Par ce biais, il est alors possible d'admettre que le droit allemand est le plus à même de comprendre et d'accepter l'existence d'une nouvelle catégorie de sociétés, la catégorie des quasi-personnes morales²³².

3.2.2. L'attitude anglaise face à ces théories doctrinales (§2.)

Problématique. En Angleterre, d'après NASMITH, en 1875, les personnes peuvent se répartir en trois classes : d'une part, le souverain, les sujets ou les étrangers, d'autre part, la majesté, les nobles ou les non nobles et, enfin, l'individu (*individual*) et la personne morale (*corporate*)²³³. Il regroupe alors les êtres humains et les personnes morales dans une seule et même classe.

Quoi qu'il en soit, le droit anglais dispose des droits anglo-saxons pour vivifier son propre droit et le juge anglais multiplie les comparaisons entre le droit anglais et, par exemple, le droit australien pour analyser une difficulté juridique dans le droit anglais²³⁴. Si le droit anglais a intégré les enseignements de MAITLAND²³⁵ sur le droit allemand, le droit anglais semble être resté, dans ce contexte, en retrait, et seules les doctrines de LASKI et du managérialisme ont influencé durablement

230 POTTHOFF, Erich, *Die „Große“ Aktiengesellschaft*, WWI-Mitteilungen, 1954, p. 99.

231 WIETHÖLER, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft*, 1961, p. 38, cité in RIECHERS, Arndt, *Das „Unternehmen an sich“ – Die Entwicklung eines Begriffes in der Aktienrechtsdiskussion des 20. Jahrhunderts*, Tübingen : JCB Mohr (Paul Siebeck), 1996, p. 1.

232 Voir *infra*.

233 NASMITH, David, *The Institutes of English Private Law Embracing an outline of the Substantive Branch of the Law of Persons and Things*, Book 1, London : Butterworths, 1875, p. 38.

234 Cette méthode est particulièrement vraie dans le droit du *partnership* et elle conduit l'ouvrage de MORSE à y faire expressément référence. Source : MORSE, Geoffrey, *Partnership law*, 6. ed., OUP 2006, *Table of cases*.

235 A. LEWIS & M. LOBBAN, *Law and History – Law, History and the Social Sciences: Intellectual Traditions of Late nineteenth- and early twentieth-century Europe*, par Joshua GETZLER, OUP, 2003, p. 215-263, spéc. p. 242 et sq.

la façon dont les anglais conçoivent les entreprises et, spécialement, les personnes morales des sociétés.

Annnonce du plan. Par conséquent, après une étude de la théorie doctrinale de LASKI (I.), nous analyserons plus spécialement la théorie révolutionnaire anglo-saxonne du managérialisme (II.).

3.2.2.1. *La doctrine de Laski (I.)*

Position du problème et annonce du plan. Comme nous avons pu le remarquer, les théories doctrinales allemandes concernant la personnalité morale ont reçu un écho important en France avec l'aide de SALEILLES. Cependant, en Angleterre, même si ces théories ont traversé la Manche²³⁶, le droit anglais, comme à son habitude, s'est reposé sur la jurisprudence pour établir son propre système juridique. Il faut toutefois noter les importantes publications à ce propos de Harold J. LASKI, professeur anglais enseignant à l'Université de Harvard. Après avoir analysé les deux publications de LASKI (A.), nous en déduirons les répercussions sur le droit anglais (B.).

3.2.2.1.1. *Les deux publications de Laski (A.)*

LASKI publie deux documents relatifs à la personnalité morale. Si la première publication est marquante sur la personnalité morale (1.), la seconde publication contribue à mieux comprendre l'originalité de sa vision doctrinale (2.).

3.2.2.1.1.1. *Une première publication marquante sur la personnalité morale (1.)*

Dans un document intitulé *The personality of association*²³⁷, LASKI affirme que nos actions sur les choses sont faites parce que nous sentons dans ces choses le sang rouge de la personne vivante²³⁸. La personne morale est une création de l'Etat dans lequel elle existe et LASKI poursuit²³⁹ :

« La personne morale est une création de l'Etat²⁴⁰. Sa volonté est une volonté déléguée ; son

236 F. W. MAITLAND est notamment à l'origine de la traduction en anglais de l'ouvrage de GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* dans *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, 1900, cité in Ben PETTET, *Company Law*, 2nd ed., Pearson Education Limited, Essex 2005, p. 48 et reproduit dans Cambridge Texts in the History of Political Thought series, F. W. MAITLAND, *State, Trust and Corporation*, edited by D. RUNCIMAN and M. RYAN, CUP 2003, p. 1 – 6 ; LASKI, Harold J., *Early History of the Corporation in England*, 30 Harvard Law Review 561 (1916-1917), p. 561.

237 LASKI, *The personality of associations* : 29 Harvard Law Review 404 (1915-1916).

238 LASKI, *Ibid.*, p. 405.

239 LASKI, *Ibid.*, p. 406.

240 I. e. ils acceptent la théorie de la concession. Qu'ils aient accepté la théorie de la fiction "fiction theory" est contredit par Sir F. POLLOCK in the Law Quart. Rev. de 1911.

objet n'existe seulement que parce qu'il a une reconnaissance sécurisée. Et ainsi les juristes tendront à reconnaître que la personne morale est invisible et abstraite²⁴¹. Elle n'a pas de vouloir au sens humain du terme. Comme un juge américain l'a dit²⁴² : « elle ne peut pas manger ou boire ou porter des vêtements ou vivre dans une maison ». Marshall, CJ a dit quant à lui que²⁴³ : « C'est un être artificiel, invisible, intangible et existant seulement en prévision de la loi »... Il ajoute : « c'est précisément l'objet de l'acte d'*incorporation* ». Best CJ a dit en 1828²⁴⁴ : "les personnes qui, sans la sanction de la législation, présument agir comme une personne morale, sont responsables d'outrage au Roi par usurpation de ses prérogatives" »²⁴⁵

Il réaffirmera cette position quelques mois plus tard en énonçant²⁴⁶ :

« Mais où les hommes se rencontrent pour manger et boire, et parfois même prier, ces habiletés requises semblent difficilement pouvoir être attribuées à l'existence d'une personne morale »²⁴⁷

Puis il continue²⁴⁸ :

« En tout premier lieu, il est de ce fait admis que la personne morale n'est pas capable de ressentir. Elle est seulement un moyen de traiter certains droits qui pourront faire l'objet d'une protection par les tribunaux »²⁴⁹

Aussi, dans un premier temps, les juges anglais ont cherché à personnifier au maximum la personne morale par une réelle recherche d'anthropomorphisme sans pour autant aller jusqu'à l'assimiler complètement à une personne physique. Ainsi, par exemple, une décision anglaise de 2011 décide qu'une personne morale ne peut pas être mise en prison²⁵⁰.

3.2.2.1.1.2. Une seconde publication de Laski encore plus précise.(2.)

LASKI, dans une seconde publication, est encore plus précis sur la façon dont il considère que la

241 *Sutton's Hospital Case*, 10 Co. 13 (1612).

242 *Darlington v Mayor, etc. of New York*, 31 NY 164, 197 (1865).

243 *Dartmouth College v Woodward*, 4 Wheat. (US) 518, 636 (1819).

244 *Duvergier v Fellows* (1828) 5 Bing. 248, 268.

245 *The corporation is the creature of the state. Its will is a delegated will; its purpose exists only because it has secured recognition. And, so the lawyers will tend to imply, it is in truth a fictitious thing. Persons, they know well enough, are human beings; the corporation is invisible and in abstracto. It has no human wants. "It cannot," so an American judge has said, "eat or drink, or wear clothing, or live in houses". [...] "It is," said Marshall, CJ, "an artificial being, invisible, intangible and existing only in contemplation of law" ... "it is precisely," he says again, "what the act of incorporation makes it." "Persons," said Best, CJ, in 1828, "who, without the sanction of the legislature, presume to act as a corporation, are guilty of a contempt of the King, by usurping on his prerogative."*

246 LASKI, Harold J., *Early History of the Corporation in England* : 30 Harvard Law Review 561 (1916-1917), p.562.

247 *But where men meet to eat and drink and, maybe, to pray, the subtleties involved in corporate existence hardly seem to emerge.*

248 LASKI, *The personality of associations, op. cit.*, p. 414.

249 *It is, in the first place, assumed ipso facto that the corporation has no mind to feel. It is no more than a way of dealing with certain rights in property in such a way that they can be conveniently protected by the courts.*

250 *Masri v Consolidated Contractors International Co SAL* [2011] EWCA Civ 898, [2012] 1 WLR 223.

personnalité est reçue et acceptée en Angleterre²⁵¹. Il considère que malgré les travaux de MAITLAND²⁵² :

« Une histoire de la théorie de l'Etat anglais est encore à écrire. Nous avons à déterminer en détail les lignes directrices [...] de sa relation avec les groupements dont ils sont si prodigues »²⁵³

Par conséquent, LASKI considère que les travaux élaborés par la doctrine allemande et, par ricochet, par les doctrines française et anglaise, n'ont pas été pour l'instant suffisants pour expliquer la complexité des sociétés.

S'il concentre d'abord ses propos sur les subdivisions de l'Etat et sur l'église anglicane, LASKI évoque ensuite la question des *partnerships* et, surtout, des *companies*.

Il propose ainsi d'expliquer les privilèges accordés aux *companies* parce que la plupart d'entre elles font des affaires commerciales avec des marchés étrangers et qu'elles séjournent dans des pays lointains et dangereux²⁵⁴.

Il comprend aussi la contrepartie de l'acquisition de la personnalité morale de la manière suivante²⁵⁵ :

« Si une société devient une personne morale complètement développée, elle reste dépendante du caprice royal. Le roi concède ses privilèges. [...] Nous ne pouvons ignorer que le pouvoir de l'*incorporation* n'est rien d'autre qu'une partie de la prérogative générale par laquelle de vastes pouvoirs de régulation appartiennent au roi »²⁵⁶

LASKI réaffirme alors que la personnalité juridique reste fondamentalement une concession de l'Etat et, en particulier pour l'Angleterre, une concession royale. Pour autant, il prend conscience que la personne morale est finalement admise par la loi quand il énonce²⁵⁷ :

« Une société est invisible, immortelle et elle ne demeure seulement que suivant ce que requiert la loi et suivant les prescriptions de la loi »²⁵⁸

Quoi qu'il en soit, LASKI semble finalement être plus proche de la théorie de la fiction que de celle de la réalité en reconnaissant à la fin de son propos que MAITLAND est sans aucun doute l'un des plus grands juriste anglais par l'accomplissement de sa traduction en anglais des travaux de GIERKE²⁵⁹. Surtout, il donne à la loi dans le domaine de la personnalité morale une place inédite dans

251 LASKI, Harold J., *Early History of the Corporation in England* : 30 Harvard Law Review 561 (1916-1917).

252 LASKI, Harold J., *Ibid.*, p. 561 et 562.

253 *A history of English state theory has still to be written. We have still to work out in detail the lines [...] of its relation to those groups of which they were so dramatically prodigal.*

254 LASKI, Harold J., *op. cit.*, p. 581.

255 LASKI, Harold J., *Ibid.*, p. 584 et 585.

256 *If the corporation becomes a fully developed legal person, it is still dependent upon royal caprice. The king concedes it privileges. [...] We cannot avoid the conclusion that the power to incorporate is no more than part of the general prerogative by which vast powers of regulation inhered in the king.*

257 LASKI, Harold J., *op. cit.*, p. 587.

258 *A corporation aggregate of many is invisible, immortal, and rests only in intendment and consideration of the law.*

259 LASKI, Harold J., *op. cit.*, p. 588.

l'ordonnement des sources du droit en Angleterre.

3.2.2.1.2. Les répercussions de la vision de Laski sur le droit anglais (B.)

Le juge DENNING LJ continuera cette tradition en énonçant dans l'affaire *H. L. Bolton (Engineering) Co. Ltd v T. J. Graham & Son Ltd* (1956)²⁶⁰ :

« Une *company* peut être de plusieurs manières comparée à un corps humain. Elle a un cerveau et un centre nerveux qui contrôle ce qu'elle fait. Elle a également des mains tenant les outils et l'action en accord avec les directions provenant du centre nerveux. Certaines des personnes dans la *company* sont de simples préposés et représentants qui n'ont rien de plus que les mains pour faire le travail et qui ne peuvent être qualifiés de pensée directrice et de volonté de la *company*. Il en est autrement des *directors* et des *managers* qui représentent la pensée directrice et la volonté de la *company* et contrôlent ce qu'elle fait. L'état de pensée de ces *managers* est l'état de pensée de la *company* et est traité comme tel par la loi »²⁶¹

Faisant preuve de pragmatisme, la doctrine anglaise, après avoir assimilé les deux théories principales, à savoir la théorie de la fiction et la théorie de la réalité, admet finalement qu'il ne faut pas les voir comme deux théories séparées et distinctes. Des liens très étroits sont établis entre, d'une part, la théorie de la fiction et la théorie de la concession et, d'autre part, la théorie de la réalité et la théorie contractuelle de la constitution d'une personne morale.

DEWEY admet même en 1926 que cette controverse doctrinale a été utilisée essentiellement pour servir des fins opposées²⁶². Finalement, une personne morale n'est pas une personne physique, et la capacité pour une personne morale d'entrer dans une relation juridique est limitée par le fait que cette entité n'est pas et ne sera jamais une personne humaine²⁶³.

3.2.2.2. Le managérialisme (II.)

Sentant que la controverse doctrinale d'origine allemande entre les théories de la fictivité et les théories de la réalité de la personnalité morale ne pouvait se résoudre efficacement, BERLE et MEANS

²⁶⁰ *H. L. Bolton (Engineering) Co. Ltd v T. J. Graham & Son Ltd* [1956] 3 WLR 804 at 813, CA.

²⁶¹ *A company may in many ways be likened to a human body. It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people in the company are mere servants and agents who are nothing more than hands to do the work and cannot be said to represent the mind or will. Others are directors and managers who represent the directing mind and will of the company, and control what it does. The state of mind of these managers is the state of mind of the company and is treated by the law as such.*

²⁶² J. DEWEY, *The Historic Background of Corporate Legal Personality*, 35 Yale LJ 655 (1926), p. 671.

²⁶³ Une personne morale ne peut conduire un camion (*Richmond London Borough Council v Pinn and Wheeler Ltd* [1989] RTR 354), ressentir de la douleur (*Collins Stewart Ltd v Financial Times Ltd* [2005] EWHC 262 (QB), [2006] EMLR 5) ou être mis en prison (*Masri v Consolidated Contractors International Co SAL* [2011] EWCA Civ 898, [2012] 1 WLR 223).

publient en 1932 un ouvrage qui changera définitivement l'angle d'attaque de l'école doctrinale en droit des sociétés américaines, mais aussi anglaises²⁶⁴. Après une analyse de cette théorie doctrinale (A.), nous montrerons la manière dont cette doctrine sera critiquée (B.) avant d'en montrer l'influence sur la levée du voile sociale notamment en France (C.).

3.2.2.2.1. Analyse de la théorie du managérialisme (A.)

BERLE et MEANS considèrent que le contrôle de la *company* réside dans les mains de l'individu ou du groupe qui a le pouvoir de choisir les membres du *board of directors* et ils identifient cinq types de contrôle.

Le premier contrôle s'exerce à travers une possession quasi complète. Dans ce cadre, la *company* peut facilement être décrite comme une structure privée.

Le deuxième contrôle est le contrôle majoritaire. C'est ce contrôle qui permet en général de choisir les membres du *board of directors*.

Le troisième contrôle provient du contrôle des aménagements légaux sans possession majoritaire.

Le quatrième contrôle est le contrôle minoritaire.

Le cinquième et dernier contrôle est le contrôle managérial. Dans le contrôle managérial, la possession est si largement distribuée qu'aucun individu ou groupe d'individus n'a un intérêt suffisamment large pour dominer les affaires internes de la *company*.

Cette solution est finalement un moyen habile d'atomiser le risque de responsabilité pénale de la personne morale apparu précocement dans le monde anglo-saxon, parce qu'il sera alors difficile d'attribuer la responsabilité pénale à un *director* qui aura délégué une partie de ses pouvoirs à plusieurs *managers*.

3.2.2.2.2. Critiques du managérialisme (B.)

Même si des études postérieures ont critiqué la méthode et les définitions empiriques tout comme le manque de raffinement²⁶⁵, l'essence de la théorie de BERLE et MEANS demeure un élément central de la théorie du droit des sociétés dans le monde anglo-saxon²⁶⁶. Le *manager* est devenu l'un des *officers* de la *company* et il est responsable au même titre que les *directors* ou que les *joint secretaries* de toute infraction pénale commise dans le cadre de l'exécution du contrat de société en

264 A. BERLE and G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York : Macmillan, 1932, p. 6.

265 E. HERMAN, *Corporate Control, Corporate Power*, New-York, CUP 1981, p. 11 – 14.

266 Ben PETTET, *Company Law*, 2nd ed., Pearson Education Limited, Essex 2005, p. 51 – 53.

Angleterre²⁶⁷. Les lois anglaises n'hésitent ainsi plus à citer explicitement les *managers* comme pouvant être pénalement responsables des infractions commises par la société²⁶⁸.

3.2.2.2.3. Influence du managérialisme sur la levée du voile social et son application en droit français (C.)

En 1975, JENKINS résume assez bien le point de vue anglais en abordant la question de la responsabilité limitée des personnes morales à travers l'image de « la levée du voile social »²⁶⁹ :

« La pratique de la levée du voile social dans les sociétés modernes semble être regardée comme un signe que la personnalité morale est une fiction. Ce point de vue est fortement logique : si la personnalité morale d'une société était une fiction, il n'y aurait aucun voile à lever, la responsabilité de la société doit être la responsabilité des associés de celle-ci et la responsabilité limitée doit être une illusion. C'est précisément parce que la personnalité morale des sociétés est réelle que des opérations particulières doivent être faites pour lever le voile de la personnalité morale lorsqu'il dissimule les mauvaises actions d'un associés de la société ou d'un des dirigeants »²⁷⁰

Par conséquent, pour JENKINS, la théorie du managérialisme peut se trouver directement liée à la pratique de la levée du voile social puisqu'elle peut mettre en avant les travers de certains dirigeants.

Il convient alors de préciser parallèlement ce que recoupe la notion de « voile social » en France²⁷¹. Le droit français distingue entre une levée légale du « voile social » et une levée jurisprudentielle du « voile social ».

En ce qui concerne la levée légale du « voile social », le droit français utilise les notions juridiques du dol et de l'action paulienne.

En premier lieu, le dol se réfère à une fraude pour laquelle une des parties sait pertinemment qu'elle s'engage dans une action illégale et qu'elle trompe l'autre partie, par des manœuvres ou des imprécisions, au moment de la formation du contrat.

267 Le *Schedule 24* du *Companies Act 1985* recense ainsi un nombre impressionnant de sanctions pénales touchant les *officers* de la *company*. Pour rassurer les investisseurs, le *Companies Act 2006* ne présente plus une annexe contenant une telle collation de sanctions pénales. Il faudra maintenant lire le corps du texte de la loi anglaise modifiée par de futurs *statutory instruments*, sans plus aucun renvoi à une annexe.

268 A titre d'exemple, le *Companies Act 2006* décide explicitement que toute infraction faisant référence à un *officer* renvoie nécessairement aux notions de *director*, *manager* ou *secretary* : *CA 2006, s. 1121(2)*.

269 Dafydd JENKINS, *Skinning the pantomime horse: Two early cases on limited liability*, 34 *Cambridge L.J.* 308 (1975), p. 308.

270 *The practice of « lifting the veil » from the modern company seems at times to be regarded as a sign that corporate personality is a fiction. This view is hardly logical: if the personality of the company were a fiction, there would be no veil to lift, the liability of the company must be the liability of the members, and limited liability must be an illusion. It is precisely because the legal personality of the company is real that special arrangements must be made for lifting the veil of this personality when it conceals the wrongdoing of a member or director.*

271 Le droit anglais décide finalement d'ignorer la personnalité morale de la *company* autant de fois que la justice le requiert : *Ratiu v Conway* [2005] *EWCA Civ.* 1302, *LTJ* 8/11/2005, *CA per SEDLEY LJ*.

Le Code civil de 1804 contenait déjà les dispositions suivantes :

« Article 1109²⁷² : Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

Article 1116²⁷³ : Le dol est une des causes de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas, et doit être prouvé. »

Le dol constitue un des vices du consentement. Cette catégorie de fraude trouve son application en droit des sociétés lorsqu'une personne morale a été constituée pour permettre à un individu ou à une autre société de ne plus répondre de certaines obligations contractuelles²⁷⁴ ou pour nuire à des créanciers²⁷⁵ comme, par exemple, à l'administration fiscale.

En second lieu, à côté du dol se trouve l'action paulienne qui trouve son fondement dans l'article 1167 du Code civil de 1804, toujours en vigueur :

« [Les créanciers] peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits »

En pratique, cette action intervient lorsqu'il y a un débiteur qui a des actifs insuffisants et un créancier qui n'a pas intérêt à exécuter ses obligations dans la convention conclue avec le débiteur. En déclenchant une action paulienne, le créancier peut s'exonérer de toute obligation, même s'il a engagé des négociations en sachant que le débiteur était insolvable.

Parallèlement à ces levées légales du voile social, il existe des levées jurisprudentielles du voile social. A côté de la recherche d'une confusion de patrimoine²⁷⁶, les juges ont autorisé une action dite en déclaration de simulation.

La simulation trouve à s'appliquer quand une société a intentionnellement omis de révéler le véritable objet du contrat ou de la situation légale. Dans ce cas, les juridictions permettent aux parties et aux tiers de se fonder sur ce qu'ils pensent que la situation devait être.

Le Code civil ne contient pas de dispositions expresses sur la simulation. Tout au plus, l'article 1321 du Code civil dispose que « les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes et qu'elles n'ont point d'effet contre les tiers ».

272 Code civil des Français 1804, édition du bicentenaire 1804-2004, Dalloz 2004, p. 270.

273 Code civil des Français 1804, *Ibid.*, p. 271.

274 Cass. com., 4 mai 1993 : RTD civ. 1994, p. 93 obs. MESTRE.

275 Cass. com., 2 juin 1981 : Bull. 1981 IV n°259 ; Cass. com., 8 nov. 1983 : Bull. 1983 IV n°298 ; Cass. com., 14 nov. 1995 : JCP éd. G. 1997 II p. 22818, note BOCCARA.

276 Voir *supra*.

Ce sont les juridictions qui ont appliqué cette règle²⁷⁷ en faisant droit à une action en déclaration de simulation²⁷⁸, suivant une prescription trentenaire²⁷⁹ qui serait réduite, depuis la réforme de la prescription en 2008, à cinq ans.

Conclusion du second paragraphe (3.2.2.). La personnalité morale des sociétés s'est constituée en Angleterre à partir des enseignements principaux de la doctrine allemande et des traductions en anglais de GIERKE effectuées par MAITLAND. LASKI a donc été un des premiers doctrinaires anglais à s'affranchir des théories allemandes pour proposer une doctrine proprement anglo-saxonne et reposant sur les décisions de justice anglaises. Une autre vision de la façon dont doit être gérée une entreprise allait naître quelques années plus tard. Il s'agit de la théorie du managérialisme de BERLE et MEANS. Cette théorie a révolutionné la conception anglaise de la société et elle continue encore aujourd'hui d'être au fondement du fonctionnement de toute entreprise de droit anglo-saxon. Suivant cette conception, il est indifférent de savoir si la société a ou non la personnalité juridique. L'important est de limiter au maximum le risque de prise de contrôle des affaires internes à l'entreprise par la multiplication des *managers*.

Conclusion du premier chapitre (3.). L'étude des diverses théories doctrinales a permis de montrer que celles-ci ont durablement influencé la pratique de la vie des entreprises. En effet, les juges et les législateurs anglais, allemands et français ont utilisé ces théories doctrinales pour mettre en place les nouvelles règles juridiques sur lesquelles doivent reposer les sociétés dans leurs territoires respectifs.

Transition inter-chapitres. Si des conflits ont gravement touché la question de la personnalité morale au niveau du législateur, de la jurisprudence et de la doctrine, il en est ressorti que la question de la personnalité morale des sociétés s'est à la fois systématisée et, un peu, essoufflée. Plus d'un siècle après ces conflits, le XXe siècle a cherché à trouver un second souffle. On avait pu croire que ce second souffle proviendrait des personnes morales des sociétés elles-mêmes ; il est, en fait, le fruit de formes de sociétés qui avaient été prétendument abandonnées, délaissées au profit des personnes morales. Comprenant que ces sociétés qui n'ont pas la personnalité morale en France, en Allemagne et en Angleterre commençaient à prendre de plus en plus d'importance, le droit a

277 DOPSON, *Lifting the veil in four Countries : The Law of Argentina, England, France and United States*, 35 ICLQ 839, p. 841 (1986).

278 Par ex : Cass. com., 30 janv.1961 : Bull. 1961 n°54 ; Cass. 1^{er} civ., 6 juin 1966 : Bull. 1966 n°342 ; Cass. com., 5 mars 1969 : Bull. 1969 n°86.

279 Cass. com., 9 mars 1981 : Bull. 1981 IV n°125.

cherché et cherche toujours, lentement, progressivement à les appréhender de plus en plus. Simplement, on ne s'accorde pas pour ne pas aller jusqu'à leur attribuer la personnalité morale, du moins pour l'instant dans ces trois territoires. C'est ce qui nous amène à qualifier ces sociétés de quasi-personnes morales françaises, allemandes et anglaises.

4. LES QUASI-PERSONNES MORALES EN FRANCE, EN ALLEMAGNE ET EN ANGLETERRE DEPUIS LE XIXE SIÈCLE (CHAPITRE II.)

Introduction du second chapitre du titre 2 (4). La définition de la personne morale est un sujet de droit titulaire de biens et d'obligation.

Simplement, comme nous l'avons montré dans le titre premier, la personnalité morale est acquise par la volonté du législateur ou par celle du juge en France, en Allemagne ou en Angleterre. Il devrait pouvoir en être de même pour les quasi-personnes morales.

Plus d'un siècle après les conflits doctrinaux concernant les personnes morales, il apparaît que les personnes morales font bel et bien partie de notre environnement juridique.

Il doit pouvoir en être de même pour les quasi-personnes morales qui épousent aussi la forme d'une société. Simplement, en ce qui concerne cette dernière et nouvelle catégorie juridique, les législateurs ou les juges anglais, allemand ou français, ne disposent pas du recul suffisant pour prendre conscience qu'ils sont peut-être¹ en train d'établir un corpus de règles pour des sociétés qui ne sont pas des personnes morales, mais des quasi-personnes morales.

En fait, à côté des personnes morales reconnues comme telles en France, en Allemagne et en Angleterre, il préexiste ou il est apparu depuis le XIXe siècle d'autres formes de gestion d'un patrimoine privé qui, tout en répondant progressivement aux trois critères essentiels dégagés par la systématique allemande², n'ont pas été nécessairement qualifiées de personnes morales.

Par commodité de langage et en effectuant un parallèle avec le droit civil français qui distingue le quasi-contrat du contrat³ ainsi qu'avec le droit anglais qui n'hésite pas à utiliser la notion de *quasi-*

1 Dans le cadre de la distinction société en formation et société dotée de la personnalité morale, des approches distinctes apparaissent entre les chambres de la Cour de cassation, notamment en matière procédurale. La question qui se pose est de savoir si les fondateurs peuvent être à l'origine d'une procédure contentieuse au nom d'une société en formation : *Contra* Cass. com. 20 juin 2006 n°03-15957 : Bull. civ. IV, n°146 ; Dr. sociétés mars 2007, note n°43 H. LÉCUYER. *Pro* Cass. 3^e civ., 9 oct. 1996, RJ com. 1998. 16, note D. VELARDOCCHIO. Quoi qu'il en soit, en matière contractuelle, l'arrêt Dolche Vita de 2012 énonce que « la nullité affectant les actes conclus par une société dépourvue d'existence juridique a le caractère de nullité absolue », ce qui paralyse toute reconnaissance de quasi-personnalité morale dans ce domaine : Cass. com., 21 février 2012 n°10-27630 : Bull. civ. 2012, IV, n°49 ; Dr. sociétés 2012, n°58, note Mortier ; Banque et Droit, mars-avr. 2012. 47, obs. M. STORCK ; Bull. Joly 2012. 472, note DONDERO. Voir aussi Cass. 3^e civ., 5 oct. 2011 : D. 2012. Pan. 2690, obs. LAMAZEROLLES ; Rev. sociétés 2011. 691, obs. PRÉVOST ; Bull. Joly 2011. 948, note LE CANNU ; Dr. sociétés 2012, no 4, note MORTIER.

2 *Rechtfähigkeit, Handlungsfähigkeit, Parteifähigkeit*, et, éventuellement, *Steuerrechtsfähigkeit* et *Insolvenzrechtsfähigkeit*. Cf. Titre I, Chap. II, Sect. 1, §1.

3 *Code civil des français 1804 – édition du bicentenaire 1804-2004*, éd. présentée par BREDIN, Jean-Denis, Paris : Dalloz, 2004, p. 333 : art. 1371 C. civ. 1804 : *Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et parfois un engagement réciproque des deux parties*

*joint stock partnership*⁴ et le droit allemand qui considère un ensemble de groupement de biens et de personnes comme des *Gesellschaften* tout en leur déniaient la personnalité morale, nous proposons l'existence en France, en Allemagne et en Angleterre de quasi-personnes morales.

Il s'agit de certaines formes de patrimoines privés qui font l'objet d'un contrat⁵ – écrit ou oral – et qui ont tout les éléments pour être déclarées comme des personnes morales mais dont ni le législateur, ni les juges n'ont osé doter l'ensemble de ces entités juridiques de la personnalité morale dans leur système juridique respectif, de peur sans doute de trop le dénaturer.

En effet, tout système juridique, et particulièrement les systèmes juridiques français, allemand et anglais, recherchent la sécurité juridique. Doter de la personnalité morale au sens strict les structures juridiques qui vont suivre signerait certainement l'anéantissement de toute la systématique si chère à la doctrine allemande⁶ et que devraient parfois suivre les doctrines anglaise et française⁷.

Par contre, en les qualifiant de quasi-personnes morales, le système juridique élaboré pour ces formes de sociétés serait alors préservé et traduirait plus exactement la vérité de l'évolution depuis le XIXe siècle de ces formes de sociétés.

En outre, cette nouvelle qualification juridique évite de faire une erreur de sens qui pourrait subsister si la dénomination légale choisie par un système juridique donné était maintenue.

De surcroît, affirmer l'existence de quasi-personnes morales démontre que des liens conceptuels et, parfois même, des changements de catégories sont intervenus depuis le XIXe siècle pour certaines

4 HARRIS, Ron, *Industrializing English Law – Entrepreneurship and business organisation, 1720 – 1844*, Cambridge Univ. Press 2000, p. 31 et 186 à propos des entreprises de construction navale et des entreprises minières en Angleterre.

5 La notion de contrat est centrale. Pour le droit allemand, lire, par exemple, HUECK, Alfred, *Gesellschaftsrecht*, 1. Auflage, München, Berlin : Biederstein Verlag, 1948, p. 24 (*GbR*), p. 54 (*OHG*), p. 90 (*KG*), p. 98 (*Stille Gesellschaft*), p. 105 (*AG*), p. 188 (*KGaA*), p. 193 (*GmbH*), p. 207 (*eGen*).

6 Et qui explique le traitement en Allemagne de la responsabilité pénale des personnes morales.

7 Si le Code de commerce de 1807 s'est peu à peu vidé de sa substance depuis 1807 (voir R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, Précis Domat, Montchrestien, 1989, p. 271 et sq; J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1986, p. 83 et sq, il faut reconnaître une volonté récente du législateur français de lui redonner de sa superbe entre 2000 et 2007 à l'aune de la fête de son bicentenaire : Ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce, ratifiée tardivement par la loi n°2003-7 du 3 janvier 2003 modifiant le livre VIII du Code de commerce (art. 50 de la loi), Décret n°2007-431 du 25 mars 2007 relatif à la partie réglementaire du Code de commerce. Un nouveau système juridique du Code de commerce et des sociétés commerciales est désormais en place. Voir : J. HILAIRE, *La codification du droit commercial* : D., 29 mars 2007, n°13/7286, p. 928.

formes de société entre, d'une part, la catégorie des personnes morales et d'autre part, la catégorie des quasi-personnes morales⁸.

Il est proposé de présenter les quasi-personnes morales dans le tableau suivant :

Quasi-personnes morales des sociétés	Personnes morales des sociétés
<u>En Angleterre</u> <i>Partnership</i> <i>Limited Partnership</i> ⁹	<i>Joint Stock Company</i> devenue <i>Company</i> ¹⁰ <i>Limited Liability Partnership</i> ¹¹ <i>European Economic Interest Grouping (EEIG)</i> ¹² <i>SE</i> ¹³ <i>SCE</i> ¹⁴
<u>En Allemagne</u> <i>BGB-Gesellschaft</i> ou <i>GbR</i> ¹⁵	<i>Verein</i> ²¹
<i>Offene Handelsgesellschaft</i> ou <i>OHG</i> ¹⁶ <i>Kommanditgesellschaft</i> ou <i>KG</i> ¹⁷ <i>GmbH & Co. KG</i> ¹⁸	<i>Aktiengesellschaft</i> ou <i>AG</i> ²² <i>Kommanditgesellschaft auf Aktien</i> ²³ <i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i> ou

8 Comme nous le verrons ou comme nous l'avons déjà remarqué, en France, les sociétés civiles ont basculé de la catégorie des quasi-personnes morales à celle des personnes morales suite à une décision de justice de la Cour de cassation en 1891 confirmée par le législateur le 4 janvier 1978, puis le 15 mai 2001. En Allemagne, suite à la codification du *HGB* et du *BGB* à l'aube du XXe siècle, il est affirmé que les *Kommanditgesellschaften auf Aktien* sont des personnes morales dans le *HGB*. Enfin, en Angleterre, le législateur anglais a décidé en 2000 de considérer les *limited liability partnerships* comme des personnes morales, alors que les autres *partnerships* anglais en sont pour le moment dénués.

9 Issu du *Partnership Act 1907*.

10 Issu des *Companies Acts*.

11 Issu du *Limited Liability Partnership Act 2000* et du *SI 2001/1090* dénommé *The Limited Liability Partnerships Regulations 2001* modifiés.

12 Issu du *SI 1989/638* dénommé *The European Economic Interest Grouping Regulations 1989*.

13 Issue du *SI 2004/2326* dénommé *The European Public Limited-Liability Company Regulations 2004*.

14 Issue du *SI 2006/2078* dénommé *The European Cooperative Society Regulations 2006*.

15 §§ 705 et s. *BGB*.

16 §§ 105 et s. *HGB*.

17 §§ 161 et s. *HGB*.

18 Il s'agit d'une forme de *KG* particulière admise pour la première fois par la juridiction suprême bavaroise (*Das Bayerische Oberste Landesgericht*) le 16 février 1912 : BayObLG du 16. 2. 1912, III 12. 12., OLGE 27, 331 = RJA 12, 28 = KGJ 44, 341 = DJZ 1913, 647 = Seuff. Arch. 67 Nr. 263 = GmbHR 1914, 9 = Freymuth II, 116f. = Liebmann DJZ 1913, 231. Source : HESSELMANN & TILLMANN, *Handbuch der GmbH&Co. – Gesellschaftsrecht · Steuerrecht*, 18. Auflage, Köln : Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1997, p. 5 et *Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen und von Entscheidungen des Notariatsdisziplinarhofs herausgegeben unter der Leitung und Aufsicht des Königlichen Staatsministeriums der Justiz*, 13. Band, München : R. Oldenbourg, 1913, n°13, p. 69 et sq. **Voir Annexe 9.**

<i>Partnerschaftsgesellschaft</i> ¹⁹	<i>GmbH</i> ²⁴
<i>Europäische wirtschaftliche</i>	<i>Eingetragene Genossenschaft</i> ou <i>eG</i> ²⁵
<i>Interessenvereinigung (EWIV)</i> ²⁰	<i>SE</i> ²⁶
	<i>SCE</i> ²⁷

Quasi-personnes morales des sociétés	Personnes morales des sociétés
<u>En France</u>	
<i>Association non déclarée</i>	<i>Association déclarée</i> ²⁹
<i>Association d'avocats</i>	<i>Société civile</i> ³⁰
<i>Société en participation des professions libérales</i> ²⁸	<i>Société en nom collectif</i> ³¹
	<i>Société en commandite simple</i> ³²
	<i>Société à responsabilité limitée (SARL)</i> ³³

Ceci explique pourquoi la doctrine allemande n'hésite pas à dire que la pratique peut rendre les *Personengesellschaften* méconnaissables par rapport à ce à quoi elles sont destinées initialement. Voir : GRUNEWALD, Barabra, *Gesellschaftsrecht*, 1. Auflage, Tübingen: JCB Mohr (Paul Siebeck), 1994, p. 3 et, également, pour les *Vereine*, p. 204.

19 Issue de *Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe (PartGG)* du 25 juillet 1994 : *BGBI. I S. 1744*.

20 Issue de *Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIVAG)* du 14.04.1988 : *BGBI I S. 514*.

21 §§ 21 et s. *BGB*.

22 §§ 1 et s. *AktG 1965*.

23 §§ 278 et s. *AktG 1965*.

24 §§ 1 et s. *GmbHG*.

25 §§ 1 et s. *GenG*.

26 Issue de *Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG)* du 22.12.2004 : *BGBI I 2004 Nr. 73, 3675*.

27 Issue de *Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts* du 18.08.2006 : *BGBI I, 1911 (SCEAG et SCEBG)*.

28 art. 1832 et sq. C. civ. ; Décret n°78-704 du 3 juillet 1978 ; C. com. ; Loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, art. 22 et sq. et les décrets d'application.

29 Loi du 1^{er} juillet 1901 sur le contrat d'association, art. 1 et s. : JORF « Lois et Décrets » du 02/07/1901, p. 4025.

30 art. 1832 et s. C. civ. ; art. 1845 et s. C. civ., Décret n°78-704 du 3 juillet 1978.

31 art. 1832 et s. C. civ. ; Décret n°78-704 du 3 juillet 1978 ; art. 1 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L210-1 et s. C. com. ; art. 10 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L221-1 et s. C. com. ; art. 6 et s. Décret n°67-236 du 23 mars 1967 devenu art. R221-1 et s. C. com.

32 art. 1832 et s. C. civ. ; Décret n°78-704 du 3 juillet 1978 ; art. 1 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L210-1 et s. C. com. ; art. 23 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L222-1 et s. C. com. ; art. 17 et s. Décret n°67-236 du 23 mars 1967 devenu art. R222-1 et s. C. com.

33 art. 1832 et s. C. civ. ; Décret n°78-704 du 3 juillet 1978 ; art. 1 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L210-1 et s. C. com. ; Loi du 7 mars 1925 devenue art. 34 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L223-1 et s. C. com. ; art. 20 et s. Décret n°67-236 du 23 mars 1967 devenu art. R223-1 et s. C. com.

	<i>Société anonyme (SA)</i> ³⁴ <i>Société en commandite par actions</i> ³⁵ <i>Société par actions simplifiée (SAS)</i> ³⁶ <i>SE</i> ³⁷ <i>Société d'exercice libéral</i> ³⁸ (<i>SEL</i>) <i>Société de participation financière de profession libérale</i> ³⁹ <i>Groupement d'intérêt économique</i> ⁴⁰ et <i>groupement européen d'intérêt économique</i> ⁴¹
--	--

A la lecture de ce tableau, on se rend immédiatement compte que le GEIE (*EWIV* en allemand et *EEIG* en anglais) est un groupement doté de la personnalité morale ou non suivant le système juridique étudié. Il est alors possible de relever que l'Allemagne n'a pas décidé d'utiliser l'option ouverte par l'article 1.3 du Règlement (CEE) n°2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE)⁴² en n'allouant pas la

34 art. 1832 et s. C. civ. ; Décret n°78-704 du 3 juillet 1978 ; art. 1 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L210-1 et s. C. com. ; art. 70 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L224-1 et s. C. com. ; art. 54 et s. Décret n°67-236 du 23 mars 1967 devenu art. R224-1 et s. C. com. ; art. 73 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L225-1 et s. C. com. ; art. 58 et s. Décret n°67-236 du 23 mars 1967 devenu art. R225-1 C. com.

35 art. 1832 et s. C. civ. ; Décret n°78-704 du 3 juillet 1978 ; art. 1 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L210-1 et s. C. com. ; art. 70 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L224-1 et s. C. com. ; art. 54 et s. Décret n°67-236 du 23 mars 1967 devenu art. R224-1 et s. C. com. ; art. 251 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L226-1 et s. C. com. ; art. 202 et s. Décret n°67-236 du 23 mars 1967 devenu art. R226-1 et s. C. com.

36 art. 1832 et s. C. civ. ; Décret n°78-704 du 3 juillet 1978 ; art. 1 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L210-1 et s. C. com. ; art. 70 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L224-1 et s. C. com. ; art. 54 et s. Décret n°67-236 du 23 mars 1967 devenu art. R224-1 et s. C. com. ; art. 262-1 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L227-1 C. com.

37 art. 1832 et s. C. civ. ; Décret n°78-704 du 3 juillet 1978 ; art. 1 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L210-1 et s. C. com. ; art. 70 et s. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 devenue art. L224-1 et s. C. com. ; art. 54 et s. Décret n°67-236 du 23 mars 1967 devenu art. R224-1 C. com. ; art. L229-1 C. com. ; art. 203-3 et s. Décret n°67-236 du 23 mars 1967 devenu art. R229-1 et s. C. com. ; Décret n°2006-1360 du 9 novembre 2006 relatif à l'implication des salariés dans la société européenne et modifiant le code du travail.

38 art. 1832 et s. C. civ. ; Décret n°78-704 du 3 juillet 1978 ; C. com. ; Loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, art. 1 et s. et les décrets d'application.

39 art. 1832 et s. C. civ. ; Décret n°78-704 du 3 juillet 1978 ; C. com. ; Loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, art. 31-1 et s. et les décrets d'application.

40 Ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique : JORF, 28 septembre 1967, p. 9537 codifiée à droit constant aux articles L251-1 et suivants du code de commerce.

41 Règlement (CEE) n°2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE) : JOCEE L 199, 31 juillet 1985, p. 1 ; Loi n°89-377 du 13 juin 1989 relative aux groupements européens d'intérêt économique (GEIE) et modifiant l'ordonnance 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique (GIE), codifiée à droit constant aux articles L252-1 et suivants du code de commerce.

42 Règlement (CEE) n°2137/85 du 25 juillet 1985, article premier : « **1.** Les groupements européens d'intérêt économique sont constitués dans les conditions, selon les modalités et avec les effets prévus par le présent règlement. A cette fin, ceux qui entendent constituer un groupement doivent conclure un contrat et faire procéder à l'immatriculation prévue à l'article 6. **2.** Le groupement ainsi constitué a la capacité, en son propre nom, d'être

personnalité morale aux GEIE de forme allemande (*EWIV*). Par contre, les droits français et anglais ont décidé d'utiliser l'option ouverte par ledit règlement et de doter ce groupement de la personnalité morale. Pour autant, si la personnalité morale n'est pas reconnue au GEIE de forme allemande (*EWIV*), le régime juridique applicable à cet *EWIV* n'est pas fondamentalement différent de ce que l'on observe pour les GEIE de forme française ou les *EEIG* de forme anglaise. L'absence de personnalité morale est justifiée dans le système juridique allemand parce qu'il n'y a pas d'organe de direction préétabli et imposé (comme un *Vorstand*) dans le *EWIV*. Au contraire, il existe dans ce cas une extrême souplesse pour choisir librement un organe de direction avec un ou plusieurs gérants.

Toujours à partir de la lecture du tableau ci-dessus, on remarque que le système juridique des sociétés élaboré par le droit allemand a cloisonné deux grands groupes de sociétés, en identifiant pour chacun d'eux une forme simplifiée fondamentale (*Grundtyp*). Il s'agit pour les *Personengesellschaften* que nous appelons quasi-personnes morales de la *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (*GbR*) et, pour les *Körperschaften* que nous regroupons dans le tableau sous le vocable de « les personnes morales », du *Verein*⁴³.

Mise en place le 1^{er} janvier 1900 pour tout le *Reich* allemand, la systématisation du système juridique allemand moderne s'est développée et affinée depuis lors, tout en gardant toujours à l'esprit la dualité entre deux systèmes juridiques parallèles⁴⁴.

En effet, le §105 Abs. 2 *HGB* énonce⁴⁵ :

titulaire de droits et d'obligations de toute nature, de passer des contrats ou d'accomplir d'autres actes juridiques et d'ester en justice, à dater de l'immatriculation prévue à l'article 6. **3. Les États membres déterminent si les groupements immatriculés** à leurs registres en vertu de l'article 6 **ont ou non la personnalité juridique.** » Source : JOCEE n°L 199, 31 juillet 1985, p. 2.

43 LEHMANN, Heinrich, *Handelsrecht – II. Teil Gesellschaftsrecht*, Berlin: Verlag für Rechtswissenschaft auparavant Franz Vahlen GmbH, 1949, p. 185 affirme ainsi que la constitution d'une société anonyme de forme allemande (*Aktiengesellschaft*) correspond à la constitution d'une association de forme allemande (*Verein*), c'est-à-dire qu'elle obtient sa capacité juridique par l'intermédiaire de son enregistrement (*Eintragung*) au registre du commerce (*Handelsregister*). *Ibid.*, p. 243 à propos des *GmbH*. *Ibid.*, p. 262 pour les sociétés coopératives enregistrées (*eingetragene Genossenschaft*).

44 Cette affirmation conduit SALEILLES à considérer dès 1902 que l'ensemble des personnes juridiques de droit allemand découlent de l'association (*Verein*) et il décide de décrire, article par article, mais il est plus exact de dire *Paragraph* par *Paragraph*, le mécanisme de l'association des §§ 21 – 89 *BGB* 1900. Il affirme que « le point de départ du raisonnement serait tout à fait inexact. Il consisterait à croire qu'il y eut en matière de sociétés une conception impérative de la loi, qui serait l'idée de personnalité dans les rapports entre associés, et que, par suite, toute mise à l'écart de ce droit commun des sociétés constituât une exception que l'on dût interpréter restrictivement et n'accepter que sous les conditions fixées par la loi. Tel n'est pas le système du Code civil allemand en matière de sociétés. Le Code civil a prévu deux types de sociétés, mais sans prétendre faire de l'un par rapport à l'autre, le système normal préféré par la loi et constituant, ou devant constituer, le droit commun en matière de sociétés. » in R. SALEILLES, *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand*, Paris : A. Chevalier-Marescq & Cie, 1902, p. 69.

45 LEHMANN, K. & RING, V., *Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Band 1, Berlin, 1902, p. 221.

Sauf s'il en est disposé autrement dans cette partie, les dispositions du *BGB* concernant la *GbR* trouvent application pour les *OHG*^{46 et 47}.

Et le §161 Abs. 2 *HGB* dispose⁴⁸ :

Sauf s'il en est disposé autrement dans cette partie, les dispositions concernant la *OHG* trouvent application pour la *KG*^{49 et 50}.

Ainsi, les dispositions concernant les *GbR* (§§ 705 et s. *BGB*) sont des dispositions subsidiaires pour notamment les *offene Handelsgesellschaften (OHG)* et, par ricochet, pour les *Kommanditgesellschaften (KG)* en raison des renvois effectués entre, d'une part, les dispositions spéciales concernant les *OHG* et les *KG* et, d'autre part, les dispositions générales des §§ 705 et s. *BGB*⁵¹.

Par ailleurs, les juridictions allemandes ont énoncé que les dispositions des §§ 21 et s. *BGB* sont des dispositions subsidiaires pour les structures juridiques qui dérivent d'autres dispositions légales que les formes de *Vereine* visées par le *BGB*⁵², notamment les *Aktiengesellschaften (AG)*⁵³ et les *Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH)*⁵⁴.

Suivant cette systématisation allemande, il apparaît alors impossible de proclamer explicitement les *Personengesellschaften* comme des personnes morales. Par contre, rien n'empêche théoriquement de considérer les *Personengesellschaften* comme des quasi-personnes morales. Cette nouvelle qualification juridique ne remet pas en cause la systématique allemande. Le *Verein* reste le modèle des personnes morales et la *GbR* qui est révélée aux tiers (*Außen-GbR*) le modèle des quasi-personnes morales.

Quoi qu'il en soit, le droit a, au fil du temps, cherché de plus en plus à appréhender ces entités juridiques soit par la loi, soit par la jurisprudence, en leur reconnaissant certains attributs de la

46 *Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein Anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung.*

47 Cette disposition est toujours en vigueur dans le *HGB* mais elle est désormais située §105 Abs. 3 *HGB*. Source : HÜFFER, Uwe, *Gesellschaftsrecht – Textausgabe mit ausführlichem Sachverzeichnis und einer Einführung von Universitätsprofessor Dr. Uwe Hüffer*, 8. Auflage, München : Deutscher Taschenbuch Verlag, 2006, p. 310.

48 LEHMANN, K. & Ring, V., *op. cit.*, Berlin, 1902, p. 345.

49 *Soweit nicht in diesem Abschnitt ein Anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.*

50 Cette disposition est toujours en vigueur dans le *HGB* et elle est toujours située §161 Abs. 2 *HGB*. Source : HÜFFER, Uwe, *op. cit.*, München, 2006, p. 322.

51 B. WOLF, *Das Bürgerliche Gesetzbuch unter Berücksichtigung der gesamten Rechtsprechung der oberen Gerichte des Deutschen Reichs - Hand-Kommentar*, Halle sur la Saale, 1908, p. 168.

52 RG. Joh. 23, 108 cité in B. Wolf, *Ibid.*, p. 5.

53 DJZ 03, 223 et BayObLG 06, 52 cités in B. Wolf, *Idem*.

54 JW 04, 167 et OLG 14, 367 RG cités in B. Wolf, *Idem*.

personnalité morale. Dans le même temps, cette reconnaissance a conduit la doctrine à se demander quel était le critère distinctif de la personnalité morale, sans pouvoir parvenir à le trouver de façon satisfaisante⁵⁵.

Au final, le droit révèle depuis le début du XIXe siècle le véritable sens de la notion de quasi-personne morale⁵⁶. Comme les notions de société, de contrat et de recherche de profits, matériels ou non, sont intimement liées avec ces entités juridiques, le choix de l'expression de « quasi-personnes morales » semble pouvoir cadrer au mieux avec ces variétés de groupement de biens et de personnes. En effet, la constitution de telles quasi-personnes morales répond à une situation de fait en ce sens que, d'une part, le contrat de société qui lie les parties peut prendre la forme d'un contrat verbal ou d'un contrat écrit et que, d'autre part, l'intérêt de recourir à cette forme de société est de profiter de l'économie qui pourra en résulter grâce à la mise en commun de savoirs, de biens et de personnes.

Par conséquent, il semble que le droit ait renversé quelque peu la logique de la doctrine d'AUBRY et RAU qui repose sur l'idée d'une personne avec un seul patrimoine. Désormais, nous avons un patrimoine et les praticiens du droit qui recherchent la personne, voire la quasi-personne qui cadre le mieux pour répondre à l'attente des fondateurs de ce patrimoine, puis de ses futurs partenaires, associés ou actionnaires, qui souhaitent constituer une société dans le but d'en tirer un profit collectif.

Annnonce du plan du chapitre. Répondant au cadre restrictif des quasi-personnes morales que nous venons de mettre en évidence dans le tableau ci-dessus, plusieurs groupements semblent se détacher dans les systèmes juridiques anglais, allemand et français. D'une part, il y a les *partnerships* et les *limited partnership* anglais (**Section 1.**), puis on distingue les *Personengesellschaften* allemande (**Section 2.**) et, enfin, en France, il se détache, d'une part, certaines formes d'associations françaises, en particulier l'association non déclarée en préfecture et l'association d'avocats et, d'autre part, des sociétés en participation particulières (**Section 3.**).

4.1. Le *partnership* et le *limited partnership* (Section 1.)

55 Ceci explique sans doute pourquoi il est difficile aux Etats-Unis de classer la *Limited Liability Company*, sorte de structure hybride entre la *company* et le *partnership*. Source : VANDERVOORT, Jeffrey K., *Piercing the Veil of Limited Liability Companies : The Need for a Better Standard* : 3 DePaul Bus. & Comm. L.J. 51 (2004-2005) at 51.

56 En fait, la doctrine anglaise, en prenant en compte la dimension économique, traduit déjà la notion de recherche du profit du patrimoine mis en commun dans un but déterminé. Voir, par exemple, Ron HARRIS, *Industrializing English Law – Entrepreneurship and business organisation, 1720 – 1844*, Cambridge Univ. Press 2000, p. 201.

A la différence du *trust* qui est une véritable institution anglo-saxonne⁵⁷, le *partnership* trouve son origine dans les droits du continent européen⁵⁸. L'équivalent allemand du *partnership* est la *offene Handelsgesellschaft (OHG)* et l'équivalent français est la société en nom collectif. Par conséquent, le *partnership* anglais se trouve être comparé depuis le XIXe siècle avec une forme de société allemande qui n'est pas dotée de la personnalité morale et avec une forme de société française qui en est dotée. Cette comparaison ne traduisant pas la véritable nature du *partnership* anglais, il a été admis de la comparer, en droit français, avec la société en participation⁵⁹. Mais cette comparaison est encore moins satisfaisante quand on sait que le droit écossais reconnaît au *partnership* la personnalité morale et que les droits outre-atlantique ne donnent pas une solution uniforme sur cette question⁶⁰. Une unité conceptuelle peut être trouvée si, par l'évolution constatée sur le droit des *partnerships* en Angleterre depuis plus de deux siècles, on considère que cette forme de société, le *partnership*, fait inexorablement partie des sociétés et, spécialement, des quasi-personnes morales⁶¹ de par ses relations contractuelles singulières.

Problématique et annonce du plan de la section. Le *partnership* est – en Angleterre – une relation de fait⁶² régie principalement par les règles de la représentation (*agency law*). Malgré la présence d'une dénomination sociale propre pour la firme, d'une *partnership property*, ou de règles supplétives en cas de liquidation de l'affaire, le droit anglais refuse, pour l'instant⁶³, d'admettre que

57 Le *trust* est une obligation relevant de l'*equity* et il ne peut être rendu obligatoire que devant les juridictions qui s'occupent de l'*equity*, comme le Lord Chancellor puis la *Chancery division*. La loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, art. 1 ne peut même pas être considérée comme la fidèle transposition en droit français de l'institution anglo-saxonne puisque le contrat de fiducie est un contrat synallagmatique alors que le *trust* est un acte unilatéral de volonté.

58 CLARK, Francis W, *op. cit.*, p. 234 ; R. HARRIS reconnaît que le *partnership* dérive de la *compagnia* et de la *société* du continent européen, alors que le *limited partnership* dérive du *commanda* : HARRIS, Ron, *Industrializing English Law – Entrepreneurship and business organisation, 1720 – 1844*, Cambridge Univ. Press 2000, p. 28, 30.

59 C. cass., Avis, 2 septembre 2005 : Bull. 2005 Avis n°6 p. 9. Le rapport de M. OLLIER précise que les parties se sont accordées pour reconnaître que le *partnership* anglais est l'équivalent en France d'une société en participation et les observations de Mme Barrairon, Avocate générale indique qu'il semble admis que le *partnership* de droit anglais puisse être comparé à une société en participation de droit français.

60 Pour le Canada : *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada* [1998] 2 S.C.R. 298, at §22. Au Québec, le *partnership* est malgré tout traduit en société en nom collectif dans de nombreuses lois. Voir par exemple la Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives concernant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société (2001, c. 34) : Gazette N°29 du 18 juillet 2001, p. 4989. Aux Etats-Unis, et plus précisément en Californie, le *partnership*, comme le *limited partnership* est une personne morale (*California Corporation Code, The Uniform Partnership Act of 1994, s. 16201 : A partnership is an entity distinct from its partners*). Cette loi de 1994 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999 : *Bt-I v. Equitable Life Assurance Soc'y*, 75 Cal. App. 4th 1406 (29. oct. 1999).

61 MORSE, Geoffrey, *Partnership law*, 6. ed., OUP 2006, p. 4.

62 *Davis v Davis* (1894) 1 Ch 393 per NORTH J.

63 Un rapport commun d'une commission anglaise et d'une commission écossaise propose de reconnaître purement et simplement aux *partnerships* la personnalité morale : *The Joint Report on Partnership Law Reform* (Law Com No 283; Scot Law Com No 192), SE/2003/299, nov. 2003, §3.12, p. 18.

le *partnership* soit une personne morale. En revanche, rien ne semble pouvoir s'opposer à ce qu'il lui soit reconnu la quasi-personnalité morale des sociétés. Comme le *limited partnership* est un *partnership* particulier, il est soumis à l'ensemble des règles applicables au *partnership*. Aussi, les règles particulières au *limited partnership* seront étudiées si nécessaire. Finalement, nous devons déterminer les sources du droit des *partnerships* (§1.) avant de définir les éléments caractéristiques des *partnerships* (§2.) et, enfin, de démontrer plus particulièrement en quoi les *partnerships* peuvent être classifiés dans les quasi-personnes morales (§3.).

4.1.1. Les sources du droit des *partnerships* (§1.)

Annonce du plan du premier paragraphe (4.1.1.). Les sources du droit des *partnerships* sont de deux ordres. Le *partnership* est une institution anglaise reposant sur la jurisprudence (I.) qui a fait l'objet d'une législation particulière en 1890 et en 1907 qui est toujours en vigueur aujourd'hui (II.).

4.1.1.1. L'importance de la source jurisprudentielle des *partnerships* (I.)

La législation relative aux *partnerships* a été façonnée en Angleterre par les juges de la *common law*, et, surtout, par le *Lord Chancellor* qui jugeait en *equity*. Il s'agit d'un bel exemple de domaine du droit où le juge anglais est créateur de droits (*judge made law*)⁶⁴.

En 1879, Sir Frederick POLLOCK introduit une *Bill* pour la consolidation et la modification du droit du *partnership*. Ce texte est présenté devant la Chambre des Communes en 1880 et, de nouveau, avec des modifications en 1882, 1883, 1884 et 1889. Le texte est finalement repris par le Gouvernement et a conduit à la loi appelée *the Partnership Act 1890*⁶⁵. Le *Partnership Act 1890* regroupe en une seule loi certaines des dispositions légales concernant le *partnership* puisqu'il énonce à sa *section 46* :

Les règles de l'*equity* et de la *common law* applicables au *partnership* continueront d'être en vigueur sauf si elles sont inconciliables avec des dispositions expresses du *Partnership Act 1890*⁶⁶.

Par conséquent, cette loi permet de rendre un peu plus lisible la législation relative au *partnership* mais ne constitue pas une codification complète du droit du *partnership* dont la source principale

64 SCAMELL, Ernest H. & R. C. I'ANSON BANKS, *Lindley on the Law of Partnership*, 14th ed., London : Sweet & Maxwell, 1979, p. 3.

65 SCAMELL, Ernest H. & R. C. I'ANSON BANKS, *Ibid.*, p. 3-4.

66 *The rules of equity and of common law applicable to partnership shall continue in force except so far as they are inconsistent with the express provisions of this Act.*

reste un droit d'origine jurisprudentielle, même postérieurement à cette loi.

4.1.1.2. *La prise en compte des sources légales des partnerships (II.)*

Annonce du plan. Deux sources légales sont encore utilisées aujourd'hui en matière de partnerships. Il existe le *Partnership Act 1890 (A.)* et le *Limited Partnership Act 1907 (B.)*.

4.1.1.2.1. *Le Partnership Act 1890 (A.)*

Annonce du plan. Le *Partnership Act 1890* permet de donner une définition du *partnership (1.)* ainsi que les situations juridiques permettant la dissolution dudit *partnership (2.)*. ce qui montre le foisonnement de règles juridiques applicables au *partnership* et contribue à sa classification comme une quasi-personne morale.

4.1.1.2.1.1. *La définition du partnership (1.)*

La définition déclaratoire⁶⁷ du *partnership* est donnée par la *section 1(1)* du *Partnership Act 1890* :

Le *partnership* est une relation qui subsiste entre des personnes s'engageant dans une affaire ensemble avec pour objectif d'en tirer profit⁶⁸.

Le *partnership*, encore appelé la *firm*, est une relation entre des personnes, ce qui signifie qu'il ne s'agit pas, en Angleterre, d'une organisation ayant ses propres droits et dotée de la personnalité morale. En tout état de cause, cette relation, si elle est établie en Angleterre, implique des droits et des obligations entre les *partners* et des relations entre ces *partners* et les tiers.

A priori, la question de savoir si un *partnership* et, *a fortiori*, un *limited partnership*⁶⁹, est une personne morale ne devrait laisser subsister aucune controverse à la simple lecture du *Partnership Act 1890*.

La *section 4* du *Partnership Act 1890* et dénommée *Meaning of "firm"* semble être un couperet sans

67 *British Homes Assurance Corp Ltd v Paterson* [1902] 2 Ch 404 at 410 per FARWELL J.

68 *Partnership is the relation which subsists between persons carrying on a business in common with a view of profit.*

69 *LPA 1907, s. 7: Subject to the provisions of this Act, the Partnership Act 1890 and the rules of equity and of common law applicable to partnerships, except so far as they are inconsistent with the express provisions of the last-mentioned Act, shall apply to limited partnerships.* Ce qui signifie : sous réserve des dispositions du *Partnership Act 1907*, le *Partnership Act 1890* et les règles de l'*equity* et de la *common law* applicables aux *partnerships* doivent s'appliquer aux *limited partnerships* sauf si elles sont inconciliables avec une disposition expresse du *Partnership Act 1890*.

appel⁷⁰ :

Section 4 : Signification du terme « firme »

(1) Les personnes qui ont constitué avec d'autres un *partnership* sont collectivement appelées pour les dispositions de cette loi une « firme » et la dénomination sous laquelle leur activité est exercée est appelé la dénomination sociale de la firme.

(2) En Ecosse, une « firme » est une personne morale distincte des associés qui la composent mais un associé peut être poursuivi individuellement à la suite d'un jugement ou d'une action dirigée contre la firme et sur le paiement de ses dettes, un tel associé a droit – envers la firme et les autres associés – à une compensation déterminée au *pro rata*⁷¹.

Cela signifie qu'en Angleterre, la firme de droit anglais n'est pas une personne morale (*legal person*)⁷² alors qu'en Ecosse et malgré son rattachement à l'Angleterre depuis le 1^{er} mai 1707⁷³, la firme de droit écossais était et reste une *legal person*⁷⁴. Le caractère particulier du droit du *partnership* écossais est reconnu et, dans la décision *Mair v Wood (1948)*, le juge Lord COOPER affirme⁷⁵ :

« Il est fondamental dans le droit écossais du *partnership* que la firme est une personne juridique distincte des individus qui la composent. Cette règle, qui date du XVII^e siècle a été expressément maintenue par le *Partnership Act 1890*, s. 4(2) et elle est à la base de la majorité des règles pouvant concerner le droit substantiel ou le droit procédural »⁷⁶

Il convient donc de distinguer le droit du *partnership* en Ecosse, où la firme est dotée de la personnalité morale, du droit du *partnership* anglais, objet de l'étude, où la firme en est dépourvue⁷⁷. L'uniformisation du droit depuis le rattachement de l'Ecosse au Royaume d'Angleterre n'empêche pas le développement d'un droit écossais du *partnership* original⁷⁸ qui repose sur la même définition déclaratoire⁷⁹. Cette distinction purement territoriale au sein d'un même Etat est un argument pour considérer les *partnerships* comme des quasi-personnes morales, puisque la qualification de personne morale leur est expressément attribuée dans un autre territoire que le

70 Le *Limited Partnership Act 1907* reprend à son compte la définition du mot « firm » (*LPA 1907*, s. 3).

71 *Section 4 : Meaning of "firm"*.

(1) *Persons who have entered into partnership with one another are for the purposes of this Act called collectively a firm, and the name under which their business is carried on is called firm-name.*

(2) *In Scotland a firm is a legal person distinct from the partners of whom it is composed, but an individual partner may be charged on a decree or diligence directed against the firm, and on payment of the debts is entitled to relief pro rata from the firm and its other members.*

72 PA 1890, s. 4(2) *a contrario*.

73 *Articles of the Union*, s. 1. Voir notamment 'House of Lords Journal Volume 18: 15.02.1707', *Journal of the House of Lords: volume 18: 1705-1709* (1802), p. 239.

74 PA 1890, s. 4(2) ; BENNETT, David, *An Introduction to the Law of Partnership in Scotland*, Edinburgh : W. Green/Sweet & Maxwell, 1995, 6.1-6.5, p. 37-39.

75 *Mair v Wood* (1948) SC 83 at 86.

76 *It is fundamental to the Scot law of partnership that the firm is a legal persona distinct from the individuals who compose it. This rule, which dates from the seventeenth century, has been expressly preserved by the Partnership Act, section 4(2), and it is the source of most of our distinctive rules both of substantive law and procedure.*

77 CLARK, Francis W, *A Treatise on the Law of Partnership and Joint Stock Companies according to the law of Scotland*, Edinburgh 1866, p. 160.

78 Par ex: PA 1890 ss. 4, 9, 20, 23, 47.

79 *Major v Brodie* [1998] BTC 141 at 153 per PARK J.

territoire anglais au sein de la Grande-Bretagne et disposant pourtant d'un régime juridique quasiment similaire⁸⁰.

Enfin, le simple fait de vouloir constituer une *limited company* et de ne pas y avoir réussi ne démontre pas à lui seul l'existence d'un *partnership* entre les parties. C'est tout l'intérêt de l'*obiter dictum* du juge Edmund DAVIES LJ dans la décision *Spicer v Mansell* (1970)⁸¹ :

La charge d'établir l'existence d'un *partnership* était, naturellement, sur la tête des demandeurs à l'action. [...] D'un certain point de vue, il peut être dit que cela penche vers l'existence d'un *partnership*. Mais de mon point de vue, il n'y a aucune preuve concluante de cela. J'en arrive à la conclusion que, sur de tels moyens de preuve présentés devant la *county court* et, parallèlement, sur de tels moyens de preuve disponibles devant cette juridiction, il n'est pas possible de dire que le juge était arrivé à la mauvaise conclusion en déchargeant ce défendeur de toute responsabilité⁸².

Cette décision permet d'aboutir aux deux conclusions suivantes.

En premier lieu, « l'existence d'un *partnership* » dans cette décision est la date de l'exécution de l'affaire qui est envisagée. En effet, pour un *partnership*, la date de signature de l'acte de constitution du *partnership* ne peut constituer la date d'existence du *partnership* parce que la rédaction d'un contrat écrit n'est pas obligatoire dans un *partnership*. Un *partnership* peut parfaitement se constituer par oral⁸³. Comme pour les personnes morales, le terme d'existence d'un *partnership* est utilisé par le juge anglais, le *partnership* est une entité juridique qui existe. Les quasi-personnes morales, comme les personnes morales, existent. Par conséquent, comme les personnes morales, le *partnership* présente un moment pour sa formation, puis la réalisation de son objet constitue son existence, qui peut être limitée ou illimitée. Enfin, il existe des manières de faire disparaître le *partnership*, des manières de le dissoudre.

En second lieu, cette décision nous confirme que le *partnership* peut être constitué pour une opération déterminée, ou pour une durée déterminée ou pour une durée indéterminée. Le terme d'un *partnership* n'est pas nécessairement précisé (on parle alors de *partnership at will*). Dans le cas d'un *partnership at will*, tout partner peut déterminer à tout moment un terme fixe au *partnership* en signifiant ce terme à tous les autres *partners*⁸⁴. Si le *partnership* a été constitué par un acte

80 En dernier lieu, *The Partnerships (Prosecution) (Scotland) Act 2013, c. 21* est un texte qui concerne de nouvelles règles pour un *partnership* écossais doté de la personnalité morale et il met en évidence le fait que l'on peut poursuivre pénalement le *partnership* écossais pour des agissements répréhensibles d'un de ses associés.

81 *Spicer v Mansell* [1970] 1 WLR 333 at 337, CA.

82 *The burden of establishing the existence of a partnership was, of course, upon the plaintiffs. [...] On one view it might be said that it veers towards the existence of a partnership. But to my mind there is nothing conclusive about it at all. I have come to the conclusion that, on such material as was presented to the county court judges and, accordingly, upon such material as is available to this court, it is not possible to say that the judge came to a wrong conclusion in absolving this defendant from liability.*

83 Par exemple, *Stekel v Ellice* [1973] 1 WLR 191 at 193, ChD per MEGGARY J.

84 *PA 1890, s. 26(1)*.

authentique, il suffit alors que le partner signifie ce terme par écrit et sur un avis signé par lui⁸⁵.

4.1.1.2.1.2. *La dissolution du partnership (2.)*

Le *Partnership Act 1890* expose diverses manières de dissolution d'un *partnership*. Il existe des modes de dissolution d'origine contractuelle (**a.**) et des modes de dissolution forcée (**b.**).

4.1.1.2.1.2.1. *Les modes de dissolution du partnership d'origine contractuelle (a.)*

Sauf stipulation contractuelle contraire, un *partnership* est dissout soit à l'expiration du terme – si un terme est déterminé⁸⁶ –, soit par la réalisation de l'aventure ou de l'entreprise – s'il ne s'agissait que de la réalisation d'une seule aventure ou d'une seule entreprise⁸⁷ –, soit par tout *partner* en signifiant aux autres son intention de dissoudre le *partnership at will*⁸⁸.

De même, sauf stipulation contraire, il y a dissolution du *partnership*⁸⁹ (ou du *limited partnership*⁹⁰) à la mort d'un des *general partners* ou au cas où l'un des *general partners* est mis en situation de faillite (*bankruptcy*).

Enfin, si l'un des *partners* subit un *charging order* de la part de juges anglais sur sa part dans la *partnership property*, le *partnership* peut être dissout sur choix des *partners* non concernés par cette procédure⁹¹.

4.1.1.2.1.2.2. *Les modes de dissolution forcée du partnership (b.)*

Les modes de dissolution forcée d'un *partnership* sont l'illégalité du *partnership*, la dissolution par l'exclusion d'un des *partners* et la dissolution judiciaire.

L'illégalité du *partnership*⁹² est une cause de dissolution d'ordre public du *partnership*. L'illégalité

85 *PA 1890*, s. 26(2).

86 *PA 1890*, s. 32(a).

87 *PA 1890*, s. 32(b).

88 *PA 1890*, s. 32(c). En principe, cette règle ne s'étend pas aux *limited partners* d'un *limited partnership* parce que, sauf stipulation contractuelle contraire, un *limited partner* ne peut pas dissoudre le *limited partnership* en faisant une telle signification : *LPA 1907*, s. 6(5)(e).

89 *PA 1890* s. 33(1).

90 *LPA 1907* s. 6(2).

91 *PA 1890* s. 33(2). En Angleterre, dans le *limited partnership*, et sauf stipulation contraire expresse ou implicite entre les *partners*, si l'un des *limited partners* subit un *charging order*, les autres *partners* ne peuvent dissoudre le *partnership* pour cette seule raison : *LPA 1907* s. 6(5)(c).

92 *PA 1890* s. 34.

concerne l'affaire de la firme⁹³ ou les associés de la firme. Elle intervient principalement en cas de guerre contre les ennemis⁹⁴ ou en cas de perte d'une qualification essentielle comme le non-renouvellement d'un certificat d'avocat praticien⁹⁵. En Angleterre⁹⁶, si la disposition ne s'applique qu'à un seul des *partners*, son effet est de dissoudre l'ensemble de la firme⁹⁷, y compris si les autres *partners* n'étaient pas au courant de cette illégalité⁹⁸.

La dissolution par exclusion d'un des *partners* n'intervient pas de plein droit. En effet, le pouvoir d'exclusion doit être expressément autorisé par le contrat de *partnership*⁹⁹ et la majorité nécessaire est déterminée par celui-ci¹⁰⁰. Ce pouvoir doit être exercé de bonne foi¹⁰¹, ce qui implique qu'il ait été exercé dans l'intérêt de la firme et non pas seulement dans l'intérêt de l'un des *partners*¹⁰².

Si les juridictions anglaises disposent du pouvoir de dissoudre judiciairement un *partnership*, ce n'est que dans certaines circonstances limitativement énumérées par la loi¹⁰³. Le juge n'est pas obligé de prononcer la dissolution dans ces situations et il dispose toujours d'un pouvoir

93 Par exemple, le *partnership* est constitué dans le but de perpétrer une infraction : *Everet v Williams* (1893) 9 LQR 197 cité in *Burrows v Rhodes* [1899] 1 QB 816, at 826 per GRANTHAM J.

94 *The King v Kupfer* [1915] 2 KB 321 at 338 per Lord Reading CJ : "We assume that the partnership came to an end by operation of law as soon as war was declared. There can be no partnership between enemies of this country and a subject of this country when war has once been declared." – c'est-à-dire – "Nous assumons que ce *partnership* était terminé pour motif légal dès que la guerre était déclarée. Il ne peut y avoir aucun *partnership* entre les ennemis de ce pays et un sujet de ce pays lorsque la guerre a déjà été déclarée."

95 *Hudgell Yeates & Co v Watson* [1978] 1 QB 451 at 465H-467C, 469C-D, 469 F-H, CA.

96 Il ne pourrait en être de même en Ecosse du fait de l'existence de la personnalité morale de la firme.

97 *The King v Kupfer* [1915] 2 KB 321 at 338; *Hudgell Yeates & Co v Watson* [1978] 1 QB 451 at 465H, CA.

98 *Hudgell Yeates & Co v Watson* [1978] 1 QB 451 at 466B-467A, CA.

99 *PA 1890 s. 25*.

100 *In re A Solicitors' Arbitration* [1962] 1 WLR 353.

101 La notion de *good faith* en Angleterre ne recouvre pas tout à fait la notion de bonne foi énoncée par l'article 1134, al. 3 du Code civil, notamment parce que le devoir de bonne foi anglais renvoie à la notion de *equitable remedies*, notion propre à l'*equity* anglaise. R. GOODE, *The concept of good faith in English Law, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, diretto da M.J. Bonell*, Rome 1992, p.5. Cette notion a particulièrement eu des impacts en Angleterre suite à d'importantes vagues de diffusions de textes de loi entre 1967 et 1987, et même après : J. BEATSON & D. FRIEDMAN, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Part 1. Introduction – *From 'Classical' to Modern Contract Law*, 1. ed., Oxford : Clarendon Press, 1995, p. 5-6. Pour un commentaire comparé concernant la dissolution du *partnership*, voir R. ZIMMERMANN & S. WHITTAKER, *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge Studies in International and Comparative Law – The Common Core of European Private Law), Cambridge University Press 2000, p. 348 – 361.

102 *Barnes v Youngs* [1898] 1 Ch 414 ; *Carmichael v Evans* [1904] 1 Ch 486.

103 *PA 1890, s. 35*. Il s'agit de la *mental incapacity*, de la *permanent incapacity*, du *prejudicial conduct*, des *persistent breaches of the agreement*, du fait de *carrying on the business at a loss* et du *just and equitable ground*. Pour aller plus loin, voir – pour l'incapacité mentale (*PA 1890, s. 35(a)* puis *Mental Health Act 1983, s. 96(1)(g)*) – pour l'incapacité permanente (*Whitwell v Arthur* (1865) 35 Beav 140, *PA 1890, s. 35(b)*) – pour l'action préjudiciable (*PA 1890, s. 35(c)*, *Clifford v Timms* [1908] AC 12, HL) – pour les persistantes ruptures du contrat (*Cheeseman v Price* (1865) 35 Beav 142, *PA 1890, s. 35(d)*) – pour le fait de ne pas chercher à faire fructifier l'affaire (*PA 1890, s. 35(e)*, *Handyside v Campbell* (1901) 17 TLR 623) – et pour l'appréciation du juge en *equity* (*PA 1890, s. 35(f)*, *Khurll v Poulter* (2003) LTL, 8 April 2003 et *In re Yenidje Tobacco Co Ltd* [1916] 2 Ch 426, CA ; *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd* [1997] AC 360, HL ; *Quinlan v Essex Hinge Co Ltd* [1996] 2 BCLC 417).

d'appréciation¹⁰⁴.

4.1.1.2.2. *Le Limited Partnership Act 1907 (B.)*

Annnonce du plan. Après avoir mis en avant les règles applicables aux *limited partnerships* (1.), il est expliqué les deux raisons de l'échec relatif du *limited partnership* aujourd'hui (2.).

4.1.1.2.2.1. *Les règles applicables aux limited partnerships (1.)*

Le *limited partnership* est un *partnership* particulier dont le régime juridique applicable dépend de la jurisprudence anglaise et du *Limited Partnership Act 1907 (LPA 1907)*. En vertu de ce texte, un *limited partner* est un associé qui a été révélé à la *Companies House* afin de limiter sa responsabilité à son apport. Si aucun *limited partner* n'est révélé à la *Companies House*, la société sera considérée en Angleterre comme un *partnership*. Il est donc absolument nécessaire qu'au moins un des associés du *limited partnership* soit révélé aux tiers à l'aide d'un formulaire disponible auprès de la *Companies House*.

Permettant enfin au droit anglais de constituer un *limited partnership*¹⁰⁵, le *LPA 1907* a été reconnu par le juge anglais, notamment par la décision *In re Barnard (1932)* où le juge FARWELL J. énonce¹⁰⁶ :

« Il est admis qu'un *partnership* classique n'est pas une personne morale comme une *limited company* et, même si le *Limited Partnership Act 1907* reconnaît le *limited partnership*, l'oblige à être enregistré et donne de la liberté pour inspecter le registre, cela ne crée pas une personne morale. C'est plutôt une combinaison de personnes ayant pour objet de faire une opération commerciale particulière ou des opérations commerciales et ce n'est pas, à proprement parler, une personne morale »¹⁰⁷

Cette décision reconnaît que le *limited partnership*, tout comme le *partnership*, n'est pas – à proprement parler – une personne morale, mais tient à comparer le *partnership* à une *limited company*. En effet, un *partnership* n'est pas une personne morale en Angleterre, mais il s'agit d'une

104 *Olver v Hillier* [1959] 1 WLR 551, ChD at 553 per ROXBURGH J. qui admet que le juge anglais puisse se dessaisir au profit d'un arbitre sur cette question.

105 L'idée d'introduire le *limited partnership* en Angleterre ne date pas de 1907. Déjà, cette ouverture législative a été proposée dans les années 1820. Cette question fut même à l'origine d'un important débat à partir de la fin des années 1840 jusqu'au rapport de la commission royale sur le droit commercial en 1854. Source : P.L. COTTRELL, *Industrial Finance 1830 – 1914 – The finance and organization of English manufacturing industry*, London : Methuen & Co Ltd, 1979, p. 50.

106 *In re Barnard. Martins Bank v Trustee* [1932] 1 ChD 269 at 272.

107 *It is well settled that an ordinary partnership is not a legal entity like a limited company, and although the Limited Partnership Act, 1907, recognizes a limited partnership and requires it to be registered and gives liberty to inspect the register, it does not create a legal entity. It is merely a combination of persons for the purpose of carrying on a particular trade or trades, and in no sense strictly speaking a legal entity.*

quasi-personne morale puisqu'il s'agit d'une entité juridique qui gravite dans l'orbite de la personnalité morale des sociétés. Ce n'est pas à proprement parler une personne morale, mais il s'agit d'une combinaison de personnes qui s'en approche étonnamment par ses caractères.

Quoi qu'il en soit, depuis une réforme de 2009¹⁰⁸, la date du certificat d'enregistrement auprès de la *Companies House* devient une preuve de l'existence et l'enregistrement du *limited partnership* à compter de cette date. Ceci renforce nécessairement encore un peu plus la notion de « quasi-personne morale » à son égard puisque le certificat d'enregistrement du *limited partnership* sera désormais systématiquement présenté aux tiers comme l'est déjà aujourd'hui le certificat d'*incorporation* pour les *companies*.

4.1.1.2.2. *Les deux raisons de l'échec des limited partnerships en Angleterre (2.)*

Il faut aussi comprendre que l'échec relatif du *limited partnership* en Angleterre provient de la survenance de deux événements conjugués à l'époque de son introduction.

Le *limited partnership* a été conçu en premier lieu pour répondre au succès au XIXe siècle des sociétés françaises en commandite simple. Or le droit français reste difficilement acceptable comme modèle par le droit anglais au nom d'une simple incompatibilité d'humeur¹⁰⁹. C'est sans doute la raison pour laquelle le législateur anglais a considéré utile d'imposer très longtemps l'enregistrement du principal établissement de l'affaire auprès du registre des sociétés territorialement compétent¹¹⁰ et donc nécessairement quelque part au Royaume-Uni¹¹¹. Néanmoins, la réforme de 2009¹¹² n'impose plus aujourd'hui cette règle et cette dernière réforme pourrait permettre un intérêt renouvelé de cette forme juridique anglaise sur ce point.

Surtout, en second lieu, le *Limited Partnership Act 1907* reçoit le *Royal assent* la même année que le *Companies Act 1907* énonçant, pour la première fois en *Statute Law* la notion de *private company*¹¹³ car la jurisprudence anglaise (*Case Law*) s'en était déjà faite l'écho dans des décisions

108 *SI 2009/1940* dénommé *The Legislative Reform (Limited Partnerships) Order 2009*.

109 On sait cependant aujourd'hui l'attrait de cette forme juridique pour la gestion de fonds de pension anglo-saxons, spécialement après l'entrée en vigueur du *the Financial Services Act 1986*, s. 75.

110 *LPA 1907*, s. 8.

111 Cette idée est également celle qui traverse l'esprit allemand dans le cadre de la modernisation du droit des *GmbH* tel que le montre la loi « MoMiG » de 2007 puisqu'elle entend régir les règles concernant les *GmbH* qui sont enregistrées à l'intérieur du territoire allemand.

112 *SI 2009/1940* a modifié la rédaction de *LPA*, s. 8 et a introduit de nouveaux articles dans cette loi (*LPA*, s. 8A-8C).

113 *Companies Act 1907* (7 *Edw. VII*, c. 50), s. 37 "Definition of private company".

antérieures¹¹⁴. Le juge anglais l'avait déjà proposé, le législateur anglais ne fait que reprendre cette notion à son compte.

La *private company* est depuis 1907 officiellement aux yeux du monde entier la forme sociale préférée de nos voisins anglais en nombre de sociétés. Il sera même proposé de simplifier les démarches administratives en proposant pour les *companies limited by shares* l'existence d'un modèle de « statuts » appelé le *Table A*¹¹⁵. Le *Table A* constitue plus précisément un modèle d'*articles of association*. Les *articles* ont pour objet de prescrire des règles pour la *company* en ce qui concerne spécialement les affaires internes de la *company* et le management. Le *Table A* constitue le modèle d'ensemble des *articles of association* pour une *company limited by shares*. Si aucun *articles of association* pour une telle *company* n'est enregistré auprès du *registrar*, le *Table A* sera en son entier *the company's articles*. De plus, tant qu'un *articles of association* enregistrée auprès du *registrar* n'exclut pas ou ne modifie pas le *Table A*, ce dernier, pour autant qu'il puisse être applicable à la *company limited by shares*, constitue *the company's articles* comme si les *articles* avaient été dûment enregistrés lors de l'*incorporation*. Enfin, par respect de l'application de la loi dans le temps, si le *Table A* est modifiée, cette modification n'abrogera pas les *articles* du *Table A* que le *company* devra continuer à respecter. Marque de cet engouement pour les modèles de statuts, le *Companies Acts 2006* propose aujourd'hui, en plus d'un nouveau modèle de *Table A*, un modèle de statuts pour les *public limited companies*¹¹⁶.

4.1.2. Les éléments caractéristiques des *partnerships* (§2.)

Les *partnerships* présentent trois caractéristiques essentielles et indispensables à sa qualification juridique. Il s'agit d'une affaire (*business*) (I.), engagée en commun (*carried on in common*) (II.) et avec pour objectif d'en tirer profit (*with a view of profit*) (III.). Une telle définition correspond assez exactement à ce que nous entendons dans la qualification juridique de « quasi-personne morale » des sociétés, du moment que le *partnership* est révélé aux tiers.

4.1.2.1. Une affaire (I.)

Une affaire est définie comme correspondant notamment à toute relation commerciale, toute

114 Par exemple, *Salomon v A Salomon & Co Ltd* [1897] AC 22, HL.

115 CA 1985, s. 8 et SI 1985/805 dénommé *Companies (Table A to F) Regulations 1985* modifié.

116 CA 2006, s. 19 ; SI 2008/3229 dénommé *The Companies (Model Articles) Regulations 2008*. Ces modèles ont été modifiés pour la première fois le 28 avril 2013 suite à l'entrée en vigueur du *Mental Health (Discrimination) Act 2013* c. 8, s. 3.

occupation ou toute profession¹¹⁷. Un *partnership* ne peut concerner du bénévolat ou le domaine artistique¹¹⁸. Il ne peut s'agir d'un club¹¹⁹.

La relation qui naît entre les *partners* est nécessairement en lien avec cette affaire. Mais des difficultés sur la qualification de la relation surviennent lorsque les associés ont entre eux des liens personnels¹²⁰.

Dire que le *partnership* commence en même temps que l'affaire démarre, c'est dire que les personnes qui s'entendent pour se réunir dans une affaire deviennent *partners* dès qu'ils s'engagent dans l'affaire en question¹²¹, ce qui ne correspond pas nécessairement à la date de commencement de l'affaire stipulée dans le contrat de *partnership* (*partnership agreement*)¹²².

Les *partners* sont fiscalement considérés comme *self-employed* (*contract of service*) et ne peuvent jamais être qualifiés de salariés (*employee*) du *partnership* (*contract for services*). Il est admis qu'un *partnership* puisse n'exister que pour la réalisation d'une seule aventure commerciale commune (*single commercial venture*)¹²³.

4.1.2.2. Un engagement en commun à plusieurs personnes (II.)

Un *partnership* est un engagement en commun. Un *partnership* comporte au moins deux personnes dans l'affaire. Ce sont les *Companies Acts* qui ont limité le nombre maximum d'associés dans un *partnership* à vingt cinq associés¹²⁴, puis à vingt associés. Cette limitation du nombre d'associés dans un *partnership* n'existe plus depuis 2002¹²⁵. Par conséquent, pendant très longtemps, un *partnership* est, de fait, réservé à un petit nombre d'associés¹²⁶ pour ne pas être déclaré illicite¹²⁷.

Hormis l'exception du *limited partner* du fait des dispositions du *Limited Partnership Act 1907*, il

117 PA 1890 s. 45.

118 Cette vision est différente du droit allemand qui admet qu'une personne morale, la *GmbH*, ait un objet non lucratif (§1 *GmbHG*). Il en est de même du droit français qui considère que certaines sociétés, dont les SARL, sont commerciales par leur forme, quels que soient leurs objets (art. 1^{er} Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales devenu art. L210-1 C. com.).

119 *Wise v Perpetual Trustee Co.* [1903] AC 139, PC à propos d'un club dénommé "le Cercle français".

120 *Taylor v Mazorriaga* (1999) LTL, 12 May 1999 (anciens mari et femme); *Ravindran v Rasanagayam* (2000) LTL, 24 Jan. 2001 (frère et soeur).

121 *Khan v Miah* [2000] 1 WLR 2123 at 2128 per Lord MILLETT à propos d'un restaurant indien.

122 *Inland Revenue Commissioners v Williamson* (1929) 14 TC 335, CS (Scot) at 339 per Lord CLYDE et at 340 per Lord MORISON.

123 *Taylor v Good* [1974] 1 WLR 556, CA met en avant l'aspect fiscal (aventure commerciale ou non), plutôt que le nombre d'aventures envisagées.

124 *Joint Stock Companies Act 1844*, s. 2. Voir *infra*.

125 Finalement, le SI 2002/3203 a abrogé la section 716 du *Companies Act 1985* relative au nombre maximum de *partners* dans un *partnership*.

126 Certaines dérogations ont toutefois existé pour certaines professions réglementées. Ceci a conduit à la production de textes légaux intitulés, par exemple, *The Partnerships (Unrestricted Size) No. 1 Regulations 1968* (SI 1968/1222). Il en est de même pour les *limited partnerships* et, dans ce cas, le texte s'appelle, par exemple, *The Limited Partnerships (Unrestricted Size) No. 1 Regulations 1971* (SI 1971/782).

127 PA 1890, s. 34.

convient de distinguer pour chacun des associés entre une participation dans l'affaire (*participation in the business*) et un lien avec cette affaire (*a connection with the business*) comme la mise à disposition de biens ou de services¹²⁸.

Il peut aussi être mis en avant l'idée de contrôle sur l'affaire en cause. A chaque fois que l'on se joint à une affaire, il n'y a pas automatiquement un *partnership*. Pour cela, il faut que l'entreprise commune détermine effectivement l'affaire du *partnership* et qu'elle transfère son contrôle à d'autres personnes que les associés de cette entreprise¹²⁹.

4.1.2.3. Une volonté de réaliser des gains (III.)

Un *partnership* ne peut s'établir sans que les parties aient l'espoir de gains provenant de cette affaire.

En Angleterre, les problèmes juridiques se posent surtout en sens inverse. La question est alors de savoir dans quelle mesure des gains provenant d'une affaire n'emporte pas pour son bénéficiaire la qualité de *partner*. Ainsi, un bénéficiaire peut rechercher à s'opposer à la qualification de *partner* et il revient aux juridictions anglaises de trancher le litige.

Pour qu'un *partnership* puisse exister, il faut que ses associés soient motivés à l'idée de faire des profits¹³⁰, ce qui constitue ce que le droit romain appelle l'*affectio societatis*. Seulement, si l'affaire est mise en commun, ce n'est pas nécessairement le cas des profits tirés de cette affaire, et la loi¹³¹ prévoit que le contrat de *partnership* (*partnership agreement*) puisse expressément ou implicitement en disposer autrement¹³².

Toutefois, l'absence de toute motivation aux profits pour l'un des *partners* nie l'existence d'un *partnership*¹³³.

4.1.3. Les *partnerships*, variétés de « quasi-personne morale » (§3.)

Annnonce du plan - Une réalité anglaise beaucoup plus complexe. Simplement, plusieurs indices factuels et juridiques permettent de rattacher le *partnership* et, *a fortiori*, le *limited partnership* au groupe des quasi-personnes morales. Hormis ce que nous avons déjà mis en évidence, il s'agit, en premier lieu, des constatations effectuées dans le cadre de la recherche en bibliothèque (I.), en

128 *Strathearn Gordon Associates v Customs and Excise Commissioners* [1985] VATTR 79.

129 *Mann v D'Arcy* [1968] 1 WLR 893, at 898H, 899A-B, ChD per MEGARRY J.

130 *Newstead v Frost* [1980] 1 WLR 135 at 141F, HL per Lord DILHORNE, *Young Legal Associates v Zahid* [2006] 1 WLR 2562, CA.

131 PA 1890 s. 24(1).

132 *Saywell v Pope* (1979) 53 TC 40; *Ward v Newalls Insulation Co Ltd* [1998] 1 WLR 1722.

133 *Davies v Newman* (2000) LTL, 31 mai 2000 at 51 per PUMFREY J.

deuxième lieu, des dispositions légales concernant les sociétés (II.), en troisième lieu, du droit d'ester en justice (III.), et, en quatrième et dernier lieu, de plusieurs décisions de justice, et spécialement de décisions de justice anglaises citant le terme de « société » (IV.).

4.1.3.1. La recherche dans les bibliothèques anglaises (I.)

Lieu des recherches. Dans la bibliothèque de l'*Institute of Advanced Legal Studies* appartenant à l'*University of London* tout comme dans *the Squire Law Library* de l'*University of Cambridge* et dans la *Bodleian Law Library* de l'*University of Oxford*, les ouvrages sur le *partnership* sont mélangés avec ceux concernant le *company law*, c'est-à-dire le droit des sociétés anglaises.

D'ailleurs, plusieurs ouvrages ou articles considèrent que le droit des *partnerships* a des effets sur le droit des sociétés anglaises en général¹³⁴, comme d'ailleurs certaines décisions de justice anglaises¹³⁵.

Conséquences sur l'étude du *partnership*. L'étude du droit des *partnerships* (*Partnership Law*) et l'étude du droit des personnes morales des sociétés (*Company Law*) sont deux études complémentaires. A côté de l'entrepreneur individuel, il existe deux grandes manières de s'organiser en société en Angleterre. Il y a, d'une part, le *partnership* et, d'autre part, la *company*¹³⁶. Simplement, le *partnership* constitue la manière la plus simple de vouloir faire des affaires en société de par le faible formalisme juridique et de par la souplesse de l'organisation de la direction de la société. Par ailleurs, le contrat de société reste secret entre les *partners*. Ce contrat n'est pas révélé aux tiers auprès d'un organisme gouvernemental. Cette solution est également vraie des *limited partnerships* et ce malgré la transmission de certaines informations les concernant au registre des sociétés anglais. De même, et alors que le *LLP* jouit de la personnalité morale, cette dernière forme de *partnership* n'a également pas à révéler aux tiers le contenu de son contrat de *LLP*, mais il doit juste leur montrer qu'il dispose d'un certificat d'*incorporation* remis par la *Companies House*.

Ceci s'explique en grande partie parce qu'il n'est pas imposé par essence au *partnership* de recourir

134 N. LINDLEY assisted by S. DICKINSON, *A treatise of the law of partnership, including its application to companies*, vol. I, 3rd ed., London : William Maxwell & Son, 1873, p. 64; RIDER, Barry A. K., *Partnership Law and its impact on "Domestic Companies"*, 38 Cambridge L.J. 148 (1979), p. 153.

135 *Automatic Self-Cleaning Filter Syndicate Co Ltd v Cuninghams* [1906] 2 Ch 34 at 44 où Cozens-Hardy LJ développe une comparaison entre *company* et *partnership*.

136 Il existe en fait neuf formes d'organisations spécifiques en Angleterre régies par des dispositions légales particulières conduisant à une *incorporation* : *the Industrial and Provident Societies Act 1965*, *the Building Societies Act 1986*, *the European Economic Interest Grouping Regulations 1989 (SI 1989/638)*, *the Friendly Societies Act 1992*, *the Limited Liability Partnerships Act 2000*, *the European Public Limited-Liability Company Regulations 2004 (SI 2004/2326)*, *the Companies Act 2006*, *the Charities Act 2011*.

à un contrat écrit, même si la pratique des affaires a finalement conduit à préférer la rédaction des conditions précises du contrat de *partnership*. Si le droit anglais n'a pas réussi à l'imposer, l'écrit s'est imposé de lui-même dans la coutume commerciale internationale afin d'essayer de prévenir au maximum les risques de conflits entre *partners*.

4.1.3.2. Des dispositions légales concernant les sociétés (II.)

Les dispositions légales concernant les *companies* permettent d'obtenir des informations sur les *partnerships* sur la très grande majorité de la période étudiée. Aussi, il est important de se référer aux différents *Companies Acts* (A.) et de mettre en évidence la frontière tenue entre les *companies* et les *partnerships* (B.) justifiant la qualification de quasi-personne morale.

4.1.3.2.1. Les Companies Acts (A.)

Le *joint stock companies Act 1844* (7 & 8 Vict.) c. 110 énonce en lui-même que tout *partnership* de plus de vingt cinq associés doit se transformer en une *joint stock companies* par les dispositions suivantes (JSCA 1844, s. 2) :

Le terme “*Joint Stock Company*” doit s’entendre [...] de tout *partnership* qui, lors de sa constitution ou par des admissions postérieures (hormis une admission par dévolution ou toute autre exception prévue par la loi), doit comprendre plus de vingt cinq associés¹³⁷.

Cette loi de 1844 impose à tout *partnership* d’une certaine importance de se transformer en *joint stock companies*. Si le critère retenu dans la loi de 1844 est le nombre de vingt-cinq associés, celui-ci sera finalement abaissé à vingt associés dans le *Companies Act 1985* pour être finalement abandonné en 2002¹³⁸.

Quoi qu’il en soit, le *partnership* apparaît comme une société, une petite entreprise, au sens du nombre de personnes qui en sont associés, mais pas au sens du volume d’affaires que cette société peut drainer. Cette définition légale de 1844 explique pourquoi le juge BUCKLEY J affirmera¹³⁹ :

Le terme “*company*” n’est pas à proprement parler un sens technique. Il implique, je pense, deux idées – à savoir en premier lieu que l’association de personnes est tellement nombreuse qu’il n’est plus possible de la décrire comme une « firme » ; et, en second lieu, que le

137 *The Term "Joint Stock Company" shall comprehend, [...] Every Partnership which at its Formation, or by subsequent Admission (except any Admission subsequent on Devolution or other Act in Law), shall consist of more than Twenty-five Members.*

138 CA 1985, s. 716-717, dispositions abrogées par le SI 2002/3203 dénommé *The Regulatory Reform (Removal of 20 Member Limit in Partnerships etc.) Order 2002*.

139 *In re Stanley, Tennant v Stanley* [1906] 1 Ch 131 at 134 per BUCKLEY J.

consentement de tous les autres associés n'est pas requis pour qu'un associé puisse transférer ses parts sociales ou ses actions de la société¹⁴⁰.

En fait, le *partnership* existe depuis que le commerce existe et donc depuis la nuit des temps, alors qu'après le *Bubble Act* de 1720 (6 Geo. 1, c. 18) tout *joint stock company* devait obtenir jusqu'en 1825 une charte royale (*royal charter*) ou une loi (*private Act of Parliament*) pour pouvoir exister.

Le scandale de la *South Sea Company* a permis – de fait – le maintien de monopoles très intéressants pour les investisseurs, y compris ceux de la *South Sea Company*, jusqu'à la libéralisation du commerce anglais par le *joint stock companies Act 1844* et la création d'un registre du commerce tenu par *the registrar* qui s'appelle pour tout le territoire du Pays de Galles et de l'Angleterre la *Companies House* et dont le siège est à Cardiff. Depuis le 1er octobre 2009, le *Companies Act 2006* élargit finalement la compétence de la *Companies House* à l'ensemble du Royaume-Uni, y compris à l'Irlande du Nord puisque les sociétés anglaises sont désormais des « *UK companies* »¹⁴¹.

4.1.3.2.2. Une frontière tenue entre companies et partnerships (B.)

Dans *the Enterprise Act 2002* (c. 40), il a été clairement envisagé sous le vocable de « *person* » de regrouper également une référence à un *partnership* ou à tout autre groupe de personnes non incorporé¹⁴². La frontière entre personnes et autres groupements n'est donc pas nécessairement étanche¹⁴³. Un *partnership* peut être assimilé à une personne si le contexte légal le requiert.

D'ailleurs, BOUVIER définit déjà en 1914 la *company* de la manière suivante¹⁴⁴ :

Une association d'un nombre d'individus ayant pour objet de faire quelques affaires licites. Le terme n'est pas synonyme de *partnership* bien que toute *company* non incorporée soit un *partnership*. L'usage a réservé ce terme aux associations dont les associés sont en grand nombre, leur capital plus important et leurs entreprises plus grandes soit en raison des risques, soit en raison de leur importance¹⁴⁵.

140 *The word « company » has no strictly technical meaning. It involves, I think, two ideas – namely, first that the association is of persons so numerous as not to be aptly described as a firm; and, secondly, that the consent of all the other members is not required to the transfer of a member's interest.*

141 SI 2008/2860 (C. 126) dénommé *The Companies Act 2006 (Commencement No. 8, Transitional Provisions and Savings) Order 2008*.

142 *Enterprise Act 2002, Sch. 18 (Sch. 2A to Insolvency Act 1986)*, §11.

143 D'ailleurs, GOWER considère même que la liberté de choix entre une *company* et un *partnership* est limitée par les dispositions des *Companies Acts* arbitrairement. GOWER, *The principle of modern Company Law*, 1. ed., London : Stevens & Sons Ltd, 1954, p. 5.

144 F. RAWLE, *Bouvier's Law Dictionary and Concise Encyclopedia*, 3. rev., étant la 8e ed., Kansas City, Mo. : Vernon Law Book Co. ; St. Paul, Minn. : West Pub. Co., 1914, p. 571 (Lettre C).

145 *An association of a number of individuals for the purpose of carrying on some legitimate business. The term is not synonymous with partnership though every such unincorporated company is a partnership. Usage has reserved the term to associations whose members are in greater number, their capital more considerable, and their enterprises*

BOUVIER admet donc nécessairement que les deux formes de sociétés, *company* et *partnership*, sont intimement liées. Il ne s'agit que d'une différence d'échelle. Fondamentalement, le *partnership* reste une petite société commerciale, même si la règle limitant le nombre d'associés a aujourd'hui disparu dans les *partnerships*.

Enfin, lorsque l'on se procure la version consolidée anglaise du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) de 2012¹⁴⁶ et qu'on la compare à la version consolidée française¹⁴⁷, on s'aperçoit que le terme « sociétés » défini par le second alinéa de l'article 54 du TFUE devient l'expression « *companies or firms* ». Aussi, même au niveau de l'Union européenne, le droit anglais s'est battu pour que l'ensemble des *partnerships* puissent être reconnus à travers le terme de « *firms* » au niveau européen, en particulier pour les *LLP* dont les dispositions reprennent indiscutablement celles applicables aux *companies*¹⁴⁸, mais aussi, plus généralement, pour l'ensemble des autres catégories de *partnerships*. Ce combat a reçu une traduction éclatante dans le cadre de la refonte à droit constant de deux directives sur les comptes annuels et les comptes consolidés de 2013. Les *partnerships* et *limited partnerships* y sont toujours cités expressément¹⁴⁹, et le *LLP* y est seulement sous-entendu en tant qu'une « forme juridique comparable à celle des *companies limited by shares or by guarantee* ». Les *partnerships* et *limited partnerships* sont donc des formes juridiques reconnues par le droit communautaire. Paradoxalement, le *LLP* ne semble pas encore être reconnu aussi facilement par ce droit communautaire alors même que le *LLP* est une personne morale en Angleterre.

greater, either on account of their risk or importance.

146 Consolidated version of the treaty on the functioning of the European Union : OJEU C 326/47 26.10.2012, p. 69.

147 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée) : JOUE C 326/47, 26.10.2012, p. 69.

148 Pour l'application du *Companies Act 2006*, voir principalement *SI 2013/618* dénommé *The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) (Amendment) Regulations 2013*, *SI 2009/2476* dénommé *The Companies Act 2006 and Limited Liability Partnerships (Transitional Provisions and Savings) (Amendment) Regulations 2009*, *SI 2009/1804* dénommé *The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009*, *SI 2008/1911* dénommé *The Limited Liability Partnerships (Accounts and Audit) (Application of Companies Act 2006) Regulations 2008*. Cette visibilité, dans l'intitulé des *SI* vise à rapprocher plus directement le *LLP* de la *company*.

Voir déjà, mais de manière beaucoup moins visible, pour l'application du *Companies Act 1985*, depuis l'introduction du *LLP* en Angleterre en 2000, *SI 2001/1090* dénommé *The Limited Liability Partnerships Regulations 2001.*, *SI 2002/913* dénommé *The Limited Liability Partnerships (No. 2) Regulations 2002*, *SI 2005/1989* dénommé *The Limited Liability Partnerships (Amendment) Regulations 2005*, *SI 2007/2073* dénommé *The Limited Liability Partnerships (Amendment) Regulations 2007*.

149 Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil : JOUE L 182 du 29 juin 2013, p. 19, spéc. Annexe II. Voir déjà directive 90/605/CEE du Conseil du 8 novembre 1990 modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE concernant respectivement les comptes annuels et les comptes consolidés, en ce qui concerne leur champ d'application : JOCEE L 317 du 16 novembre 1990, p. 60 et sq.

4.1.3.3. *Le droit d'ester en justice dans un partnership (III.)*

Le droit d'ester en justice dans un *partnership* est possible (A.) et emporte un certain nombre de conséquences (B.).

4.1.3.3.1. *La possibilité du droit d'ester en justice dans un partnership (A.)*

Il est possible d'exercer le droit d'ester en justice dans un *partnership* en vertu de l'application de règles de la responsabilité contractuelle (1.) et, plus généralement, en vertu de règles de procédure (2.).

4.1.3.3.1.1. *L'application de règles de la responsabilité contractuelle (1.)*

Bien qu'une firme ne soit pas en Angleterre une personne morale, tous les associés de la firme peuvent poursuivre un tiers dans le cadre d'un contrat conclu au nom de la firme ou dans le cadre d'un contrat conclu par l'un d'entre eux en qualité de représentant de la firme¹⁵⁰.

Lorsque le dommage est commun, tous les associés peuvent poursuivre par une action en responsabilité (*action of tort*) reposant sur un tel dommage¹⁵¹. Réciproquement, lorsque le contrat sur lequel repose l'action en justice a été conclu par un seul des associés (*partner*) au profit de la firme, ce *partner* peut poursuivre en son nom propre sans avoir besoin que ses co-associés deviennent parties à l'action¹⁵².

4.1.3.3.1.2. *L'application de règles procédurales (2.)*

Comme règle de procédure¹⁵³, les *partners* effectuant des affaires dans le ressort d'un tribunal peuvent poursuivre et être poursuivis¹⁵⁴ au nom de la firme dans laquelle ils étaient *partners* à l'époque à laquelle l'action en justice a été introduite. Le défendeur à l'action engagée par les

150 *Leveck v Shaftoe* (1796) 2 Esp 468 ; *Guidon v Robson* (1809) 2 Camp 302 ; *Skinner v Stocks* (1821) 4 B & Ald 437 ; *Atkinson v Laing* (1822) Dow & Ry NP 16 ; *Cothay v Fennell* (1830) 10 B & C 671 ; *Alexander v Barker* (1831) 2 Cr & J 133 ; *Cox v Hubbard* (1847) 4 CB 317.

151 *Longman v Pole* (1828) Mood & M 223 ; *In re Hill, ex p Holt & Co* [1921] 2 KB 831.

152 *Lucas v De la Cour* (1813) 1 M & S 249 ; *Hudson v Robinson* (1816) 4 M & S 475 ; *Jones v Robinson* (1847) 1 Exch 454 ; *Driver v Burton* (1852) 17 QB 989 ; *Clay and Newman v Southern* (1852) 7 Exch 717 ; *Roberts v J W Ward and Son (a firm)* [1985] CA Transcript 71.

153 *Meyer & Co v Faber (No 2)* [1923] 2 Ch 421 at 435, 439, CA ; *Noble Lowndes & Partners v Hadfields Ltd* [1939] Ch 569 ; *W Hill & Son v Tannerhill* [1944] 1 KB 472, CA ; *Roberts v J W Ward and Son (a firm)* [1985] CA Transcript 71 ; *Mephistopheles Debt Collection Service (a firm) v Lotay* [1994] 26 LS Gaz R 36, CA.

154 *Willmott v Berry Bros (a firm)* (1981) 126 Sol Jo 209, CA.

partners au nom de la firme peut exiger de la firme qu'elle lui fournisse les noms et adresses de tous les autres *partners*¹⁵⁵ et l'action en justice se poursuit comme si tous les *partners* étaient des co-demandeurs à l'action.

4.1.3.3.2. *Les conséquences de l'ensemble de ces réglementations (B.)*

Il existe des moyens de procédure en Angleterre pour pouvoir poursuivre l'ensemble des *partners* d'un *partnership* mais le coût de la procédure est nécessairement plus élevé que lorsqu'il s'agit de poursuivre une simple personne morale.

Quoi qu'il en soit, le *partnership* anglais, en tant que quasi-personne morale, a pu progressivement être indirectement poursuivi.

Une action en justice entre un *partner* et la firme ou entre deux firmes ayant un associé commun était impossible en *common law* et, jusqu'en 1891, il était permis de douter si une telle action en justice était ouverte depuis les *Judicature Acts*¹⁵⁶ fusionnant les juridictions d'*equity* et de *common law* en Angleterre. Mais de telles actions sont désormais expressément autorisées par le règlement de la cour (Order XLVIII. r. 10)¹⁵⁷.

De même, d'après les règles de la *Supreme Court*, des actions peuvent être entreprises par des *partners* au nom de leur firme ou contre des *partners* au nom de leur firme (Order XLVIII. r. 1, &c.)¹⁵⁸.

Il est alors possible de se demander – comme le juge JAMES LJ dans la décision *ex parte Corbett* (1880) – combien de temps encore la règle de principe “*there is no such thing as a firm known to the law*” c'est-à-dire « une firme n'est pas une chose reconnue par la loi » continuera d'être en vigueur en Angleterre¹⁵⁹. Il semble alors que la reconnaissance de la quasi-personnalité morale des *partnerships* en Angleterre serait un indice décisif de la reconnaissance par le droit de cette forme juridique originale.

4.1.3.4. *L'argumentation utilisée dans plusieurs décisions de justice (IV.)*

Annonce du plan. Plusieurs décisions de justice anglaises expliquent ce qu'est un *partnership*¹⁶⁰

155 *Pike v Keene and Byne* (1876) 24 WR 322 ; *Abrahams & Co v Dunlop Pneumatic Tyre Co* [1905] 1 KB 46, CA.

156 Il s'agit de deux lois : *The Supreme Court of Judicature Act 1873* (36 & 37 Vict. c. 66) et *The Supreme Court of Judicature Act 1875* (38 & 39 Vict. c. 77). Ces deux lois conduisent à la fusion des juridictions de la *common law* et de l'*equity*.

157 POLLOCK, Sir Frederick, *A Digest of the Law of Partnership*, 11. ed, London : Stevens and Sons Ltd, 1920, p. 24.

158 *Idem*.

159 *Ex parte Corbett* (1880) 14 Ch Div at 126 per James LJ.

160 *Pooley v Driver* (1876) 5 ChD 458 at 471 et s. per JESSEL MR ; *Smith v Anderson* (1880) 15 ChD 247 at 273, CA per James LJ ; *Redgrave v Hurd* (1881) 20 ChD 1, CA ; *Adam v Newbigging* (1888) 13 App Cas 308, HL ; *Fulwell v*

mais certaines décisions attirent particulièrement l'attention à cause de l'argumentation utilisée par le juge anglais. Il s'agit, d'une part, de la décision dite du « Cercle français » (A.) et, d'autre part, de plusieurs décisions utilisant pour le *partnership* le terme de « société » (B.). L'ensemble de ces décisions fournit de nouveaux indices jurisprudentiels anglais de la quasi-personnalité morale des *partnerships*.

4.1.3.4.1. La décision sur « le Cercle français » (A.)

Portée de la décision de 1903. Dans la décision *Wise v Perpetual Trustee Company* de 1903¹⁶¹ dite du « Cercle français », l'affaire est relative à la question de savoir si, d'abord, les associés d'un club quelconque (*ordinary Club*) engagent personnellement leur responsabilité d'indemniser les *trustees* de ce club et si, ensuite, il n'existe pas une règle générale imposant une telle responsabilité.

A priori, cette décision concerne l'institution du *trust*¹⁶² mélangée à celle d'un *club* à propos du paiement d'un bail et non celle du *partnership*.

Seulement, la décision du *Judicial Committee* du *Privy Council*, juridiction suprême du dernier ressort pour tous les pays membres du *Commonwealth* qui le souhaitent¹⁶³, énonce¹⁶⁴ :

« Les *clubs* sont des associations d'une nature particulière. Ce sont des sociétés dont les membres sont perpétuellement différents. Ce ne sont pas des *partnerships*, ni des associations lucratives. Aucun associé en tant que tel ne doit payer à un fonds de la société ou à n'importe qui d'autre aucune somme d'argent au-delà des droits de souscription requis par les règles du club aussi longtemps que celui-ci reste associé. Ceci les distingue des autres sociétés. C'est d'après cette condition fondamentale, peu souvent expresse mais comprise par tous, que les *clubs* se constituent et cette chose qui les distingue a souvent été reconnue judiciairement. Il en a été question dans des actions entreprises par des créanciers ou dans le cadre d'une procédure collective : Voir *Fleming v Hector* (1836) 2 M. & W. 172. ; *St James Club* 2. D. M. & G. 383 »¹⁶⁵

Bragg (1982) 127 Sol Jo 171 ; *Hitchman v Crouch Butler Savage Associates* (1983) 127 Sol Jo 441, CA ; *Goldsworthy v Brickell* [1987] Ch 378, [1987] 1 All ER 853 ; *Albarni String Quartet v Customs and Excise Comrs* [1990] VATTR 166.

161 *Wise v Perpetual Trustee Company, limited* [1903] AC 139 at 142 et s. per Lord LINDNEY, PC.

162 Le *trust* existe depuis le milieu du XIXe siècle en Angleterre, sa traduction en français vient de donner naissance à la fiducie dans le Code civil par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie : JORF « Lois et Décrets » du 21 février 2007, p. 3052.

163 Par exemple, jusqu'en 1949 pour le Canada et jusqu'en 2003 pour la Nouvelle Zélande. En effet, si la Cour suprême du Canada a été créée suite au *British North America Act 1867* (30 & 31 Vict., c. 3. (U.K.)), elle ne constitue pas la juridiction du dernier ressort au Canada avant 1933 dans les affaires criminelles et 1949 dans les autres cas (*British North America (No. 2) Act, 1949* (13 Geo. VI, c. 81 (U.K.))). Par ailleurs, en Nouvelle Zélande, suite au *the Supreme Court Act 2003* (NZ), du 15 octobre 2003, il fut institué la juridiction du dernier ressort néo-zélandaise. Cette loi entra en vigueur le 1^{er} janvier 2004.

164 *Wise v Perpetual Trustee Company, limited* [1903] AC 139 at 149 per Lord LINDNEY, PC.

165 *Clubs are associations of a peculiar nature. They are societies the members of which are perpetually changing. They are not partnerships; they are not associations for gain; and the feature which distinguishes them for others societies is that no member as such becomes liable to pay to the funds of the society or to any one else any money beyond the subscriptions required by the rules of the club to be paid so long as he remains a member. It is upon this fundamental condition, not usually expressed but understood by every one, that clubs are formed; and this distinguishing feature has been often judicially recognised. It has been so recognised in actions by creditors and in*

Cette décision définit les *clubs* par rapport à d'autres sociétés et – aussi – notamment, par rapport aux *partnerships*.

Ainsi, tout discret qu'est l'*obiter dictum* de cette décision, il est énoncé *a pari* par Lord LINDLEY que les *partnerships* présentent nécessairement la particularité que chaque *partner* répond indéfiniment des dettes sociales générées par la firme, en plus de la perte de leur apport initial éventuel.

En fait, la *section 9* du *Partnership Act 1890* reprend déjà cette solution. Il faut admettre que ce *Partnership Act 1890* est une loi anglaise essentiellement déclaratoire¹⁶⁶ qui n'a vocation qu'à établir par écrit une partie de la jurisprudence élaborée par les juges anglais avant son entrée en vigueur. Il s'agit en grande partie d'une codification de la loi sur les *partnerships*¹⁶⁷.

Une portée limitée aux *general partnerships*. Il nous faut toutefois bien remarquer que cette décision du *Privy Council* a été publiée en 1903, soit antérieurement au *Limited Partnership Act 1907* introduisant pour la première fois en *Case Law* et en *Statute Law* la notion de *limited partner* dans un *limited partnership*.

Dans le cas d'un *limited partnership*, le *limited partner* ne répond des dettes sociales que dans la limite de son apport¹⁶⁸. Le montant de cet apport doit être évaluable en argent¹⁶⁹ et ce montant est consigné dans un registre public toujours mis à jour et tenu par le registre des sociétés¹⁷⁰ qui est aujourd'hui, pour le Royaume-Uni¹⁷¹, la *Companies House*. Ainsi, même si le *limited partnership* est dénué de personnalité morale en Angleterre, il est formellement identifié auprès du registre des sociétés. Il ne s'agit pas d'une personne morale en Angleterre, mais il pourrait être envisagé, du point de vue français ou allemand, de considérer le *limited partnership* comme une quasi-personne morale.

4.1.3.4.2. Les décisions anglaises citant le terme de « société » (B.)

Position du problème. Alors qu'il est en train d'identifier divers groupements, en particulier les *corporations*, les *partnerships* et le *trust*, Ron HARRIS reconnaît une filiation entre le *partnership* et

weeding up proceedings: see Fleming v Hector (1836) 2 M. & W. 172. ; St James Club 2. D. M. & G. 383.

166 *British Homes Assurance Corp Ltd v Paterson* [1902] 2 Ch 404 at 410 per FARWELL J, ChD.

167 *Belfield v Bourne* [1894] 1 Ch 521 at 527 per STERLING J ; *Garner v Murray* [1904] 1 Ch 57 at 60 per JOYCE J

168 *LPA 1907*, s. 4 (1.).

169 *LPA 1907*, s 8 (g).

170 *LPA 1907*, s. 15.

171 Depuis le 1er octobre 2009, il faut parler de « UK companies ». Voir *Companies Act 2006* et *SI 2008/2860 (C. 126)*.

Cette règle pourrait également impacter à l'avenir le droit des *partnerships*. En tout cas, la *Companies House* a maintenant le monopole de l'enregistrement des *limited partners* au Royaume-Uni, ainsi que de la détermination du point de départ de l'existence d'un *limited partnership* (*SI 2009/1940*).

la *société générale* du droit français, société qui dériverait selon lui de la *compagnia* italienne¹⁷². Par ailleurs, il affirme que le *partnership*, tout comme le *limited partnership* arrive en Angleterre par le biais du continent européen à partir d'un droit international accepté et relativement universel issu de la loi des marchands.

La doctrine de Pothier énoncée par les juges anglais. Cette affirmation est d'ailleurs confirmée par la décision *Crawshay v Maule* (1818), où le Lord Chancellor ELDON cite expressément POTHIER pour étayer son argumentation dans les termes suivants à propos d'un *partnership*¹⁷³ :

Cette restriction à la transaction entre adultes sans aucun lien avec une règle d'ordre public, est critiquée à juste titre par Pothier : *La raison de cette décision [était] que la société étant un Droit qui est fondé sur l'amitié que les parties ont l'une pour l'autre, sur la confiance réciproque que l'une a dans la fidélité et les bonnes qualités de l'autre, il [était] contre la nature de la société, qu'elle put se contracter avec une personne incertaine et inconnue, et par conséquent avec les héritiers des parties contractantes, qui lors du contrat, [étaient] des personnes incertaines, l'associé ne pouvant pas même s'engager à se donner pour héritier une certaine personne. L 52, s. 9, d. tit. Cette raison ne me [paraît] pas bien décisive, et je crois qu'elle a plus de subtilité que de solidité ; c'est pourquoi je pense que dans notre droit, quoique régulièrement la société finisse par la mort de l'un des associés et que son héritier ne lui succède pas aux droits de la société pour l'avenir ; néanmoins la convention qu'il [lui] succédera est valable : c'est [l'avis] de l'ancien praticien Masner, des associations, 28 a, 33 (Traité du contrat de société, c. 8, s. 3, p. 139, 140)¹⁷⁴*

Bien que différente de celle de Argou et de Denisart reposant sur le principe du Digeste, la doctrine que soutient Pothier se retrouvera dans le Code Napoléon. La loi anglaise n'impose aucune restriction sur la durée d'un *partnership* ou sur la qualité des personnes pour lesquelles le bénéfice du contrat de *partnership* est réservé à la mort de l'un de ses fondateurs ; mais d'après la doctrine de ce texte, sauf stipulation expresse du contraire, le *partnership* est dissous par la mort de l'un des *partners* ; le contrat ne subsiste pas pour le bénéfice des ayants droits.

Lorsque le nombre de *partners* excède deux, la mort de l'un d'eux établira une dissolution entre les survivants¹⁷⁵.

Cette décision de la *Court of Chancery* sous la direction du *High Tory Lord Eldon* est prise alors

172 Ron HARRIS, *Industrializing English Law – Entrepreneurship and business organisation, 1720 – 1844*, Cambridge Univ. Press 2000, p. 19.

173 *Crawshay v Maule* (1818) 1 Swans. 495 at 530 p. 489 et p. 490. **Voir Annexe 12.**

174 *This restraint on the transactions of adults, without any purpose of public policy, is justly censured by Pothier.* [La raison de cette décision ... praticien Masner, des associations].

The doctrine for which Pothier contends, though different from that of Argou (Institution du droit Francois, livr. 3, ch. 32, p. 324) and Denisart (voce societe, p. 539) who adopt the principle of the Digest is established by the Code Napoléon (Code civ., art. 1868). The law of England imposes no restraint on the period of partnership, or the description of persons to whom, on the death of the original partners, the benefit of the contract is reserved; but according to the doctrine of the text, without express stipulation to the contrary, partnership is dissolved by the death of either partner; the contract not subsisting for the benefit of representatives; Pierce v Chamberlain, 2 Ves. Sen. 33; Godfrey v Browning, ib. 34.

When the number of partners exceeded two, the death of one, effected a dissolution among the survivors.

175 Cette solution est reprise dans *Madgwick v Wimple* (1843) 6 Beav. 495 at 499.

que cette juridiction fait l'objet de critiques de lenteur et d'inefficacité¹⁷⁶.

Finalement, dans la décision *In re Agriculturist Cattle Insurance Company (1870)*, Sir W. M. JAMES LJ fait référence à l'idée de *quasi-body corporate*¹⁷⁷, idée très peu lointaine de celle de quasi-personne morale des sociétés qui peut être attribuée aux *partnerships*. Cependant, ce juge admet que cette qualification juridique a disparu dans la législation en vigueur en 1870 puisque l'on parle désormais de *actual body corporate*¹⁷⁸.

Reprenant la définition de POTHIER en utilisant des termes uniquement en anglais, le juge JESSEL, M. R. s'explique dans la décision *Pooley v Driver (1876)*¹⁷⁹ de la manière suivante¹⁸⁰ :

« Tout ce qui peut compter pour un *partnership* est un sujet qui a été établi par décision d'après le droit anglais et les incidents du *partnership* suivent simplement l'établissement du fait du *partnership*. [...]

Le Code civil de New-York, qui contient la première définition recensée, propose comme définition : « le *partnership* est une société de deux ou plusieurs personnes dans le but de faire une affaire ensemble et de distribuer les profits ainsi réalisés entre eux ». [...]

D'après le droit anglais, il se peut qu'un associé inactif du *partnership* ne contribue ni en capital, ni en nature, ni à rien d'autre dans l'affaire. [...]

Alors Pothier propose une définition dans laquelle il dit qu'il s'agit « d'un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent ou promettent de mettre en commun quelque chose afin

176 Ces critiques ont été mises en perspective par Charles Dickens dans *Bleak House*. Ce livre de Dickens raconte l'histoire d'un jeune homme mort prématurément et qui cherchait à obtenir un droit testamentaire auprès de la *Court of Chancery* que ses héritiers ont finalement obtenu. Seulement, l'argent qu'ils ont à la fin obtenu a seulement permis de recouvrer les frais liés à la procédure judiciaire si bien qu'ils n'ont rien eu, en fait, à la fin de la procédure. Sources : LOBBAN, Michael, *The Politics of English Law in the Nineteenth Century in Judges and Judging* in BRAND, Paul and GETZLER, Joshua, *Judges and judging in the history of the common law and civil law: from antiquity to modern times*. Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2012, p. 103. Voir également HARRIS, Ron, *Industrializing English Law – Entrepreneurship and business organisation, 1720 – 1844*, Cambridge Univ. Press 2000, p. 163 et sq. intitulé “*The Crisis at the Court of Chancery*”. Pour aller plus loin, M. LOBBAN, *Preparing for Fusion: Reforming the Nineteenth-Century Court of Chancery, Part I*, 22-2 *Law and History Review* 389 (été 2004), p. 390 et sq. ; M. LOBBAN, *Preparing for Fusion: Reforming the Nineteenth-Century Court of Chancery, Part II*, 22-3 *Law and History Review* 565 (automne 2004), p. 567 et sq.

177 *In re Agriculturist Cattle Insurance Company (1870)* 5 ChApp 725 at 734.

178 *In re Agriculturist Cattle Insurance Company (1870)* 5 ChApp 725 at 735.

179 *Pooley v Driver* [1876] 5 ChD 458 at 472, 473, 477.

180 *Whatever may amount to a partnership is a subject which has been settled by decision according to English Law, and the incidents of the partnership simply follow from the establishment of the fact of the partnership. [...]*

The Civil Code of New-York, which contains the first definition quoted, gives this as a definition: “Partnership is the association of two or more persons for the purpose of carrying on business together and dividing its profits between them”. [...]

You can have, undoubtedly, according to English Law, a dormant partner who puts nothing in – neither capital, nor skill, nor anything else. [...]

Then, Pothier has a definition in which he says it is “a contract by which two or more people put, or contract to put, in common something to make in common an honest profit, which they pledge themselves to render an account of to one another.” Pothier has the words “an honest profit (un profit honnête)”. The New York definition, oddly enough, says “carrying on business”. [...]

Then, Pothier says they must have “something in common (en commun quelque chose),” but, as I said before, that is not necessary according to the English notion of partnership. [...]

Now, a dormant partner means a person who does not take an active part in the conduct of the business, and who may be, and often is, prohibited from taking such active part.

de faire en commun un profit honnête, qui les obligent à se rendre compte mutuellement de celui-ci ». Pothier utilise le terme « un profit honnête ». La définition new-yorkaise se contente de dire qu'ils « font affaire ». [...]

Alors Pothier dit qu'ils doivent avoir « en commun quelque chose ». Mais, comme je l'ai dit précédemment, cette condition n'est pas nécessaire d'après la notion anglaise de *partnership*. [...]

Désormais, un associé inactif signifie une personne qui ne prend pas une part active dans la façon de faire des affaires et qui peut être (et, le plus souvent, est) interdit de prendre une telle participation active. »

Le juge JESSEL, M. R. compare donc la définition donnée par le Code civil de New-York avec celle de POTHIER en remarquant que la définition anglaise de *partnership* et la définition française de société présentent comme différence caractéristique que la notion d'associé est plus large dans un *partnership* anglais alors qu'elle est plus restrictive dans la définition de la société en droit français où chaque associé doit faire un apport. Un associé inactif (*dormant partner*) n'a pas à apporter quelque chose à l'affaire¹⁸¹. Cette différence fondamentale entre le droit français et le droit anglais conduit à privilégier le terme de quasi-personne morale des sociétés et non celui de quasi-société pour permettre de considérer comme élément central de la nouvelle qualification juridique les caractères de la personne morale et non ceux d'une société qui sont, sur ce point, très éloignés entre le droit français et le droit anglais.

Les limites de la démarche comparative entre le droit français et le droit anglais. Le juge RIGBY LJ, dans la décision *Brown Janson v Hutchinson (1895)*, refuse de comparer le droit anglais au droit français quand il énonce¹⁸² :

Pour éviter les inconvénients qui proviennent de la loi ancienne dans des décisions de justice où la *partnership property* était telle qu'elle répondait à un jugement séparé concernant une dette de l'un des *partners*, [le *Partnership Act 1890*], s. 33, sub.-s. 2 énonce qu'un *partnership* peut être dissous, sur option des autres *partners*, si l'un des *partners* voit sa part sur la *partnership property* faire l'objet d'une sûreté d'après [le *Partnership Act 1890*] pour une dette séparée. Cette disposition est évidemment applicable uniquement à des *partnerships* anglais. Si cette règle applicable aux *partnerships* anglais est identique dans le cas d'un *partnership* français et, dans le cas contraire, quelle est la règle juridique française qui s'applique dans ce cas, nous ne sommes pas en mesure de le dire¹⁸³.

Pour autant, le juge anglais tient compte du *Partnership Act 1890*, et tout spécialement, de sa

181 Pour une décision mettant particulièrement l'accent sur la notion de *dormant partner*, lire *Court v Berlin (1897)* 2 QB 396.

182 *Brown Janson v Hutchinson (1895)* 2 QB Div. 126 at 131, CA.

183 *In order to get rid of such inconveniences as arose under the old law in cases where the partnership property was seized to satisfy the separate judgment debt of one of the partners, it is provided by s. 33, sub-s. 2, that a partnership may, at the option of the other partners, be dissolved if any partner suffers his share of the partnership property to be charged under the Act for his separate debt. That provision is, of course, only applicable to English partnerships; and whether there is in this case an English partnership as well as a French partnership, or, if not, what the French law on the subject under such circumstances may be, we are not in a position to say.*

section 33¹⁸⁴. Il est important de noter que le *Partnership Act 1890* (53 & 54 Vict. c. 39) a codifié, en quelque sorte, le droit anglais du *partnership*¹⁸⁵ et que le juge anglais tient désormais compte de cette « codification » dans ses décisions de justice. Les dispositions du *Partnership Act 1890* restent toutefois purement déclaratoires¹⁸⁶. Quoiqu'il en soit, RIGBY LJ reconnaît l'existence en droit français du *partnership* dont il ignore le régime. Il s'agit – en fait – du régime de la société en nom collectif.

Conclusion de la première section (4.1.). Finalement, l'ensemble de ces indices factuels et juridiques tendent inexorablement à démontrer que les *partnerships* et les *limited partnerships* sont des relations de fait qui tendent étonnamment et inexorablement vers la « quasi-personnalité morale ». La réforme du *limited partnership* en 2009 ne fait que confirmer cette tendance¹⁸⁷.

4.2. Les quasi-personnes morales allemandes ou *die Personengesellschaften* (Section 2.)

Problématique. Si le Code civil français de 1804 a connu un rayonnement très important dans le monde, notamment en Amérique latine¹⁸⁸, et dans le reste de l'Europe¹⁸⁹, le Code civil allemand de 1900 (*BGB*) s'est construit, au contraire, en opposition par rapport au Code civil français. Par ailleurs, cette opposition s'est clairement exprimée par l'adoption globale pour tout le *Reich* allemand dès 1871 d'un Code de commerce d'inspiration prussienne (*ADHGB*) et du rejet du modèle du Code de commerce de 1807 français adopté pourtant par certains Etats allemands qui sont localisés à l'ouest du futur *Reich* allemand.

Aussi, dès l'entrée en vigueur du *BGB* et du *HGB*, le droit allemand a présenté une systématique nouvelle pour les Etats ayant une codification de leur droit, mais qui, finalement, se rapproche du système élaboré par les juges anglais. En effet, comme en droit anglais, le droit allemand présente un certain nombre de structures juridiques qui, tout en étant dénuées de la personnalité morale, peuvent intervenir dans la vie des affaires. Il s'agit du groupe que le droit allemand qualifie

184 Il s'agit d'une des premières décisions de la *Court of Appeal* anglaise reprenant à son compte le *Partnership Act 1890*.

185 *Belfied v Bourne* (1894) 1 ChD 521 at 527 per STIRLING J. ; *Garner v Murray* [1904] 1 ChD 57 at 60 per JOYCE J. ; *Tower Cabinet Co LD v Ingram* (1949) 2 KB 397 at 405 per Lord GODDARD CJ.

186 *British Homes Assurance Corporation v Paterson* [1902] 2 ChD 404 at 410.

187 *SI 2009/1940* dénommé *The Legislative Reform (Limited Partnerships) Order 2009*.

188 Actes du Congrès international organisé à Paris, au Palais du Luxembourg, les 2 et 3 avril 2004 relatif à *L'avenir de la codification en France et en Amérique latine* organisé par l'association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, association présidée par Christian LARROUMET, Professeur.

189 ZWEIGERT, Konrad & KÖTZ, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, T. Weir, 3. ed, Oxford : Clarendon Press, 1998, p. 98 et sq. énonce que le Code civil français de 1804, qui continue de s'appliquer en Belgique, est à l'origine du *Burgerlijk Wetboek* néerlandais de 1838, et constitue le point de départ du *Codice civile* italien de 1865, du *Código civil* portugais de 1867, du *Código civil* espagnol de 1888-1889.

volontiers de *Personengesellschaften* et que nous proposons de dénommer quasi-personne morales.

Annonce du plan. En ce qui concerne les *Personengesellschaften* allemandes, il est proposé de s'interroger plus particulièrement sur les règles générales attachés à ces quasi-personnes morales (§1.) avant d'étudier plus spécialement le régime juridique qui leur est applicable (§2.).

4.2.1. Les règles générales attachés aux quasi-personnes morales allemandes (§1.)

Les quasi-personnes morales allemandes sont mises en évidence à travers d'une part, la recherche effectuée dans les bibliothèques allemandes (I.), d'autre part, la *Gemeinschaften zur gesamten Hand* de GIERKE (II.) et, enfin, la distinction fondamentale du droit allemand en matière de sociétés (III.).

4.2.1.1. La recherche dans les bibliothèques allemandes (I.)

Dans la bibliothèque juridique principale de la *Westfälische Wilhelms-Universität* de Münster, tout comme dans celle de la *Albert-Ludwigs Universität* de Freiburg im Breisgau et dans la *Zweigbibliothek Rechtswissenschaft* de la *Humboldt Universität* de Berlin, les ouvrages concernant les *Personengesellschaften* sont mélangés avec ceux concernant les *Körperschaften*, à l'image de ce que l'on a déjà pu remarquer en Angleterre pour les ouvrages de *partnership law* et de *company law*. Cet élément organisationnel des ouvrages de droit concernant ces matières exprime l'imbrication entre les deux grandes variétés de sociétés en Allemagne. Il est ensuite courant d'étudier successivement les *Personengesellschaften* puis certaines des *Körperschaften*¹⁹⁰, en particulier les *Kapitalgesellschaften*¹⁹¹ dans le cadre d'un même ouvrage sur le droit des sociétés (*das Gesellschaftsrecht*) ou de les étudier dans des ouvrages distincts du même auteur¹⁹².

4.2.1.2. les *Gemeinschaften zur gesamten Hand* de Gierke (II.)

Otto von GIERKE propose une distinction dans *Deutsches Privatrecht*¹⁹³. Selon lui, il faut distinguer

190 SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, München : Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 655 et sq., spéc. p. 1285 et sq. ; Déjà Schmidt, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 1. Auflage, München : Carl Heymanns Verlag KG, 1986, p. 489 et sq., spéc. p. 951 et sq.; NEU, Michael, *Gesellschaftsrecht*, Berlin Heidelberg : Springer-Verlag, 2004, p. 15 et sq., spéc. p. 137 ; KÜBNER, Friedrich, *Gesellschaftsrecht*, 1. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe : CF Müller Juristischer Verlag, 1981, p. 109 et sq. (à propos des *nichtkapitalistische Körperschaften*).

191 THIELEMANN, Michael, *Gesellschaftsrecht – Band 1 : Personengesellschaften*, Band 2 : *Kapitalgesellschaften*, Bonn : DeutscherAnwaltverlag, 2005, p. 1 et sq.

192 RAISER & VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 4. Auflage, München : Verlag Franz Vahlen, 2006, p. 1 et s.; GUMMERT, Hans, *Personengesellschaftsrecht*, München : Verlag CH Beck, 2005, p. 1 et sq.

193 GIERKE, *Deutsches Privatrecht – Band 1 Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895, p. 353 et sq.

dans le droit des personnes trois grands groupes. Il existe alors, d'une part, la personnalité juridique individuelle (*Das Recht der Einzelpersonlichkeit*), d'autre part, la personnalité juridique collective (*Das Recht der Verbandspersonlichkeit*) et, enfin, les groupements personnalisés (*Personenrechtliche Gemeinschaften*).

Dans ce cadre juridique déterminé par GIERKE, la personnalité juridique individuelle correspond à celle attachée aux individus, aux hommes. GIERKE reconnaît que cette personnalité juridique était déjà admise du temps des Francs¹⁹⁴ et dérive de la théorie du droit naturel qui a été admis en droit allemand à travers le droit autrichien¹⁹⁵.

La personnalité juridique collective se serait perfectionnée quant à elle en Allemagne au Moyen Age¹⁹⁶. GIERKE subdivise cette catégorie en plusieurs sous-catégories, à savoir l'Etat¹⁹⁷, les sociétés de capitalistiques (*die Körperschaften*)¹⁹⁸, les collectivités¹⁹⁹, les sociétés coopératives²⁰⁰ et les établissements²⁰¹.

Pour ce qui est enfin des groupements personnalisés, GIERKE distingue ceux qui sont sous une main commune (*Gemeinschaften zur gesammten Hand*)²⁰² de ceux qui découlent de la puissance seigneuriale (*Gemeinschaften kraft herrschaftlicher Gewalt*)²⁰³.

Suivant la distinction de GIERKE, les sociétés capitalistiques (*die Körperschaften*) constituent une catégorie du groupe de la personnalité juridique collective, alors que les sociétés de personnes (*die Personengesellschaften*) constituent une catégorie des groupements dénommés « les communautés en main commune » (*Gemeinschaften zur gesamten Hand*). Plutôt que l'expression « *Gesamthand* » proposée par GIERKE, nous utilisons celle de quasi-personne morale puisque cette dernière tient mieux compte de l'évolution légale et jurisprudentielle qui sera observée en Allemagne postérieurement aux travaux de GIERKE. Cette expression de GIERKE permet toutefois de bien comprendre qu'il existe bel et bien une société entre les associés de ces quasi-personnes morales²⁰⁴.

194 GIERKE, *Ibid.*, p. 355.

195 GIERKE, *Ibid.*, p. 356 cite en note le Code civil autrichien (*Österr. Gb*) §16 : *Jeder Mensch hat angeboren, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte und ist daher als Person zu betrachten – i.e. –* 'Tout être humain a de naissance, ne serait-ce parce qu'il est doué de raison, des droits qui vont de soi et doit de ce fait être considéré comme une personne.

196 GIERKE, *Ibid.*, p. 357.

197 GIERKE, *Ibid.*, p. 475 et sq.

198 GIERKE, *Ibid.*, p. 479 et sq.

199 GIERKE, *Ibid.*, p. 576 et sq.

200 GIERKE, *Ibid.*, p. 619 et sq.

201 GIERKE, *Ibid.*, p. 635 et sq.

202 GIERKE, *Ibid.*, p. 663 et sq.

203 GIERKE, *Ibid.*, p. 697 et sq.

204 PEGLOW, Kerstin, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, thèse, préf. J. B. BLAISE, Paris : LGDJ (Bibliothèque de droit privé, t. 402), 2003, spéc. sur la place du contrat dans la conception de la

Quoi qu'il en soit, si la distinction actuelle ne reflète pas la subtilité des catégories juridiques anciennes, et spécialement celles de GIERKE, qui est considéré comme le père du Code civil allemand moderne (*BGB*)²⁰⁵, elle permet tout au moins de circonscrire au mieux ce que recouvre la notion de quasi-personnalité morale en Allemagne.

4.2.1.3. La distinction fondamentale du droit allemand des sociétés (III.)

Le droit allemand des sociétés distingue actuellement les sociétés capitalistiques de forme allemande (*die Körperschaften*) des sociétés de personnes de forme allemande (*die Personengesellschaften*). Il ne faut cependant pas ignorer que ces deux groupes de sociétés en Allemagne constituent un arbre dont la base du tronc représente les groupements de personnes²⁰⁶. Cette distinction conduit plus simplement Werner FLUME à distinguer d'un côté les personnes morales et, de l'autre, les sociétés de personnes²⁰⁷. Finalement, pour éviter une confusion avec ce que le droit français qualifie déjà de « société de personnes »²⁰⁸, la terminologie de quasi-personne morale est privilégiée. En effet, les personnes morales et les quasi-personnes morales ont un régime juridique qui est approchant sans pour autant se confondre l'un avec l'autre. Le risque de confusion est donc alors écarté.

Dans ce cadre, la société de droit civil allemand (*BGB-Gesellschaft* ou *GbR*) constitue la forme juridique fondamentale à partir de laquelle se trouvent régies d'autres formes de sociétés, y compris des sociétés commerciales, en particulier, la société en nom collectif de forme allemande (*OHG*) et la société en commandite simple de forme allemande (*KG*). Cette distinction repose sur une conception du droit allemand contemporaine de l'entrée en vigueur du *BGB* et du *HGB* le 1^{er} janvier 1900²⁰⁹ mais qui essaie toujours de conserver à tout prix sa justification au début du XXI^e siècle.

4.2.2. Le régime juridique des quasi-personnes morales allemandes (§2.)

Annnonce du plan. Pour mieux appréhender le régime juridique applicable aux quasi-personnes morales allemandes, il est nécessaire de distinguer les dispositions applicables au XIX^e siècle (**I.**),

société.

205 GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig 1889, p. 144 et sq.

206 Voir l'arbre dessiné in NEU, Michael, *Gesellschaftsrecht*, Berlin Heidelberg : Springer-Verlag, 2004, p. 5.

207 FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 1. Teil Die Personengesellschaft*, Berlin Heidelberg New-York : Springer Verlag, 1977; FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 2. Teil Die juristische Person*, Berlin Heidelberg New-York Tokyo : Springer Verlag, 1983.

208 Par opposition aux sociétés de capitaux.

209 GUMMERT, Hans, *Personengesellschaftsrecht*, München : Verlag CH Beck, 2005, §2 n°5, p. 81.

avant de mettre en avant celles applicables depuis lors (II.).

4.2.2.1 *Les dispositions juridiques applicables dans la majeure partie du XIXe siècle* (I.)

Dans le *ADHGB* – texte d’origine prussienne qui deviendra un texte fondamental du *Reich* allemand par la loi impériale du 11 juin 1870²¹⁰, avant que n’entrent en vigueur le *BGB* et le *HGB* – les règles juridiques applicables aux *OHG* et aux *KG* sont recensées.

On peut notamment y lire à l’article 85 *ADHGB* pour les *OHG*²¹¹ :

« Une *OHG* existe lorsque deux ou plusieurs personnes exploitent une activité commerciale sous une entreprise commune et que chez aucun des associés la participation aux apports en actif n’est limitée »²¹²

Et à l’article 150 *ADHGB* pour les *KG* de droit commun²¹³ qui sont comparées aux *limited partnerships* anglais et aux sociétés en commandite simple de forme française :

« Une *KG* existe lorsque sous une entreprise commune d’exploitation commerciale un ou plusieurs associés participent seulement avec des apports (commanditaires), alors que pour un ou plusieurs autres associés cette participation n’est pas limitée de cette manière (commandités).

S’il y a plusieurs commandités, leur société est regardée en comparaison avec une *OHG*.

Pour la validité du contrat de société, la rédaction d’un écrit n’est pas obligatoire »²¹⁴

Tandis qu’à l’article 173 *ADHGB*²¹⁵, on peut lire pour les *KG* dites particulières et que l’on peut comparer aux sociétés en commandite par actions de droit français :

« Le capital des commanditaires peut être divisé en actions ou en quotité d’actions.

Les actions ou les quotités d’actions doivent être nominatives. Elles doivent poser sur un contrat d’au moins 200 détenteurs d’actions lorsque les lois du *Land* ne permettent pas au prorata des besoins particuliers locaux une somme moindre.

Lorsqu’un montant légal défini l’exige, les actions ou quotités d’actions, qui sont libellées au

210 KEYSSNER, Hugo, *Die Aktiengesellschaften und die Kommanditgesellschaften auf Aktien unter dem Reichs-Gesetz vom 11. Juni 1870*, Berlin : Heymann , 1873 – IV.

211 C. LAUTENSCHLAGER, *Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch nebst dem württembergischen Einführungsgesetz vom 13. August 1865*, Stuttgart : Kröner, 1865. p. 56.

212 *Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Beteiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist.*

213 C. LAUTENSCHLAGER, *op. cit.*, p. 88-90.

214 *Eine Kommanditgesellschaft ist vorhanden, wenn bei einem unter einer gemeinschaftlichen Firma betriebenen Handelsgewerbe ein oder mehrere Gesellschafter sich nur mit Vermögenseinlagen beteiligen (Kommanditisten), während bei einem oder mehreren anderen Gesellschaftern nicht in dieser Weise beschränkt ist (persönlich haftende Gesellschafter).*

Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so ist in Ansehung ihrer die Gesellschaft zugleich eine offene Gesellschaft.

Zur Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages darf es der schriftlichen Abfassung nicht.

215 C. LAUTENSCHLAGER, *op. cit.*, p. 99-100.

porteur ou qui sont nominatives avec une contribution moindre, se trouvent annulées. Les émetteurs de telles actions ou quotité d'actions sont solidairement responsables vis-à-vis des propriétaires de tous les dommages causés par cette émission.

Les dispositions précédentes valent également pour les promesses et les attestations provisoires »²¹⁶

Aucun article de l'*ADHGB* ne renvoie à des dispositions contenues dans un autre code allemand comme l'*ALR*. Il s'agira d'une des nouveautés du nouveau *BGB* et *HGB* qui entrent en vigueur le 1^{er} janvier 1900. La systématisation allemande de la personnalité morale se met en place en conséquence avant la systématisation de la personnalité morale par le législateur français.

L'*ADHGB* présente deux particularités essentielles. Il traite de l'ensemble des sociétés commerciales allemandes (*die Handelsgesellschaften*) et il envisage les sociétés de commandite dans un seul groupement en distinguant, d'une part, les sociétés de commandite en général (*KG*, Art. 150 – 172 *ADHGB*) et, d'autre part, les sociétés de commandite par actions en particulier (*die Kommanditgesellschaft auf Aktien*, Art. 173 – 206 *ADHGB*). Ce regroupement particulier conduit Karsten Schmidt à énoncer qu'à l'époque de l'*ADHGB*, les deux variétés de sociétés en commandite sont considérées comme faisant partie des sociétés de personnes²¹⁷ i.e. *die Personengesellschaften*²¹⁸. Ce même argument de présentation des deux formes de sociétés de commandite de forme allemande avait d'ailleurs déjà été invoqué par RENAUD en 1881²¹⁹.

4.2.2.2. Les dispositions juridiques applicables depuis le début du XXe siècle (II.)

Le droit allemand s'intéresse particulièrement, d'une part, au changement de catégorie des sociétés en commandite par actions (**A.**), d'autre part, aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite simple de forme allemande (**B.**), et, enfin, aux sociétés capitalistiques mélangeant plusieurs formes de sociétés dans leur intitulé (**C.**). Cette complexification montre tout l'intérêt d'étudier de manière spécifique les *Personengesellschaften* en Allemagne.

216 *Das Kapital der Kommanditisten kann in Actien oder Actienantheile zerlegt werden.*

Die Actien oder Actienantheile müssen auf Namen lauten. Sie müssen auf einen Vertrag von mindestens 200 Vereinshaltern gestellt werden, wenn nicht die Landesgesetze nach Maßgabe der besonderen örtlichen Bedürfnisse einen geringeren Betrag gestatten.

Actien oder Actienantheile, welche auf Inhaber lauten, oder welche auf einen geringeren, als den gesetzlich bestimmten Betrag gestellt werden, sind nichtig. Die Ausgeber solcher Aktien oder Actienantheile sind den Besitzern für alle durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhalten.

Die vorstehenden Bestimmungen gelten auch von Promessen und Interimscheinen.

217 SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, München : Carl Heymanns Verlag KG, 2002, §3 I p. 46.

218 RENAUD, Achilles, *Das Recht der Kommanditgesellschaften*, Leipzig : Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1881, p. 101-113.

219 RENAUD, *Ibid.*, p. 112.

4.2.2.2.1. *Le changement de catégorie des sociétés en commandite par actions de forme allemande (A.)*

Aujourd'hui, la société de commandite par actions est régie non par le *HGB* mais par une loi spéciale concernant toutes les sociétés par actions allemandes (*Aktiengesetz 1937*, puis *1965*). Ce déplacement textuel d'une des formes de sociétés en Allemagne a impliqué également le changement de groupe de cette forme de société en Allemagne. En effet, le *ADHGB* ne reconnaît pas à la *Kommanditgesellschaft auf Aktien* la personnalité morale, alors que le *Aktiengesetz* de 1965 la reconnaît aujourd'hui en énonçant §278 *Abs. 1* :

« La société en commandite par actions est une société avec une personnalité propre chez qui au moins un associé répond aux créanciers sociaux de façon illimitée (commandité) et ceux restants sont participants au capital social divisé en actions, sans être personnellement responsables pour les obligations de la société (commanditaires en actions) »²²⁰.

Il faut remarquer à ce propos que la loi sur les *Kommanditgesellschaften auf Aktien* et les *Aktiengesellschaften* du 18 juillet 1884²²¹ a continué à considérer les *KG* comme un ensemble dual et n'a énoncé dans aucune de ses dispositions que les nouvelles règles concernant les *Kommanditgesellschaften auf Aktien* dérivait d'une quelconque personnalité juridique.

Pour autant, la doctrine allemande s'autorise à imaginer que les commandités ou les commanditaires d'une société de commandite par actions de forme allemande peuvent être des personnes physiques (*physische Personen*) ou des personnes morales (*juristische Personen*), ou bien des personnes physiques et des personnes morales. Il est même envisagé par cette même doctrine d'admettre une *OHG* ou une *KG* comme associé d'une telle société²²².

C'est donc le législateur allemand qui a fait que la société en commandite par actions de forme allemande ne soit plus dans le groupe des *Personengesellschaften*, mais dans celui des sociétés dotées de la personnalité morale. Cette évolution prouve que les deux groupements actuels – à savoir les quasi-personnes morales et les personnes morales – ont des interconnexions entre elles, mais ne peuvent pas appartenir à la même catégorie de sociétés.

Ce fait est suffisant pour considérer l'ensemble des *Personengesellschaften* allemandes comme des

220 *Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, bei der mindestens ein Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet (persönlich haftender Gesellschafter) und die übrigen an dem in Aktien zerlegten Grundkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften (Kommanditaktionäre).*

221 KAYSER, Paul, *Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, vom 18. Juli 1884 (RGBl. Nr. 22 S. 123, 31 juillet 1884) / Mit Erläuterungen*, Berlin 1884.

222 RENAUD, Achilles, *op. cit.*, p. 114.

quasi-personnes morales.

4.2.2.2. Les OHG et les KG de forme allemande (B.)

Le droit allemand maintient aujourd'hui l'existence d'autres *Personengesellschaften* qui sont des quasi-personnes morales. Les sociétés en commandite simple de forme allemande (*KG*) et les sociétés en nom collectif de forme allemande (*OHG*) sont aujourd'hui toujours régies par le code de commerce allemand (*HGB*). Les dispositions concernant les *OHG* se trouvent principalement aux §§105-160 *HGB* et celles concernant les *KG* aux §§ 161-229 *HGB*. Les *OHG* et les *KG* font l'objet d'une publicité auprès du registre dans la catégorie des « HRA », à la différence des sociétés dotées de la personnalité morale qui sont regroupées dans la catégorie des « HRB » (§3 *HRV*). Les *OHG* et les *KG* sont donc parfaitement des sociétés connues des tiers et disposant d'un régime juridique propre de la constitution à la dissolution de la société. Hormis l'absence de personnalité morale, les *OHG* peuvent être comparées, par commodité, avec les sociétés en nom collectif françaises et les *KG* avec les sociétés en commandite simple françaises. Il convient simplement de reconnaître que les règles allemandes rendent ces sociétés singulières dans leur mode de fonctionnement par rapport à leurs voisines françaises alors même que les *OHG* et les *KG* sont enregistrées auprès du registre des sociétés.

4.2.2.3. Les sociétés capitalistiques mélangeant plusieurs formes de sociétés dans leur intitulé (C.)

Le droit allemand réserve une autre surprise par l'existence de sociétés capitalistiques sous forme de *Kommanditgesellschaften (KG)* ou de *offene Handelsgesellschaften (OHG)*.

Dans ce cas, il est clair que la *KG* n'a pas la personnalité juridique mais ce que GIERKE nommera une main commune ou *Gesamthand*. Cette *kapitalistische Kommanditgesellschaft* a fait l'objet d'une thèse de BOESEBECK²²³. Selon lui, la structure d'une telle société est identique à celle d'une personne morale, mais n'est pas une personne morale²²⁴. Nous pouvons affirmer qu'il s'agit, en fait, d'une quasi-personne morale. D'ailleurs, il a été proposé d'utiliser le terme latin de *societas* à leur propos²²⁵.

Une étape supplémentaire sera franchie en 1912 par le développement des *GmbH & Co. KG*²²⁶,

223 BOESEBECK, *Die „kapitalistische Kommanditgesellschaft*, Frankfurt am Main 1938.

224 BOESEBECK, *Ibid.*, p. 17, cité dans RITTNER, Fritz, *Die werdende juristische Person*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1973, p. 253.

225 RENAUD, Achilles, *op. cit.*, p. 112.

226 KLAUSS, Herbert & MITTELBACH, Rolf, *Die GmbH & Co. KG*, Ludwigshafen am Rhein : Friedrich Kiehl Verlag

société de commandite couplée avec une *GmbH*. Dans ce cas, par exemple, la *GmbH* est le commandité de la *GmbH & Co. KG*, permettant de constituer au deuxième degré une responsabilité limitée pour le commandité²²⁷. Cette situation ne change toutefois pas la nature de la *GmbH & Co. KG* qui reste une quasi-personne morale, comme la *KG*. La *GmbH & Co. KG* est une *KG* particulière.

Il existe même aujourd'hui des *AG & Co. KG*²²⁸, mais aussi des *GmbH & Co. OHG*²²⁹ et ou des *AG & Co. OHG*²³⁰. et des combinaisons plus complexes encore²³¹. Quoi qu'il en soit, il y a toujours une quasi-personne morale qui sert de structure juridique à cette société particulière et sur laquelle s'agrègent une ou plusieurs sociétés dotées de la personnalité morale. Considérer que cette structure juridique particulière, qui fait l'objet d'une publicité à travers la dénomination sociale de la société, est une quasi-personne morale se justifie d'autant plus qu'elle peut se complexifier à l'infini.

Conclusion de la deuxième section (4.2.). Le droit allemand, comme le droit anglais, distinguent deux grandes variétés de sociétés que sont les « sociétés de personnes » de forme allemande (*Personengesellschaften*) et les « sociétés de capitaux » de forme allemande (*Körperschaften*). Cette distinction classique ne répond plus à la dynamique du droit allemand observé depuis 1912 où des combinaisons de sociétés de personnes et de sociétés de capitaux peuvent être enregistrées au registre des sociétés allemand. Par conséquent, lorsque la société est révélée aux tiers, il semble préférable d'utiliser l'expression « quasi-personne morale » plutôt que celle de « société de personnes » pour traduire « *die Personengesellschaften* ».

4.3. Les quasi-personnes morales françaises (Section 3.)

Introduction de la troisième section. Le droit français n'échappe pas à l'évolution qui a touché progressivement l'Angleterre et l'Allemagne. Simplement, cette évolution est plus tardive en France par rapport aux deux autres systèmes juridiques²³².

Quoi qu'il en soit, le système juridique français ne s'est pas conçu comme dual. Il n'existe pas

²²⁷ GmbH, 1971, p. 48 et sq.

²²⁸ H. WAGNER & H.-J. RUX, *Die GmbH und Co. KG*, 10. Auflage, Freiburg – Berlin : Haufe, 2004, p. 31.

²²⁹ Exemples de sociétés immatriculées en 2013 : Aktiengesellschaft für Erneuerbare Energien & Co. Project KG ; EKW Werkzeugmaschinen AG & Co. KG. Source : Registre allemand des sociétés.

²³⁰ Exemple de société immatriculée en 2013 : OHG REWE-Foodservice GmbH & Co.

²³¹ Exemples de sociétés immatriculées en 2013 : Michelin Finanz Gesellschaft für Beteiligungen AG & Co. OHG ; Fielmann AG & Co. OHG. Source : Registre allemand des sociétés.

²³² Exemples de sociétés immatriculées en 2013 : Kommanditgesellschaft MS "CPO MARSEILLE" Offen Reederei GmbH & Co. ; AG-Dienstleistungen GmbH & Co. KG. Source : Registre allemand des sociétés.

²³³ HAMEL, *Les personnes morales et ses limites* : D. 1949, chron. 141.

comme en Angleterre et en Allemagne deux grands groupes de sociétés, mais bel et bien une multitude de formes sociales dont la grande majorité sont dotées de la personnalité morale. Tout au plus est-il possible de considérer qu'il existe, d'un côté, les sociétés civiles et, de l'autre, les sociétés commerciales. Simplement, du point de vue de la personnalité morale, ces deux grands catégories de sociétés ne peuvent plus être distingués depuis la décision de 1891²³³.

Annnonce du plan de la troisième section. Finalement, en dehors de toute systématique, il est apparu en France des quasi-personnes morales que nous allons mettre en exergue.

D'un côté, et suivant la loi du 1^{er} juillet 1901, il est apparu la catégorie des associations non déclarées (§1.) et, de l'autre, il existe deux formes de sociétés qui concernent plus particulièrement l'exercice d'une profession libérale, à savoir, d'une part l'association d'avocats et, d'autre part, la société en participation des professions libérales (§2.).

4.3.1 L'association non déclarée (§1.)

Annnonce du plan du premier paragraphe. La question des associations non déclarées s'est posée avec une nouvelle vigueur en France à compter de la loi du 1er juillet 1901. En effet, si cette loi dispose qu'une association déclarée jouit de droits et d'obligations, elle reconnaît en même temps indirectement les associations qui ne sont pas déclarées en Préfecture. Cependant, en Allemagne, la question des associations non déclarées a été étudiée avant même le *BGB* entré en vigueur le 1er janvier 1900 et même après cette entrée en vigueur. Ainsi, le droit allemand peut fournir des enseignements utiles en la matière. Enfin, le droit anglais n'ignore pas non plus totalement le droit des associations et il présente des développements récents sur cette question. C'est pourquoi leur étude sera également importante pour essayer de mieux comprendre le droit français. Ainsi, après avoir mis en évidence le caractère précurseur du droit allemand sur cette question (I.), il sera démontré l'approche différente du droit français (II.) avant d'approfondir le droit anglais face au droit des associations en général et face au droit des associations non déclarées en particulier (III.).

4.3.1.1. Le caractère précurseur du droit allemand en matière d'associations non déclarées (I.)

Avant même le *BGB*, le *Reichsgericht* s'était saisi de la question de savoir si une association privée dénuée de personnalité morale constituait une cause de nullité du recours exercé par elle. Par sa

²³³ Cass. Req., 23 février 1891, Banque générale des Alpes-Maritimes c/ Rigal : DP 91, 1, 337; S 92, 1, 73, note Meynial. Voir Annexe 2.

décision de 1881, le *Reichgericht* affirme qu'une telle association dispose de la capacité d'agir en justice²³⁴.

Dans le *BGB* qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1900, l'association (*der Verein*) prend une place toute particulière puisqu'elle constitue la structure de base de toutes les sociétés dotées de la personnalité morale pour l'ensemble du Reich allemand (*Grundtyp*). Dans le titre deuxième du livre deuxième du *BGB* se trouve ainsi définie la première « *juristische Person* » que constitue l'association (*der Verein*).

Pourtant, le *BGB* de 1900 reconnaît l'existence d'association dénuée de la personnalité juridique et le §54 *BGB* énonce²³⁵ :

Les règles relatives aux *GbR* s'appliquent aux associations qui n'ont pas de capacité juridique. Pour toute opération juridique effectuée au nom d'une telle association vis-à-vis des tiers, la personne qui agit est responsable en son nom propre et, s'il y en a plusieurs, ces personnes sont responsables comme des co-obligés²³⁶.

GIERKE a étudié tout particulièrement les associations dénuées de la personnalité morale dans l'un de ses ouvrages²³⁷. Une association allemande non déclarée suit selon lui les dispositions relatives aux sociétés du droit civil allemand (*BGB-Gesellschaften*). Par exemple, la règle, suivant laquelle l'association allemande non déclarée est dissoute à la mort d'un des sociétaires, est une règle juridique supplétive de la volonté des parties²³⁸. SALEILLES s'est aussi très rapidement passionné pour cette forme particulière de société et il affirme en 1902²³⁹ :

Le *Paragraph 54* vise la situation faite aux associations qui, tout en ayant une existence licite, n'auraient pas, en tant qu'associations, la capacité juridique²⁴⁰. [...]

Le principe dominant admis par le *Paragraph 54* est que l'on appliquera à ces associations dénuées de capacité les règles du contrat de société²⁴¹. [...]

Cette organisation sera réglée par les statuts de l'association ; lesquels s'empresseront de profiter de la liberté laissée par les *Paragraph 736* et suivants, pour stipuler que la société continuera malgré le décès, la démission ou la faillite de l'un des associés. Ils régleront la condition de l'admissibilité ou de l'exclusion des membres de l'association ; ils organiseront la gérance de l'actif social, en créant [...] une Direction, qui pourra être constituée comme elle l'est pour les associations personnes morales ; de même pourra-t-on prévoir l'existence d'assemblées générales et toute une réglementation à peu près identique à celle admise par

234 *Urteil* du 20 avril 1881 : RGZ, 4, p 155 et 156 (1881, I Sen.). Voir **Annexe 7**.

235 H. ROSENTHAL, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, 7. Auflage, Graudenz : Drück und Verlag von Gustav Röthe, 1906, p. 33.

236 *Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Aus einem Rechtsgeschäfte, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner.*

237 GIERKE, *Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte*, 2. Auflage, Berlin 1902.

238 GIERKE, *Ibid.*, p. 15.

239 R. SALEILLES, *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand*, Paris : A. Chevalier-Marescq & Cie, 1902, p. 58 et sq.

240 R. SALEILLES, *Ibid.*, p. 58.

241 R. SALEILLES, *Ibid.*, p. 59.

la loi pour les associations douées de capacité²⁴². [...]

Toutefois, [...] le *Paragraph* 54 exige, dans l'intérêt des tiers, que celui qui contracte au nom de la société, réponde personnellement de l'obligation ou des obligations ainsi contractées ; et, si la société est représentée par plusieurs administrateurs qui soient censés passer l'acte en commun, tous en répondent solidairement²⁴³.

En dehors du *BGB* et jusqu'à la loi sur les associations du 5 août 1964²⁴⁴, il existait une autre association dénuée de personnalité juridique régie au §10 du *EG BGB*²⁴⁵. Il est, quoi qu'il en soit, difficile de trancher s'il s'agit d'une société (*die Gesellschaft*) ou d'un groupement particulier (*Verband*)²⁴⁶. Il était d'ailleurs question de leur appliquer les règles des §§105 et suivants du *HGB* qui concernent les *OHG* et, subsidiairement, celles des §§705 et suivants du *BGB* qui concernent les *BGB-Gesellschaften*²⁴⁷. Aujourd'hui, ces formes d'associations ont disparu et seules les associations du §54 *BGB* sont toujours en vigueur.

Enfin, en droit allemand, l'intérêt à agir en justice (*die Stellung im Prozeß*) d'une association allemande non déclarée n'a jamais fait débat et le *BGB* permet dès 1900²⁴⁸ une telle action en justice. Au final, l'association non déclarée allemande peut être considérée comme une quasi-personne morale.

4.3.1.2. Une approche différente du droit français (II.)

Le droit français n'a pas pu utiliser le même modèle que le droit allemand car les sociétés civiles ont obtenu judiciairement la personnalité morale. En effet, en droit civil, l'arrêt du 23 février 1891 permet à la Cour de cassation d'étendre enfin le bénéfice de la personnalité morale aux sociétés civiles. Cette consécration jurisprudentielle de la Cour de cassation va à l'encontre de décisions des juges du fond qui avaient exclu du bénéfice de la personnalité morale les sociétés civiles²⁴⁹. La Haute juridiction énonce que « *les sociétés civiles constituent, tant qu'elles durent, une personne morale, laquelle est propriétaire des fonds sociaux* » et que ce sont des raisons législatives qui sont à l'origine de la reconnaissance de la personnalité morale des sociétés civiles²⁵⁰. Pour la Haute

242 R. SALEILLES, *Ibid.*, p. 61.

243 R. SALEILLES, *Ibid.*, p. 61 et 62.

244 *VereinG* du 5.08.1964 : *BGBI* 1964 I 593.

245 Il s'agit de la *Einführungsgesetz zum Bürgerliches Gesetzbuch*. Voir, Rittner, Fritz, *Die werdende juristische Person*, Tübingen : JCB Mohr (Paul Siebeck), 1973, p. 260.

246 RITTNER, Fritz, *Ibid.*, p. 261, 263.

247 BÄR, Fred G., *Die Schranken der inneren Vereinsautonomie – historisch-dogmatische Überlegungen zu einem Vereinsgesetz*, Berlin Verlag 1996, p. 149.

248 GIERKE, *Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte*, 2. Auflage, Berlin 1902, p. 41 et sq.

249 CA Nancy, 18 mai 1872 : S. 1872. 2. 197 ; CA Douai, 11 juillet 1882 : S. 1883. 2. 49.

250 Les articles 1845, 1846, 1847, 1848, 1850, 1852, 1855, 1859, 1867 du Code civil.

juridiction, les textes du Code civil « *personnifient la société d'une manière expresse, en n'établissant jamais des rapports d'associé à associé et en mettant toujours les associés en rapport avec la société* ». A partir de cet arrêt, la reconnaissance de la personnalité morale des sociétés civiles a toujours été affirmée²⁵¹, pour être finalement consacrée par la réforme législative du 4 janvier 1978²⁵².

Quand il a consacré la liberté fondamentale du droit d'association, le législateur français a décidé que l'association déclarée possède la personnalité morale alors que l'association non déclarée suivant les prescriptions de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association en est dénuée.

Nous pouvons remarquer à ce stade la particularité de la personnalité morale des associations. Le texte de la loi du 1er juillet 1901 n'indique nulle part l'expression « personne morale », mais parle seulement d'une « capacité juridique » plus ou moins importante suivant que l'association est déclarée d'utilité publique ou ne l'est pas. Ce caractère montre le lien important entre la capacité juridique et la personnalité juridique d'un groupement. La doctrine a donc été amenée à considérer la possibilité d'une « petite » personnalité morale et d'une « grande » personnalité morale pour les associations déclarées. Tout se passe donc comme si la personne morale pouvait avoir différents degrés dans les associations. En tout état de cause, il est avéré que l'obtention d'un décret pour la « grande » personnalité morale peut être très difficile et long à obtenir²⁵³, ce qui conduit à ce que la petite capacité juridique soit la forme d'association déclarée la plus répandue.

Quoi qu'il en soit, même une association non déclarée, ne jouissant pas de la personnalité morale, peut avoir un intérêt à agir en justice. Ce droit lui a été expressément reconnu par le Conseil d'Etat en 1969, dans le cas très particulier, il est vrai, du recours pour excès de pouvoir²⁵⁴. Mais une association non déclarée peut aussi se prévaloir d'un préjudice propre, distinct de celui de ses sociétaires, en justice²⁵⁵.

Dans le même ordre d'idées, pour étendre la défense en justice d'un intérêt collectif, la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé d'ouvrir, aux associations non agréées de protection de l'environnement, l'action civile fondée sur un préjudice direct et personnel en raison de son objet

251 Cass., Req., 2 mars 1892, DP 93 . 1. 169; Cass., civ., 22 novembre 1911, S. 1912. 1. 5.

252 Loi n°78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil.

253 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 82. Band – *Germanistische Abteilung*, Weimar : Verlag Hermann Böhlau Nachfolger, 1952, Nr. VIII *Die Aktienvereine in der geschichtlichen Entwicklung des Aktienrechts* par RAUCH, Karl, p. 271 citant THALLER-Pic, *Droit commercial I*, Paris 1925, p. 11 et Wilburg, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch V*, Berlin 1936, p. 772.

254 CE, 31 octobre 1969, Syndicat de défense des canaux de la Durance : AJDA 1970, p. 252, note LANDON. V. ROBERT, Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, 5e édition, Paris : Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 2002, p. 718.

255 CA Douai, 17 mars 1911: S. 1912. 2. 11. note E. CHAVEGRIN.

statutaire²⁵⁶. Il est alors possible d'en déduire qu'une association non déclarée de protection de l'environnement recherche également à se voir reconnaître un intérêt à agir en justice dans ce contexte parce qu'elle serait reconnue comme une quasi personne morale. Aussi, comme le droit allemand, le droit français pourrait permettre à l'association non déclarée d'agir en justice à partir du moment où elle a un intérêt à agir, ce qu'elle semble refuser pour l'instant.

En tout état de cause, il faut reconnaître que la modalité d'affectation d'un legs à une association non déclarée est possible du moment que le bénéficiaire du legs a la capacité de recueillir des libéralités²⁵⁷. Il faut aussi reconnaître que, dans le contexte particulier d'un contrat de cautionnement, la première chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que « le prêt contracté au nom d'une association non déclarée et dépourvue, comme telle, de capacité juridique, n'engage que celui qui se dit son représentant »²⁵⁸, ce qui a pour conséquence de libérer la caution de son propre engagement, mais ne remet pas en question la validité du contrat de prêt conclu entre une banque et celui qui s'est revendiqué comme le représentant de l'association non déclarée. Ceci pourrait également conduire à reconnaître une quasi-personnalité morale de l'association non déclarée en matière contractuelle puisque ni la modalité d'affectation du legs, ni le contrat de prêt n'ont été considérés par le juge comme devant être annulés.

4.3.1.3. Le droit anglais face au droit des associations, y compris des associations non déclarées (III.)

Annnonce du plan. Après avoir mis en évidence la difficulté liée au terme « association » en droit anglais des sociétés (A.), le régime juridique applicable aux nouvelles *Community Interest Companies* sera étudié plus précisément (B.).

4.3.1.3.1. La difficulté liée au terme « association » en droit anglais des sociétés (A.)

Si le droit allemand et le droit français ont imaginé et développé l'association, même non déclarée, il faut reconnaître que le droit anglais a beaucoup de mal à identifier ce que recoupe exactement le terme « *association* » dans les *Companies Acts* et donc, *a fortiori*, la notion d'association non déclarée.

256 Cass. crim., 12 septembre 2006 : PA 19 janvier 2007 n°15, p. 13 à 20 note Harold KOBINA GABA.

257 Cass. 1^{er} civ., 18 février 1986 n°84-15593 : Bull. civ. 1986 I, n°28 p. 25.

258 Cass. 1^{er} civ., 5 mai 1998 n°96-13610 : Bull. civ. 1998 I, n°159, p. 107.

Dans la décision *Smith v Anderson (1880)*²⁵⁹, le juge JAMES LJ exprime la confusion qui existe, selon lui, entre les termes *association* et *company* :

Le *Companies Act 1862* à propos duquel une question se pose devant nous est ainsi formulé : - 'Aucune *company*, *association* ou *partnership* consistant en plus de 20 personnes ne doit être constituée, après l'entrée en vigueur de cette loi pour faire toute affaire autre que bancaire qui a pour objet l'obtention de gains par la *company*, *association* ou *partnership* ou par ses associés pris individuellement sans être enregistrée' [...]

Je n'arrive pas à comprendre quelle est la différence entre une *company* et une *association*. Le mot 'association', dans le sens où il est actuellement communément utilisé, est étymologiquement inapproprié dans le texte de loi parce que le terme 'association' ne décrit pas à proprement parlé la chose constituée, mais décrit plus exactement et étymologiquement le fait de s'associer ensemble à partir duquel l'acte d'association constitue une *company* ou un *partnership*²⁶⁰.

Par conséquent, le droit anglais ne reconnaît pas l'association en tant que telle. Par contre, il admet depuis toujours l'existence d'œuvres de charité (*charities*) dont les règles ont été refondues par le *Charities Act 2011*. Aujourd'hui, *the Charity Commission for England and Wales* tient à jour un registre de ces œuvres de charité²⁶¹ et l'enregistrement auprès de cette commission permet d'établir une présomption simple que l'institution enregistrée est une œuvre de charité²⁶². Il n'est en revanche pas question d'établir par ce biais la personnalité morale de cette œuvre de charité.

4.3.1.3.2. Les nouvelles Community Interest Companies anglaises (A.)

Depuis 2004, pour favoriser les œuvres sociales, une nouvelle forme de société a été proposée par le législateur anglais, qui s'appelle le *Community Interest Company*²⁶³ (*CIC*). Le *CIC* est une personne morale qui a vocation à être utilisée par des entreprises ne distribuant leurs profits qu'à la communauté. Le *CIC* continue de respecter les règles de droit édictées par le droit des sociétés anglais. Après avoir étudié les règles spéciales applicables aux *CICs* (1.), il sera mis en évidence la conséquence de ces règles sur la possibilité d'une *CIC* non déclarée (2.).

259 *Smith v Anderson (1880)* 15 ChD 247 at 273, 274, CA.

260 *The enactment [Companies Act 1862] upon which the question before us turns is as follows* : - 'No company, association, or partnership consisting of more than twenty persons shall be formed, after the commencement of this Act, for the purpose of carrying on any other business' (that is to say, any business other than banking) 'that has for its object the acquisition of gain by the company, association, or partnership, or by the individual members thereof, unless it is registered' [...]

I cannot understand what the difference is between a company and an association. The word 'association', in the sense in which it is now commonly used, is etymologically inaccurate, for 'association' does not properly describe the thing formed, but properly and etymologically describes the act of associating together, from which act of associating there is formed a company or partnership.

261 *Charities Act 2011 s. 15(4)*.

262 *Charities Act 2011 s. 37*.

263 *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004, Part 2, ss. 26 – 63* dont les dispositions sont entrées en vigueur suivant les règles édictées dans le *SI 2004/3322 (C. 154)*. Voir également le *Companies Act 2006*.

4.3.1.3.2.1. Les règles spéciales applicables aux CICs (1.)

Des règles spéciales des *CIC*, prévues par une loi de 2004, sont désormais à lire avec le *CA 2006*²⁶⁴. En premier lieu, une *company* qui souhaite se transformer en un *CIC* doit réussir le test dit de l'intérêt de la communauté. Ce test confirme aux yeux d'une personne raisonnable que la *company* poursuivra l'objectif du bénéfice à la communauté et ne servira pas les intérêts d'un groupe restreint de bénéficiaires.

En deuxième lieu, des *companies* ayant un objet particulier pourront être exclues du bénéfice de ce statut par de la législation dérivée, notamment les partis politiques ou les sociétés contrôlées par de tels partis politiques²⁶⁵.

En troisième lieu, les *CICs* ne pourront pas bénéficier du régime juridique particulier des œuvres charitables, même si leur objet est entièrement charitable. Toutefois, les *charities* auront la faculté de constituer des filiales sous forme de *CICs*.

En quatrième lieu, chaque *CIC* devra produire un rapport annuel contenant les informations clés du statut de *CIC*. Ce rapport annuel sera géré par le registre public des *companies*.

En cinquième lieu, les *CICs* auront un actif bloqué, c'est-à-dire qu'il leur sera par principe interdit de distribuer des profits à leurs associés. Par exception, il sera envisageable pour les *CICs* qui sont *limited by shares* d'émettre des dividendes payable aux « *investor shares* ». Le dividende payable sur de tels *shares* sera sujet à un seuil²⁶⁶.

En sixième lieu, lorsqu'un *CIC* est liquidé, ses actifs résiduels ne seront pas distribués à ses associés. Au lieu de cela, ils seront transmis à une autre organisation qui a également des restrictions sur la distribution de ses profits comme par exemple un autre *CIC* ou une *charity*.

En septième et dernier lieu, un *Regulator* intervient pour approuver les demandes d'accès au statut des *CICs*, pour recevoir des copies des rapports du *CIC* et pour notamment vérifier le respect de la règle de l'actif bloqué. Le *Regulator* sera en lien très étroit avec le *registrar* des *companies*.

A certains égards, la manière dont se présente le *CIC* anglais peut être comparée avec les sociétés

264 *Explanatory Notes*, p. 42, 43. Ces notes font référence au *the Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004* c. 27 qui a reçu le *Royal Assent* le 28 octobre 2004. Voir aussi *CA 2006*, s. 6.

265 *SI 2005/1788* dénommé *The Community Interest Company Regulations 2005*, reg. 6.

266 *SI 2005/1788*, reg. 27.

d'exercice libéral (SEL)²⁶⁷ du droit français²⁶⁸ parce que ces deux formes de sociétés s'hybrident avec les sociétés du droit commercial classique. Simplement, la philosophie des *CICs* et des SEL est clairement différente puisque les SEL ne cherchent jamais à distribuer les bénéfices à la communauté, mais exclusivement à ses associés ou actionnaires.

4.3.1.3.2.2. La conséquence de ces règles spéciales sur la possibilité d'une *CIC* non déclarée (2.)

Comme le *CIC* reprend les dispositions applicables au droit des sociétés anglaises, il ne peut y avoir de *CIC* non déclarée. En effet, une *company* anglaise existe seulement le jour de l'obtention de son certificat d'*incorporation*, ce qui signifie à la première seconde de ce jour²⁶⁹, mais pas avant²⁷⁰. Cette jurisprudence applicable aux *companies* a vocation à s'appliquer *a fortiori* aux *CICs*. Cependant, le fonctionnement d'un *CIC* s'approche plus d'une association de droit français que d'une société, c'est pourquoi il est possible de se demander si, dans le cas où un *CIC* n'était pas enregistré, son régime juridique ne s'approcherait pas de celui d'une association non déclarée française et si, en particulier, le *CIC* non enregistré n'aurait pas une certaine capacité à contracter ou bien s'il ne s'approcherait pas d'une association non déclarée allemande et aurait ainsi une certaine capacité d'ester en justice. Dans ce cas, il est possible de se demander si les juges anglais ne considéreront pas les *CIC* non enregistrés comme des quasi-personnes morales.

4.3.2. Certaines sociétés d'exercice de la profession libérale (§2.)

Problématique. Les professions libérales sont considérées en France, en Allemagne et en Angleterre comme des professions réglementées. Elles disposent à ce titre d'une législation qui leur est propre.

267 Voir également les sociétés de participation financière de profession libérale proposées par la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, art. 32 et s'appliquant notamment aux notaires (Décret n°2004-856 du 23 août 2004), aux huissiers de justice (Décret n°2004-855 du 23 août 2004), aux commissaires-priseurs judiciaires (2004-854 du 23 août 2004), aux avoués (Décret n°2004-853 du 23 août 2004) et aux avocats (Décret n°2004-852 du 23 août 2004).

268 Introduit par la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

269 *Jubilee Cotton Mills Ltd v Lewis* [1924] AC 958.

270 En droit fiscal français, on peut noter une divergence entre les termes 'création' et 'constitution' d'une entreprise nouvelle. La condition relative à la détention du capital social d'une société nouvelle doit être remplie dès la date de création de l'entreprise (CE, 8 août 1990 n°57977, S.A. « Photogravure Paris Scanner », Lebon p. 703 et 706), c'est-à-dire la date à laquelle elle a effectivement commencé à exercer son activité (CE, 6 octobre 2004 n°248968 : RJF 12/04 n°1234, concl. S. VERCLYTTTE ; BDCF 12/04 n°149 ; Bull. Fiscal Francis Lefebvre 12/04 n°1102 p. 886). La date de la 'création' d'une entreprise ne coïncide donc pas forcément avec sa date de 'constitution'. Cette distinction est étrangère à la notion d'*incorporation* du droit anglais qui correspond à une date unique.

Ainsi, en Angleterre, il est possible de constituer un *partnership* sans limitation de nombre des associés pour, par exemple, un *patent agent*²⁷¹ ou pour un *lawyer* d'un *partnership* multi-national²⁷². Il en est de même dans un *limited partnership* pour les professions d'affaires bancaires²⁷³ ou de *insurance broker*²⁷⁴. Par ailleurs, même si les dispositions du *Limited liability Partnership Act 2000* sont très générales, il a fallu une législation dérivée anglaise particulière pour ouvrir cette forme sociale notamment aux *solicitors*²⁷⁵.

En Allemagne, un cabinet d'avocats (*Rechtsanwaltkanzlei*) prend la forme généralement d'une *GbR* ou, depuis 2001, d'un *LLP* de forme anglaise. Par ailleurs, la forme juridique de *Partnerschaftsgesellschaft* introduite en Allemagne en 1994 est complètement imaginée pour être utilisée par les professions libérales (*Freie Berufe*). Elle se limite cependant à l'exercice en groupe de personnes physiques.

Dans ces conditions, il est logique que le droit français propose aux professions libérales des formes d'exercices particulières comme les sociétés d'exercice libéral (SEL) de la loi de 1990²⁷⁶ ou de sociétés de participations financières de professions libérales²⁷⁷, véritable alternative au *LLP*.

Comme en Angleterre ou en Allemagne, le droit français propose également l'exercice de la profession libérale sous des formes qui ne sont pas dotées de la personnalité morale. Aussi, par comparaison et assimilation avec les droits anglais et allemand, il est envisagé de les qualifier dans ce cas de quasi-personne morale.

Annnonce du plan. Deux variétés de quasi-personnes morales vont être étudiées en France : il s'agit, en premier lieu, de l'association d'avocats (**I.**) et, en second lieu, de la société en participation des professions libérales (**II.**).

4.3.2.1. L'association d'avocats (I.)

Une possibilité offerte par la loi. Suite à la loi n°54-390 du 8 avril 1954, et en application de son article 4, un règlement d'administration publique fut pris par décret²⁷⁸ qui énonce à son article 49

271 SI 1968/1222 dénommé *The Partnerships (Unrestricted Size) No. 1 Regulations 1968*.

272 SI 1991/2729 dénommé *The Partnerships (Unrestricted Size) No. 8 Regulations 1991*.

273 SI 1971/782 dénommé *The Limited Partnerships (Unrestricted Size) No. 1 Regulations 1971*.

274 SI 1990/1580 dénommé *The Limited Partnerships (Unrestricted Size) No. 2 Regulations 1990*.

275 SI 2001/645 dénommé *The Solicitors' Incorporated Practices (Amendment) Order 2001*.

276 Loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, art. 1 et s. et les décrets d'application.

277 Dispositions intégrées dans la loi n°90-1258 suite à la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, art. 32 : JORF « Lois et Décrets » du 12 décembre 2001, p. 19703.

278 Décret n°54-406 du 10 avril 1954 portant règlement d'administration publique sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau.

que le règlement intérieur d'un barreau peut autoriser l'association entre avocats et en déterminer alors les modalités²⁷⁹.

Saisissant cette opportunité, le Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris, lors de la séance du Conseil le 1^{er} février 1955²⁸⁰, a décidé d'autoriser cette forme juridique, tout en décidant initialement de limiter le nombre maximum d'associés à trois²⁸¹. Lorsque le règlement intérieur du Barreau de Paris décidera ensuite qu'aucune association ne peut comprendre plus de cinq associés²⁸², cette limitation disparaîtra finalement ce qui favorisera le développement de cette structure²⁸³.

Ultérieurement, la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 énonce, initialement à son article 8²⁸⁴, que

279 Art. 54 du décret n°54-406 du 10 avril 1954 : ¹Le règlement intérieur peut autoriser l'association entre avocats, il en détermine alors les modalités. ²Chaque association doit être constatée par écrit ; un exemplaire du contrat, ainsi que le cas échéant des contrats modificatifs, est remis au conseil de l'ordre ; le procureur général peut, sur sa demande, en obtenir communication. ³Le tableau et la liste du stage mentionnent, à côté du nom de chaque avocat membre d'une association, celui de son ou de ses confrères avec lequel ou avec lesquels il est associé. ⁴Chacun des avocats associés demeure responsable vis-à-vis de ses clients. Ces avocats ne peuvent assister ni représenter des parties ayant des intérêts différents. ⁵Le contrat d'association devra disposer que les droits de chacun des associés dans l'association lui sont personnels et ne peuvent être cédés.

280 Communications de Monsieur le Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris, mars 1955, n°14, III.

281 Art. 1 : ¹Les avocats inscrits au Tableau de l'Ordre, peuvent pour l'exercice de leur activité professionnelle, s'associer dans les termes de l'article 49 du décret du 10 avril 1954. ²Les avocats stagiaires peuvent être membres d'une association, à la condition qu'elle comprenne au moins un avocat inscrit. ³Aucun avocat ne peut appartenir en même temps à plus d'une association. ⁴L'avocat qui cesse de pouvoir exercer sa profession, au regard des règles ou traditions de l'Ordre, ne peut demeurer membre d'une association.

Art. 2 : ¹L'association ne peut avoir pour effet de restreindre la liberté que doit avoir chaque associé, de refuser un dossier ou une clientèle. ²Un associé ne peut accepter un dossier ou une clientèle si l'un des associés s'y oppose. ³Les associés s'interdisent toute intervention professionnelle quelconque, en faveur d'une partie dont les intérêts seraient en opposition avec ceux d'un client d'un membre de l'association. ⁴Les actes interdits à l'avocat soumis à une incompatibilité par le décret du 10 avril 1954, le règlement intérieur de l'Ordre ou les usages, ne peuvent être accomplis par ses associés.

Art. 3 : ¹Chaque association doit être constatée par écrit. ²Toute convention d'association mentionnera obligatoirement : ³a) ce qui est mis en commun, ⁴b) les droits et obligations de chaque associé, ⁵c) le siège de l'association. ⁶Elle devra être conforme aux dispositions du décret du 10 avril 1954, à celles du présent règlement, et aux principes suivants : ⁷1- Les associés ne peuvent avoir leur cabinet professionnel qu'au siège de l'association ; ⁸2- Les droits de chacun des associés dans l'association lui sont personnels et ne peuvent être cédés ; ⁹3- Chaque associé peut à tout moment quitter l'association ; ¹⁰4- Les différends entre les associés sont tranchés en dernier ressort par le Bâtonnier.

Art. 4 : L'associé frappé d'une peine d'interdiction temporaire supérieure à deux mois, cesse de faire partie de l'association et ne peut y être réadmis qu'avec l'autorisation du Conseil de l'Ordre.

Art. 5 : ¹Un exemplaire des conventions d'association – ainsi que le cas échéant, celui de toute convention modificative – doit être remis au Conseil de l'Ordre. ²Ces conventions entreront en vigueur si, dans le délai des deux mois de cette remise – augmenté s'il y a lieu de la durée des vacances judiciaires – les associés n'ont pas été informés qu'elles ne remplissent pas les conditions visées au présent règlement.

Art. 6 : Le Tableau et la liste du stage mentionneront, à côté du nom de chaque avocat membre d'une association, celui de son ou de ses confrères avec lequel, ou avec lesquels, il est associé.

282 Règlement intérieur du Barreau de Paris, Paris : Imprimerie Belleville - Reneaux, 1963, p. 19, art. 44, 1°.

283 Le Règlement intérieur du Barreau de Paris ne spécifie plus aujourd'hui de régime particulier pour l'association d'avocats mais regroupe au contraire toutes les formes d'exercice sous le vocable de « Structure d'exercice ».

284 Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques : JORF du 5 janvier 1972, p. 132. En dernier lieu, suite à la loi n°2006-1771 du 30 décembre 2006 - art. 64, II, l'art. 7 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 énonce que « l'avocat peut exercer sa profession soit à titre individuel, soit au sein d'une association dont la responsabilité des membres peut être, dans les conditions définies par décret, limitée aux

l'avocat peut exercer sa profession soit à titre individuel, soit en groupe dans le cadre d'associations ou au sein de sociétés civiles professionnelles, soit en qualité de collaborateur d'un autre avocat ou d'un groupe d'avocats.

L'exercice de la fonction d'avocat sous forme d'une association est un exercice en groupe, ce qui suppose au moins deux associés, mais la loi ne précise pas si cet exercice a lieu dans le cadre d'un groupe ayant la personnalité juridique ou non.

Finalement, il faut faire référence non à cette loi, ni même à son décret d'application²⁸⁵, mais aux règles juridiques énoncées par le Conseil de l'Ordre du barreau de Paris dans son règlement intérieur pour y trouver affirmé, à une certaine époque, que l'association d'avocats n'est pas une personne morale²⁸⁶.

En conséquence, il a été jugé que les assignations délivrées par des avocats travaillant en association, sans indication de celui d'entre eux qui est constitué, sont entachées d'une irrégularité de fond emportant leur nullité parce que l'association d'avocats n'a pas la capacité pour représenter la société incriminée²⁸⁷. Pour autant, l'évolution normative concernant cette forme de société pourrait faire infléchir les tribunaux qui, en les considérant comme des quasi-personnes morales, pourraient permettre à ces associations d'avocats de poursuivre en justice ou d'être directement poursuivies, qui serait un intérêt supplémentaire de recourir à l'association d'avocats.

En effet, il existe plusieurs exemples de cabinets d'avocats prenant la forme d'une association d'avocats, dont le plus ancien, le Cabinet Gide constitué en 1957²⁸⁸.

Quel peut alors être l'intérêt d'exercer sous une forme juridique dénuée de personnalité morale ? Il semble bien que ce soit l'absence de règles juridiques contraignantes au niveau de l'organisation interne à la différence des autres exercices en groupe qui peut motiver ce choix. En ce sens, l'association d'avocats se rapproche de l'intérêt de recourir à une *Personengesellschaft* en Allemagne ou à un *partnership* en Angleterre. Par la méthode comparative, il est alors décidé de considérer ces associations particulières comme des quasi-personnes morales. L'absence de notion de parts sociales ou d'actions dans une association d'avocats permet aussi d'éviter les conséquences

seuls membres de l'association ayant accompli l'acte professionnel en cause, d'une société civile professionnelle, d'une société d'exercice libéral ou d'une société en participation prévues par la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, soit en qualité de salarié ou de collaborateur libéral d'un avocat ou d'une association ou société d'avocats. Il peut également être membre d'un groupement d'intérêt économique ou d'un groupement européen d'intérêt économique. »

285 Décret n°72-468 du 9 juin 1972 organisant la profession d'avocat, pris pour l'application de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques abrogé par le décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat suite à la fusion entre les anciens conseils juridiques et la profession d'avocats.

286 Par exemple, art. 16-3-4-P du règlement intérieur du Barreau de Paris.

287 CA Paris, 14 septembre 2004 : Gaz. Pal., 16 et 17 février 2005, p. 21.

288 Ex : les cabinets Veil Jourde, Cournot, Stehlin et associés, Gide Loyrette Nouel.

fiscales qu'entraînerait normalement une cession de parts ou d'actions en cas de départ ou d'arrivée d'un des associés dans une société civile professionnelle ou dans une société d'exercice libéral par actions simplifiée (SELAS) d'avocats par exemple.

La concurrence de sociétés dotées de la personnalité morale et présentant les mêmes atouts.

La seule forme juridique dotée d'une personnalité morale d'origine française et qui présente le moins de règles juridiques contraignantes est actuellement la SELAS. Pourtant, cette forme d'exercice de la profession d'avocats reste encore marginale comparée à l'extraordinaire essor de la société par actions simplifiée pour les entreprises privées. D'ailleurs, l'exercice dans ce cas sous forme de *Limited Liability Partnership (LLP)*, forme sociale dotée de la personnalité juridique en Angleterre, se développe sur le sol français du fait de la liberté d'établissement énoncée par les traités communautaires²⁸⁹.

L'extension du régime fiscal des sociétés de personnes aux associations d'avocats. Par réalisme fiscal, l'association d'avocats vient d'être explicitement classée en 2006 dans le groupe des sociétés de personnes du droit français²⁹⁰. Les bénéfices réalisés par les associations d'avocats sont imposés selon les règles prévues pour les sociétés en participation²⁹¹. Plus précisément, la loi fiscale de 2006 a étendu le régime des sociétés de personnes aux associations d'avocats et elle prévoit que la responsabilité des associés de telles associations puisse être limitée aux seuls associés de l'association ayant signé ou réalisé l'acte professionnel en cause²⁹². Sous ce second aspect, l'association d'avocats se trouve avoir une troublante similitude avec le *Limited Liability Partnership* qui a pour objet de limiter la responsabilité d'un des associés de ce *partnership* au montant de ses apports.

Par conséquent, il semble que l'option choisie par le législateur français ne soit pas de constituer une *Limited Liability Partnership* mais de proposer aux étrangers plusieurs formes juridiques disposant de certains des avantages et des inconvénients de cette forme de société d'origine anglo-saxonne, l'un des principaux avantages étant l'irresponsabilité pénale des associations d'avocats.

289 Par ses arrêts *Daily Mail* (81/87), puis *Centros Ltd* (C-212/97) et, enfin et surtout, *Überseering* (C-208/00), la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a consacré la reconnaissance mutuelle des sociétés dans le marché intérieur. Voir aussi la conclusion.

290 Dans un document administratif 7 H 1112 du 1^{er} septembre 1999 n°24, l'administration fiscale considérait qu'une association d'avocats constituée d'après la loi de 1971 était une société de fait, elle-même imposée selon les règles prévues pour les sociétés en participation (art. 238 bis LA du CGI).

291 Art. 238 bis LA du CGI et Instruction fiscale BOI 5-G-4-07 n°62 du 2 mai 2007.

292 PA, 11 janvier 2007, *Actualités*, n°9 p. 6. Pour aller plus loin, voir la loi de finances rectificative pour 2006 et, en particulier, le nouvel article 238 bis LA du CGI, ainsi que l'article 7 nouveau de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971.

Les associés d'une association d'avocats. En application de l'article 64 II de la loi de finances rectificative pour 2006, le décret n°2007-932 du 15 mai 2007 vient de modifier celui du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991, en particulier sur les dispositions concernant l'association d'avocats.

Il est désormais possible pour une association d'avocats de comprendre des avocats personnes physiques et des personnes morales exerçant la profession d'avocat. Une association d'avocats ne concerne donc plus seulement un petit nombre d'avocats personnes physiques entre eux comme cela avait été envisagé initialement en 1954. Par ailleurs, reprenant l'avancée fiscale entreprise en 2006, ce décret de 2007 consacre la variété de "l'association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle" ou "AARPI" dans le cas où la mise en cause de la responsabilité professionnelle de l'un de ses associés n'engagera pas celle des autres associés. Un certain nombre de règles s'imposant aux associés pour pouvoir rendre opposable aux tiers une telle démarche sont alors énoncées dans ce décret. En particulier, un exemplaire de la convention qui fonde l'association ou de l'acte modificatif de la convention est remis contre récépissé ou expédié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à chaque bâtonnier concerné²⁹³. Après accomplissement de ces formalités, la constitution de l'association fait l'objet de l'insertion d'un avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du lieu d'inscription au tableau de l'ordre de chacun des associés. Cet avis contient la dénomination, la liste des associés, le nom du barreau auquel ils appartiennent et, s'il y a lieu, la mention indiquant que l'association s'est placée sous le régime de la responsabilité professionnelle de chacun des associés²⁹⁴.

Ces nouvelles publicités, qui pourraient paraître de nouveau étonnantes si l'on sait que l'association d'avocats a été la première structure d'exercice en commun informelle de quelques avocats personnes physiques, se comprennent mieux si on considère, en fait, que l'association d'avocats est désormais devenue une quasi-personne morale à laquelle, au premier chef, des règles applicables aux sociétés édictées par le Code civil s'appliquent désormais²⁹⁵.

Comparaison entre l'association d'avocats, la *Partnerschaftsgesellschaft* allemande et le *partnership* anglais. Le fait d'ouvrir l'accès des personnes morales exerçant la profession d'avocats en qualité d'associé de l'association d'avocats est une nouveauté qui est décisive par rapport à la *Partnerschaftsgesellschaft* de droit allemand²⁹⁶ qui n'accepte en son sein que des personnes

293 Art. 125, al. 3 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 tel que modifié en 2007.

294 Art. 126 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 tel que modifié en 2007.

295 En ce sens, lire la brochure Ordre des Avocats de Paris, *L'association d'avocats – L'association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle (AARPI)*, Paris, juillet 2007, p. 5.

296 *Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe* du 25. 7. 1994 (PartGG) : *BGBl I S. 1744*.

physiques exerçant, par exemple, la profession d'avocat en propriété intellectuelle²⁹⁷. Elle l'est moins par rapport aux *partnerships* du droit anglais, même si la notion de *partner* s'entendait à l'origine comme faisant référence à une personne physique²⁹⁸. Cette conception a finalement évolué dans la jurisprudence anglaise, sans doute aidée en cela par le *Limited Partnership Act 1907* qui a décidé de spécifier qu'une personne morale pouvait être un *limited partner*²⁹⁹.

Conséquence juridique. Si l'association d'avocats ne peut être qualifiée de personne morale et ne doit pas l'être, il est en revanche possible de lui attribuer, du fait de l'évolution législative et réglementaire concernant son régime juridique³⁰⁰, la qualification de quasi-personne morale. Dès son introduction, la notion d'un contrat, prenant obligatoirement la forme d'un écrit, a été considérée comme un élément indispensable à la reconnaissance de l'association d'avocats comme forme d'exercice de la profession³⁰¹. Cette nouvelle qualification justifie, en premier lieu, d'autoriser le procureur général à pouvoir consulter le contrat d'associations d'avocats directement auprès du Conseil de l'Ordre³⁰². Elle permet en second lieu de mieux comprendre pourquoi on ouvre à tout intéressé l'accès à la liste des associés et à la proportion de leurs droits dans l'association ainsi que, pour l'AARPI, l'accès aux clauses du contrat d'association relatives à la responsabilité professionnelle individuelle de ses associés³⁰³. Il serait justifié, à l'image de ce qui s'est passé en Allemagne pour les *Außen-GbR*, d'autoriser cette forme de société à pouvoir ester en justice ou à être poursuivie en justice³⁰⁴.

L'attractivité de l'association d'avocats de droit français semble donc être pérenne et présente une réelle alternative aux différentes formes de *partnerships* anglo-saxons, y compris le *LLP*, depuis l'introduction de l'association à responsabilité professionnelle individuelle (AARPI) qui est nécessairement révélée aux tiers.

297 §1 Abs. 1 et 2 PartGG.

298 Le *Limited Partnership Act 1907* a toutefois fait éclater ce principe en autorisant expressément une personne morale à devenir *limited partner* : *LPA 1907*, s. 4(4).

299 *LPA 1907*, s. 4(4) : “A body corporate may be a limited partner” – c'est-à-dire – “Une personne morale peut être un associé disposant d'une responsabilité limitée”.

300 Depuis le décret n°2007-932 du 15 mai 2007.

301 Déjà imposé à l'article 49 du décret n°54-406 du 10 avril 1954.

302 Déjà prévue à l'article 49 du décret n°54-406 du 10 avril 1954, cette possibilité est désormais inscrite suite au décret de 2007 à l'article 127 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991.

303 Art. 127 nouveau du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 suite au décret n°2007-932 du 15 mai 2007.

304 Ceci explique pourquoi le fascicule présentant l'association d'avocats dans un classeur dénommé « Profession d'avocats » accessible en octobre 2007 au Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris exprime son malaise lorsqu'il écrit que si l'association d'avocats n'a pas généralement la personnalité morale, elle peut faire l'objet de poursuite devant les tribunaux parce que la Cour de cassation a jugé que « la personnalité civile appartient à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes d'être juridiquement reconnus et protégés ».

4.3.2.2. La société en participation des professions libérales (II.)

Introduction. La loi de 1990 autorise les professions libérales à exercer sous forme de société en participation. Cependant, il semble que le régime applicable à ces sociétés en participation s'éloigne de celui qui est généralement constaté pour l'association commerciale en participation du Code de commerce de 1807 ou pour les sociétés en participation du Code civil à partir de 1978.

Annonce du plan. Aussi, pour bien comprendre ce qu'est une société en participation des professions libérales, il faut, en premier lieu, expliquer ce qu'est une société en participation **(A.)** et présenter, ensuite, ce que se propose d'être une société en participation des professions libérales **(B.)**.

4.3.2.2.1. La société en participation en général (A.)

La société en participation est une société. La décision du 2 juin 1834³⁰⁵ permet d'expliquer avec les mots de la jurisprudence française ce qui est entendu comme étant une société en participation (à l'époque dénommée « association commerciale en participation ») :

« Attendu, en droit, que, si les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite et les sociétés anonymes peuvent être considérées comme des êtres moraux, il n'en peut être de même pour les associations commerciales en participation, dont il ne faut pas confondre les effets avec les sociétés ordinaires;

Qu'en effet, d'après les usages du commerce et la jurisprudence existant sous l'ordonnance de 1673, auxquels il n'a point été innové par le Code civil et le Code de commerce, l'entière propriété des objets mis dans l'association en participation est légalement censée résider sur la tête de l'associé administrateur, qui doit rendre compte à ses associés des profits et des pertes;

Que le caractère qui distingue les associations commerciales en participation ne consiste pas seulement en ce qu'elles ont lieu pour des objets et aux conditions convenues entre les participants, en ce qu'elles ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés; mais il consiste plus particulièrement encore en ce que l'ensemble des dispositions législatives qui leur sont spéciales en fait une espèce de société qui, dans l'intérêt même du commerce, au progrès duquel elle est essentiellement utile, n'est représentée vis-à-vis des tiers que par un des associés qui traite avec eux en son nom propre et privé nom, et devient leur débiteur direct, à la différence des autres sociétés qui, formées pour une série d'affaires, sans restriction déterminée, et accompagnées de formalités qui les font connaître du public, sont toujours, vis-à-vis des tiers, représentées par une raison sociale, au nom et pour le compte de laquelle se font les traités et les actes relatifs à la société »

En fait, le corpus de règles concernant les associations commerciales en participation se trouve à l'époque dans les articles 47 et suivants du Code de commerce de 1807 dans la teneur qui suit³⁰⁶ :

305 Cass. civ., 2 juin 1834, Mouroult c/ Vautier et Derancourt : Rép. D., vol. 40, Société, n°1656, 1859. **Voir Annexe 1.**

306 Loi du 15 septembre 1807, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1808, p. 13 et sq.

Art. 47 Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation

Art. 48 Ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce ; elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenus entre les participants.

Art. 49 Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elles peuvent être admises.

Art. 50 Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés

Par conséquent, en confrontant le texte du Code de commerce de 1807 avec la décision de 1834, les associations commerciales en participation apparaissent finalement comme une variété de société originale, distincte quant à son régime juridique, de l'ensemble des sociétés commerciales reconnues à l'époque, c'est-à-dire de la société en nom collectif, de la société en commandite et de la société anonyme.

Par ailleurs, la qualification juridique d'être morale est donnée par la Cour de cassation aux trois espèces de sociétés commerciales à la date de la décision, mais cette même qualification est refusée pour l'association commerciale en participation. Par conséquent, il est clairement affirmé par la jurisprudence que l'association commerciale en participation n'est pas dotée de la personnalité morale.

Aussi, l'association commerciale en participation est une société mais n'est pas une personne morale. Il reste alors possible de proposer comme qualification à l'association commerciale en participation celle de quasi-personne morale lorsque la société en participation est ostensible.

La société commerciale en participation n'est pas une personne morale, affirmation tardive par le législateur. L'étape décisive mais tardive du législateur français sera franchie par la loi du 24 juin 1921 qui va modifier les articles 47 à 50 du Code de commerce avec la clarté et le panache qu'on lui reconnaît³⁰⁷. Cependant, depuis lors, certains membres de la doctrine commencent à admettre qu'une société en participation puisse être « quasiment une personne morale »³⁰⁸. Il est alors envisageable de la qualifier juridiquement de quasi-personne morale.

Une nouvelle dénomination juridique pour l'association commerciale en participation : la société en participation. Après l'entrée en vigueur des dispositions de la loi de 1966, les dispositions concernant les sociétés en participation prennent place aux articles 419 à 422 de cette

307 Voir *supra* Titre I, Chap. I, Sect. 1, §1.

308 DIDIER, Paul, *Droit commercial – 2/ L'entreprise en société. Les groupes de sociétés*, 3^e éd., Paris : PUF, Coll. Thémis, 1999, p. 45.

loi dans la teneur qui suit³⁰⁹ :

Art. 419 La société en participation n'existe que dans les rapports entre associés et ne se révèle pas aux tiers. Elle n'a pas la personnalité morale, n'est pas soumise à publicité, et peut être prouvée par tous moyens.

Les dispositions du chapitre préliminaire et du titre II, chapitre IV, de la présente loi ne lui sont pas applicables.

Art. 420 Les associés conviennent librement des objets, des formes ou proportions d'intérêt et des conditions de la société en participation.

Art. 421 Chaque associé contracte avec les tiers en son nom personnel. Il est seul engagé même au cas où, sans l'accord des autres associés, il révèle leurs noms aux tiers.

Art. 422 Les droits des associés ne peuvent être représentés par des titres négociables. Toute clause contraire est réputée non écrite.

La loi de 1966 suit la logique allemande en décidant de faire sortir l'ensemble des sociétés commerciales, y compris la société en participation, du Code de commerce de 1807, ce qui a conduit à vider peu à peu le Code de commerce de sa substance³¹⁰. En abrogeant ces dernières dispositions³¹¹, la loi de 1978 décide également de donner une qualification plus large aux sociétés en participation, les faisant passer de loi de 1966 au Code civil.

Les dispositions concernant les sociétés en participation, sociétés pouvant désormais avoir un caractère commercial ou civil, sont énoncées en droit positif aux articles 1871 et suivants du Code civil dans la teneur suivante :

Art. 1871 Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors "société en participation". Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens.

Les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation, sous réserve de ne pas déroger aux dispositions impératives des articles 1832, 1832-1, 1833, 1836 (2ème alinéa), 1841, 1844 (1er alinéa) et 1844-1 (2ème alinéa).

Art. 1871-1 A moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis, en tant que de raison, soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles, si la société a un caractère civil, soit, si elle a un caractère commercial, par celles applicables aux sociétés en nom collectif.

Art. 1872 A l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société.

Sont réputés indivis entre les associés les biens acquis par emploi ou remploi de deniers indivis pendant la durée de la société et ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société.

Il en est de même de ceux que les associés auraient convenu de mettre en indivision.

Il peut en outre être convenu que l'un des associés est, à l'égard des tiers, propriétaire de tout ou partie des biens qu'il acquiert en vue de la réalisation de l'objet social.

Art. 1872-1 Chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers.

309 Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales, art. 419 et s. : JORF « Lois et Décrets » du 26 juillet 1966, p. 6431.

310 J. HILAIRE, *La codification du droit commercial* : D. 29 mars 2007, n°13/7286, p. 928.

311 Loi n°78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil, art. 5 III.

Toutefois, si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas.

Il en est de même de l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, ou dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit. Dans tous les cas, en ce qui concerne les biens réputés indivis en application de l'article 1872 (alinéas 2 et 3), sont applicables dans les rapports avec les tiers, soit les dispositions du chapitre VI du titre Ier du livre III du présent code, soit, si les formalités prévues à l'article 1873-2 ont été accomplies, celles du titre IX bis du présent livre, tous les associés étant alors, sauf convention contraire, réputés gérants de l'indivision.

Art. 1872-2 Lorsque la société en participation est à durée indéterminée, sa dissolution peut résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps.

A moins qu'il n'en soit autrement convenu, aucun associé ne peut demander le partage des biens indivis en application de l'article 1872 tant que la société n'est pas dissoute.

Dans cette ultime version du régime juridique de la société en participation, ce régime juridique s'est considérablement étoffé par rapport à celui se trouvant dans le Code de commerce de 1807. Le législateur souhaite donner un cadre juridique minimum plus important aux sociétés en participation et il assimile même les sociétés créées de fait aux sociétés en participation³¹². Malgré tout, il est laissé aux juges le soin de préciser le régime juridique de la société en participation. C'est ce qu'a fait l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 6 mai 2008³¹³ qui énonce que « le gérant d'une société en participation, dépourvue de personnalité morale, est, en sa qualité de mandataire des associés, responsable des fautes commises à leur égard dans sa gestion ». Cette décision responsabilise un peu plus encore le gérant de telles structures juridiques dépourvues de la personnalité morale. Il révèle également que les juges attribuent à cette forme de société et spécialement à leur gérant certains devoirs.

Comparaison entre la société en participation et le *partnership* du droit anglais. Plusieurs éléments rapprochent cette société en participation du *partnership*.

En première part, la société en participation n'est pas immatriculée et, à la différence du *limited partnership*³¹⁴, le *partnership* en Angleterre n'a pas à être connu auprès du registre des sociétés anglaises. Cependant, ce *partnership* doit être identifié auprès de l'administration fiscale anglaise³¹⁵.

312 Art. 1873 C. civ.

313 Cass. com., 6 mai 2008 n°07-12251, aff. n°540 F-P, Bull. 2008, IV, n°96. Dans cette affaire, la société en participation avait comme dénomination sociale « Obtention et environnement ». Par ailleurs, cette société en participation a été constituée par trois sociétés. La société André Laboulet (SAS), la société Deleplanque et compagnie (SA) et la société Plant service environnement.

314 *LPA 1907*, s. 5.

315 Si chacun des *partners* remplit personnellement son *Self Assessment Tax Return*, un des *partners* est désigné par les *partners* pour remplir pour tout le *partnership* le *Partnership Tax Return* dans les temps sous peine de sanctions. Source : *HM Revenue & Customs*.

En deuxième part, si les participants agissent en qualité d'associés vis-à-vis des tiers, ils répondent indéfiniment et, éventuellement, solidairement des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres associés. Dans un *partnership*, les associés se comportent comme des *partners*. Cependant, certains des *partners* peuvent être inactifs et ils sont alors qualifiés de *sleeping partners* ou *dormant partners*. Ils prennent toutefois part aux profits nés du *partnership*³¹⁶. Par ailleurs, les *partners* répondent, en Angleterre, indéfiniment (*jointly*) des dettes et des obligations de la firme³¹⁷.

En troisième et dernier lieu, la société en participation dont la durée peut être illimitée se rapproche du *partnership* de durée illimitée par la possibilité offerte à chaque *partner*³¹⁸ d'informer les autres associés de sa volonté de dissoudre la société.

Pour autant, au-delà de ces points de comparaison, le *partnership* ne peut être considéré comme l'équivalent de la société en participation. De même, le régime juridique de chacune de ces deux formes de sociétés reste pour l'essentiel propre.

Quoi qu'il en soit, et tout au moins pour la société en participation de caractère commercial ostensible, il s'agit à n'en pas douter d'une quasi-personne morale.

4.3.2.2.2. Le régime juridique de la société en participation des professions libérales (B.)

Une possibilité offerte par la loi aux professions libérales. La loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ouvre la possibilité pour ces professions libérales de pouvoir exercer sous forme de sociétés en participation.

Cette loi énonce³¹⁹ :

Art. 22 Nonobstant toute disposition législative ou réglementaire déterminant limitativement les modes d'exercice en commun de la profession, il peut être constitué entre personnes physiques exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé une société en participation, régie par les dispositions ci-après et celles non contraires des articles 1871 à 1872-1 du code civil.

316 *Pooley v Driver* (1876) 5 ChD 458 at 473 per JESSEL, MR ; *Ward v Newalls Insulation Co Ltd* [1998] 1 WLR 1722 (04/12/1998), CA at 1725-C per HENRY LJ.

317 *PA 1890 s. 9*. La décision *Morris v Wentworth-Stanley* [1999] 2 QB 1004, CA prend en compte la *section 3* du *Civil Liability (Contribution) Act 1978* et énonce que le jugement de recouvrement d'une dette ou d'un dommage contre une personne responsable ne doit plus être une fin de non-recevoir de la procédure contre toute autre personne qui est responsable indéfiniment de la même dette ou du même dommage et qui n'était pas partie à la procédure.

318 *PA 1890, s. 26(1)*.

319 Loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 : JORF « Lois et Décrets » du 5 janvier 1991, p. 218 et sq.

Une société en participation peut également être constituée dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, entre personnes physiques exerçant plusieurs des professions libérales définies au premier alinéa.

Ces sociétés, qui doivent avoir une dénomination, sont soumises à publicité dans les conditions fixées par décret.

Leur durée peut être illimitée.

Art. 23 Les associés sont tenus solidairement et indéfiniment à l'égard des tiers des engagements pris par chacun d'eux en qualité d'associé.

Si la convention qui fonde la société en participation ne prévoit pas les modalités de l'admission et de la révocation d'un associé, la décision est prise à l'unanimité des associés non concernés.

Cette convention peut prévoir le versement d'une prestation compensatrice en cas de retrait de l'un des associés.

Les bénéfices réalisés par la société en participation constituée entre personnes physiques exerçant une ou des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé sont imposés selon les règles prévues par le code général des impôts pour les sociétés en participation.

Suite à une loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques en 2011³²⁰, la solidarité a disparu dans les sociétés en participation de profession libérale et la dénomination sociale impose expressément la mention "société en participation" ou les initiales : "SEP", elles-mêmes suivies de l'indication de la ou des professions exercées, ainsi que, le cas échéant, le nom d'un ou de plusieurs associés. La perte de solidarité entre les associés apparaît comme un moyen de redonner de l'attractivité à cette structure d'exercice. Surtout, l'évolution juridique de la dénomination sociale renforce maintenant un peu plus le sentiment que ces SEP sont en train de devenir des quasi-personnes morales puisqu'une dénomination sociale est désormais légalement imposée et révélée aux tiers.

Champ d'application des dispositions du Code civil aux sociétés en participation de profession libérale. Si la durée d'une société en participation de profession libérale peut être illimitée, les dispositions générales concernant les effets d'une telle qualification à l'article 1872-2 du Code civil ne leur sont pas applicables. Par conséquent, en principe, un associé ne peut être seul à l'origine de la dissolution de la société en participation de profession libérale. Il s'agit alors d'une approche inverse de celle qui est proposée dans les *partnerships* de droit anglais.

De l'intérêt nouveau de la qualification de société en participation. L'intérêt de la société en participation est normalement sa clandestinité.

Malgré tout, plusieurs décrets ont été pris en application des dispositions de l'article 22 de la loi de

320 Loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées : JORF « Lois et Décrets » n°74 du 29 mars 2011, p. 5447 , spéc. art. 31.

1990 pour élaborer la publicité de ce genre particulier de sociétés.

Ces décrets concernent des professions médicales ou paramédicales comme les médecins³²¹, les chirurgiens dentistes³²², les infirmiers, les masseurs-kinésithérapeutes, les orthophonistes, les pédicures-podologues, les diététiciens³²³, les sages-femmes³²⁴ et les directeurs et directeurs adjoints de laboratoires d'analyses de biologie médicale³²⁵.

D'autres décrets ont été pris pour des professions juridiques et judiciaires comme les commissaires aux comptes³²⁶, les huissiers de justice³²⁷, les mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises³²⁸, les administrateurs judiciaires³²⁹, les avocats³³⁰, les greffiers de tribunal de commerce³³¹ et les notaires³³².

Nous pouvons nous demander si ces publicités ne sont pas de nature à permettre la constitution de personnes morales d'un genre nouveau. Dans tous les cas, elles dénaturent le fondement même de la société en participation. Il reste alors la possibilité de qualifier ces sociétés de quasi-personnes morales, en prenant conscience que l'idée de profits, qui cadre bien avec la société en participation de caractère commercial, a plus de difficultés à être admise dans le cadre de l'exercice d'une profession libérale, classifiée en droit français, comme une activité civile³³³. Quoiqu'il en soit, la dénomination sociale désormais imposée dans les SEP renforce un peu plus cet argument.

Conclusion de la troisième section (4.3.). Le droit des sociétés est particulièrement dynamique. Il a été cru à tort que l'expression « personne morale » recouvrait toutes les sociétés à l'exclusion de l'association en participation devenue la société en participation. Cette photographie du droit des sociétés était certainement celle du XIXe siècle, mais n'est plus celle du XXe ou du XXIe siècle. En effet, dans la période récente, cette classification a été fragilisée en droit français. Pour permettre au système juridique français d'être cohérent avec lui-même, nous proposons de distinguer – dans les

321 Décret n°92-831 du 24 août 1992 relatif à la publicité des sociétés en participation de médecins, art. 1 et sq.

322 Décret n°92-832 du 24 août 1992 relatif à la publicité des sociétés en participation de chirurgiens-dentistes, art. 1 et sq.

323 Décret n°92-833 du 24 août 1992 relatif à la publicité des sociétés en participation d'infirmiers, de masseurs-kinésithérapeutes, d'orthophonistes, d'orthoptistes, de pédicures-podologues et de diététiciens, art. 1 et sq.

324 Décret n°92-834 du 24 août 1992 relatif à la publicité des sociétés en participation de sages-femmes, art. 1 et sq.

325 Décret n°93-358 du 11 mars 1993.

326 Décret n°92-764 du 3 août 1992.

327 Décret n°92-1448 du 30 décembre 1992, art. 73 et sq.

328 Décret n°93-1112 du 20 septembre 1993, art. 42 et sq.

329 Décret n°93-892 du 6 juillet 1993, art. 42. et sq.

330 Décret n°93-492 du 25 mars 1993, art. 44 et sq.

331 Décret n°93-86 du 21 janvier 1993, art. 53 et sq.

332 Décret n°93-78 du 13 janvier 1993, art. 74 et sq.

333 C'est d'ailleurs sur ce postulat que la Cour de cassation refuse de considérer un cabinet d'avocats comme une entreprise. Voir également le Règlement intérieur du Barreau de Paris.

sociétés révélées aux tiers – les « personnes morales » et les « quasi-personnes morales ». Cette nouvelle classification utilisée par les étrangers anglais et allemands pour décrire le droit français des sociétés pourrait permettre également à ce dernier de mieux pouvoir exporter ses concepts juridiques dans ces territoires.

Conclusion du second chapitre (4.). Comme « c'est le contenu du droit et non son enveloppe matérielle qui permet d'en déterminer la nature »³³⁴, il semble bien que le contenu du droit des quasi-personnes morales soit assez proche et parfois même pour certaines formes juridiques en tout point semblable, en fait, à une personne morale, sans que cette qualification juridique leur soit donnée. Cette constatation conduit ainsi à affaiblir la notion de quasi-personne morale et il a pu être proposé, à différentes époques depuis le XIXe siècle, de faire basculer des formes de sociétés vers la personnalité morale. En revanche, la doctrine ne devrait plus considérer nécessairement que des formes juridiques n'existent pas par le simple fait qu'elles ne sont pas dotées de la personnalité morale ou qu'elles ne sont pas immatriculées. L'existence d'une structure juridique ne suppose plus mécaniquement que la personnalité morale leur soit attribuée. Cette existence peut être également reconnue du moment qu'il est décidé d'affecter certains biens ou droits, sous forme d'apports, mais pas nécessairement, à l'exercice d'une entreprise commune dans le but de réaliser des profits. Dans ce contexte, l'EIRL apparue en 2010 ne semble pas pouvoir être classifiée comme une « quasi-personne morale » puisqu'elle est réservée aux personnes physiques en vertu de l'article L526-6 alinéa 1 du Code de commerce³³⁵ et qu'elle ne permet pas l'exercice d'une entreprise commune entre plusieurs personnes physiques en tant que telle. En revanche, si des structures juridiques équivalentes apparaissent en Allemagne et en Angleterre, la question pourrait alors se poser de l'intérêt à classifier l'EIRL dans une nouvelle catégorie juridique du fait du patrimoine affecté à l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel. En d'autres termes, l'EIRL ne deviendrait-elle pas alors une « quasi-personne physique » ?...

334 J. et E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial – Les sociétés commerciales*, tome III, Sirey, 1955, p. 21, n°1008.

335 Loi n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée modifiée par l'article 178 de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

Conclusion

La démarche comparatiste suivie. L'objet du droit comparé est, d'abord, d'examiner la réaction d'un certain nombre de systèmes juridiques à un problème juridique particulier et, ensuite, d'utiliser le résultat ainsi obtenu¹. En ce début du XXI^e siècle, le thème de la personnalité morale des sociétés, qui aurait pu sembler épuisé, retrouve une vigueur toute nouvelle, tout particulièrement en Angleterre, en Allemagne et en France. Face à la reconnaissance de la personnalité morale, les territoires étudiés y ont attaché un certain nombre de règles juridiques propres. Au delà de cette reconnaissance de plus en plus appuyée, lesdits territoires sont en train de reconnaître une nouvelle catégorie de sociétés que nous avons appelé les « quasi-personnes morales ».

Le *Limited Liability Partnership* anglais. En Angleterre, la création d'une nouvelle forme de société répondant à une demande des professions notamment comptables et juridiques, permet l'*incorporation* du *Limited Liability Partnership* (LLP). Dépassant cette demande sectorielle, le législateur anglais décide de permettre au LLP d'être une forme de société originale et utilisable dans une très grande variété de situations². Certaines professions réglementées seront ensuite expressément autorisées par la loi anglaise à utiliser cette forme de société³. Or, le LLP anglais est doté de la personnalité morale dans toute la Grande-Bretagne⁴ et en Irlande du Nord⁵. En novembre 2003, un rapport envisage même de déclarer toutes les sortes de *partnerships* comme étant dotées de la personnalité morale⁶. Finalement cette idée n'est pas suivie par le Parlement anglais et le calendrier législatif anglais choisit de se saisir de la simplification du droit des *companies*⁷ et du renvoi des nouvelles règles du *Companies Act 2006* au bénéfice du LLP⁸. Quoi qu'il en soit, depuis

1 M. SCHMITTHOFF, *The Science of Comparative Law*, 7 Cambridge L.J. 94 (1939-1941) p. 95.

2 La définition du LLP donnée par la loi est d'ailleurs très large. Un LLP comprend aux moins deux personnes associées pour mettre en œuvre une affaire licite dans le but d'en tirer profit (LLPA 2000, s. 2(1)(a)).

3 SI 2001/644 et SI 2004/1628 *Lawyers* européens ; SI 2001/645 *Solicitor* ; SI 2001/3739 et SI 2005/480 *Ophthalmic medical practitioner or optician* ; SI 2001/3742 *Doctor* ; SI 2003/250 *Dentist* ; SI 2004/585 *Health care professional (Performer)* ; SI 2005/641 *Pharmacist* ; SI 2005/848 *Ophthalmic optician* ; SI 2005/2417 *Company's auditor*. SI 2006/112 *Lloyd's underwriters* ; SI 2008/1950 "associate of auditor" et "distant associate" ; SI 2008/346 *person which owns an asset pool*.

4 *The Limited Liability Partnership Act 2000* et le SI 2001/1090 sont entrés en vigueur le 6 avril 2001, le 6 avril étant généralement la date du début de l'année fiscale au Royaume-Uni.

5 *The Limited Liability Partnership Act 2000*, ss. 10-13 et s. 19 et *The Limited Liability Partnerships Act (Northern Ireland) 2002*.

6 *The Joint Report on Partnership Law Reform* (Law Com No 283; Scot Law Com No 192), SE/2003/299, nov. 2003, §3.12, p. 18.

7 *The Companies Act 2006* c. 46, SI 2006/3428 (c. 132) et SI 2006/3429, SI 2007/1093 (C. 49), SI 2007/2194 (C. 84), SI 2007/2607 (C. 101), SI 2007/3495 (C. 150), SI 2008/674 (C. 26), SI 2008/1886 (C. 83), SI 2008/2860 (C. 126).

8 SI 2009/1804 dénommé *The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009* et SI 2013/618 dénommé *The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) (Amendment) Regulations 2013*.

2009⁹, il est affirmé par le législateur anglais que la réception par la *Companies House* du formulaire précisant la liste des noms des premiers *limited partners* d'un *limited partnership* permet désormais seule de déterminer le point de départ de l'existence d'un *limited partnership*, ce qui correspond à une étape décisive vers la reconnaissance d'une « quasi-personne morale » pour ce type de *partnership*.

Deux évolutions importantes en Allemagne. En Allemagne, le thème de la personnalité morale connaît deux bouleversements majeurs au tout début du XXI^e siècle. En premier lieu, la décision de la *Bundesgerichtshof* (*BGH*) de Karlsruhe reconnaît une importante capacité juridique aux (*Außen-*) *BGB Gesellschaften*¹⁰ et, rapproche encore un peu plus cette forme de société non dotée de la personnalité morale des caractéristiques de ce que devrait être celle-ci. Une controverse doctrinale apparaît alors outre-Rhin, risquant de casser le système classique de la *summa divisio* du droit des sociétés en Allemagne (*die Personengesellschaften* et *die Körperschaften*). Il s'en suit une abondante jurisprudence de la *BGH* pour préciser les contours de cette révolution juridique¹¹, ainsi que l'application de cette jurisprudence par les Cours d'appel fédérale allemande (*Oberlandesgerichte* (*OLG*))¹² et les autres juridictions suprêmes allemandes¹³.

9 *SI 2009/1940* dénommé *The Legislative Reform (Limited Partnerships) Order 2009*.

10 *BGH*, II ZR 331/00, 29 janvier 2001. **Voir Annexe 10.** Voir aussi Pressemitteilung Nr. 2/01 du 24.1.2001, Pressemitteilung Nr. 4/01 du 29.1.2001, Pressemitteilung Nr. 68/01 du 24.9.2001, Pressemitteilung Nr. 5/02 du 24.1.2002. Publications : ZNotP 2001, 204; BFH/NV Beilage 2002, 77; BGHZ 341; BB 2001, 374; DB 2001, 423; DStR 2003, 944; DStZ 2001, 219; WPg 2001, 354; NJW 2001, 1056; NWB 2001, 364; BuW 2001, 517; BGHR 2001, 237; BauR 2001, 775; DWW 2001, 44; DNotI-Report 2001, 41; EWiR 2001, 341; IBR 2001, 258; JurBüro 2001, 234; NZA 2001, 408; NZG 2001, 311; NZM 2001, 299; WM 2001, 408; WuB 2001, 817; ZAP 2001, 257; ZIP 2001, 330; ZKF 2001, 163; ZMR 2001, 338; AG 2001, 307; AuA 2001, 132; DAR 2001, 210; DNotZ 2001, 234; InVo 2001, 171; JA 2001, 441; JZ 2001, 655; JuS 2001, 509; KKZ 2001, 235; MDR 2001, 459; NJ 2001, 132; NZI 2001, 241; Rpfleger 2001, 246; VersR 2001, 510; ZInsO 2001, 218; ZZZP 2002, 93; ZfBR 2001, 399.

11 Pour des décisions du *Bundesgerichtshof* (*BGH*) confirmant cette nouvelle jurisprudence allemande : XII ZR 43/99, 25 avril 2001, p. 7 ; II ZR 304/00, 2 juillet 2001, point e) ; PatAnwZ 1/00, 9 juillet 2001, p. 11 et 12 ; II ZB 23/00, 16 juillet 2001, p. 4 et 5 ; III ZR 288/00, 11 octobre 2001, p. 19 ; XI ZR 63/01, 23 octobre 2001, p. 7 et 8 ; AnwZ (B) 75/00, 19 novembre 2001, p. 14 et 15 ; II ZR 331/00, 3 décembre 2001, p. 8 et 9 ; V ZR 68/01, 18 janvier 2002, p. 6 et 7 ; II ZR 2/00, 21 janvier 2002, p. 5 et 6 ; VIII ZB 6/02, 18 juin 2002, p. 4 ; II ZR 380/00, 1 juillet 2002, p. 4 à 6 ; II ZR 90/01, 22 juillet 2002, p. 12 et 13 ; XII ZR 187/00, 11 septembre 2002, p. 7 ; VIII ZB 69/02, 26 février 2003, p. 4 et 5 ; IX ZR 324/01, 23 octobre 2003, p. 8 et 9 ; IX ZR 109/00, 11 décembre 2003, p. 9 ; II ZB 22/02, 5 janvier 2004, p. 5 et 6 ; IX ZR 65/01, 22 janvier 2004 ; II ZR 175/02, 8 mars 2004, p. 4 et 5 ; II ZR 247/01, 15 mars 2004, p. 5 ; II ZA 21/03, 24 mai 2004, p. 3 ; IXa ZB 288/03, 16 juillet 2004, p. 9 ; II ZR 11/03, 14 février 2005, p. 4 ; V ZB 32/05, 2 juin 2005, p. 11 et 15 ; II ZR 283/03, 12 décembre 2005, p. 6 ; V ZB 132/05, 26 janvier 2006, p. 5 ; II ZR 40/05, 3 avril 2006, p. 5 ; V ZB 158/05, 6 avril 2006, p. 5 ; I ZR 116/03, 18 mai 2006, p. 8 ; II ZR 218/05, 25 septembre 2006, p. 5 ; XI ZR 185/05, 17 octobre 2006, p. 9 ; II ZR 325/05, 2 avril 2007, p. 7 ; IX ZR 218/05, 3 mai 2007, p. 5 ; XI ZR 287/05, 26 juin 2007, p. 12 ; VIII ZR 271/06, 27 juin 2007, p. 5 ; II ZR 111/05, 2 juillet 2007, p. 25.

12 Pour des décisions de *Oberlandesgerichte* (*OLG*) reprenant cette nouvelle jurisprudence : *OLG* Schleswig, NZG 2001, 796 '797'; *OLG* Dresden, *Urteil* du 20.11.2001 - 2 U 1928/01 ; *OLG* Koblenz, *Urteil* du 22.08.2002 - 9 UF 397/02 ; *BayObLG*, *Urteil* du 31.10.2002 - ZZ BR 70/02 ; *OLG* Frankfurt am Main, *Urteil* du 10.12.2004 - 21 AR 138/04.

13 Pour des décisions du *Bundesarbeitsgericht* (*BAG*) reprenant cette nouvelle jurisprudence : *BAG*, 5. Senat *Urteil* du 19.05.2004 - 5 AZR 405/03 ; *BAG*, 5. Senat *Urteil* du 01.12.2004 - 5 AZR 597/03 ; NJW 2005, 1004; JR 2005, 308; NZA 2005, 318; NZG 2005, 264; ZAP 2005, 500; AnwBl 2005, 9; AuA 2005, 57; EzA-SD 2005, 10; MDR 2005, 584.

En second lieu, alors que le droit allemand avait classifié le groupement européen d'intérêt économique dans les sociétés de personnes (*die Personengesellschaften*) allemandes¹⁴, deux nouvelles formes de sociétés issues du droit communautaire viennent s'ajouter aux autres *Körperschaften*. La société européenne de forme allemande (*die europäische Gesellschaft*) et la société coopérative européenne de forme allemande (*die europäische Genossenschaft*) qui, à la différence de la EWIG, sont expressément dotées de la personnalité morale¹⁵. Cette influence du droit communautaire touche également, il est vrai, l'Angleterre¹⁶ et la France¹⁷. L'Allemagne commence à prendre conscience que la classification des sociétés envisagée en 1900 ne répond plus aux attentes des juristes du XXI^e siècle mais cherche par tous moyens des idées pour la conserver tout en prenant conscience qu'il faut évoluer. Le concept de quasi-personne morale permettrait de répondre à ces attentes.

La multiplicité des modifications légales et jurisprudentielles en France. En France, le législateur français fait obligation aux sociétés civiles constituées avant le 1^{er} juillet 1978 de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés avant le 1^{er} novembre 2002 sous peine de perdre leur personnalité morale acquise par la jurisprudence française de la fin du XIX^e siècle¹⁸.

Pour une décision du *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) reprenant cette nouvelle jurisprudence : BVerfG, 2.09.2002 – I BvR 1103/02 – NJW 2002, 3533.

Pour une décision du *Bundesfinanzhof* (BFH) reprenant cette nouvelle jurisprudence : BFH, Urteil du 18.05.2004 - IX R 83/00 : BFH/NV 2004, 1323 ; BStBl II 2004, 898 ; BFHE 2004, 6162 ; BB 2004, 1713 ; DB 2004, 1705 ; DStR 2004, 1331 ; DStRE 2004, 991 ; HFR 2004, 881 ; WPg 2004, 1209 ; FR 2004, 1075 ; NJW 2004, 2773 ; StB 2004, 322 ; KFR 2004, 393 ; NWB 2004, 2481 ; NZM 2004, 660 ; StuB 2004, 746 ; ZIP 2004, 1728 ; ZfIR 2004, 690.

14 *Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung* (EWIVAG) du 14.04.1988 : BGBl I S. 514.

15 Pour la SE, voir *Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft* (SEEG) du 28.12.2004 : BGBl I 2004 Nr. 73, 3675 et *Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften* (SEStEG) du 12.12.2006 : BGBl I 2006 Nr. 57, 2782.

Pour la SCE, voir *Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts* et *Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einer Europäischen Genossenschaft* du 18.08.2006 : BGBl I 2006, 1911, 1917.

16 Pour la transposition en Angleterre sur le EEIG : SI 1989/638 ; sur la SE : SI 2004/2326 et sur la SCE : SI 2006/2078.

17 Pour la transposition en France sur le GEIE : Loi n°89-377 du 13 juin 1989 relative aux groupements européens d'intérêt économique et modifiant l'ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique ; sur la SE : Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie (art. 11 à 14), Décret n°2006-448 du 14 avril 2006 relatif à la société européenne, Décret n°2006-1360 du 9 novembre 2006 relatif à l'implication des salariés dans la société européenne et modifiant le code du travail. Lire G. BELIER, C. CATHIARD & J. SIBILLE, *La société européenne : après une longue gestation législative, son statut est enfin intégré dans le droit français !* : PA, Doctrine, 3 août 2005, n°153, p. 7 et s. ; Sur la SCE : Loi n° 2008-89 du 30 janvier 2008 relative à la mise en œuvre des dispositions communautaires concernant le statut de la société coopérative européenne ; Décret n° 2008-439 du 7 mai 2008 relatif à l'implication des salariés dans la société coopérative européenne ; Décret n° 2008-440 du 7 mai 2008 relatif à l'implication des salariés dans la société coopérative européenne ; Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire.

18 Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), art. 44 : « *Le quatrième alinéa de l'article 4 de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil est abrogé le premier jour du dix-huitième mois suivant la publication de la présente loi. Les sociétés civiles procèdent,*

Cette décision inédite répondant aux besoins impérieux de lutter contre le blanchiment de l'argent, conduit la Cour de cassation française à prendre position vis-à-vis des sociétés civiles dissoutes avant le 1^{er} novembre 2002, mais non encore liquidée.

Dans son arrêt du 11 juillet 2006¹⁹, la chambre commerciale de la Cour de cassation énonce qu'ayant exactement retenu que la dissolution était intervenue le 15 avril 2001, la société civile immobilière (SCI) n'était pas soumise à l'obligation d'immatriculation. Par ailleurs, la juridiction suprême française ayant conclu que la personnalité de la SCI subsistait pour les besoins de sa liquidation jusqu'à ce que cette dernière soit clôturée, la cour d'appel en déduit à bon droit qu'en application des statuts, le gérant en fonction au moment de la dissolution devienne liquidateur de la société.

De même, le droit des associations évolue fortement ces dernières années en France si bien que l'unité du droit des associations a pu être remise en cause²⁰. Le droit allemand avait anticipé cette difficulté en reconnaissant dans le *BGB* de 1900 l'existence de plusieurs catégories d'associations (*Vereine*), les associations étant étudiées dans le *BGB* lui-même et d'autres formes d'associations dont les associations à but lucratif (*wirtschaftliche Vereine*)²¹. Le droit français, stimulé par l'exemple allemand et par la jurisprudence française, pourrait donc envisager de démultiplier le nombre de catégories d'associations dotées de la personnalité morale.

Enfin, en France, les exigences de validité d'une citation délivrée à la requête d'une partie civile personne morale viennent de s'assouplir²² suite à une décision du 23 mai 2006 de la chambre criminelle de la Cour de cassation²³. Il n'est plus exigé à peine de nullité de la citation de mentionner l'identité de celui qui agit en justice au nom de la personne morale. En agissant de la sorte, la chambre criminelle de la Haute juridiction permet de faire avancer la recherche d'une harmonisation entre les procédures civile et pénale concernant le traitement des personnes morales²⁴. Les chambres civiles de la Cour de cassation se montraient déjà très souples en l'absence

avant cette date, à leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. » ; décret n°2002-1085 du 7 août 2002 précisant les modalités d'immatriculation des sociétés civiles antérieures à la loi de 1978. Ce décret avait fixé une date limite pour procéder à l'immatriculation. Cette disposition a conduit les praticiens à inviter les dirigeants de ces sociétés à procéder à cette immatriculation. Toutefois, le Gouvernement a précisé après l'expiration du délai que les sociétés civiles concernées non immatriculées conserveraient leur personnalité...

19 Cass. com., 11 juillet 2006, Benzaken c/ Jacquin : BRDA 20/06 du 31 octobre 2006, n°5 p. 4.

20 K. RODRIGUEZ, *La pertinence en 2006 du droit des associations: pour un statu quo, un toilettage ou une refonte ?* : Bull. July 2006, p. 448, §91.

21 E. BARRE, *Bürgerliches Gesetzbuch und Code civil*, 2. Aufl. , Berlin 1897, p. 4.

22 Cass. crim., 22 juin 1967 n°67-91220 : Bull. crim. n°188 ; Cass. crim., 15 mai 1984 : Bull. crim., n° 179 ; Cass. crim., 10 mars 1993, Bull. crim, n° 111 ; Cass. crim., 3 juin 2004, Bull. crim., n° 148.

23 Cass. crim., 23 mai 2006 : Bull. July 2006, §241, p. 1160 et s. note D. CHOLET.

24 Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2005, la Documentation française 2006, p. 17 (sixième suggestion de réforme).

de mention de la personne qui représente la personne morale dans un acte de procédure²⁵. Même en l'absence de réforme significative de la procédure civile et de la procédure pénale, la Cour de cassation réussit à harmoniser certaines règles procédurales applicables aux personnes morales.

Positionnement du droit communautaire. En l'état actuel du droit communautaire, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique national qui « n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement »²⁶. Par ailleurs, prenant conscience de l'existence de deux grands groupes de structures sociales, une convention sur « la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales » et un protocole additionnel sont adoptés en 1969²⁷. Finalement, il est possible de se demander si, dans ce contexte, il faut chercher à continuer à harmoniser au niveau européen les règles concernant la personnalité morale des sociétés et, spécialement, le droit des sociétés par actions puisque cette harmonisation s'obtient très progressivement sans l'intervention du législateur²⁸.

Pour autant, un règlement communautaire²⁹ s'avère particulièrement utile en matière de droit de la faillite³⁰ puisqu'il permet de centraliser auprès d'une seule et unique juridiction l'ensemble de la procédure collective touchant une société en faillite ayant des intérêts dans plusieurs Etats membres. Quoi qu'il en soit, la thèse de Michael J. ULMER compare certaines règles juridiques existant en France, en Allemagne et en Angleterre tout en reconnaissant l'émergence d'un droit harmonisé³¹.

25 Cass. ch. mixte, 22 février 2002 : Rev. sociétés, 2002, p. 293, note Y. CHARTIER ; Dr. sociétés, 2002, comm. n°168, obs. Th. BONNEAU ; RTD civ. 2002, p. 358, obs. R. PERROT.

26 CJCE, 27 septembre 1988, aff. 81/87, *The Queen c/ Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC* : Rec. CJCE 1988. 5505.

27 Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales : Bull. Suppl. n°2-1969, p. 7 et s. Protocole relatif à la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales : Bull. Suppl. n°2-1969, p. 15 et s. Voir également Protocole concernant l'interprétation de la Cour de justice de la convention du 28 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, signé à Luxembourg le 3 juin 1971.

28 Avant de décider de « simplification de l'environnement juridique des sociétés », la Commission européenne s'est demandée s'il ne fallait pas purement et simplement les abroger en tout ou partie. Communication de la Commission du 10 juillet 2007 relative à la simplification de l'environnement des sociétés en matière juridique, comptable et de contrôle des comptes : COM(2007) 394 final : JOCEE C 191, 15.8.2007, p. 20 ; RTD Com. 2008 p. 117 note C. CHAMPAUD et D. DANET. Finalement, la Commission européenne lance le 12 décembre 2012 un « Plan d'action: droit européen des sociétés et gouvernance d'entreprise » : COM (2012) 740 final ; Rev. Sociétés, 2013, p. 121, chron. B. LECOURT.

29 Règlement (CE) n°1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. M.-E. MATHIEU-BOUYSSOU, *Aperçu des règles de droit judiciaire privé relatives aux procédures d'insolvabilité européennes après le règlement communautaire n°1346/2000* : D. 2002, chron., p. 2245 et s.

30 Pour des problématiques mettant en évidence des liens entre des sociétés françaises avec, d'une part, une société de droit anglais et, d'autre part, une société de droit allemand : CA Versailles, 4 septembre 2003, *Klempka, Taylor et Green c/ Société ISA Daisytek* : Journal Dr. Internat. Clunet, 1/2004, p. 142-161 note A. JACQUEMONT et CA Metz, 25 juin 2003, *SA Crédit industriel d'Alsace et de Lorraine c/ Société de droit allemand Transitas Internationale Spediteur Alexander Schreibeisen KG et a.* : Journal Dr. Internat. Clunet, 1/2004, p. 188-192, note P. ROUSSEL GALLE.

31 ULMER, Michael J., *Harmonisierungsschranken des Aktienrechts*, Heidelberg : Universitätsverlag C. Winter, 1998.

S'il compare les règles juridiques concernant la direction³², l'intervention des salariés dans la direction de l'entreprise³³ et les règles du droit international privé en droit des sociétés³⁴, il ne se pose toutefois pas la question de la personnalité morale. Cette question dépasse sans aucun doute les clivages juridiques territoriaux et concerne, en fait, le cœur des différents systèmes juridiques étudiés³⁵. Plutôt que de les étudier en tant que tel, le droit communautaire préfère proposer de nouvelles formes de sociétés tels que le groupement européen d'intérêt économique, la société européenne et la société coopérative européenne.

Il n'en reste pas moins vrai que la Commission européenne tient compte de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes et elle admet « [qu']il y a lieu de considérer comme entreprise toute entité, indépendamment de sa forme juridique, exerçant une activité économique, y compris notamment les entités exerçant une activité artisanale et d'autres activités à titre individuel ou familial, les sociétés de personnes ou les associations qui exercent régulièrement une activité économique »³⁶. Par conséquent, le droit communautaire lui-même permet d'affirmer qu'il existe sous la forme d'entreprise les personnes morales, les quasi-personnes morales et les autres entités artisanales, individuelles ou familiales qui exercent régulièrement une activité économique.

Cette prise de conscience au niveau communautaire se traduit en droit français par l'émergence d'une nouvelle variété de personnes morales. Il s'agit des « *personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique* » (art. L612-1 et s. C. com.)³⁷ auxquelles certaines exigences de transparence dans la gestion de ces sociétés ont été demandées par les pouvoirs publics. En droit allemand, le §14 BGB définit l'entrepreneur³⁸ en considérant qu'il s'agit purement et simplement de la transposition en Allemagne de plusieurs des directives communautaires sur le droit des sociétés³⁹. Il en est de même pour la version anglaise de ces directives qui intègrent la notion de *partnership* à côté de celle de *company*⁴⁰. Cela signifie que le droit européen des affaires a

32 ULMER, Michael J., *Ibid.*, p. 17 et s.

33 *Ibid.*, p. 51 et s.

34 *Ibid.*, p. 83 et s.

35 Elle est considérée comme la grande idée (*the big idea*) pour *Mayson, Ryan and French on Company Law 2005-2006*, OUP 2005, para. 0.1.2.

36 Recommandation n°2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises : JOCE L 124/36 du 20 mai 2003 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (art. 3 de la recommandation).

37 Voir déjà la loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, art. 27 et s.

38 §14 BGB *Unternehmer (1) Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. (2) Eine rechtsfähige Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.*

39 Il s'agit des directives communautaires n°3, 4, 6, 7, 9 et 11.

40 Voir, par exemple, l'art. 1 de la 4^e directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (JOCEE L 222, 14.8.1978, p. 11-31).

intégré pour le droit allemand, comme d'ailleurs pour le droit anglais, que le terme de « société » du droit français recouvre une réalité plus complexe en Allemagne et en Angleterre.

Personne morale et individu. Longtemps après avoir judiciairement⁴¹ admis que le terme juridique « *person* » est un terme adapté pour décrire une personne morale aussi bien qu'une personne physique⁴², un dernier rebondissement vient de toucher le droit anglais. Dans l'affaire *Jasmine Trustees Ltd v Wells and Hind (2007)*⁴³, le juge MANN J énonce dans une affaire de *trust* que si, dans la législation, lorsque le contexte le requiert, le terme individu (*individual*) est capable de signifier une *company*, ce terme ne comporte pas en principe une telle signification.

Par conséquent, il se pourrait que le droit anglais revienne peu à peu sur l'assimilation complète qu'il a faite des *companies* aux personnes physiques et reconnaisse une certaine autonomie des personnes morales des sociétés anglaises par rapport à la notion d'individu.

Quoi qu'il en soit, une doctrine anglaise est en train d'affirmer qu'il ne faut pas considérer qu'une simple lecture linéaire du droit des sociétés depuis le XIXe siècle permette d'expliquer la domination finale des personnes morales des sociétés sur d'autres formes de structures sociales. Bien au contraire, il est affirmé que les juges anglais – spécialement la *Court of Chancery* – ont proposé précocement un corpus de règles pour établir une séparation entre les investisseurs et les commerçants, en dehors de toute personnalité morale dans les *partnerships*⁴⁴. Cette approche conforte encore une nouvelle fois la notion de quasi-personne morale à côté du développement des personnes morales⁴⁵.

L'entité juridique en droit fiscal et la notion de quasi-personne morale. Par réalisme fiscal, en droit français, l'entité juridique commence à s'intercaler entre la personne physique et la personne morale⁴⁶. Il s'agirait de toutes les formes de groupements qui n'entrent pas dans l'une des deux

41 Légatement, il faudra attendre le *Interpretation Act 1978, Sch. 1*.

42 *Royal Mail Steam Packet Co. v Braham* (1877) 2 App Cas 381 at 386, PC.

43 *Jasmine Trustees Ltd v Wells and Hind* [2007] EWHC 38 (Ch) (19 January 2007), LTL 23/01/2007, Times 12/02/2007.

44 GETZLER, Joshua & MACNAIR, Mike, *The Firm as an Entity before the Companies Acts*, publié dans P. BRAND, K. COSTELLO & W.N. OSBOROUGH, eds., *Adventures of the Law: Proceedings of the Sixteenth British Legal History Conference*, Dublin, 2003 (Four Courts Press, Dublin, 2005), p. 268 ; HANSMANN, Henry & KRAAKMAN, Reinier & SQUIRE, Richard, *The New Business Entities in Evolutionary Perspective*, 2005-1 University of Illinois Law Review 5, p. 5 – 14, spéc. p. 7 ; HANSMANN, Henry & KRAAKMAN, Reinier & SQUIRE, Richard, *Law and the Rise of the Firm* : 119 Harvard Law Review 1333 (mars 2006), p. 1333 – 1403, spéc. p. 1385.

45 PEARSON, Robin & TAYLOR, James & FREEMAN, Mark, *The history of the company : the development of the business corporation, 1700-1914*, London : Pickering & Chatto, 2006-2007, 8. vol. spéc. vol. 1 : John George, *A View of the Existing Law Affecting Unincorporated Joint Stock Companies* (1825), vol. 7 : Edward Sherwood Meade, *The Capitalization of the International Mercantile Marine Company*, Political Science Quarterly (1904).

46 Spéc. art. 209 B du CGI. Voir également l'Instruction fiscale BOI 4 H-1-07 n°6 du 16 janvier 2007.

autres catégories juridiques précédemment énoncées. Par là sont visés nécessairement les *partnerships* anglais et les *Personengesellschaften* allemandes. Il s'agit alors bel et bien des quasi-personnes morales. Toutefois, il semble que le terme d'entité juridique soit plus large selon le droit fiscal français que la notion de quasi-personne morale, puisqu'il inclut la fiducie et ses équivalents étrangers. En effet, le législateur français définit en droit fiscal l'entité juridique comme étant « une personne morale, un organisme, une fiducie ou une institution comparable établie ou constituée hors de France ». Dans ce cadre, il semble bien que le terme d'organisme corresponde, en fait, à celui de quasi-personne morale. Il s'agit d'une lecture obvie du droit fiscal français. Toutefois, la jurisprudence fiscale, y compris la jurisprudence anglo-saxonne, reposent sur des dispositions légales particulières et il est très dangereux d'établir des principes généraux s'appuyant sur ce type de jurisprudence⁴⁷. Pour autant, il est inévitable que le réalisme fiscal tende à influencer de plus en plus la façon dont le droit des sociétés risque d'être appréhendé à l'avenir.

La standardisation des personnes morales. Quoi qu'il en soit, la personne morale des sociétés peut être décrite comme le pense POSNER comme une méthode de résolution des problèmes inhérents à la présence d'un capital social important. Ainsi, la personne morale des sociétés est une sorte de contrat de forme standardisé⁴⁸. Finalement, les personnes morales et les quasi-personnes morales pourraient être définies comme des entités économiques autonomes, c'est-à-dire suivant une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation en novembre 2006, comme « un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre »⁴⁹. Prenant conscience des nouveaux enjeux du système juridique moderne, le règlement intérieur du Barreau de Paris décide de regrouper l'ensemble des personnes morales ou, ce que nous avons convenu d'appeler quasi-personnes morales, que peuvent constituer en groupe les avocats sous le vocable de « Structure ». Ce terme est donc préféré à celui « d'entité juridique » qui est celui proposé par le droit fiscal français, justement parce que la définition fiscale y inclut la fiducie. Il existe alors un tronc commun de règles qui s'appliquent à la participation à une structure d'exercice ou à une structure de moyen⁵⁰ que les cabinets inscrits au Barreau de Paris doivent respecter.

Les sociétés sont constituées du groupe des personnes morales, mais aussi, de celui des quasi-

47 A. L. GOODHART, *Corporate Liability in Tort and Doctrine of Ultra Vires* : 2 Cambridge Law Journal 350 (1924-1926), p. 352.

48 POSNER, *Economic Analysis of the Law*, Boston (Little Brown), 1986, p. 386.

49 Cass. soc., 10 octobre 2006 : Bull. civ. 2006 V n°296, p. 282, Droit social, 2007-01, n° 1, p. 111-112, obs. Antoine MAZEAUD, JCP éd. E, 16 nov. 2006, n°2641 p. 1948.

50 Art. P 46 du règlement intérieur du Barreau de Paris à jour au 11 août 2007. Cet article est subdivisé en P 46.1, P 46.2 et P. 46.3.

personnes morales, l'ensemble trouvant sa source dans un contrat, ce qui permet au mot société de retrouver son véritable sens originel⁵¹.

Finalement, les structures juridiques ou les sociétés se répartissent en personnes morales et en quasi-personnes morales qui doivent toujours respecter les dispositions générales du Code civil concernant le contrat de société ou l'acte unilatéral de volonté.

Essai de qualification juridique de la notion de quasi-personne morale. Finalement, c'est en droit français - et parce que la toute puissance de la personnalité morale y a été très vite affirmée - comme d'ailleurs en Angleterre (qui considère que c'est la question essentielle du droit anglais des sociétés) et en Allemagne (où les "*Körperschaften*" et spécialement la *Aktiengesellschaft* (AG) recueillent toutes les attentions de la doctrine) - que la notion de "quasi-personne morale" doit être le plus précisément qualifié.

Les « quasi-personnes morales » seraient, en droit français, des sociétés qui sont révélées aux tiers et qui ne sont pas - pour l'instant - dotées de la personnalité morale parce que ni la volonté du législateur, ni une audace jurisprudentielle ne se sont exprimées à leur égard.

Néanmoins, il existe des structures juridiques qui peuvent être considérées comme équivalentes à ces quasi-personnes morales dans un autre système juridique et qui sont, dans cet autre système juridique, clairement dotées de la personnalité morale.

Par ailleurs, l'évolution du régime juridique applicable de ces formes de sociétés peut conduire l'un ou l'autre de ces acteurs du droit des sociétés (législateur ou juge) à les considérer comme, en fait, des personnes morales.

Cette qualification juridique serait principalement utile pour aider une personne étrangère à un système juridique donné à mieux comprendre ce système juridique.

Ouverture. Le droit des sociétés et spécialement le droit français, allemand et anglais des sociétés s'est progressivement étoffé depuis le XIXe siècle, notamment par l'apparition de nouvelles formes de sociétés proposées par chacun des droits internes. La multiplication des formes de sociétés ne doit pas laisser ignorer les raisons de fond de recourir à telle ou telle forme de société plutôt qu'à telle ou telle autre. Par ailleurs, le fait d'utiliser une forme de société qui n'est pas dotée par la loi ou par la jurisprudence de la personnalité morale ne préjuge pas du fait que cette forme de société ne puisse pas un jour être dotée de celle-ci. Finalement, en France, en Allemagne et en Angleterre, il

51 G. RIPERT & R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Tome 1, vol. 2, 18e éd., Paris : LGDJ, 2002, n°1056-2, p. 2.

existe deux grandes catégories de sociétés révélées aux tiers. Il nous faut distinguer, d'une part, les personnes morales et, d'autre part, les quasi-personnes morales. L'intérêt de prendre conscience de cette distinction permettra aux praticiens du droit de ne pas se méprendre sur la présence ou sur l'absence de personnalité morale. Bien au contraire, les tiers étrangers d'un système juridique souhaitant contracter avec une société doivent désormais tenir compte que des organismes publics, comme ceux chargés du registre du commerce et des sociétés, possèdent des informations délivrées au public plus larges qu'une simple énumération de sociétés dotées de la personnalité morale. Dans ces circonstances, les sociétés de participation occultes du droit français et les *Innen-BGB-Gesellschaften* du droit allemand ne peuvent être qualifiées de quasi-personnes morales parce que ces deux types de sociétés ne sont pas, par définition, révélées aux tiers. Il en est également de la sorte pour la *stille Gesellschaft* qui est une société qui n'est également jamais révélée au tiers.

C'est cette révélation aux tiers auprès d'un organisme public ou cette revendication des associés d'une société, qui doit conduire ces mêmes tiers à entreprendre les recherches pertinentes pour savoir si la société avec laquelle ils cherchent à faire des affaires est suffisamment appréhendée par le droit. Une telle recherche permettra à ces tiers d'éviter des déconvenues parce qu'il se peut qu'ils soient dans l'impossibilité juridique d'appréhender facilement ultérieurement leur débiteur⁵².

Finalement, si avec PORTALIS il est possible d'affirmer que « *le commerce, en se développant, nous a guéris des préjugés barbares et destructeurs* »⁵³, il ne doit pas empêcher les sociétés d'être vigilantes vis-à-vis des autres sociétés avec lesquelles elles cherchent à conclure un contrat. En particulier, il s'agit pour tout entrepreneur averti de vérifier s'il existe une administration fiable pour obtenir des informations sur le partenaire, si la justice y est efficace en cas de difficultés dans les relations contractuelles et, enfin, si la fiscalité y est claire⁵⁴. Ce n'est qu'ensuite, sur un second plan, qu'il faut faire attention aux règles juridiques concernant le droit des investissements.

Face aux diverses attaques qu'elle a subies, la personnalité morale a fait la preuve de son

52 Dans cet état d'esprit, il a été admis dès 1870 en France que les créanciers personnels des associés sont, au premier chef, des intéressés, et qu'ils ont, en conséquence, qualité pour demander la nullité de la société, pour inobservation des règles constitutives, afin de ne pas entrer en concurrence avec les créanciers sociaux. Cass., 11 mai 1870 : S. 1870. 1. 428, P. 1870. 1123, D. 1870. 1. 405 ; CA Grenoble, 28 décembre 1871 : S. 1872. 2. 37, P. 1872. 210, D. 1872. 2. 206 ; Cass., 14 avril 1893 : Journal des sociétés, 1894. 68 ; Cass., 19 juillet 1893 : S. et P. 1894. 1. 261, D. 1894. 1. 158 ; CA Lyon, 28 janvier 1873 : S. 1874. 2. 107, P. 1874. 476, D. 1873. 2. 38.

53 PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* présenté le 1^{er} pluviôse an IX par la Commission nommée par le Gouvernement consulaire, p. 46.

54 L'introduction de l'article 238 bis LA du CGI applicable aux associations d'avocats contribue dans cet état d'esprit à rendre le droit français plus clair en ce qui concerne cette forme juridique très particulière qui peut aisément servir de réceptacle à un *partnership* anglais. Mais, plus généralement, il est fait référence aux conventions fiscales conclues entre deux Etats.

dynamisme et de sa pugnace résistance. Issue du génie de la doctrine, les droits positifs français, allemand et anglais, doivent aujourd'hui utiliser cette qualification qui sert de fondement au droit des sociétés et qui permet de renforcer la légitimité de l'étude de cet enseignement.

A côté du développement du régime juridique de la personnalité morale, la période étudiée au niveau des territoires français, allemands et anglais a révélé non seulement le bouillonnement doctrinal sur la personne morale, mais, également, l'existence de ce que nous avons qualifié de quasi-personnes morales révélées aux tiers. C'est l'étude approfondie de la personnalité morale qui a permis de mettre en évidence cette nouvelle qualification juridique et qui justifie que cette thèse puisse finalement être sous-titrée « de la révélation progressive des quasi-personnes morales ».

Législation comparée France, Allemagne et Angleterre

Avertissement : Les normes françaises sont citées avec leur date de promulgation au journal officiel comme généralement aussi les normes allemandes. En Angleterre, les normes sont citées par leur titre et le numéro de chapitre et/ou jusqu'à la reine Elisabeth II par l'année du règne et le numéro de chapitre.

1532

« *Die Carolina* » (*Constitutio Criminalis Carolina*) de 1532, loi de l'empereur Charles Quint

1707

Articles of the Union entre l'Angleterre et l'Ecosse : 'House of Lords Journal Volume 18: 15.02.1707', *Journal of the House of Lords: volume 18: 1705-1709* (1802)

1720

Bubble Act de 1720 (6 Geo. I. c. 18) : "An Act for better securing certain Powers and Privileges, intended to be granted by His Majesty by Two Charters, for Assurance of Ships and Merchandize at Sea, and for lending Money upon Bottomry ; and for restraining several extravagant and unwarrantable Practices therein mentioned"

1789

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : Adoptée par l'Assemblée Constituante du 20 au 26 août 1789 et acceptée par le roi Louis XVI le 5 octobre 1789

1791

Loi dite « Le Chapelier » du 14 juin 1791 relative aux assemblées d'ouvriers et d'artisans de même Etat et profession : Recueil Duvergier, p. 25

1794

Das Preußische Allgemeine Landrecht (ALR) ou Code général prussien a été promulgué par des lettres patentes de Friedrich Wilhelm II, roi de Prusse, le 5 février 1794. Ce texte est entré en vigueur le 1er juin 1794.

1800

Union with Ireland Act 1800 c. 67

1801

Insolvent Debtors Relief Act 1801 c. 70

1804

France

Code civil des Français de 1804 promulgué le 27 Ventôse an XII

Angleterre

Insolvent Debtors Relief Act 1804 c. 108

1805

Insolvent Debtors Relief Act 1805 c. 3

1806

France

Code de procédure civile de 1806

Allemagne

Fin de l'empire romain allemand (*Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation*)

Angleterre

Insolvent Debtors Relief Act 1806 c. 108

1807

France

Code de commerce de 1807 : Loi du 15 septembre 1807, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1808

Allemagne

Badisches Landrecht

1808

1^{er} janvier 1808 : entrée en vigueur du Code de commerce

Code d'instruction criminelle de 1808

1809

Insolvent Debtors Relief Act 1809 c. 115

1810

Code pénal de 1810

1811

Angleterre

Insolvent Debtors Relief (England) Act 1811 c. 125

Autriche

Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB autrichien ou Österr. Gb)

1812

Insolvent Debtors Relief (England) Act 1812 c. 6

Insolvent Debtors Relief (England) Act 1812 c. 13

Insolvent Debtors Relief (England) Act 1812 c. 165

1813

Allemagne

Bayerisches Strafgesetzbuch du 29 mai 1813

Angleterre

Insolvent Debtors (England) Act 1813 c. 23

Insolvent Debtors Relief (England) Act 1813 c. 28

Insolvent Debtors (England) Act 1813 c. 102

1815

Congrès de Vienne (du 18 septembre 1814 au 9 juin 1815) sur le redécoupage de l'Europe.

Bund allemand par l'acte fédéral allemand (*Die Deutsche Bundesakte*), adopté le 8 juin 1815

1816

Insolvent Debtors (England) Act 1816 c. 102

1819

Insolvent Debtors (England) Act 1819 c. 129

1820

Insolvent Debtors (England) Act 1820 c. 3

Insolvent Debtors (England) Act 1820 c. 119

1822

Insolvent Debtors (England) Act 1822 c. 123

1824

Insolvent Debtors (England) Act 1824 c. 61

1825

Bubble Companies, etc. Act 1825 (6 Geo. IV, c. 91)

Insolvent Debtors Act 1825 c. 121

1826

Country Bankers Act 1826 (7 Geo. IV, c. 46)

Insolvent Debtors (England) Act 1826 c. 57

1830

Insolvent Debtors (England) Act 1830 c. 38

1832

Insolvent Debtors Act 1832 c. 43

1834

Grants of Privileges to Companies Act 1834 (4 & 5 Wm. IV, c. 94)

1836

Insolvent Debtors (England) Act 1836 c. 44

1837

Chartered companies Act 1837 (7 Wm. IV, c. 73)

1839

Insolvent Debtors Act 1839 c. 39

1840

Railway Regulation Act 1840 c. 97

1842

Railway Regulation Act 1842 c. 55

Insolvent Debtors Act 1842 c. 116

1843

Allemagne (Prusse)

Gesetz du 9.11.1843 sur les Aktiengesellschaften : PrGS 1843, p. 341

1844

Railway Regulation Act 1844 c. 85

Joint Stock Companies Act, 1844 (7 & 8 Vict. c. 110) (JSCA 1844)

Joint Stock Banks Act 1844 (7 & 8 Vict. c. 113)

1845

Railways Clauses Consolidation Act 1845 c. 20

1848

Railways Act 1848 c. 3

Insolvent Debtors Court Act 1848 c. 77

1849

Midland Great Western Railway Act 1849 c. 62

1851

Allemagne

Strafgesetzbuch der Preußischen Staaten du 14 avril 1851

Angleterre

Railway Regulation Act 1851 c. 64

1854

Railway and Canal Traffic Act 1854 c. 31

Midland Great Western Railway Act 1854 c. 124

1855

The Limited Liability Act 1855 (18 & 19 Vict. c. 133)

1856

The Joint Stock Companies Act, 1856 (19 & 20 Vict. c. 47)

1857

France

Loi du 30 mai 1857 qui autorise les sociétés anonymes et toutes les associations commerciales,

industrielles ou financières légalement constituées en Belgique à exercer leurs droits en France

Angleterre

Bankrupt and Insolvent Act 1857 c. 60

1860

Railways and Canals Act 1860 c. 41

1861

Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) est définitivement adopté après la dernière conférence de Nürnberg qui s'est tenue du 19 novembre 1860 au 12 mars 1861 et il comporte cinq livres (*I. Vom Handelsstand II. von Handelsgesellschaften III. von der stille Gesellschaft und von der Vereinigung zu einzelnen handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung IV. von den Handelsgeschäften V. vom Seehandel*)

1862

France-Angleterre

Traité franco-britannique du 30 avril 1862 qui autorise les sociétés anonymes et toutes les associations commerciales, industrielles ou financières légalement constituées au Royaume-Uni à exercer leurs droits en France

Allemagne

ADHGB a force de loi (source : Hahn, Otto, *Das Handelsrecht nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, Stuttgart 1869 – 1875, p. 35)

Prusse	le 1. mars	1862
Bavière	le 1. juillet	1862
Nassau	le 1. mars	1862
Sachsen	le 1. mars	1862
Waldeck	le 1. octobre	1862
Sachsen-Coburg et Gotha	le 1. juillet	1862
Reuß ältere Linie	le 1. juillet	1862
Schwarzburg-Sondershausen	le 1. septembre	1862
Meiningen	le 1. septembre	1862
Anhalt-Bernburg	le 1. octobre	1862

Angleterre

Companies Act 1862 (25 & 26 Vict. c. 89) (CA 1862)

Autriche

AHGB : Loi du 17 décembre 1862 : *RGBI* 1 pour 1863

1863

Allemagne

ADHGB a force de loi (source : Hahn, Otto, *Das Handelsrecht nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, Stuttgart 1869 – 1875, p. 35)

Hessen-Darmstadt	le 1. janvier	1863
Baden	le 1. janvier	1863
Frankfurt	le 1. juillet	1863

Autriche	le 1. juillet	1863
Reuß jüngere Linie	le 1. juillet	1863

Angleterre

Railways Clauses Act 1863 c. 92

1864

ADHGB a force de loi (source : Hahn, Otto, Das Handelsrecht nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Stuttgart 1869 – 1875, p. 35)

Hessen-Homburg	le 1. janvier	1864
Anhalt-Dessau-Röthen	le 1. avril	1864
Braunschweig	le 1. novembre	1864
Lübeck	le 1. mars	1864
Altenburg	le 1. mai	1864
Mecklenburg-Schwerin	le 1. juillet	1864
Mecklenburg-Strelitz	le 1. juillet	1864
Oldenburg	le 1. octobre	1864
Schwartzburg – Rudolstadt	le 1. octobre	1864
Lippe-Detmold	le 1. octobre	1864

1865

ADHGB a force de loi (source : Hahn, Otto, Das Handelsrecht nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Stuttgart 1869 – 1875, p. 35)

Bremen	le 1. janvier	1865
Hannover	le 1. janvier	1865
Württemberg	le 15 décembre	1865

1866

Allemagne

ADHGB a force de loi (source : Hahn, Otto, Das Handelsrecht nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Stuttgart 1869 – 1875, p. 35)

Hessen-Cassel	le 1. janvier	1866
Hamburg	le 1. mai	1866

Le 18 août 1866, constitution du *Bund* nord-allemand (*Norddeutschen Bund*) parfois appelé Confédération du Nord de l'Allemagne

La paix définitive de Prague (*Der Definitivfrieden von Prag*) proclame la dissolution du *Bund* allemand le 23 août 1866 (art. 4 du traité)

Angleterre

Railway Companies Securities Act 1866 c. 108

1867

France

Loi ordinaire du 24 juillet 1867 sur les sociétés publiée au Recueil Duvergier, p. 241

Allemagne

ADHGB a force de loi (source : Hahn, Otto, *Das Handelsrecht nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, Stuttgart 1869 – 1875, p. 35)

Schleswig-Holstein le 30 septembre 1867

Angleterre

British North America Act 1867 (30 & 31 Vict., c. 3. (U.K.))

Railway Companies Act 1867 c. 127

Companies Act 1867 (30 & 31 Vict. c. 131)

1868

Allemagne

Loi du 4 juillet 1868 sur les sociétés coopératives (*Genossenschaften*)

Angleterre

Railway Companies Act 1868 c. 79

1869

Railway Companies Meetings Act 1869 c. 6

Bankruptcy Repeal and Insolvent Court Act 1869 c. 83

1870

Aktienrechtsnovelle du 11 juin 1870 appelée loi sur les sociétés par actions et en commandite : *BGBI des Norddt. Bundes S. 375* le ADHGB est considéré comme une loi du *Bund* nord-allemand et le système de la concession est abandonné. Cette réforme est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1871 en *Baden, Südhessen* et *Württemberg*, et, enfin, le 13 mai 1871 en Bavière.

1871

18 janvier 1871 : Proclamation du *Reich* allemand dans la salle du jeu de Paume au château de Versailles. Le roi prussien Wilhelm I (1797 – 1888) est proclamé le *Deutschen Kaiser*.

Constitution de l'Empire d'Allemagne (*die Verfassung des deutschen Reiches* parfois appelée *Bismarcksche Reichsverfassung*) *Gesetz betreffend die Verfassung des deutschen Reiches* du 16 avril 1871 : *Bundesgesetzblatt des deutschen Bundes*, Nr. 16, p. 63

Loi du 9 juin 1871 sur la réunion de l'Alsace et de la Lorraine à l'Empire allemand.

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (ou RStGB) du 15 mai 1871, code pénal allemand entré en vigueur le 31 mai 1870 pour le *Bund* nord-allemand (*Norddeutschen Bund*), le 1^{er} janvier 1871 pour le *Südhessen*, le 1^{er} octobre 1871 pour le territoire d'Alsace-Lorraine (*Elsaß-Lothringen*) et le 1^{er} janvier 1872 pour les Etats du *Bayern*, du *Württemberg* et du *Baden*.

1872

Railway Rolling Stock Protection Act 1872 c. 50

London and North Western Railway (Additional Powers) Act 1872 c. 87

1873

The Supreme Court of Judicature Act 1873 (36 & 37 Vict. c. 66)

1874

Stocksbridge Railway Act 1874 c. 4

1875

Railway Companies Act 1875 c. 31

The Supreme Court of Judicature Act 1875 (38 & 39 Vict. c. 77)

1877

Companies Act 1877 (40 & 41 Vict. c. 26)

1879

Companies Act 1879 (42 & 43 Vict. c. 76)

1880

Companies Act 1880 (43 Vict. c. 19)

1881

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse : JORF « Lois et Décrets » du 30 juillet 1881, p. 4201

1883

Companies Act 1883 (46 & 47 Vict. c. 28)

1884

France

Loi du 21 mars 1884 dite Waldeck-Rousseau relative aux syndicats professionnels : JORF « Lois et Décrets » du 22 mars 1884, p. 1577

Loi du 5 avril 1884, loi relative à l'organisation municipale : JORF « Lois et Décrets » du 06 avril 1884, p. 1557

Allemagne

Aktienrechtsnovelle du 18 juillet 1884 appelée Loi sur les sociétés : *RGBl I S. 213*

Angleterre

Chartered Companies Act 1884 (47 & 48 Vict. c. 56)

1886

Companies Act 1886 (49 & 50 Vict. c. 23)

1888

Railway and Canal Traffic Act 1888 c. 25

1889

Allemagne

Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 1 mai 1889 : *RGBl* 1889, 55
RGBl 1898, 369, 810

Genossenschaftsgesetz (GenG) du 1. 5. 1889 : *RGBl* 1889, 55 *RGBl* 1898, 369, 810

Angleterre

Interpretation Act, 1889 (52 & 53 Vict. c. 63)

1890

Partnership Act, 1890 (53 & 54 Vict. c. 39) (PA 1890)

1892

Allemagne

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG ou GmbH Gesetz) date du 20 avril 1892

Angleterre

Railway and Canal Traffic Act 1892 c. 44

1893

Loi du 14 avril 1893 ayant pour objet la reconnaissance comme établissements d'utilité publique des Sociétés indigènes de prévoyance, de secours et de prêts mutuels des communes de l'Algérie : JORF « Lois et Décrets » du 15/04/1893, p. 1921

Loi du 28 avril 1893 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1893

Loi du 1er août 1893 modifiant divers articles de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés : JORF « Lois et Décrets » du 03/08/1893, p. 4057

1894

Railway and Canal Traffic Act 1894 c. 54

1896

Allemagne

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), publié le 18 août 1896 : *RGBl* 1896, 195

Angleterre

Light Railways Act 1896 c. 48

1897

Handelsgesetzbuch (HGB), voté par le *Reichstag* le 7 avril 1897 et publié le 10 mai 1897 : *RGBl I* S. 219

1898

France

Loi du 21 avril 1898 ayant pour objet la création d'une Caisse de prévoyance entre les marins français contre les risques et accidents de leur profession

Angleterre

Companies Act 1898 (61 & 62 Vict. c. 26)

1900

France

Loi du 13 avril 1900 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1900 : JORF « Lois et Décrets » du 14/04/1900, p. 2309

Loi du 19 décembre 1900 portant création d'un budget spécial pour l'Algérie

Allemagne

1^{er} janvier : entrée en vigueur du *bürgerliches Gesetzbuch* (ou BGB) et du *Handelsgesetzbuch* (ou HGB)

Angleterre

Companies Act 1900 (63 & 64 Vict. c. 48)

1901

France

Loi du 25 février 1901 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1901

Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association : JORF « Lois et Décrets » du 02 juillet 1901, p. 4025

Loi du 14 juillet 1901 ayant pour objet la création d'une Caisse de recherches scientifiques investie de la personnalité civile

Angleterre

Light Railway Commissioners (Salaries) Act 1901 c. 36

1902

Loi du 30 mars 1902 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1902 : JORF « Lois et Décrets » du 31/03/1902, p. 2273

1903

France

Loi du 31 mars 1903 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1903 : JORF « Lois et Décrets » du 31/03/1903, p. 1989

Décret du 10 novembre 1903 portant réorganisation de l'Ecole normale supérieure : JORF « Lois et Décrets » du 11/11/1903, p. 6814

Angleterre

Railways (Electrical Power) Act 1903 c. 30

1904

France

Loi du 18 février 1904 attribuant la personnalité civile à l'Office colonial

Angleterre

Railways (Private Sidings) Act 1904 c. 19

1905

France

Loi du 09 décembre 1905 sur la séparation des églises et de l'Etat : JORF « Lois et Décrets » du 11.12.1905, p. 7205

Angleterre

Railway Fires Act 1905 c. 11

1907

Limited Partnership Act, 1907 (7 Edw. VII, c. 24) (LPA 1907)

Companies Act 1907 (7 Edw. VII, c. 50)

1908

Companies Act 1908 (8 Edw. VII c. 12)

1910

Loi du 8 avril 1910 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1910

1911

France

Loi du 13 juillet 1911 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1911

Angleterre

Railway Companies (Accounts and Returns) Act 1911 c. 34

1912

France

Loi du 27 février 1912 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1912 : JORF « Lois et Décrets » du 28/02/1912, p. 1850

Angleterre

Light Railways Act 1912 c. 19

1913

Companies Act 1913 (3 & 4 Geo. V c. 25)

Railway and Canal Traffic Act 1913 c. 29

1914

France

Loi du 25 février 1914 modifiant la loi du 29 juin 1894 et créant une caisse autonome de retraites des ouvriers mineurs : JORF « Lois et Décrets » du 26/02/1914, p. 1794

Angleterre

The Trading with the Enemy Act, 1914 (4&5 Geo. 5, c. 87)

1915

Loi du 9 juillet 1915 conférant la personnalité civile à l'Ecole centrale des Arts et Manufactures : JORF « Lois et Décrets » du 11/07/1915, p. 4698

1917

Loi du 31 décembre 1917

1919

Loi du 18 mars 1919 sur le registre du commerce : JORF « Lois et Décrets » du 19/03/1919, p. 2853

Loi du 25 septembre 1919 accordant certaines immunités fiscales aux sociétés civiles de mines dont l'exploitation est située dans des régions envahies ou dévastées par l'ennemi et qui désirent se transformer en sociétés anonymes

1920

France

Loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels : JORF « Lois et Décrets » du 14 mars 1920, p. 4179

Loi du 25 juin 1920

Loi du 31 juillet 1920 portant fixation du budget général de l'exercice 1920 : JORF « Lois et Décrets » du 01/08/1920, p. 10934

Allemagne

Reichseinkommensteuergesetz du 29 mars 1920 (EinkStG)

Körperschaftsteuergesetz du 30 mars 1920 (KörpschStG)

1921

France

Loi du 29 avril 1921 portant diverses dispositions au titre du budget ordinaire, extraordinaire et spécial de l'exercice 1921

Loi du 24 juin 1921 modifiant le code de commerce

Angleterre

Railway Act 1921 c. 55

Articles of Agreement for a Treaty Between Great Britain and Ireland, traité signé à Londres le 6 décembre 1921

1923

Railway Fires Act (1905) Amendment Act 1923 c. 27

1925

Loi du 07 mars 1925 sur l'institution des sociétés à responsabilité limitée (SARL) : JORF « Lois et Décrets » du 08 mars 1925, p. 2382

1927

Royal and Parliamentary Titles Act 1927 (17 Geo V, c. 4)

1928

Companies Act 1928 (18 & 19 Geo. V c. 45)

1929

Companies Act 1929 (19 & 20 Geo. V c. 23)

1931

Notverordnung du 19.9.1931 : *RGBl. I S. 493*

Notverordnung du 6.10.1931 : *RGBl. I S. 537*

1935

Railways (Agreement) Act 1935 c. 6

1937

Aktiengesetz du 30 janvier 1937 : *DRGBl. I S.107* rectificatifs 588, 1140

Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters (Handelsregisterverordnung - HRV) du 12 août 1937 : *RMBL. 1937, 515*

1938

Autriche

2. Einführungs-Verordnung du 11 avril 1938 et du 2 août 1938 : *DRGBl. I S. 385 bzw. 988; GBl 100/1938*

1945

France

Ordonnance n°45-920 du 5 mai 1945 relative à la poursuite des entreprises de presse, d'édition, d'information et de publicité coupables de collaboration avec l'ennemi : JORF « Lois et Décrets » du 06/05/1945, p. 2571

Décret n°45-2751 du 2 novembre 1945 portant règlement d'administration publique de l'ordonnance n°45-280 du 22 février 1945 relatif à la gestion des œuvres sociales de l'entreprise par le comité : JORF « Lois et Décrets » du 06/11/1945, p. 7327

Allemagne

8 mai 1945 : capitulation de l'Allemagne et fin de la Deuxième Guerre Mondiale en Europe

Zone d'occupation américaine

MR-Gesetz Nr. 56

Zone d'occupation anglaise

VO Nr. 78

1947

France

Loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération : JORF « Lois et Décrets » n°214 du 11 septembre 1947, p. 9088

Angleterre

Companies Act 1947 (10 & 11 Geo. VI c. 47)

1948

France

Loi n°48-1268 du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier de la France : JORF « Lois et Décrets » du 18 août 1948, p. 8082

Loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération : JORF « Lois et Décrets » du 11 septembre 1947, p. 9088

Décret n°48-1986 du 9 décembre 1948 portant réforme fiscale des impôts directs, des impôts indirects, des droits d'enregistrement et des droits de mutation : JORF « Lois et Décrets » du 01 janvier 1949, p. 60

Angleterre

Companies Act 1948 (11 & 12 Geo. VI c.38)

1949

Allemagne

Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* ou GG) : *BGBI. III, S. 100-1*

Wirtschaftsstrafgesetz (ou *WiStG*) 26 juillet 1949 : *Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes S. 193*

7 octobre 1949 : Constitution de la République démocratique allemande (*Deutsche Demokratische Republik*) dont la capitale est Berlin.

Angleterre

British North America (No. 2) Act, 1949 (13 Geo. VI, c. 81 (U.K.))

1954

Loi n°54-390 du 8 avril 1954 constatant la nullité de l'acte dit loi n°2525 du 26 juin 1941 réglementant l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau et de l'acte dit loi n°2891 du 26 juin 1941 instituant un certificat d'aptitude à la profession d'avocat : JORF « Lois et Décrets » du 9 avril 1954, p. 3420

Décret n°54-406 du 10 avril 1954 portant règlement d'administration publique sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau : JORF « Lois et Décrets » du 11 avril 1954, p. 3494

1957

Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 01 janvier 1958

1964

Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts du 5.08.1964 (*VereinG*) : *BGBI. I S. 593*

1965

Allemagne

Aktiengesetz du 6.09.1965 : *BGBI. I S. 1089*

Angleterre

The Industrial and Provident Societies Act 1965 (c. 12)

Finance Act 1965 (c. 25)

1966

Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales : JORF « Lois et Décrets » du 26 juillet 1966 p. 6403

Loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles : JORF « Lois et Décrets » du 30 novembre 1966, p. 10451

1967

France

Décret n°67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales : JORF « Lois et Décrets » du 24/03/1967, p. 2843

Loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes : JORF « Lois et Décrets » du 14/07/1967, p. 7059

Ordonnance n°67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises : JORF « Lois et Décrets » du 28/09/1967, p. 9534

Ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967 relative aux GIE : JORF « Lois et Décrets » du 28/09/1967, p. 9537

Décret n°67-868 du 02/10/1967 portant règlement d'administration publique pour l'application à la profession de notaire de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP de notaires) : JORF « Lois et Décrets » du 06/10/1967, p. 9840

Angleterre

Companies Act 1967 c. 81

1968

Allemagne

Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (RsprEinhG) du 19 juin 1968 : *BGBI. I S. 661*

Ordnungswidrigkeitengesetz (ou OWiG) du 24 mai 1968 : *BGBI. I S. 481*

Angleterre

SI 1968/1222 dénommé *The Partnerships (Unrestricted Size) No. 1 Regulations 1968*

Europe

Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers : JOCEE L 065 du 14 mars 1968 p. 8 à 12

1969

France

Décret n°69-763 du 24/07/1969 portant règlement d'administration publique pour l'application à la profession de commissaire-priseur de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP de commissaires-priseurs) : JORF « Lois et Décrets » du 31/07/1969, p. 7685

Décret n°69-1056 du 20/11/1969 portant règlement d'administration publique pour l'application à la profession d'avocat de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP d'avocats) : JORF « Lois et Décrets » du 27/11/1969, p. 11579

Décret n°69-1057 du 20/11/1969 portant règlement d'administration publique pour l'application à la profession d'avoué près les cours d'appel de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP d'avoués) : JORF « Lois et Décrets » du 27/11/1969, p. 11579

Décret n°69-1274 du 31/12/1969 portant règlement d'administration publique pour l'application à la profession d'huissier de justice de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP d'huissiers de justice) : JORF « Lois et Décrets » du 11/01/1970, p. 432

Allemagne

Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen du 15.8.1969 : *BGBI. I 1189*

Europe

Convention du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales : Bull. Suppl. n°2-1969, p. 7 et s.

Protocole relatif à la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales : Bull. Suppl. n°2-1969, p. 15 et s.

1971

France

Décret n°71-688 du 11/08/1971 portant règlement d'administration publique pour l'application à la profession de greffier de tribunal de commerce de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP de greffiers de tribunal de commerce) : JORF « Lois et Décrets » du 24/08/1971, p. 8372

Décret n°71-689 du 11/08/1971 portant règlement d'administration publique pour l'application à la profession d'agréé de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur SCP d'agréés) : JORF « Lois et Décrets » du 24/08/1971, p. 8379

Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques : JORF « Lois et Décrets » du 5 janvier 1972, p. 132

Angleterre

SI 1971/782 dénommé The Limited Partnerships (Unrestricted Size) No. 1 Regulations 1971

Europe

Protocole concernant l'interprétation de la Cour de justice de la convention du 28 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, signé à Luxembourg le 3 juin 1971

1972

France

Décret n°72-468 du 9 juin 1972 organisant la profession d'avocat, pris pour l'application de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques : JORF « Lois et Décrets » du 11 juin 1972, p. 5884

Décret n°72-698 du 26/07/1972 portant règlement d'administration publique pour l'application aux conseils juridiques de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP de conseils juridiques) : JORF « Lois et Décrets » du 30/07/1972, p. 8177

Europe

Acte d'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, JOCEE n°L 73, p. 14 du 27 mars 1972 et adapté par la décision du Conseil du 1er janvier 1973, JOCEE n°L 2, p. 1 du 1 janv.1973

1973

France

Décret n°73-314 du 14 mars 1973 relatif au système national d'identification, au répertoire des entreprises et de leurs établissements : JORF « Lois et Décrets » du 21/03/1973, p. 3042

Allemagne

En Bavière, *Gesetz über die Organisation der ordentlichen Gerichte im Freistaat Bayern (GerOrgG)* du 25 avril 1973 : *GVBl. S. 189*

1976

France

Décret n°76-73 du 15/01/1976 pris pour l'application à la profession de géomètre expert de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP de géomètres experts) : JORF « Lois et Décrets » du 27/01/1976, p. 677

Angleterre

Insolvency Act 1976 c. 60

Companies Act, 1976 c. 69

1977

Décret n°77-636 du 14/06/1977 pris pour l'application à la profession de médecin de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP de médecins) : JORF « Lois et Décrets » du 23/06/1977, p. 3372

Décret n°77-1480 du 28/12/1977 pris pour l'application à la profession d'architecte de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP d'architectes) : JORF « Lois et Décrets » du 01/01/1978, p. 15

1978

France

Loi n°78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil : JORF « Lois et Décrets » du 05 janvier 1978, p. 179

Décret n°78-326 du 15/03/1978 pris pour l'application à la profession de directeur de laboratoires d'analyse médicale de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP de directeurs de laboratoires d'analyse médicale) : JORF « Lois et Décrets » du 17/03/1978, p. 1117

Décret n°78-704 du 03 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n°78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil : JORF « Lois et Décrets » du 7 juillet 1978, p. 2702

Décret n°78-906 du 24/08/1978 pris pour l'application à la profession de chirurgien-dentiste de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP de chirurgiens-dentistes) : JORF « Lois et Décrets » du 03/09/1978, p. 3182

Angleterre

Interpretation Act 1978, c. 30

Civil Liability (Contribution) Act 1978, c. 47

1979

Décret n°79-949 du 09/11/1979 pris pour l'application à la profession d'infirmier de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP d'infirmiers) : JORF « Lois et Décrets » du 10/11/1979, p. 2797

Décret n°79-885 du 11/10/1979 pris pour l'application à la profession de vétérinaire de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP de vétérinaires) : JORF « Lois et Décrets » du 14/10/1979, p. 2571

1980

Allemagne

GmbH-Novelle du 4 juillet 1980 dénommée *Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften* : *BGBI. I S. 836*

Angleterre

Companies Act, 1980 c. 22

1981

France

Décret n°81-509 du 12/05/1981 pris pour l'application à la profession de masseur kinésithérapeute de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP de masseurs kinésithérapeutes) : JORF « Lois et Décrets » du 14 mai 1981, p. 1411

Loi n°81-908 du 09 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort : JORF « Lois et Décrets » du 10 octobre 1981 p. 2759

Angleterre

Companies Act, 1981 c. 62

1982

Loi n°82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dite « 4^e loi Auroux » : JORF « Lois et Décrets » du 26 décembre 1982, p. 3858

1983

Mental Health Act 1983 c. 20

1984

Loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises : JORF « Lois et Décrets » du 02 mars 1984, p. 751

Décret n°84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés : JORF « Lois et Décrets » du 31 mai 1984, p. 1699

1985

France

Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises : JORF « Lois et Décrets » du 26 janvier 1985, p. 1097

Loi n°85-697 du 11 juillet 1985 relative aux entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et exploitation agricole à responsabilité limitée : JORF « Lois et Décrets » du 12 juillet 1985, p. 7862

Angleterre

Companies Act 1985 c. 6 (CA 1985)

Insolvency Act 1985 c. 65

SI 1985/805 dénommé Companies (Table A to F) Regulations 1985

Europe

Règlement (CEE) n°2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE) : JOCEE n°L 199 du 31 juillet 1985 p. 1 à 9

1986

France

Décret n°86-260 du 18/02/1986 pris pour l'application à la profession de conseil en brevets d'invention de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP de conseils de brevets) : JORF « Lois et Décrets » du 27 février 1986, p. 3096

Décret n°86-636 du 14/03/1986 pris pour l'application à la profession d'expert agricole et foncier et d'expert forestier de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP d'experts agricoles et fonciers et la SCP d'experts forestiers) : JORF « Lois et Décrets » du 20 mars 1986, p. 4746

Décret n°86-1176 du 05/11/1986 pris pour l'application aux professions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (sur la SCP d'administrateurs judiciaires et sur la SCP de mandataires liquidateurs) : JORF « Lois et Décrets » du 08 novembre 1986, p. 13431

Allemagne

2. *Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität* (ou 2. *WiKG*) du 15 mai 1986 : *BGBI I S. 721*

Angleterre

Insolvency Act 1986, c. 45

Companies Directors Disqualification Act 1986 c. 46 (CDDA 1986)

The Building Societies Act 1986, c. 53

The Financial Services Act 1986, c. 60

SI 1986/2142 dénommé *The Insolvent Partnerships Order 1986*

1987

Loi n°87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat : JORF « Lois et Décrets » du 24 juillet 1987, p. 8255

Loi n°87-1060 du 30 décembre 1987 de finances pour 1988 : JORF « Lois et Décrets » du 31 décembre 1987, p. 15493

1988

Allemagne

Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung du 14. 4. 1988 sur les GEIE (*EWIV*) : *BGBI. I S. 514*

Angleterre

the Income and Corporation Taxes Act 1988 (c.1)

1989

France

Loi n°89-377 du 13 juin 1989 relative aux groupements européens d'intérêt économique et modifiant l'ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique : JORF « Lois et Décrets » du 15 juin 1989, p. 7440

Angleterre

Companies Act 1989, c. 40 (CA 1989)

SI 1989/638 dénommé *The European Economic Interest Grouping Regulations 1989*

Europe

Douzième directive 89/667/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé : JOCEE n°L 395 du 30.12.1989, p. 40-42

1990

France

Loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé : JORF « Lois et Décrets » du 5 janvier 1991, p. 216

Allemagne

3 octobre 1990 : réunification de l'Allemagne (*die Wiedervereinigung*)

Angleterre

SI 1990/1580 dénommé *The Limited Partnerships (Unrestricted Size) No. 2 Regulations 1990*

Europe

Directive 90/605/CEE du Conseil du 8 novembre 1990 modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE concernant respectivement les comptes annuels et les comptes consolidés, en ce qui concerne leur champ d'application : JOCEE n°L 317 du 16.11.1990, p. 60–62

1991

France

Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat : JORF « Lois et Décrets » du 28 novembre 1991, p. 15502

Angleterre

SI 1991/2729 dénommé *The Partnerships (Unrestricted Size) No. 8 Regulations 1991*

Jersey

The Companies (Jersey) Law 1991

1992

France

Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du Code pénal : JORF « Lois et Décrets » du 23 juillet 1992, p. 9864

Loi n°92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et des délits contre les personnes : JORF « Lois et Décrets » du 23 juillet 1992, p. 9875

Loi n°92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et des délits contre les biens : JORF « Lois et Décrets » du 23 juillet 1992, p. 9887

Loi n°92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et des délits contre la nation, l'Etat et la paix publique : JORF « Lois et Décrets » du 23 juillet 1992, p. 9893

Décret n°92-764 du 3 août 1992 pris pour l'application à la profession de commissaire aux comptes de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé : JORF « Lois et Décrets » du 7 août 1992, p. 10668

Décret n°92-831 du 24 août 1992 relatif à la publicité des sociétés en participation de médecins : JORF « Lois et Décrets » du 28 août 1992, p. 11732

Décret n°92-832 du 24 août 1992 relatif à la publicité des sociétés en participation de chirurgiens-dentistes : JORF « Lois et Décrets » du 28 août 1992, p. 11732

Décret n°92-833 du 24 août 1992 relatif à la publicité des sociétés en participation d'infirmiers, de masseurs-kinésithérapeutes, d'orthophonistes, d'orthoptistes, de pédicures-podologues et de diététiciens : JORF « Lois et Décrets » du 28 août 1992, p. 11733

Décret n°92-834 du 24 août 1992 relatif à la publicité des sociétés en participation de sages-femmes : JORF « Lois et Décrets » du 28 août 1992, p. 11733

Décret n°92-1448 du 30 décembre 1992 pris pour l'application à la profession d'huissier de justice de la loi no 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé : JORF « Lois et Décrets » du 1^{er} janvier 1993, p. 40

Angleterre

The Friendly Societies Act 1992, c. 40

SI 1992/1699 dénommé The Companies (Single Member Private Limited Companies) Regulations 1992

1993

France

Décret n°93-78 du 13 janvier 1993 pris pour l'application à la profession de notaire de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé : JORF « Lois et Décrets » du 21 janvier 1993, p. 1061

Décret n°93-86 du 21 janvier 1993 pris pour l'application à la profession de greffier de tribunal de commerce de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé : JORF « Lois et Décrets » du 23 janvier 1993, p. 1202

Décret n°93-358 du 11 mars 1993 relatif à la publicité des sociétés en participation de directeurs et directeurs adjoints de laboratoires d'analyses de biologie médicale : JORF « Lois et Décrets » du 18 mars 1993, p. 4222

Décret n°93-492 du 25 mars 1993 pris pour l'application à la profession d'avocat de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé : JORF « Lois et Décrets » du 27 mars 1993, p. 4930

Décret n°93-726 du 29 mars 1993 portant réforme du code pénal (Deuxième partie : Décret en Conseil d'Etat) et modifiant certaines dispositions du code pénal et de procédure pénale : JORF « Lois et Décrets » du 30 mars 1993, p. 5559

Décret n°93-892 du 6 juillet 1993 pris pour l'application à la profession d'administrateur judiciaire

de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé : JORF « Lois et Décrets » du 11 juillet 1993, p. 9829

Décret n°93-1112 du 20 septembre 1993 pris pour l'application à la profession de mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé : JORF « Lois et Décrets » du 23 septembre 1993, p. 13217

Angleterre

Statute Law (Repeals) Act 1993 c.50

SI 1993/1820 dénommé The Partnerships and Unlimited Companies (Accounts) Regulations 1993

1994

France

Loi n°94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée : JORF « Lois et Décrets » du 4 janvier 1994, p. 129

Loi n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises : JORF « Lois et Décrets » du 11 juin 1994, p. 8440

Décret n°94-663 du 2 août 1994 pris pour l'application des directives no 90/604/C.E.E. et no 90/605/C.E.E. du Conseil des communautés européennes en date du 8 novembre 1990 et modifiant le décret no 67-236 du 23 mai 1967 sur les sociétés commerciales et le décret no 83-1020 du 29 novembre 1983 pris en application de la loi no 83-353 du 30 avril 1983 et relatif aux obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés : JORF « Lois et Décrets » du 4 août 1994, p. 11339

Allemagne

Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz ou PartGG) du 25. 7. 1994 : BGBl. I S. 1744

Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts du 2.08.1994 : BGBl. I S. 1961

Bekanntmachung der Neufassung des Genossenschaftsgesetzes (Refonte du GenG) du 19.8.1994 : BGBl I S. 2202

Angleterre

Insolvency Act 1994 c. 7

Insolvency (No. 2) Act 1994 c. 12

SI 1994/2421 dénommé The Insolvent Partnerships Order 1994

Guernesey

The Companies (Guernsey) Law, 1994

Europe

Directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs : JOCE L 254 du 30.9.1994, p. 64

Californie (USA)

The Uniform Partnership Act of 1994

1996

Loi n°96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime : JORF « Lois et Décrets » du 14 mai 1996, p. 7208

1998

France

Instruction 4-H-5-98 du 15 septembre 1998 (Ministère de l'économie et des finances)

Angleterre

Government of Wales Act 1998 c. 38

1999

Loi n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche : JORF « Lois et Décrets » du 13 juillet 1999, p. 10398

2000

France

Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels : JORF « Lois et Décrets » du 11 juillet 2000, p. 10484

Ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce : JORF « Lois et Décrets » du 21 septembre 2000, p. 14783

Allemagne

Gesetz zur Durchführung der Richtlinie des Rates der Europäischen Union zur Änderung der Bilanz- und Konzernbilanzrichtlinie hinsichtlich ihres Anwendungsbereich (90/605/EWG), zur Verbesserung der Offenlegung von Jahresabschlüssen und zur Änderung anderer handelsrechtlicher Bestimmungen (Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz – KapCoRiLiG) du 24 février 2000 : BGBl. I S. 154

Angleterre

Limited Liability Partnership Act 2000 c. 12

Insolvency Act 2000 c. 39

Europe

Règlement (CE) n°1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : JOCE n°L 160 du 30.6.2000, p. 1

2001

France

Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques dite loi « NRE » : JORF « Lois et Décrets » du 16 mai 2001, p. 7776

Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier : JORF « Lois et Décrets » du 12 décembre 2001, p. 19703

Instruction 4 H-6-01 du 17 décembre 2001 (Ministère de l'économie et des finances)

Angleterre

The Capital Allowances Act 2001 c. 2

SI 2001/644 dénommé *The European Communities (Lawyer's Practice) (Amendment) Regulations 2001*

SI 2001/645 dénommé *The Solicitors' Incorporated Practices (Amendment) Order 2001*

SI 2001/1090 dénommé *The Limited Liability Partnerships Regulations 2001*

SI 2001/3739 dénommé *The National Health Service (General Ophthalmic Services) Amendment (No. 2) Regulations 2001*

SI 2001/3742 dénommé *The National Health Service (General Medical Services) Amendment (No. 4) Regulations 2001*

Europe

Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) : JOCE L 294 du 10.11.2001

Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs : JOCE L 294 du 10.11.2001, p. 22–32

Canada (Québec)

Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives concernant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société (2001, c. 34) : Gazette N°29 du 18 juillet 2001, p. 4989

2002

France

Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : JORF « Lois et Décrets » du 5 mars 2002, p. 4118

Décret n°2002-1085 du 7 août 2002 pris pour l'application de l'article 44 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et modifiant le décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés ainsi que le titre II du livre V de la deuxième partie (Réglementaire) du code rural : JORF « Lois et Décrets » du 11 août 2002, p. 13777

Angleterre

The Limited Liability Partnerships Act (Northern Ireland) 2002 c. 12

The Enterprise Act 2002, c. 40

SI 2002/913 dénommé *The Limited Liability Partnerships (No. 2) Regulations 2002*

SI 2002/3203 dénommé *The Regulatory Reform (Removal of 20 Member Limit in Partnerships etc.) Order 2002*

2003

France

Loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 modifiant le livre VIII du code de commerce : JORF « Lois et Décrets » du 4 janvier 2003, p. 263

Loi n°2003-709 du 1^{er} août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations : JORF « Lois et Décrets » du 2 août 2003, p. 13277

Loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique : JORF « Lois et Décrets » du 2 août 2003, p. 13449

Angleterre

The Income Tax (Earnings and Pensions) Act 2003 c. 1

SI 2003/250 dénommé *The National Health Service (General Dental Services Supplementary List) and (General Dental Services) Amendment Regulations 2003*

SI 2003/2682 dénommé *The Income Tax (PAYE) Regulations 2003*

The Joint Report on Partnership Law Reform (Law Com No 283; Scot Law Com No 192), SE/2003/299, nov. 2003

Europe

Recommandation n°2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises : JOCE L 124/36 du 20 mai 2003

Directive n°2003/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2003 modifiant la directive 68/151/CEE du Conseil en ce qui concerne les obligations de publicité de certaines formes de sociétés : JOCE L 221 du 4 septembre 2003, p. 13

Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC) : JO n°L207 du 18 août 2003, p. 1

Directive 2003/72/CE du Conseil du 22 juillet 2003 complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs : JO L 207 du 18.8.2003, p. 25–36

International

Convention des Nations Unies contre la corruption (UNCAC) du 31 octobre 2003

2004

France

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : JORF « Lois et Décrets » du 10 mars 2004, p. 4567

Loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique : JORF « Lois et Décrets » du 11 août 2004, p. 14277

Décret n° 2004-852 du 23 août 2004 pris pour l'application à la profession d'avocat du titre IV de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé : JORF « Lois et Décrets » du 25 août 2004, p. 15229

Décret n° 2004-853 du 23 août 2004 pris pour l'application à la profession d'avoué près les cours d'appel du titre IV de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé : JORF « Lois et Décrets » du 25 août 2004, p. 15230

Décret n° 2004-854 du 23 août 2004 pris pour l'application à la profession de commissaire-priseur judiciaire du titre IV de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé : JORF « Lois et Décrets » du 25 août 2004, p. 15231

Décret n° 2004-855 du 23 août 2004 pris pour l'application à la profession d'huissier de justice du titre IV de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé : JORF « Lois et Décrets » du 25 août 2004, p. 15233

Décret n° 2004-856 du 23 août 2004 pris pour l'application à la profession de notaire du titre IV de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé : JORF « Lois et Décrets » du 25 août 2004, p. 15235

Ordonnance n°2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code de la défense : JORF « Lois et Décrets » du 21 décembre 2004, p. 21675

Loi n°2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004 : JORF « Lois et Décrets » du 31 décembre 2004, p. 22522

Allemagne

Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG = SEAG et SEBG) du 22.12.2004 : BGBl. I 2004 Nr. 73 S. 3675

Loi modifiant la GerOrgG de 1973 en Bavière : *GVBl S. 400*

Angleterre

Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004 c. 27

SI 2004/585 dénommé The National Health Service (Performers Lists) Regulations 2004

SI 2004/1628 dénommé The European Communities (Lawyer's Practice) (Amendment) Regulations 2004

SI 2004/2326 dénommé The European Public Limited-Liability Company Regulations 2004

SI 2004/3322 (C. 154) dénommé The Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004 (Commencement) and Companies Act 1989 (Commencement No 18) Order 2004

2005

France

Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie : JORF « Lois et Décrets » du 27 juillet 2005, p. 12160

Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : JORF « Lois et Décrets » du 27 juillet 2005, p. 12187

Ordonnance n°2005-856 du 28 juillet 2005 portant simplification du régime des libéralités consenties aux associations, fondations et congrégations, de certaines déclarations administratives incombant aux associations, et modification des obligations des associations et fondations relatives à leurs comptes annuels : JORF « Lois et Décrets » du 29 juillet 2005, p. 12350

Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises : JORF « Lois et Décrets » du 3 août 2005, p. 12639

Décret n° 2005-1412 du 16 novembre 2005 portant approbation du code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes : JORF « Lois et Décrets » du 17 novembre 2005, p. 17925

Loi n°2005-1550 du 12 décembre 2005 modifiant diverses dispositions relatives à la défense : JORF « Lois et Décrets » du 13 décembre 2005, p. 19160

Angleterre

The Income Tax (Trading and Other Income) Act 2005 c. 5

SI 2005/480 dénommé The National Health Service (General Ophthalmic Services Supplementary List) and (General Ophthalmic Services Amendment and Consequential Amendment) Regulations 2005

SI 2005/641 dénommé The National Health Service (Pharmaceutical Services) Regulations 2005

SI 2005/848 dénommé The Opticians Act 1989 (Amendment) Order 2005

SI 2005/1788 dénommé The Community Interest Company Regulations 2005

SI 2005/1989 dénommé The Limited Liability Partnerships (Amendment) Regulations 2005

SI 2005/2417 dénommé The Companies (Disclosure of Auditor Remuneration) Regulations 2005

2006

France

Décret n°2006-301 du 9 mars 2006 relatif au modèle de statuts types de la société à responsabilité limitée à associé unique : JORF « Lois et Décrets » du 16 mars 2006, p. 3991

Décret n°2006-448 du 14 avril 2006 relatif à la société européenne : JORF « Lois et Décrets » du 16 avril 2006, p. 5780

Décret n° 2006-469 du 24 avril 2006 modifiant le décret n° 2005-1412 du 16 novembre 2005 portant approbation du code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes : JORF « Lois et Décrets » du 25 avril 2006, p. 6188

Décret n°2006-521 du 5 mai 2006 relatif à l'enregistrement d'image ou de données et modifiant le code de l'aviation civile : JORF « Lois et Décrets » du 7 mai 2006, p. 6784

Décret n°2006-1360 du 9 novembre 2006 relatif à l'implication des salariés dans la société européenne et modifiant le code du travail : JORF « Lois et Décrets » du 10 novembre 2006, p. 16878

Loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie : JORF « Lois et Décrets » du 8 décembre 2006, p. 18531

Loi n° 2006-1771 du 30 décembre 2006 de finances rectificative pour 2006 : JORF « Lois et Décrets » n°303 du 31 décembre 2006 p. 20228

Allemagne

Bekanntmachung der Neufassung des Genossenschaftsgesetzes (Refonte du GenG) du 16 octobre 2006 : BGBl. I S. 2230

Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft (SCEAG et SCEBG) und zur Änderung des Genossenschaftsrechts et Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einer Europäischen Genossenschaft du 18.08.2006 : BGBl I S. 1911, 1917

Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG) du 12.12.2006 : BGBl I 2006 Nr. 57, 2782

Angleterre

Companies Act 2006, c. 46

SI 2006/112 dénommé The Lloyd's Underwriters (Conversion to Limited Liability Underwriting) (Tax) Regulations 2006

SI 2006/2078 dénommé The European Cooperative Society Regulations 2006

SI 2006/3428 (C. 132) dénommé The Companies Act 2006 (Commencement No. 1, Transitional Provisions and Savings) Order 2006

SI 2006/3429 dénommé The Companies (Registrar, Languages and Trading Disclosures) Regulations 2006

2007

France

Loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie : JORF « Lois et Décrets » du 21 février 2007, p. 3052

Loi constitutionnelle n°2007-239 du 23 février 2007 relative à l'interdiction de la peine de mort :

JORF « Lois et Décrets » du 24 février 2007 p. 3355

Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance : JORF « Lois et Décrets » du 7 mars 2007, p. 4297

Décret n°2007-431 du 25 mars 2007 relatif à la partie réglementaire du code de commerce : JORF « Lois et Décrets » du 27 mars 2007, p. 5648

Décret n° 2007-932 du 15 mai 2007 portant diverses dispositions relatives à la profession d'avocat : JORF « Lois et Décrets » n°113 du 16 mai 2007, p. 9230

Loi n°2007-1165 du 1er août 2007 autorisant la ratification du protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances : JORF « Lois et Décrets » du 2 août 2007, p. 12989

Loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit : JORF « Lois et Décrets » n°296 du 21 décembre 2007, p. 20639

Angleterre

The Income Tax Act 2007 c. 3 et SI 2007/940 dénommé The Income Tax Act 2007 (Amendment) Order 2007

SI 2007/1093 (C. 49) dénommé The Companies Act 2006 (Commencement No. 2, Transitional Provisions and Savings) Order 2006

SI 2007/2073 dénommé The Limited Liability Partnerships (Amendment) Regulations 2007

SI 2007/2194 (C. 84) dénommé The Companies Act 2006 (Commencement No. 3, Transitional Provisions and Savings) Order 2006

SI 2007/2607 (C. 101) dénommé The Companies Act 2006 (Commencement No. 4 and Commencement No. 3 (Amendment)) Order 2007

SI 2007/3495 (C. 150) dénommé The Companies Act 2006 (Commencement No. 5, Transitional Provisions and Savings) Order 2007

Delaware (USA)

Delaware State Senate, 144th General Assembly, Senate Bill No. 62 signé le 3 mai 2007 par la Governor Ruth Ann Minner

2008

France

Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : JORF « Lois et Décrets » n°295 du 19 décembre 2008, p. 19462.

Décret n° 2008-1419 du 19 décembre 2008 relatif aux statuts types des sociétés à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance et modifiant le code de commerce : JORF « Lois et Décrets » n°301 du 27 décembre 2008, p. 20129

Allemagne

Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008 : BGBl. I S. 2026 (Nr. 48)

Angleterre

SI 2008/346 dénommé The Regulated Covered Bonds Regulations 2008

SI 2008/674 (C. 26) dénommé The Companies Act 2006 (Commencement No. 6, Saving and Commencement Nos. 3 and 5 (Amendment)) Order 2008

SI 2008/948 dénommé The Companies Act 2006 (Consequential Amendments etc) Order 2008

SI 2008/1886 (C. 83) dénommé The Companies Act 2006 (Commencement No. 7, Transitional Provisions and Savings) Order 2008

SI 2008/1911 dénommé The Limited Liability Partnerships (Accounts and Audit) (Application of Companies Act 2006) Regulations 2008

SI 2008/1950 dénommé The Insurance Accounts Directive (Lloyd's Syndicate and Aggregate Accounts) Regulations 2008

SI 2008/2860 (C. 126) dénommé The Companies Act 2006 (Commencement No. 8, Transitional Provisions and Savings) Order 2008

SI 2008/3229 dénommé The Companies (Model Articles) Regulations 2008

Gernesey

The Companies (Guernsey) Law, 2008

Europe

Communication de la Commission du 10 juillet 2007 relative à la simplification de l'environnement des sociétés en matière juridique, comptable et de contrôle des comptes : COM(2007) 394 final : JOCEE C 191, 15.8.2007, p. 20 ; RTD Com. 2008 p. 117 note C. Champaud et D. Danet.

2009

France

Décret n°2009-160 du 12 février 2009 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et modifiant les procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble : JORF « Lois et Décrets » n°37 du 13 février 2009, p. 2596

Allemagne

Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG) v. 25.5.2009 : BGBl. I S. 1102 (Nr. 27)

Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) v. 31.07.2009 : BGBl. I S. 2509 (Nr. 50)

Angleterre

The Corporation Tax Act 2009 c. 4

SI 2009/1804 dénommé *The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009*

SI 2009/1833 dénommé *The Limited Liability Partnerships (Amendment) Regulations 2009*

SI 2009/1940 dénommé *The Legislative Reform (Limited Partnerships) Order 2009*

SI 2009/2436 dénommé *The Unregistered Companies Regulations 2009*

SI 2009/2476 dénommé *The Companies Act 2006 and Limited Liability Partnerships (Transitional Provisions and Savings) (Amendment) Regulations 2009*

SI 2009/2995 dénommé *The Limited Liability Partnerships (Amendment) (No. 2) Regulations 2009*

SI 2009/3182 dénommé *The Companies Act 2006 (Substitution of Section 1201) Regulations 2009*

Europe

Directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers : JOCE L 258 du 1 octobre 2009, p. 11

Directive 2009/102/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé : JOCE L 258 du 1 octobre 2009, p. 20

2010

France

Loi n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : JORF « Lois et Décrets » n°137 du 16 juin 2010, p. 10984

Loi n°2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale : JORF « Lois et Décrets » n°158 du 10 juillet 2010, p. 12753

Loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière : JORF « Lois et Décrets » n°247 du 23 octobre 2010, p. 18984

Ordonnance n°2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : JORF « Lois et Décrets » n°286 du 10 décembre 2010, p. 21617

Décret n°2010-1706 du 29 décembre 2010 relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : JORF « Lois et Décrets » n°303 du 31 décembre 2010, p. 23450

Angleterre

The Corporation Tax Act 2010 c. 4

The Taxation (International and Other Provisions) Act 2010 c. 8

2011

France

Loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées : JORF « Lois et Décrets » n°74 du 29 mars 2011

Loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit : JORF « Lois et Décrets » n°115 du 18 mai 2011 page 8537

Angleterre

The Charities Act 2011, c. 25

SI 2011/1487 dénommé The Companies Act 2006 (Annual Returns) Regulations 2011

2012

France

Décret n°2012-122 du 30 janvier 2012 relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : JORF « Lois et Décrets » n°26 du 31 janvier 2012, p. 1761

Loi n°2012-346 du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet : JORF « Lois et Décrets » n°62 du 13 mars 2012 page 4497

Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives : JORF « Lois et Décrets » n°71 du 23 mars 2012, p. 5226

Loi n°2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines : JORF « Lois et Décrets » n°75 du 28 mars 2012, p. 5592

Royaume-Uni

Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland, Edinburgh, 15 October 2012

Europe

« Plan d'action: droit européen des sociétés et gouvernance d'entreprise » du 12 décembre 2012 : COM (2012) 740 final ; Rev. Sociétés 2013, p. 121, chron. B. Lecourt

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée) : JOUE C 326/47, 26.10.2012

2013

France

Décret n°2013-65 du 18 janvier 2013 pris pour l'application de l'article L273 B du livre des procédures fiscales relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : JORF « Lois et Décrets » n°17 du 20 janvier 2013, p. 1374

Loi n°2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière : JORF « Lois et Décrets » n°24 du 29 janvier 2013, p. 1721

Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi : JORF « Lois et Décrets »

n°138 du 16 juin 2013, p. 9958

Angleterre

Mental Health (Discrimination) Act 2013 c. 8

SI 2013/600 dénommé The Companies Act 2006 (Amendment of Part 25) Regulations 2013

SI 2013/618 dénommé The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) (Amendment) Regulations 2013

SI 2013/999 dénommé The Companies Act 2006 (Amendment of Part 18) Regulations 2013

SI 2013/2005 dénommé The Companies and Partnerships (Accounts and Audit) Regulations 2013

Royaume-Uni

Scottish Independence Referendum (Franchise) Act 2013

The Scottish Independence Referendum Act 2013

Europe

Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil : JOUE L 182 du 29 juin 2013, p. 19

Jurisprudence comparée France, Allemagne et Angleterre

(date de la décision ou date de la publication de la décision)

Avertissement : Pour les décisions de justice, le droit français privilégie la chambre de la juridiction ayant jugé l'affaire et la date de la décision. Le droit allemand privilégie quant à lui la date de la publication, quitte à négliger la date de la décision. Le droit anglais s'intéresse plus particulièrement au nom des parties et à la date de publication de la décision.

1612

Sutton's Hospital, case of Exchequer Chamber : 10 Co. Rep. 1a ; 77 ER 937, [1558–1774] All ER Rep 11

1730

Dominus Rex v. Johannem Huggins (1730) 2 Strange 883

1796

Leveck v Shaftoe (1796) 2 Esp 468

1809

Guidon v Robson (1809) 2 Camp 302

1813

Lucas v De la Cour (1813) 1 M & S 249

1816

Hudson v Robinson (1816) 4 M & S 475

1817

Vulliamy v Noble (1817) 3 Mer 514

1818

Crawshay v Maule (1818) 1 Swan 495 *per* Lord Eldon **Annexe 12**

1819

Dartmouth College v Woodward, 4 Wheat. (US) 518, 636 (1819)

1821

Skinner v Stocks (1821) 4 B & Ald 437

1822

Atkinson v Laing (1822) Dow & Ry NP 16

1828

Duvergier v Fellows (1828) 5 Bing. 248

Longman v Pole (1828) Mood & M 223

1830

Cothay v Fennell (1830) 10 B & C 671

1831

Alexander v Barker (1831) 2 Cr & J 133

1834

Cass. civ., 2 juin 1834, Mouroult c/ Vautier et Derancourt : Rép. D., vol. 40, Société, n°1656, 1859
Annexe 1

1836

Fleming v Hector (1836) 2 M. & W. 172

1838

Cass. civ., 19 mars 1838, Syndicat Mouroult c/ Cabanel

1842

The Queen v Birmingham and Gloucester Railway Company (1842) 3 QB 223

1843

Madgwick v Wimble (1843) 6 Beav. 495

1846

The Queen v Great North of England Railway Company (1846) 9 QB 315

*The Queen v Arnaud (1846) 9 QB 806 **Annexe 13***

1847

Cox v Hubbard (1847) 4 CB 317

Jones v Robinson (1847) 1 Exch 454

1848

CA Paris, 17 novembre 1848

1852

Driver v Burton (1852) 17 QB 989

Clay and Newman v Southern (1852) 7 Exch 717

1857

Cass. civ., 4 mars 1857 : DP 1857. 1. 124

1859

Cass. civ., 30 août 1859 : DP. 1859. 1. 365 ; S. 1860. 1. 359 ; JCP 1954 II 7978

1863

Cass., 27 juillet 1863 : S. 1863. 1. 457, P. 1864. 171, D. 1863. 1. 460

1864

Cass. civ., 6 juillet 1864 : DP. 1864. 1. 424 ; S. 1864. 1. 327.

1865

France

Cass., 29 mai 1865 : S. 1865. 1. 325, P. 1865. 785, D. 1865. 1. 380

Angleterre

Darlington v Mayor, etc. of New York, 31 NY 164, 197 (1865)

Whitwell v Arthur (1865) 35 Beav 140

Cheeseman v Price (1865) 35 Beav 142

1866

France

Cass., 13 mars 1866 : S. 1867. 1. 333, P. 1867. 882, D. 1867. 1. 222

Angleterre

Kelner v Baxter (1866) LR 2 CP 174

1870

Cass., 11 mai 1870 : S. 1870. 1. 428, P. 1870. 1123, D. 1870. 1. 405

1871

CA Grenoble, 28 décembre 1871 : S. 1872. 2. 37, P. 1872. 210, D. 1872. 2. 206

1872

CA Nancy, 18 mai 1872 : S. 1872. 2. 197

1873

France

CA Lyon, 28 janvier 1873 : S. 1874. 2. 107, P. 1874. 476, D. 1873. 2. 38

Allemagne

Juristische Wochenschrift : JW 04, 167

1875

Ashbury Railway Carriage & Iron Co Ltd v Riche (1875) LR 7HL 653

1876

Pike v Keene and Byne (1876) 24 WR 322

Pooley v Driver (1876) 5 ChD 458 *per* Jessel MR

1877

France

Cass., 17 mai 1877 : S. 1877. 1. 356, P. 1877. 196

Angleterre

Royal Mail Steam Packet Co. v Braham (1877) 2 App Cas 381, PC

1878

Erlanger v New Sombrero Phosphate Co. (HL 1878) 3 App.Cas 1218, 39 LT 269, [1874-80] All ER Rep 271, 27 WR 65

1879

Pharmaceutical Society v London and Provincial Supply Association (1879) 4 QBD 313

Whaley Bridge Calidco Printing Co. v Green (1879) 5 QBD 109, 49 LJ QB 326, 41 LT 674, 28 WR 351

Kendall v Hamilton (1879) 4 App Cas 504, HL

1880

France

Cass., 16 août 1880 : S. 1882. 1. 176, P. 1882. 1. 404, D. 1882. 1. 80

Allemagne

Reichsgericht, Urteil du 29 décembre 1880 (I. Sen.) : RGZ 5, p. 7 (1882) **Annexe 6**

Angleterre

Ex parte Corbett (1880) 14 Ch Div *per* James LJ

Smith v Anderson (1880) 15 ChD 247, CA *per* James LJ

1881

France

CA Nancy, 19 février 1881 : S. 1882. 2. 161, P. 1882. 1. 828

Allemagne

Bayerisches Oberstes Landesgericht : BayObLG 06, p. 52

Reichsgericht, Urteil du 20 avril 1881 : RGZ, 4, p 155 et 156 (1881, I Sen.) **Annexe 7**

Angleterre

Redgrave v Hurd (1881) 20 ChD 1, CA

1882

France

CA Douai, 11 juillet 1882 : S. 1883. 2. 49.

Allemagne

Reichsgericht, Urteil du 14 avril 1882 (II. Sen.) : RGZ 6, p. 134 **Annexe 8**

1883

France

Cass., 18 décembre 1883 : S. 1886. 1. 27, P. 1886. 1. 42, D. 1884. 1. 402

Angleterre

In re Pickering, Pickering v Pickering (1883) 25 ChD 247, CA

1884

Cass., 11 mars 1884 : S. 1885. 1. 447, P. 85. 1. 1073, D. 1884. 1. 199

1885

France

Cass., 2 décembre 1885 : S. 1888. 1. 331, P. 1888. 1. 792, D. 1886. 1. 357

Allemagne

Reichsgericht : RG. Joh. 23, p. 108

1886

CA Bordeaux, 30 mars 1886 : S. 1888. 2. 181, P. 1888. 1. 973, D. 1886. 2. 284

1888

Allemagne (Reich allemand)

Reichsgericht in Strafsachen, Urteil publié en 1888 : RGSt 16, p. 123

Angleterre

Adam v Newbigging (1888) 13 App Cas 308, HL

1889

R v Tolsen (1889) 23 QBD 168

1890

Colquhoun v Heddon (1890) 6 TLR 153 at 154 per Pollock B

1891

France

Cass. Req., 23 février 1891, Banque générale des Alpes-Maritimes c/ Rigal : DP 91, 1, 337; S 92, 1, 73, note Meynial **Annexe 2**

Angleterre

R v Tyler [1891] 2 QB 588

1892

Cass., 13 janvier 1892 : S. et P. 1892. 1. 100, D. 1892. 1. 587

Cass. Req., 2 mars 1892 : DP 93. 1. 169 ; S. 1892. 1. 497. note Meynial

Cass., 24 mai 1892 : S. et P. 1892. 1. 469, note M. Wahl, D. 1893. 1. 95

1893

France

Cass., 14 avril 1893 : Journal des sociétés, 1894. 68

Cass., 19 juillet 1893 : S. et P. 1894. 1. 261, D. 1894. 1. 158

Angleterre

Everet v Williams (1893) 9 LQR 197

1894

France

CA Orléans, 9 mars 1894 : S. et P. 1895. 2. 310, D. 1895. 2. 265

Angleterre

Davis v Davis (1894) 1 Ch 393 *per* North J

Belfield v Bourne [1894] 1 Ch 521 *per* Sterling J

1895

Broderip v Salomon [1895] 2 Ch 323, CA

Brown Janson v Hutchinson (1895) 2 QB Div. 126, CA *per* Rigby LJ

1896

Reichsgericht in Strafsachen, Urteil publié en 1896 : RGSt 28, p. 105

1897

Salomon v. A Salomon & Co. Ltd [1897] A.C. 22, HL **Annexe 14**

In re Wragg [1897] 1 Ch 796, CA *per* Vaughan Williams J

Court v Berlin (1897) 2 QB 396

1898

Allemagne

Deutsche Juristenzeitung : DJZ 03, p. 223

Angleterre

Coppen v Moore (No. 2) [1898] 2 QB 306

Barnes v Youngs [1898] 1 Ch 414

1899

In re Hirth ex parte The Trustee [1899] 1 QB 612, CA *per* Wright J

Burrows v Rhodes [1899] 1 QB 816 *per* Grantham J

Lagunas Nitrate Company v Lagunas Syndicate [1899] 2 Ch 392, CA *per* Romer J

1900

Reichsgericht in Strafsachen, Urteil publié en 1900 : RGSt 33, 264

1901

Handyside v Campbell (1901) 17 TLR 623

1902

Pearks, Gunston & Tee Ltd v Ward [1902] 2 KB 1

British Homes Assurance Corp Ltd v Paterson [1902] 2 Ch 404 *per* Farwell J, ChD

1903

Wise v Perpetual Trustee Company, limited [1903] AC 139 *per* Lord Lindney, PC

1904

Natal Land Co & Colonization Ltd v Pauline Colliery and Development Syndicate Ltd [1904] AC 120 (Privy Council)

Garner v Murray [1904] 1 Ch 57 *per* Joyce J

Carmichael v Evans [1904] 1 Ch 486

1905

Abrahams & Co v Dunlop Pneumatic Tyre Co [1905] 1 KB 46, CA

1906

The Gramophone and Typewriter, Limited v Stanley [1906] 2 KB 856, [1908] 2 KB 89, CA

In re Stanley, Tennant v Stanley [1906] 1 Ch 131 *per* Buckley J

Automatic Self-Cleaning Filter Syndicate Co Ltd v Cuningham [1906] 2 Ch 34 *per* Cozens-Hardy LJ

1908

Allemand

RGZ 68, p. 235, 346 (1908; I Sen.) *appelée* décision Hibernia

RGZ 68, p. 314, 317 (1908, II Sen.)

Anglais

Clifford v Timms [1908] AC 12, HL

1910

In re Darby, ex parte Brougham [1910] 1 KB 95 *per* Phillimore J

1911

France

CA Douai, 17 mars 1911 : S. 1912. 2. 11. note E. Chavegrin

Cass. civ., 22 novembre 1911 : S., 1912. 1. 5 ; DP. 1913. 1. 83.

Angleterre

The Attorney-general for the Dominion of Canada v Standard Trust Company of New-York [1911] AC 498, PC

Chuter v Freeth & Pocock Ltd [1911] 2 KB 832

1912

BayObLG du 16. 2. 1912, I. ZS Reg. III 12/12, OLGE 27, p. 331 = RJA 12, p. 28 = KGJ 44, p. 341 = DJZ 1913, p. 647 = Seuff. Arch. 67 Nr. 263 = GmbHR 1914, p. 9 = Freymuth II, 116 et s. = Liebmann DJZ 1913, p. 231 **Annexe 9**

RGZ 80, p. 385, 390 et s. (1912)

RGZ 81, p. 37 et s. (1912)

1913

Cass. Ch. réun., 5 avril 1913 : S. 1920. 1. 49. note A. Mestre

1914

France

Cass. Ch. réun., 11 mars 1914 : DP 1914. I. 257. note L. Sarrut

Angleterre

Booth v Helliwell (1914) 3 KB 252

1915

Continental Tyre and Rubber Company v Daimler Co Ltd [1915] 1 KB 893 *per* Lord Reading CJ

Hickman v Kent or Romney Marsh Sheep-Breeders' Association [1915] 1 Ch 881

The King v Kupfer [1915] 2 KB 321 *per* Lord Reading CJ

R v Grupp [1915] 2 KB 683, CA

Lennard's Carrying Co Ltd v Asiatic Petroleum Co Ltd [1915] AC 705, HL *per* Viscount Haldane LC

1916

Allemagne

RGJW 1916, p. 575 et s.

Angleterre

Daimler Company, Ltd v Continental Tyre and Rubber Company (Great Britain), Ltd [1916] 2 AC 307, HL

In re Yenidje Tobacco Co Ltd [1916] 2 Ch 426, CA

1917

Moussel Brothers Ltd v London and North-Western Railway Company [1917] 2 KB 836

1918

Cotman v Brougham [1918] AC 514 *per* Lord Parker

1920

In re Express Engineering works, Limited [1920] 1 Ch 466, CA

1921

Commissioners of Inland Revenue v Sansom [1921] 2 KB 492, CA

In re Hill, ex p Holt & Co [1921] 2 KB 831

1923

Allemagne

RGZ 107, p. 72, 75 et s. (1923)

RGZ, 107, p. 202, 204 et s. (1923, V Sen.)

Angleterre

Meyer & Co v Faber (No 2) [1923] 2 Ch 421, CA

1924

British Thomson-Houston Company, Limited v Sterling Accessories, Limited [1924] 2 Ch 33 per Tomlin J

Jubilee Cotton Mills Ltd v Lewis [1924] AC 958

1925

Allemagne

RGZ 112, p. 14, 17 et s. (1925)

Angleterre

Macaura v Northern Assurance Co Ltd [1925] AC 619, HL per Lord Buckmaster et Lord Wrenbury

1926

France

CA Montpellier, 3 mai 1926 : Recueil hebdomadaire, 1926, p. 398

Allemagne

RGZ 113, p. 6, 16 (1926)

Reichsgericht in Strafsachen, Urteil du 16 décembre 1926 : II 591/26: RGSt 61, p. 94

Angleterre

Parker and Cooper, Limited v Reading [1926] 1 Ch 975 per Astbury

Thomas v Richard Evans and Company, Limited [1926] 1 KB 33

1927

Allemagne

RGZ, 119, p. 248 , 256 et s. (décembre 1927) ; JW 1928, p. 625

RGJW 1927, p. 2986, 2989

RGZ 119, p. 97, 104 et s. (1927)

Angleterre

The King v Cory Brothers and Company Limited [1927] 1 KB 810 per Finlay J

1929

Inland Revenue Commissioners v Williamson (1929) 14 TC 335, CS (Scot) per Lord Clyde et per Lord Morison

1930

Colville Estate, Limited v IRC [1930] 2 KB 393

1932

In re Barnard. Martins Bank v Trustee [1932] 1 ChD 269 *per* Farwell J

1933

Allemagne

RGZ 142, p. 219, 221 (1933)

Angleterre

Gilford Motors v Horne [1933] Ch 935

1934

RGZ 146, p. 71, 76 (1934)

1935

RGZ 146, p. 385, 395 (1935)

1939

Noble Lowndes & Partners v Hadfields Ltd [1939] Ch 569

1940

Gasque v IRC [1940] 2 KB 80, KB Div *per* Macnaghten J

1944

Moore v Bresler [1944] 2 All ER 515

DDP v Kent and Sussex contractors Ltd [1944] 1 KB 146

W Hill & Son v Tannerhill [1944] 1 KB 472, CA

Rex v ICR Haulage Ltd [1944] 1 KB 551

1948

France

CA Paris, 20 décembre 1948 : JCP 1948. II. 5080

Angleterre

Mair v Wood (1948) SC 83

1949

Tower Cabinet Co LD v Ingram (1949) 2 KB 397 *per* Lord Goddard CJ

1951

EBBW Vale Urban District Council v South Wales Traffic Area Licensing Authority [1951] 2 KB 366

1952

Pegler v Craven [1952] 2 QB 69, CA

Butt v Kelson [1952] Ch 197, CA

1953

Allemagne

Bundesgerichtshof in Strafsachen, Urteil du 27.10.1953 : BGHSt 5, p. 28

Angleterre

In re FG (Films) Ltd [1953] 1 WLR 483 *per* Vaisey J

In Re Jon Beauforte (London) Ltd [1953] 1 All ER 634

Bank voor Handel en Scheepvaart NV v Slatford [1953] 1 QB 248

1954

France

Cass. 2^e civ., 28 janvier 1954, *Comité d'établissement de Saint-Chamond c/ Ray* : Bull. civ. 1954, II, n°32 p. 20; D. 1954, p. 217, note G. Levasseur; JCP 1954, II, n°7978, concl. Lemoine; Droit social 1954, 161, note P. Durand **Annexe 3**

1956

France

Cass. 2^e civ., 19 mars 1956 : D 1956, 351

Angleterre

H. L. Bolton (Engineering) Co. Ltd v T. J. Graham & Son Ltd [1956] 3 WLR 804, CA

1957

France

Cass. com., 13 février 1957, *Société Cagnat et Fils et autres c/ époux Drouet* : Bull. com. 1957 III, n°56 **Annexe 4**

Angleterre

Firestone Tyre and Rubber Co Ltd v Kewekub [1957] All ER 561

1958

Angleterre

National Coal Board v Gamble [1958] 3 All ER 203

1959

Olver v Hillier [1959] 1 WLR 551, ChD *per* Roxburgh J

1960

France

Cass. com., 29 mars 1960 : Bull. civ. 1960, n°124

Angleterre

Lee v Lee's Air Farming Ltd [1960] 3 WLR 758 ; [1961] AC 12, PC **Annexe 15**

1961

Cass. com., 30 janv. 1961 : Bull. civ. 1961, n°54

Cass. com., 6 fév. 1961 : Bull. civ. 1961, n°79

1962

France

Cass. com., 18 juil. 1962: Bull. civ. 1962, n°377

Cass. com., 15 oct. 1962: Bull. civ. 1962, n°401

Cass. com., 16 oct. 1962: Bull. civ. 1962, n°403

Angleterre

Johnes v Lipman [1962] 1 All ER 442

Tunstall v Steigmann [1962] 2 QB 593, CA

In re A Solicitors' Arbitration [1962] 1 WLR 353

1963

Cass. com., 07 janv. 1963: Bull. civ. 1963, n°18

Cass. com., 18 mars 1963: Bull. civ. 1963, n°159

Cass. com., 21 mai 1963: Bull. civ. 1963, n°245

Cass. com., 17 déc. 1963: Bull. civ. 1963, n°555

1964

France

Cass. crim., 16 janv. 1964 n°63-90263 : Bull. crim. 1964, n°16

Cass. com., 30 juin 1964 : Bull. civ. 1964, n°342

Cass. 1^e civ., 20 juil. 1964 : Bull. civ. 1964, n°402

Angleterre

Vane v Yiannopoulos [1964] 3 WLR 1218, [1965] AC 486, HL *per* Lord Evershed

1965

France

Cass. com., 15 nov. 1965: Bull. civ. 1965, n°574

Angleterre

John Henshall (Quarries) Ltd v Harvey [1965] 1 All ER 725

1966

France

Cass. 1^e civ., 6 juin 1966 : Bull. civ. 1966, n°342

Cass. com., 18 juil. 1966: Bull. civ. 1966, n°361

Angleterre

Bell Houses v City Wall Properties Ltd [1966] 2 All ER 674

1967

Cass. crim., 22 juin 1967 n°67-91220 : Bull. crim. 1967, n°188

CA Paris, 3 juillet 1967 : D 1967, 666

Cass. 2^e civ., 17 juillet 1967 : Bull. civ. 1967, n° 261

1968

Mann v D'Arcy [1968] 1 WLR 893, ChD *per* Megarry J

1969

Cass. com., 22 janvier 1969 : Bull. civ. 1969 IV, n°25, p. 24

CE, 31 octobre 1969, Syndicat de défense des canaux de la Durance : AJDA 1970, p. 252, note Landon

1970

Allemagne

BGHZ 53, 181, 183 (1970)

Angleterre

Spicer v Mansell [1970] 1 WLR 333, CA *per* Edmund Davies LJ

1971

France

CA Paris, 11 juin 1971 : JCP 1972. II. 16981, note Guyon ; Rev. Sociétés 1972. 222. note Sortais

Décision n°71-44 DC du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 : L. Favoreu et L. Philip, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10^e édition, Paris : Dalloz 1999, n° 19, p. 238 ; AJDA 1971, p. 537-542, note J. Rivero ; JCP éd. G., 1971, II, 16832.

Cass. 2^e civ., 27 octobre 1971 : D. 1972, p. 473

Allemagne

Beschluß des Ersten Senats vom 13. Oktober 1971 : 1 BvR 280/66 , BVerfGE, 32, 54 (72).

Angleterre

Tesco Supermarkets Ltd v Natrass [1971] 2 WLR 1166, HL ; [1972] AC 153 *per* L.Reid **Annexe 16**

1972

Kirkintilloch Equitable Co-operative Society Ltd v Livingston (1972) SC 111 *per* Lord Thomson

1973

France

Cass. 1^e civ., 3 juillet 1973 : Bull. civ. 1973 I, n°228, p. 203

Angleterre

Stekel v Ellice [1973] 1 WLR 191, ChD *per* Meggry J.

1974

Taylor v Good [1974] 1 WLR 556, CA

1975

Cass. soc., 18 juin 1975, n°74-60141 : Bull. civ. 1975, n°337, p. 293

1976

Allemagne

Beschluß des Zweiten Senats vom 26. Mai 1976 : 2 BvR 294/76 ; BVerfGE 42, 212 (219)

Angleterre

DHN Food Distributors Ltd v Tower Hamlets LBC [1976] 3 All ER 462

1977

France

Cass. 2^e civ., 27 avril 1977 n°75-14761 : Bull. civ. 1977, n°108, p. 74

Allemagne

Beschluß des Zweiten Senats vom 24. Mai 1977 : 2 BvR 988/75 ; BVerfGE 44, 353 (371)

1978

Angleterre

Hudgell Yeates & Co v Watson [1978] 1 QB 451, CA

Europe

CEDH *Bruggeman et Scheuten c/ République Fédérale d'Allemagne* n°6959/75, Rapport de la Commission, Comité des ministres du 17 mars 1978

1979

France

Cass. soc., 07 fév. 1979 : Bull. civ. 1979 V, n°122, p. 87, D 1979 p. 367 note Derrida

Cass. soc., 22 mars 1979 : Bull. civ. 1979 V, n°267 p.191 ; Droit Social 1980 p. 44, note J. Savatier

Cass. soc., 18 juillet 1979, n°79-60118, Bull. civ. V, 1979, V, n°646 ; Droit Social 1980 p. 44, note J. Savatier

Angleterre

In Re Southard & Co Ltd [1979] 3 All ER 556

Saywell v Pope (1979) 53 TC 40

1980

France

Cass. soc. 08 oct. 1980 : Bull. civ. 1980 V, n°114, D 1981 p. 257 note Reinhard

Cass. 1^{er} civ., 3 décembre 1980 : D. 1983. IR 69, obs. Bousquet

Angleterre

Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co. Ltd [1980] 1 QB 358, [1980] 1 WLR 627 *per* Lord Diplock

Newstead v Frost [1980] 1 WLR 135, HL *per* Lord Dilhorne

Europe

CEDH, *X. c. Royaume-Uni*, n°8416/79, décision de la Commission du 13 mai 1980, Décisions et Rapports 19, p. 262

1981

France

Cass. com., 9 mars 1981 : Bull. civ. 1981 IV, n°125

Cass. com., 4 mai 1981 : Rev. Sociétés 1982. 277 note Philippe, D. 1982. 482 note Daigre

Cass. com., 2 juin 1981 : Bull. civ. 1981 IV, n°259

Angleterre

Willmott v Berry Bros (a firm) (1981) 126 Sol Jo 209, CA

1982

Fulwell v Bragg (1982) 127 Sol Jo 171

1983

France

Cass. com., 8 nov. 1983 : Bull. civ. 1983 IV, n°298

Cass. com. 13 déc. 1983 : JCP 1985 II 20421 note Signoret-Serrano

Angleterre

Multinational Gas and Petrochemical v Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd [1983] 1 Ch 258, CA

Hitchman v Crouch Butler Savage Associates (1983) 127 Sol Jo 441, CA

1984

Cass. com., 7 mars 1984 société Beauvallet n°81-13728 et n°81-16259 : Bull. civ. 1984 IV, n°94

Cass. com., 7 mars 1984 société Le Joncourt n°82-12432 : Bull. civ. 1984 IV, n° 95

Cass. crim., 15 mai 1984 : Bull. crim. 1984, n° 179

1985

France

Cass. 1^{er} civ., 1^{er} déc. 1985 : Bull. civ. I, n°339, p. 305 ; D., 24 septembre 1987, n°31 p. 449, note Gilbert Paire

Angleterre

Strathearn Gordon Associates v Customs and Excise Commissioners [1985] VATTR 79

Roberts v J W Ward and Son (a firm) [1985] CA Transcript 71

1986

France

Cass. 1^{er} civ., 18 février 1986 n°84-15593 : Bull. civ. 1986 I, n°28 p. 25

Cass. 2^e civ., 15 décembre 1986 : Bull. civ. 1986 II, n°190, p. 129

Angleterre

Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v British Steel Corporation [1986] Ch 246

1987

France

Cass. com. 10 mars 1987 : Bulletin 1987 IV n°69 p. 51 ; JCP éd. G, 1987, II, 20830, note Y. Guyon ; Rev. soc., 1987, 587, note Sortais

CA Paris, 22 septembre 1987 : Gaz. Pal. 1988. 1. 86.

Allemagne

Beschluß des Ersten Senats vom 16. Juni 1987 : 1 BvR 1202/84 ; BVerfGE 76, 83 (88)

Angleterre

Goldsworthy v Brickell [1987] Ch 378, [1987] 1 All ER 853

R v HM Coroner for East Kent, ex parte Spooner (1987) 3 BCC 636, DC

1988

Allemagne

BGH, *Urteil* du 21 décembre 1988 : BGHZ 30, p. 391

Europe

CJCE, 27 sept. 1988, aff. 81/87, *The Queen c/ Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust* : Rec. CJCE p. 5483

1989

France

CE, 26 avril 1989, n°16172, Section syndicale CFDT de la chambre de commerce et d'industrie de Nantes : Publié aux Tables du Recueil Lebon

Cass. 1^{er} civ., 19 juillet 1989 n°87-16555

Angleterre

Richmond London Borough Council v Pinn and Wheeler Ltd [1989] Crim LR 510, [1989] RTR 354

Europe

CEDH, 30 mars 1989, *Chappel c/ Royaume Uni*, série A, n°152-A, p. 13

CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c/ Commission*, aff. 46/87 et 227/88 : Rec. 1989 p. 2859

CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Benelux c/ Commission*, aff. 85/87 : Rec. 1989 p. 3137

CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Chemical Ibérica e.a. c/ Commission*, aff. 97/87, 98/87 et 99/87 : Rec. 1989 p. 3165

1990

France

Cass. soc., 23 janv. 1990, n°86-14947, *Société Bendix Electronics c/ Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT et a.* : Bull. civ. 1990 V, n°20, p. 13 ; JCP éd. E 1990, II, 15755, note M. Nénot ; JCP éd. G, II, n°21529, note M. Nénot ; Droit social 1990, 326, obs. J. Savatier ; Rev.jurisprudence sociale Francis Lefebvre, fév. 1990, n° 2, p. 64, conclusions G. Picca ; Rev. des sociétés, sept. 1990, n° 3, p. 444, note R. Vatinet **Annexe 5**

Cass. soc., 16 mai 1990 : Bull. civ. 1990 V, n°227, p. 137

Cass. crim., 4 juillet 1990 n°89-86590

CE, 8 août 1990 n°57977, S.A. « Photogravure Paris Scanner », Lebon p. 703 et 706

Cass. soc., 19 décembre 1990, n°89-14576, Bull. civ. 1990 V, n°698 p. 421 ; D. 1991, IR, p. 36

Allemagne

BGH, *Urteil* du 15 janvier 1990 : BGHZ 110, p. 30 ; NJW 1990, p. 1289

Angleterre

Adams v Cape Industries plc [1990] Ch 433

Alberni String Quartet v Customs and Excise Comrs [1990] VATTR 166

Europe

Autronic AG v Suisse n°12726/87 (1990) 12 European Human Rights Reports (EHRR) 485

1991

France

Cass. com., 12 février 1991 : Bull. civ. 1991 IV, n°73

Cass. soc., 17 avril 1991, n°89-17993, 89-43.767, 89-43.768, 89-43.769, 89-43.770, *Syndicat CFDT métaux Fos et autres c/ soc. Solmer et autres* : Bull. civ. 1991 V, n°206 p. 125 ; JCP 1992, II, 21856 note H. Blaise

Angleterre

Arab Monetary Fund v Hashim [1991] 2 AC 114, HL

1992

France

Cass. com., 14 janvier 1992 : Bull. Joly 1992, 291, note Cuisance

Cass. 3^e civ. 3^e, 26 mai 1992 n°90-12356 : Bull. civ. 1992 III, n°174 p. 106

CE, 13 mai 1992 : RJDA 8-9/92 n°823

Cass. com., 12 novembre 1992 : JCP 93. II. 22039; Bull. Joly 1993, 561

Angleterre

The Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 c. 52

Europe

CEDH, *Niemietz c/ Allemagne*, du 16 décembre 1992, aff. n°13710/88 série A n° 251-B, p. 34 : D. 1993, somm., p. 386, obs. JF Renucci; AJDA 1993, p. 114, obs. JF Flauss

1993

France

Cass. 3^e civ., 3 février 1993, Fontaine contre SCI Résidence concorde : Bull. civ. 1993 III, n°15, p. 10 ; Bull. Joly 1993, p. 471 à 474

Cass. crim., 10 mars 1993, Bull. crim. 1993, n°111

Cass. com., 4 mai 1993 : RTD civ. 1994, p. 93 obs. Mestre ; Bull. civ. 1993 IV, n°163

Cass. com., 19 oct. 1993 n°91-20345, *Debroyse et autres c/ société RFI* : Bull. Joly 1993, n°12 p. 1239 à 1241 note J-J, Daigre

Cass. com., 07 déc. 1993, *Société Jules Roy c/ Société Benali et autres* : Bull. civ. 1993 IV, n°462, p. 336 ; Y. Chartier, *Revue des sociétés*, 01 juil. 1994, n°3 pp. 462 à 465 ; JCP éd. G, 06 juillet 1994, n°27, p. 269, note E. Putman

Canada

R. v. Thornton [1993] 2 S.C.R. 445 et (1991), 1 O.R. (3d) 480

1994

France

Cass. com., 22 février 1994 : RTD civ. 1994. 907, obs. Bandrac

Cass. com., 7 juin 1994 : Bull. Joly 1994, p. 1225 note C. Prieto

Cass. crim., 09 déc. 1997 n°97-83079 : Bull. crim. 1997, n° 420, p. 1385

Angleterre

Mephistopheles Debt Collection Service (a firm) v Lotay [1994] 26 LS Gaz R 36, CA

R v OLL Ltd (1994) Times, 9 décembre 1994

Europe

CEDH, *Reeve c. Royaume-Uni*, n°24844/94, décision de la Commission du 30 nov. 1994, Décisions et Rapports 79-B, p. 146

1995

France

Cass. com., 14 nov. 1995 : JCP éd. G. 1997 II p. 22818 note Boccara

Allemagne

BGH : NJW 1995, 1032

Angleterre

Deutsche Genossenschaftsbank v Burnhope [1995] 1 WLR 1580, HL

Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission [1995] 2 AC 500, PC

1996

France

Cass. 3^e civ., 9 oct. 1996, RJ com. 1998. 16, note D. Velardocchio

Allemagne

BGH, *Urteil* du 29 mars 1996 : II ZR 263/94 ; NJW 1996. p. 1678

Angleterre

Quinlan v Essex Hinge Co Ltd [1996] 2 BCLC 417

1997

France

Cass. crim., 2 déc. 1997 n°96-85484 : Bull. crim. 1997, n° 408, p. 1350

Cass. 2^e civ., 9 décembre 1997 n°95-14512

Angleterre

Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd [1997] AC 360, HL

1998

France

Cass. 1^e civ., 5 mai 1998 n°96-13610 : Bull. civ. 1998 I, n°159, p. 107

Cass. 3^e civ., 27 mai 1998 : Bull. civ. 1998 III, n°110, p. 73

Cass. 3^e civ., 10 juin 1998, n° 96-17975

Cass. crim., 7 juillet 1998 n°97-81273 : Bull. crim. 1998, n° 216, p. 626

Cass. crim., 1 déc. 1998 n°97-80560 : Bull. crim. 1998, n° 325, p. 942

Angleterre

Major v Brodie [1998] BTC 141

Ward v Newalls Insulation Co Ltd [1998] 1 WLR 1722, CA per Henry LJ

Canada

Continental Bank Leasing Corp. v. Canada [1998] 2 S.C.R. 298

R. v. Cuerrier [1998] 2 S.C.R. 371

1999

France

Cass. com., 16 mars 1999 n°96-15851

Cass. crim., 30 juin 1999 : Bull. crim. 1999, n°174, p. 511 ; JCP éd. G, 19 janv. 2000, n°3, p. 77, note G. Fauré (JCP G 2000. II. 10231) ; D. 1999, jur. 710, note Vigneau ; D., 23 mars 2000, n°12, p. 181, note G. Roujou De Boubée et B. de Lamy ; Droit pénal, avr. 2000, n°4, p. 4, note M.-L. Rassat ; D., 27 avr. 2000, n°17, p. 169, note L. Dumaine et C. Desnoyer ; RSC 1999. 813, obs. Mayaud

Cass. crim., 9 nov. 1999 n°98-81746 : Bull. crim. 1999, n° 252, p. 786

Cass. com., 30 novembre 1999 : Bull. civ. 1999 IV, n°218, p. 183 ; JCP éd. E, 02 mars 2000, n° 9, p. 369, note H. Croze et S. Cayre

Cass. crim., 14 déc. 1999 n°99-80104 : Bull. crim. 1999, n° 306, p. 947

Angleterre

Secretary Of State For Trade & Industry v Bottrill [1999] EWCA Civ 781

Taylor v Mazorriaga (1999) LTL, 12 May 1999

Morris v Wentworth-Stanley [1999] 2 QB 1004, CA

Europe

CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97 ; *Centros Ltd* : Rec. CJCE I p. 1459

Californie (USA)

Bt-I v. Equitable Life Assurance Soc'y, 75 Cal. App. 4th 1406 (29. oct. 1999)

2000

France

Cass. crim., 5 janv. 2000 n°99-84613 : Bull. crim. 2000, n°4, p. 7

Cass. crim., 12 janv. 2000 n°98-86441 : Bull. crim. 2000, n°23, p. 51

Cass. crim., 18 janvier 2000 n° 99-80318 : Bull. crim. 2000, n° 28, p. 68

Cass. 3^e civ., 23 février 2000 n°98-10363 : Bull. civ. 2000 III, n°42, p. 29

Cass. crim. 18 avr. 2000 n°99-85183 : Bull. crim. 2000, n°153, p. 451

Cass. crim., 24 mai 2000 n°99-83414 : Bull. crim. 2000, n° 203, p. 597

Cass. crim., 30 mai 2000 n°99-84212 : Bull. crim. 2000, n° 206, p. 607

Cass. crim., 20 juin 2000 n°99-86742 : Bull. crim. 2000, n° 237, p. 702

Cass. crim., 24 oct. 2000 n°00-80378 : Bull. crim. 2000, n° 308, p. 913

Angleterre

Ravindran v Rasanagayam (2000) LTL, 24 Jan. 2000

Davies v Newman (2000) LTL, 31 mai 2000 *per* Pumfrey J

R v Broadcasting Standards Commission, ex parte BBC [2000] 3 All ER 989 *per* Lord Woolf MR

R v Inland Revenue Commissioners, ex p. Banque Internationale à Luxembourg SA [2000] STC 708 *per* Lightman J

Khan v Miah [2000] 1 WLR 2123 *per* Lord Millett

Re A-G's Reference (No. 2 of 1999) [2000] QB 796

2001

France

Cass. 3^e civ., 25 avril 2001 : Bull. civ. 2001 III, n°50, p. 39 ; RTD civil, janvier-mars 2002, n° 1, p. 130-131, note Jean Patarin

Cass. crim., 26 juin 2001 n°00-83466 : Bull. crim. 2001 n° 161 p. 504

Ass. Plén., 29 juin 2001 : Bull. Ass. Plén. 2001, n°8, p. 19 ; JCP éd. G, 18 juil. 2001, n°29 p. 1432 (JCP G 2001. II. 10569) rapport P. Sargos, conclusions J. Sainte-Rose et note M.L. Rassat ; RTD civil, juil. – sept. 2001, n°3, p. 560 et 561, note Jean Hauser ; D. 2001. 2917, note Mayaud ; D., 18 oct. 2001, n°36, Chroniques, p. 2907 à p. 2913, note Jean Pradel ; Droit et patrimoine, n°98, nov. 2001, p. 99 à p. 101, note Grégoire Loiseau

Cass. com., 4 sept. 2001 n°01-80013

Allemagne

BGH, Urteil du 29 janvier 2001 : II ZR 331/00, Pressemitteilung Nr. 2/01 du 24.1.2001, Pressemitteilung Nr. 4/01 du 29.1.2001, Pressemitteilung Nr. 68/01 du 24.9.2001, Pressemitteilung Nr. 5/02 du 24.1.2002. Voir également : ZNotP 2001, p. 204; BFH/NV Beilage 2002, p. 77; BGHZ 146, p. 341; BB 2001, p. 374; DB 2001, p. 423; DStR 2003, p. 944; DStZ 2001, p. 219; WPg 2001, p. 354; NJW 2001, p. 1056; NWB 2001, p. 364; BuW 2001, p. 517; BGHR 2001, p. 237; BauR 2001, p. 775; DWW 2001, p. 44; DNotI-Report 2001, p. 41; EWiR 2001, p. 341; IBR 2001, p. 258; JurBüro 2001, p. 234; NZA 2001, p. 408; NZG 2001, p. 311; NZM 2001, p. 299; WM 2001, p. 408; WuB 2001, p. 817; ZAP 2001, p. 257; ZIP 2001, p. 330; ZKF 2001, p. 163; ZMR 2001, p. 338; AG 2001, p. 307; AuA 2001, p. 132; DAR 2001, p. 210; DNotZ 2001, p. 234; InVo 2001, p. 171; JA 2001, p. 441; JZ 2001, p. 655; JuS 2001, p. 509; KKZ 2001, p. 235; MDR 2001, p. 459; NJ 2001, p. 132; NZI 2001, p. 241; Rpfleger 2001, p. 246; VersR 2001, p. 510; ZInsO 2001, p. 218; ZZP 2002, p. 93; ZfBR 2001, p. 399 **Annexe 10**

BGH, Urteil du 25 avril 2001 : XII ZR 43/99

BGH, Urteil du 2 juillet 2001 : II ZR 304/00

BGH, Urteil du 9 juillet 2001 : PatAnwZ 1/00

BGH, Urteil du 16 juillet 2001 : II ZB 23/00

BGH, Urteil du 11 octobre 2001 : III ZR 288/00

BGH, Urteil du 23 octobre 2001 : XI ZR 63/01

BGH, Urteil du 19 novembre 2001 : AnwZ (B) 75/00

OLG Dresden, Urteil du 20.11.2001 - 2 U 1928/01

Oberlandesgericht 2001 : *OLG Schleswig* : NZG 2001, p. 796 '797'

2002

France

Cass. ch. mixte, 22 février 2002 : Rev. sociétés, 2002, p. 293, note Y. Chartier ; Dr. sociétés, 2002, comm. n°168, obs. Th. Bonneau ; RTD civ. 2002, p. 358, obs. R. Perrot

Cass. 1^e civ., 19 mars 2002 : JCP éd. G., 2003, I, 122, Chron. n° 2

Cass. crim., 25 juin 2002 : Bull. crim. 2002, n°144, p. 531 ; Droit pénal, n°9, septembre 2002, chron. n°31, note Dominique Commaret et Michel Veron ; JCP, éd. G, n°41, 9 octobre 2002, J., II, 10155, p. 1807 à p. 1809, note Michèle-Laure Rassat (JCP 2002. II. 10155) ; D., 21 nov. 2002, n°41, jur., p. 3099 à p. 3102, note Jean Pradel ; RSC 2003, p. 95, note Y. Mayaud

Cass. 1^e civ., 2 octobre 2002 n°00-10499 : Bull. civ. 2002 I, n°227, p. 174

Cass. soc., 13 novembre 2002 n°00-17176

Cass. 2^e civ., 19 déc. 2002 : Bull. civ. 2002 II, n°290 ; JCP E 2003, n°32-35, p. 1331, obs. Caussain, Deboissy et Wicker ; Bull. Joly 2003, 483, note Saintourens ; Dr. et patr. juill.-août 2003. 97, obs. Poracchia.

Allemagne

BFH : NZG 2002, 103

BGH, Urteil du 18 janvier 2002 : V ZR 68/01

BGH, Urteil du 21 janvier 2002 : II ZR 2/00

BGH, Urteil du 18 juin 2002 : VIII ZB 6/02

BGH, Urteil du 1 juillet 2002 : II ZR 380/00

BGH, Urteil du 22 juillet 2002 : II ZR 90/01

OLG Koblenz, Urteil du 22.08.2002 - 9 UF 397/02

BVerfG, 2.09.2002 – 1 BvR 1103/02 – NJW 2002, 3533

BGH, Urteil du 11 septembre 2002 : XII ZR 187/00

BayObLG, Urteil du 31 octobre 2002 - 2Z BR 70/02

Europe

CEDH, 16 avril 2002, *société Colas Est et a. c/ France*, n°37971/97; AJDA 2002, p. 500 obs. JF Flauss; D. 2003, n°23, p. 1541 et s., obs. A. Lepage; D. 2003, somm., p. 527, obs. C Birsan; JCP 2002, I, n°153, obs. R. Besrour; JCP éd E 2003, p. 77, obs. B. Espesson-Vergeat; JCP éd. E 2003, p. 560, obs. J Raynaud; Bull. Joly 2002, p. 953, note N. Mathey

CJCE, 5 nov. 2002, aff. C-208/00; *Überseering BV c/ Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* : JCP éd. G II 10032, 26 février 2003, p. 360 à 365, note Michel Menjucq

2003

France

Cass. crim., 11 mars 2003 n°02-82352 : Bull. crim. 2003, n°65, p. 238

Cass. 3^e civ., 07 mai 2003 n°01-01583 : Bull. civ. 2003 III, n°102, p. 93 ; Répertoire Defrénois, n°13-14, juillet 2004, jur., art. 37982, p. 982 à 989, note J. Honorat

CA Metz, 25 juin 2003, *SA Crédit industriel d'Alsace et de Lorraine c/ Société de droit allemand Transitas Internationale Spediteur Alexander Schreibeisen KG et a.* : Journal Dr. Internat. Clunet, 1/2004, p. 188-192, note P. Roussel Galle

Cass. com., 1 juillet 2003 : RJDA 11/03 n°1064

CA Versailles, 4 septembre 2003, *Klempka, Taylor et Green c/ Société ISA Daisyteck* : Journal Dr. Internat. Clunet, 1/2004, p. 142-161 note A. Jacquemont

Cass. crim., 14 oct. 2003 n°02-86376 : Bull. crim. 2003, n° 189, p. 778

Cass. crim., 22 octobre 2003 : Bull. crim. 2003, n°199, p. 821

Cass. crim., 2 déc. 2003 : Bull. crim. 2003, n°230, p. 931 ; Revue pénitentiaire et de droit pénal, n° 2, juin 2004, p. 414 à p. 416, note Jean-Yves Chevallier ; Droit pénal 2004, comm. n°18

Allemagne

BGH, Urteil du 26 février 2003 : VIII ZB 69/02

BGH, Urteil du 23 octobre 2003 : IX ZR 324/01

BGH, Urteil du 11 décembre 2003 : IX ZR 109/00

Angleterre

Khurll v Poulter (2003) LTL, 8 April 2003

Europe

TPICE, 9 juillet 2003, *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients c/ Commission*, aff. T-224/00 : Rec. 2003 p. II-2597

Credit and Industrial Bank v République Tchèque n°29010/95 (2003) ECHR 2003-XI

2004

France

Cass. 2^e civ., 12 février 2004 : Bull. civ. 2004 II, n°52, p. 44

Cass. com., 18 février 2004 : RJDA 6/2004, n°718

Cass. crim., 29 avr. 2003 n°02-85353 : Bull. crim. 2003, n°91, p. 347

Cass. crim., 4 mai 2004 : Bull. crim. 2004, n°108, p. 418 ; P.A. 21 fév. 2006, chron. droit médical (2^e partie), « III. Homicide involontaire et enfant à naître », n°37, p. 15 par M. Daury-Fauveau

Cass. crim., 3 juin 2004, Bull. crim. 2004, n°148

Cass. 1^e civ., 22 juin 2004, n°00-21457

Cass. 2^e civ., 8 juillet 2004 n°02-15623 : Bull. civ. 2004 II, n°398, p. 335 ; JCP éd. E panorama rapide n°39 p. 1469

Cass. com., 12 juillet 2004 n°03-12673 et 03-12683

Cass. com., 12 juillet 2004 n°03-12672 : Bull. civ. 2004 IV, n°161, p. 174 ; Bull. Joly 2004, p. 1554, §305, note C. M. Bénard

CE 28 juillet 2004 : RJDA 6/05 n°697

CA Paris, 14 septembre 2004 : Gaz. Pal., 16 et 17 février 2005, p. 21

CE, 6 octobre 2004 n°248968 : RJF 12/04 n°1234, concl. S. Verclytte ; BDCF 12/04 n°149 ; Bull. Fiscal Francis Lefebvre, 12/04 n°1102 p. 886

Cass. crim., 19 oct. 2004 n°04-82485 : Bull. crim. 2004, n°247, p. 920

Cass. crim., 26 oct. 2004 n°03-86970 : Bull. crim., 2004, n°254, p. 951

CA Reims, 3 novembre 2004 n°04-89, 1^e ch. civ. Benzaken c/ Jacquin : BRDA 14/05 du 30 juillet 2005, p. 4

Allemagne

BGH, Urteil du 5 janvier 2004 : II ZB 22/02

BGH, Urteil du 22 janvier 2004 : IX ZR 65/01

BGH, Urteil du 8 mars 2004 : II ZR 175/02

BGH, Urteil du 15 mars 2004 : II ZR 247/01

BFH, Urteil du 18.05.2004 - IX R 83/00 : BFH/NV 2004, p. 1323 ; BStBl II 2004, p. 898 ; BFHE 2004, p. 6162 ; BB 2004, p. 1713 ; DB 2004, p. 1705 ; DStR 2004, p. 1331 ; DStRE 2004, p. 991 ; HFR 2004, p. 881 ; WPg 2004, p. 1209 ; FR 2004, p. 1075 ; NJW 2004, p. 2773 ; StB 2004, p. 322 ; KFR 2004, p. 393 ; NWB 2004, p. 2481 ; NZM 2004, p. 660 ; StuB 2004, p. 746 ; ZIP 2004, p. 1728 ; ZfIR 2004, p. 690

BAG, 5. Senat Urteil du 19.05.2004 - 5 AZR 405/03

BGH, Urteil du 24 mai 2004 : II ZA 21/03

BGH, Urteil du 16 juillet 2004 : IXa ZB 288/03

BAG, 5. Senat Urteil du 01.12.2004 - 5 AZR 597/03 : NJW 2005, p. 1004; JR 2005, p. 308; NZA 2005, p. 318; NZG 2005, p. 264; ZAP 2005, p. 500; AnwBl 2005, p. 9; AuA 2005, p. 57; EzA-SD 2005, p. 10; MDR 2005, p. 584

OLG Frankfurt am Main, Urteil du 10.12.2004 - 21 AR 138/04

Europe

CEDH *Vo c. France*, n°53924/00, Grande chambre du 8 juil. 2004 : Natalie Fricero, observations *in* Revue Juridique personnes & famille, n°9, septembre 2004, p. 25 et 26 ; Jean Pradel, "La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras", *in* : D., 2004, n°34, p. 2456 à p. 2458 ; Evelyne Serverin, "Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme", *in* : D., 2004, n°39, p. 2801 à p. 2807 ; Isabelle Berro-Lefèvre, observations *in* Droit européen des droits de l'homme (sous la direction de Jean-François Renucci), D., 2004, n°35, p. 2532 à 2543

2005

France

Cass. 1^e civ., 18 janvier 2005 : Bull. civ. 2005 I, n°28, p. 21

Cass. crim., 15 février 2005 : Bull. crim. 2005, n°57, p. 212, Bull. Joly 2005, Jurisprudence, §246, p. 1117 et s. note Jean-François Barbiéri ; Les annonces de la Seine, Suppl. n°30 du 4 mai 2006, p. 7 et 8

Cass. com., 19 avril 2005 : Bull. civ. 2005 IV, n°92, p. 95 ; Bull. Joly 2005, p. 690, §155 note C. Saint-Alary-Houin ; D 2005, p. 1225, obs. A. Lienhard ; RTD com 2005, p. 541, obs. Cl. Champaud et D. Danet ; JCP éd. E 2005, n°721 ; BRDA, 15 mai 2005, n°9/05, p. 6, §8

Cass. com., 31 mai 2005 : Bull. civ. 2005 IV, n°123, p. 131

Cass. com., 14 juin 2005 n°02-17719 : Bull. Joly 2006, § 15, p. 98 note Dominique Vidal

Cass. com., 21 juin 2005 : JCP éd. E n°27-28, Actualités, 7 juillet 2005 p.1154 n°206

Cass. com., 12 juillet 2005 n°04-11170

Cass. Avis, 2 septembre 2005 : Bull. Avis 2005, n°6, p. 9, Rapport de M. Ollier, Observations de Mme Barrairon, Avocate générale

Cass. com., 27 septembre 2005 : Bull. Joly 2006, §47, p. 235 et s. note A. Reygrobellet

CA Paris, 11 oct. 2005 : Bull. Joly 2006, p. 478, §94

Cass. com., 8 novembre 2005 n°03-20982 : Bull. Joly 2006, §71, p. 344 à 351 note Le Cannu

Cass. 3^e civ., 9 novembre 2005, *Pradet-Balade c/ SCI Bourg-La-Reine Centre* : BRDA 23/05 du 15 décembre 2005, p. 2 ; Bull. civ. 2005 III, n°218, p. 198

Cass. crim., 15 novembre 2005 : Les annonces de la Seine, 31 août 2006, n°55, p. 8 (2006-1158)

Cass. com., 06 déc. 2005 n°03-16853, n°03-16854, n°03-16855 et n°03-16853, dont le premier est publié Bull. civ. 2005 IV, n°244, p. 270

Cass. com., 6 décembre 2005 : Bull. civ. 2005 IV, n°244, p. 270, Bull. Joly 2006, §103 et §104, p. 517 à 521 note Le Cannu

Cass. com., 13 décembre 2005 : Bull. civ. 2005 IV, n°257, p. 285, BRDA, 31/06/2006, §3, p. 3

Cass. 1^e civ., 13 décembre 2005 : Bull. civ. 2005 I, n°487, p. 409, Bull. Joly 2006, chr. par Le Cannu, §121

Allemagne

BGH, Urteil du 14 février 2005 : II ZR 11/03

BGH, Urteil du 2 juin 2005 : V ZB 32/05

BGH, Urteil du 12 décembre 2005 : II ZR 283/03

Angleterre

Collins Stewart Ltd v Financial Times Ltd [2005] EWHC 262 (QB), [2006] EMLR 5

R (North Cyprus Tourism Centre Ltd) v Transport for London [2005] EWHC 1698 (Admin), *The Times*, 24 août 2005

Ayton Ltd v Popely [2005] EWHC 810 (Ch), LTL 19/9/2005

Weir v Secretary of State for Transport [2005] EWHC 2192 (Ch), LTL 14/10/2005

Ratuu v Conway [2005] EWCA Civ. 1302, LTL 8/11/2005, CA per Sedley LJ

2006

France

CE, 23 janvier 2006 n°284788 : BRDA 5/06 du 15 mars 2006, p. 3

Cass. com. 31 janvier 2006 : Bull. Joly 2006, §167, p. 801-811 note Renaud Mortier

Cass. com., 31 janvier 2006 n°04-14576 : Bull. Joly 2006, §169, p. 814 note J.J. Daigre

Cass. 3^e civ., 17 mai 2006 : PA 29 septembre 2006 n°195 p. 10

Cass. 3^e civ., 17 mai 2006 : Bull. civ. 2006 III, n°130, p. 108 ; BRDA n°14/06 du 31 juillet 2006, p. 2, §2 ; PA, 29 septembre 2006, n°195, Jurisprudence, p. 10-13

Cass. com., 23 mai 2006 : Bull. 2006 IV, n°130, p. 132 ; BRDA n°13/07 du 15 juillet 2006, p. 2, §2 ; JCP éd. E, n°2756, p. 2105 note M. Véron ; Bull. Joly 2006, §241, p. 1160 et s. note D. Cholet

Cass. crim., 20 juin 2006 : Bull. crim. 2006, n°188, p. 669 ; JCP éd. E, n°2756, p. 2105 note M. Véron ; BRDA n°17/06 du 15 septembre 2006, p. 2

Cass. com. 20 juin 2006 n°03-15957 : Bull. civ. 2006 IV, n°146 ; Dr. sociétés mars 2007, note n°43 H. Lécuyer.

Cass. crim., 27 juin 2006 : D. 2007 Pan. 403, obs. Mirabail

Cass. com., 11 juillet 2006, Benzaken c/ Jacquin : BRDA 20/06 du 31 octobre 2006, n°5 p. 4

Cass. com., 11 juillet 2006 n°05-10931

Cass. crim., 12 septembre 2006 : PA 19 janvier 2007 n°15, p. 13 à 20 note Harold Kobina Gaba

Cass. com., 03 octobre 2006 (2nd moyen) : Bull. civ. 2006 IV, n°203, p. 222 ; BRDA du 30 novembre 2006, n°22/06, p. 3, §5

Cass. com., 3 octobre 2006 : Bull. civ. 2006 IV, n°205, p. 226 ; BRDA n°21/06 du 15 novembre 2006, p. 2, §2

Cass. soc., 10 octobre 2006 : Bull. civ. 2006 V, n°296, p. 282 ; Droit social, 2007-01, n° 1, p. 111-112, obs. Antoine Mazeaud ; JCP éd. E, 16 nov. 2006, n°2641 p. 1948

Cass. crim., 6 décembre 2006 : Bull. crim. 2006, n°306, p. 1104

Allemagne

BGH, Urteil du 26 janvier 2006 : V ZB 132/05

BGH, Urteil du 3 avril 2006 : II ZR 40/05

BGH, Urteil du 6 avril 2006 : V ZB 158/05

BGH, Urteil du 18 mai 2006 : I ZR 116/03

BGH, Urteil du 25 septembre 2006 : II ZR 218/05

BGH, Urteil du 17 octobre 2006 : XI ZR 185/05

Angleterre

Young Legal Associates v Zahid [2006] 1 WLR 2562, CA

Europe

CJCE, Ordonnance du 30 mars 2006, *Strintzis Lines Shipping c/ Commission*, aff. C-110/04 P : Rec. 2006 p. I-44

2007

France

Cass. soc., 28 fév. 2007 : D. 29 mars 2007, n°13/7286, p. 869

Cass. mixte, 18 mai 2007 n°05-10413 Bull. mixte. 2007 n°4

Cass. com., 25 septembre 2007 n°06-11088, Dr. des sociétés, n°3, mars 2008, p. 19, Comm. Prof. Renaud Mortier

Cass. com., 4 décembre 2007 : Bull. civ. 2007 IV, n° 259 ; D. 2008, p. 78, note A. Lienhard ; RTD com. 2008, p. 133, obs. Le Cannu et Dondero

Allemagne

BGH, Urteil du 2 avril 2007 : II ZR 325/05

BGH, Urteil du 3 mai 2007 : IX ZR 218/05

BGH, Urteil du 26 juin 2007 : XI ZR 287/05

BGH, Urteil du 27 juin 2007 : VIII ZR 271/06

BGH, Urteil du 2 juillet 2007 : II ZR 111/05

Angleterre

Jasmine Trustees Ltd v Wells and Hind [2007] EWHC 38 (Ch) (19 January 2007), LTL 23/01/2007, Times 12/02/2007

2008

Cass. com., 1er juillet 2008 n°07-10676 : Bull. civ. 2008 IV, n°139 ; Bull. Joly 2008, p. 959 note J-F Barbièri

2009

Cass. 3^e civ., 4 juin 2009 n°08-12805 : Bull. civ. 2009 III, n°135

Cass. com., 23 juin 2009 n°08-15120

Cass. 3^e civ., 1 juillet 2009 n°08-14762 : Bull. civ. 2009 III, n°167

Cass. 2^e civ., 10 sept. 2009 : RD banc. fin. 2009, n°206, obs. S. Piedelièvre ; Dr. sociétés 2009, n°217, note Coquelet ; JCP E 2010. 1145, n°1, obs. Deboissy et Wicker ; Dr. et patr. avr. 2010. 98, obs. Poracchia.

Cass. 3^e civ., 7 octobre 2009 n°08-16746 : Bull. civ. 2009 III n°217

Cass. crim., 8 décembre 2009 n°09-81607 : Bull. crim. 2009, n° 205

Bibliographie

Droit français

Dictionnaires

BERTHELIN, Pierre Charles, *Dictionnaire universel [français] et latin : contenant la signification et la définition tant des mots de l'une & de l'autre langue*, Paris : la Compagnie des libraires associés, 1762 [3 vol.]

Le Dictionnaire de l'Académie française, 8^e éd., vol.1. A-G, 1932 (IV-623 p) et vol. 2 H-Z, 1935 (744 p.)

Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de Gérard CORNU, 1^{ère} éd, Paris : PUF, 1987 (XVIII-839 p.)

Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de Gérard CORNU, 4^e éd., Paris : PUF Quadrige, 2003 (XX-951 p.)

Lexique des termes juridiques, sous la direction de Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2001 (592 p.)

Dictionnaire de la langue française, Le Littré, 2^e éd., Paris, 1872-1877 (1343 p.)

LITTRÉ, Paul-Emile, *Dictionnaire de la langue française*, tome V – Paison à Retenir, Chicago : Encyclopaedia Britannica, juillet 1994 [6 vol. (6809 p.)]

RAY, Alain, *Dictionnaire historique de la langue française*, 2 vol., Paris : Ed. Dictionnaires Le Robert, 1992 (XXI-2383 p.)

A. CARPENTIER et G. FRÈREJOUAN du SAINT, *Répertoire général alphabétique du droit français*, Paris : Edouard Fuzier-Hermann, édité de 1886 à 1906, spécialement :

- Fuzier-Herman, *Répertoire général alphabétique du droit français*, Tome 4, Paris, 1888
- Fuzier-Herman, *Répertoire général alphabétique du droit français*, tome 5, Paris, 1889
- Fuzier-Herman, *Répertoire général alphabétique du droit français*, tome 34, Paris, 1904

M. D. Dalloz et al., *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, tome 40, Paris, 1859 (Serment à Substituts des Tabellions), 858 p. spécialement V^o Société (p. 353 à 769)

E. VERGÉ & R. de SÉGOGNE, *Nouveau répertoire de droit*, Tome 3, 2^e éd., Paris : Dalloz, 1964 (VI-991 p.)

Ouvrages et thèses

Code civil des français 1804 – édition du bicentenaire 1804-2004, éd. présentée par BREDIN, Jean-Denis, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004 (579 p.)

BARUCHEL, Nathalie, *La personnalité morale en droit privé – Eléments d'une théorie*, thèse, Paris : LGDJ, Bibliothèque de droit privé tome 410, 2004 (VII-436 p.)

CAPITANT, Henri & COLIN, Ambroise, *Cours élémentaire de droit civil français*, Tome 1, 2^e éd., Paris : Dalloz, 1919

CARBONNIER, Jean *Droit civil I. Les personnes : personnalité, incapacités, personnes morales*, Paris : PUF, Coll. Thémis. Droit privé, 2000 (425 p.)

CHALARON, Yves, *Reflexions sur l'exercice du droit syndical dans l'entreprise, Mélanges JAUFFRET*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974 (681 p.)

CORNU, Gérard, *Droit civil I. Introduction- Les personnes- Les biens*, vol. 1, 6^e éd., Paris : Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 1993 (599 p.)

COUTURIER, Gérard, *Droit du travail 2/Les relations collectives de travail*, 1^e éd., Paris : PUF, 1991 (514 p.)

COZIAN, Maurice, *Précis de fiscalité des entreprises 2000-2001*, 24^e éd., Paris : Litec, 2000 (X-555 p.)

Recueil DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, avis du Conseil d'Etat*, de 1788 à 1830 [32 vol.] ; de 1830 à 1853 [63 vol.], Paris : A. Guyot et Scribe : [puis] L. Larose : [puis] Librairie de la Société du recueil J.B. Sirey et du journal du Palais

DAUBIN, Jean, *Le droit subjectif*, Paris : Dalloz, Coll. Philosophie du droit, 1952 (313 p.)

DIDIER, Paul, *Droit commercial – 2/ L'entreprise en société. Les groupes de sociétés*, 3^e éd., Paris : PUF, Coll. Thémis, 1999 (XV-642 p.)

DIDIER, Paul, *Le droit commercial*, 2^e éd., Paris : Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2001 (IX-147 p.)

DUCROCQ, Théophile, *Cours de droit administratif*, 3. éd., Paris : E. Thorin , 1869 (XI-728 p.)

DUGUIT, Léon, *Etudes de droit public. L'Etat I. L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris : A. Fontemoing, 1901 (20 p.)

Notes et études documentaires, *Le droit des fondations en France et à l'étranger*, sous la direction de René-Jean DUPUY, n°4879, Paris : La Documentation française, 1989 (148 p.) contenant notamment :

- *Aperçu historique sur les fondations en droit français* par Jean Imbert
- *Le régime juridique des fondations en droit allemand* par Walter Leisner.

ESCARRA, Jean et Edouard, & RAULT, Jean, *Traité théorique et pratique de droit commercial – Les*

sociétés commerciales, tome III, Paris : Recueil Sirey, 1955 [4 vol., 1950-1959]

Mélanges SORTAIS, Jean-Pierre, Bruyant, 2002 (XVIII-615 p.) contenant notamment :

- FLAUSS, Jean-François, *Le contentieux de la réparation devant la CEDH: Eldorado pour les victimes et fonds de commerce pour les conseils?*, p. 155 et s.

GUYON, Yves, *Droit des affaires – 1. Droit commercial général et sociétés*, 6^e éd., Paris : Economica, 1990 (X-970 p.)

HAURIOU, Maurice, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris : Sirey, 1925 (VI-521 p.)

HILAIRE, Jean, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1986 (355 p.)

HOUIN et GORÉ, *Acquisition de la personnalité morale des sociétés commerciales*, D. 1967, chron. 123 ; Dagot, D. 1974, chron. 241

LAMARQUE, Jean, *Droit fiscal général – Fascicule 1*, Paris : Litec, Coll. Les Cours de droit, 1998 (308 p.)

LAURENT, François, *Principes de droit civil français*, tome 1, 3^e éd., Bruxelles : Bruylant-Christopheck Cie, 1878 [33 vol.]

LAURENT, François, *Principe de droit civil*, tome 1, 5^e éd., Bruxelles : Bruylant-Christopheck Cie, successeur Emile Bruylant, Paris : A. Chevalier-Marescq & Cie successeur, 1893 (590 p.)

LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996 (475 p.)

LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *La Société anonyme au XIX^e siècle : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, Paris : PUF, 1985 (XII, 481 p.)

LÉVY, Jean-Philippe & CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Paris : Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 2002 (XIII-1554 p.)

MATHEY, Nicolas, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, sous la direction du Prof. Laurent Leveneur, 2001 (649 p.)

MERCADAL, Barthélemy, *Memento Pratique Francis Lefebvre, droit des affaires – Sociétés commerciales 2004*, Levallois-Perret : Ed. Francis Lefebvre, 2003 (551 p.)

MICHOUD, Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 2^e éd., par Louis Trotabas, Paris : LGDJ, 1924 [2 vol.]

MICHOUD, Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 3^e éd., par Louis Trotabas, Paris : LGDJ, 1932 [2 vol.] :

- vol. 1, Notion de personnalité morale, classification et création des personnes morales

- vol. 2, La vie des personnes morales, leur suppression et ses conséquences

- OBERDORFF, Henri & ROBERT, Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme – Textes français et internationaux*, 5^e éd., Paris : Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 2002 (VII-719 p.)
- PEGLOW, Kerstin, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, thèse, préf. J. B. Blaise, Paris : LGDJ (Bibliothèque de droit privé, t. 402), 2003 (XI-629 p.)
- PIC, Paul, *Traité général théorique et pratique de droit commercial*, Paris : Rousseau, Coll. Thaller, 1925 [3 vol. (860, 728, 1016 p.)]
- PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel*, vol. 1, 1^e éd., 1900 (966 p.)
- PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, 2^e éd., Paris : F. Pichon, successeur, 1901 (998 p.)
- PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, 7^e éd., Paris : LGDJ, 1915 (1014 p.)
- PLANIOL, Marcel, *Traité pratique de droit civil, 1. Les Personnes. Etat & capacité*, 1^e éd. Paris : LGDJ, 1925 (852 p.)
- PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français - Tome 1 – Les personnes*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1952 [14 vol., publiés entre 1952 et 1963]
- PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* présenté le 1^{er} pluviôse an IX par la Commission nommée par le Gouvernement consulaire, Institut des Hautes Etudes d'Outre-Mer, 1962 (51 p.)
- RIPERT Georges & ROBLOT, René, sous la direction de Michel GERMAIN, *Traité de droit commercial*, Tome 1, vol. 2, 18^e éd., Paris : LGDJ, 2002 (VI-760 p.)
- SALEILLES, Raymond, *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand*, Paris : A. Chevalier-Marescq & Cie, 1902 (147 p.)
- SALEILLES, Raymond, *De la personnalité juridique*, 2^e éd., Paris : A. Rousseau, 1922 (XVI-684 p.)
- SÉRIAUX, Alain, *Les personnes*, 2^e éd., Paris : PUF, coll. « Que sais-je ? », 1997 (127 p.)
- SIMONART, Valérie, *La personnalité morale en droit comparé, l'unité du concept et ses applications pratiques – Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse*, thèse, Bruxelles : Bruylant, 1995 (XXII-670 p.)
- SZRAMKIEWICZ, Romuald, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, Précis Domat, 1989 (343 p.)
- TERRÉ, François, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 1994 (553 p.)
- TEYSSIE, Bernard, *Droit civil – Les personnes*, 10^e éd., Paris : Litec, 2007 (VIII, 429 p.)
- VANHAECKE, Michel, *Les groupes de sociétés*, Thèse, Paris : LGDJ, 1962 (IV, 523 p.)

VANDERLINDEN, Jacques, *A propos des familles de droits en droit civil comparé*, in Hommage à René DEKKERS, Bruxelles : Bruylant, 1982 (VI-610 p.)

VAREILLES-SOMMIÈRES, Gabriel de Labroue de, Mis, *Les personnes morales*, Paris : E. Pichon, 1902 (685 p.)

Périodiques, articles et chroniques

ANSA, Bull. de l'ANSA du 01 mars 1994, n°2698, p. 1 à 7

G. BELIER, C. CATHIARD & J. SIBILLE, *La société européenne : après une longue gestation législative, son statut est enfin intégré dans le droit français !* : PA, Doctrine, 3 août 2005, n°153, p. 7 et s.

A. BOUILLOUX, *La survie de la personne morale pour les besoins de la liquidation*, Rev. sociétés, 01 juil. 1994, n°3, p. 393 à 413

BOULOC, Bernard, *La responsabilité pénale des entreprises en droit français* : Revue internationale de droit comparé, 01 avr. 1994, n°2 p. 669 à 681

A. CHARVÉRIAT, *Personnes morales, bientôt responsables pénalement* : Option Finance, 15 fév. 1993 n°246

A. COEURET, *La nature juridique de la section syndicale d'entreprise* : D. soc. 1973, p. 27

Communications de Monsieur le Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris, mars 1955, n°14, III.

COZIAN, Maurice, *Des risques encourus à négliger l'immatriculation d'une société* : P.A. 9 janvier 2001, n°6 p. 3

T. DALMASSO, *La responsabilité pénale des personnes morales* : PA, 17 nov. 1993, n°138, p. 10 à 16 (sur les dispositions du nouveau code pénal qui entreront en vigueur le 1er mars 1994)

F. DELAPORTES, *Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales* : JCP éd. E, 11 fév. 1993, p. 69 à 77

DELMAS-MARTY, Mireille, GUYON, Yves & LE CANNU, Paul, *La responsabilité pénale des personnes morales* : Revue des sociétés, 01 avril 1993, n°2 p. 229 à 388 et Erratum : DELMAS-MARTY, Mireille, *La responsabilité pénale des personnes morales : les conditions de mises en jeu de la responsabilité pénale* : Revue des sociétés, 01 juil. 1993 n°3 p. 566

C. DUCOULOUX-FAVARD, *Demain les personnes morales responsables pénalement* : PA n°42 du 07 avr. 1993

ESCARRA, Jean, *Some points of Comparison between the Companies Act, 1948, and French Law of Companies*, 11 Cambridge L.J. 15 (1951-1953)

Mélanges ROBLOT, Paris : LGDJ, 1984, spéc. GERMAIN, Michel, *Naissance et mort des sociétés commerciales*, p. 217 et s.

D. GUIRIMAND, *La responsabilité pénale des personnes morales* : Revue de jurisprudence sociale (RJS), 01 sept. 1993, n°8-9, p. 483 à 495

HAMEL, Joseph, *Les personnes morales et ses limites* : D. 1949, chron. 141

HILAIRE, Jean, *La codification du droit commercial* : D. 29 mars 2007, n°13/7286, p. 928

LE CANNU, Paul, *Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale* : PA, 06 oct. 1993, n°120 p. 16 à 21

LE CANNU, Paul, *Monsieur de Saint Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil*, Bull. Joly 2012, n°9, p. 672

M.-E. MATHIEU-BOUYSSOU, *Aperçu des règles de droit judiciaire privé relatives aux procédures d'insolvabilité européennes après le règlement communautaire n°1346/2000* : D. 2002, chron., p. 2245 - 2252

C. MOULOUNGUI, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales (nouveau code pénal)*, RTD com., 01 juil. 1994, n°3 p. 441 à 454

Ordre des Avocats de Paris, *L'association d'avocats – L'association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle (AARPI)*, Paris, juillet 2007

A. PÉZARD, *Le cumul des sanctions pénales et administratives des personnes morales en droit des affaires* : PA, 06 oct. 1993, n°120 p. 65 à 69

P. PONCELA, *Le livre 1 du nouveau Code pénal : dispositions générales* : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 01 juil. 1993, n°3 p. 455 à 468

Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2005, Paris : La Documentation française, 2006 (538 p.)

Règlement intérieur du Barreau de Paris, Paris : Imprimerie Belleville - Reneaux, 1963

Responsabilité pénale des personnes morales : BRDA du 28 fév. 1994, n°4 p. 14 à 25

K. RODRIGUEZ, *La pertinence en 2006 du droit des associations: pour un statu quo, un toilettage ou une refonte ?* : Bull. Joly Sociétés Avril 2006, p. 448, §91

H. SINAY, *L'exercice du droit syndical dans les entreprises* : D. 1969, 77

BS 02/05 *Tour d'horizon sur l'année 2004* étude n°34 p. 87

PA, 11 janvier 2007, Actualités, n°9 p. 6

Droit allemand

Dictionnaires

ERLER, Adalbert & KAUFMANN, Ekkehard, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2. „Haustür – Lippe“, 1. Auflage, Berlin : Erich Schmidt Verlag, 1978 (XIX-2048 p.) [5. vol.]

FLECK, Klaus E. W., *Wörterbuch Recht – Französisch Deutsch & Deutsch Französisch*, Manz : Verlag CH Beck oHG, Bruylant Dalloz Helbing & Lichtenhahn, 2004 (XIII-600 p.)

KÖBLER, Gerhard, *Juristisches Wörterbuch für Studium und Ausbildung*, 8. Auflage, München : F. Vahlen, 1997 (XIII-478 p.)

Ouvrages et thèses

ARNDTS VON ARNESBERG, Karl Ludwig, *Lehrbuch der Pandecten*, München 1852 (XXIV-926 p.)

BARRE, Ernst, *Bürgerliches Gesetzbuch und Code civil*, 2. Auflage, Berlin 1897 (XI-328 p.)

BÄR, Fred G., *Die Schranken der inneren Vereinsautonomie – historisch-dogmatische Überlegungen zu einem Vereinsgesetz*, Berlin Verlag 1996 (423 p.)

BARTH, Kuno, *Die Entwicklung des deutschen Bilanzrechts und der auf ihm beruhenden Bilanzauffassungen, handelsrechtlich und steuerrechtlich*, 1. Band, Stuttgart 1953 (336 p.)

BARTH, Kuno, *Die Entwicklung des deutschen Bilanzrechts*, Bd II Steuerrecht / Teilband I, Stuttgart 1955 (122 p.)

BEKKER, Ernst Immanuel, *System des heutigen Pandektenrechts*, Teil I, Weimar : Hermann Böhlau, 1886 (XV-359 p.)

BESELER, Georg, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig: Weidmann'sche Buchhandlung, 1843 (VI-366 p.)

BESELER, Georg, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Band 1, 1. Auflage, Berlin, 1847 (X-390) [3. vol.]

BOESEBECK, Ernst, *Die „kapitalistische“ Kommanditgesellschaft*, Frankfurt am Main : Bröner 1938 (123 p.)

BRAUNEDER, Wilhelm, *Von der Moralischen Person des ABGB zur juristischen Person der Privatrechtswissenschaft* (Autriche) in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 11/12 (1982/1983)

BRINZ, Alois von, *Lehrbuch der Pandekten*, Band 1, 2. Auflage, Erlangen 1873 (VIII-826 p.)

BRINZ, Alois von, *Lehrbuch der Pandekten*, Band 1, 3. Auflage, Erlangen 1884

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Juristische Kurz-Lehrbücher, Handelsrecht*, 22. Auflage, München :

Verlag CH Beck, 1995 (XVI, 513 p.)

COING, Helmut, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3. Band *Das 19. Jahrhundert*, 3. Teilband *Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten*, München : CH Beck'sche, 1986 (XXV-pp. 2846 à 4311)

DERNBURG, Heinrich, *Pandekten*, 1. Band, *Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, 4. verbesserte Auflage, Berlin : Verlag von H. W. Müller, 1894 (XIX-743 p.) [3 vol.]

DORALT, Peter & KALSS, Susanne, *Franz Klein – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts*, (Atriche) Wien : Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2004 (XVI-260 p.)

ENNECCERUS, Ludwig & NIPPERDEY, Hans Carl, *Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen : Mohr Verlag 1959 (XIV, 855 p.)

FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1. Band, 1. Teil *Die Personengesellschaft*, Berlin Heidelberg New-York : Springer Verlag, 1977 (XIII, 451 p.)

FLUME, Werner *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1. Band, 2. Teil *Die juristische Person*, Berlin Heidelberg New-York Tokyo : Springer Verlag, 1983 (X, 416 p.)

FÖRTSCH, Richard: *Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in der am 1. Januar in Wirksamkeit tretenden Fassung*, 2. Auflage, Leipzig : Roßberg , 1899 (VI, 236 p.)

FRANCKE, Bernhard, *Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst der Gerichtsordnung und anderen hiermit in Verbindung stehenden Reichs- und Landesgesetzen*, 2. Auflage, Leipzig : Druck und Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung, 1888 (XXIII-644 p.)

FREYMUTH, Arnold & REIDNITZ, Georg, *Die GmbH und der Rechtsprechung der deutschen Gerichte seit 1892*, Köln 1912

FREYMUTH, Arnold & REIDNITZ, Georg, *Die GmbH und der Rechtsprechung der deutschen Gerichte von 1911 bis 1916*, Köln 1919 (XLVI-503 p.)

FREYMUTH, Arnold & REIDNITZ, Georg, *Die GmbH und der Rechtsprechung der deutschen Gerichte von 1916 bis 1924*, Köln 1925 (XLVII-313 p.)

FREYMUTH, Arnold & REIDNITZ, Georg, *Die GmbH und der Rechtsprechung der deutschen Gerichte seit 1924*, Köln 1932

FRIEDLÄNDER, Heinrich, *Aktienrecht – mit Einschluß der NotVO vom 19.9.1931 und 6.10.1931 und Durchführungbestimmungen unter besonderer Berücksichtigung*, Stuttgart : Hess Verlag, 1932 (344 p.)

FUKUDA, Kiyooki, *Rechtsfähigkeit der Personengesellschaft im japanischen Recht : Entwicklung der rezipierten deutsch-rechtlichen Lehre in Japan im Vergleich zur Entwicklung des deutschen Rechts*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2003 (815 p.)

GAD, Christian Moritz Adolph, *Die Haftpflicht der deutschen Postanstalten*, Berlin : Verlag von Schroeder, 1863 (123 p.)

- Gesellschaftsrecht für die Praxis* 2008, 9. Auflage, Memento Verlag 2007 (1536 p.)
- GEISSLER, Gerhard, *Europäische Dokumente aus fünf Jahrhunderten*. Leipzig, 1939 (XII-956 p.)
- GIERKE, Otto von, *Das deutsche Genossenschaftsrecht, Band 1. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Berlin 1868 (XXXIV-1111 p.) [4 vol.]
- GIERKE, Otto von, *Das deutsche Genossenschaftsrecht, Band 2. Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, Berlin 1873 (LVI-976 p.) [4 vol.]
- GIERKE, Otto von, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin : Weidmann, 1887 (LIV-1024 p.)
- GIERKE, Otto von, *Deutsches Privatrecht – Band 1 : Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895 (XXXII-897 p.)
- GIERKE, Otto von, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig 1889 (XIX-592 p.)
- GIERKE, Otto von, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Rektoratsrede, Berlin : Schade 1902 (32 p.)
- GIERKE, Otto von, *Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte*, 2. Auflage, Berlin 1902 (52 p.)
- GRÉCIANO, Philippe & JAKOWCZYK, Michal, *Einführung in das deutsche Strafrecht und Strafprozessrecht*, Coll. Allemand juridique, n°8, Nanterre 2005 (203 p.)
- GRUNEWALD, Barbara, *Gesellschaftsrecht*, 1. Auflage, Tübingen: JCB Mohr (Paul Siebeck), 1994 (XX-403 p.)
- GUMMERT, Hans, *Personengesellschaftsrecht*, München : Verlag CH Beck, 2005 (XXXI-1269 p.)
- HAHN, Otto, *Das Handelsrecht nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, Stuttgart 1869 – 1875 (XII-548 p.)
- HAYUM, Heinz, *Die Grenzen der Mehrheitsherrschaft in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft*, Diss. jur. Tübingen, 1927 (86 p.)
- HEFERMEHL, Wolfgang, *Aktiengesetz ~ GmbH-Gesetz, Textausgabe mit ausführlichem Sachregister und einer Einführung*, 28. Auflage, München : CH Beck, 1997 (XXXIX-388 p.)
- HEISER, Hans, *Der praktische Betriebswirt*, Berlin 1935 (566 p.)
- HESSELMANN, Marte & TILLMANN, Bert, *Handbuch der GmbH&Co. – Gesellschaftsrecht · Steuerrecht*, 18. Auflage, Köln : Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1997 (XLI-799 p.)
- HIRTE, Heribert, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 5. Auflage, Köln : RWS Verlag Kommunikationsforum, 2006 (XXIV-472 p.)

HÜLSCHER, Emil Erich, *Durch die Pandekten zum BGB, eine romanistische Einführung in das Verständnis des heutigen bürgerlichen Rechts*, Lausanne und Leipzig : Deutsche Universitäts-Buchhandlung, Edwin Frankfurter, Grand-Chêne 8, 1928 (240 p.)

HÖLDER, Eduard, *Pandekten : Allgemeine Lehren*, Freiburg im Breisgau, 1891 (VII-402 p.)

HUECK, Alfred, *Gesellschaftsrecht : ein Studienbuch*, 1. Auflage, München, Berlin : Biederstein Verlag, 1948 (VIII-222 p.)

HUECK, Götz & WINDBICHLER, Christine, *Gesellschaftsrecht*, 20. Auflage, München : Verlag CH Beck, 2003 (XXXV-569 p.)

HUECK, Götz & WINDBICHLER, Christine, *Gesellschaftsrecht*, 21. Auflage, München : Verlag CH Beck, 2008 (XXX-505 p.)

HÜFFER, Uwe, *Gesellschaftsrecht – Textausgabe mit ausführlichem Sachverzeichnis und einer Einführung von Universitätsprofessor Dr. Uwe HÜFFER*, 8. Auflage, München : Deutscher Taschenbuch Verlag, 2006 (XX-720 p.)

JEGER, Torsten van, *Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen*, Frankfurt am Main : Peter Lang GmbH, Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2002 (XI-136 p.)

JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 5. Auflage, Leipzig (1883-1894) [2 vol.]

KAYSER, Paul, *Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, vom 18. Juli 1884 (RGBl. Nr. 22 S. 123, du 31 juillet 1884) / Mit Erläuterungen*, Berlin : Müller 1884 (173 p.)

KALSS, Susanne & BURGER, Christina & ECKERT, Georg, *Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts*, (Autriche) Wien : Linde Verlag, 2003 (1012 p.)

KEYSSNER, Hugo, *Die Aktiengesellschaften und die Kommanditgesellschaften auf Aktien unter dem Reichs-Gesetz vom 11. Juni 1870*, Berlin : Heymann , 1873 (IV-305 p.)

KLAUSS, Herbert & MITTELBACH, Rolf, *Die GmbH & Co. KG*, Ludwigshafen am Rhein : Friedrich Kiehl Verlag GmbH, 1971 (128 p.)

KLEIN, Franz, *Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft*, (Autriche) Wien : Manz, 1904 (64 p.)

KLUNZINGER, Eugen, *Grundzüge des Gesellschaftsrechts*, 12. Auflage, München : Verlag Vahlen, 2002 (XXVI-366 p.)

KÖHLER, August, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Leipzig : Verlag von Veit & Comp., 1917 (VIII, 723 p.)

KRÜGER, , Gottfried, *Die Haftung der juristischen Personen aus unerlaubten Handlungen nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuche*, Berlin 1901 (72 p.)

- KÜBLER, Friedrich, *Gesellschaftsrecht*, 1. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe : CF Müller Juristischer Verlag, 1981 (XIX, 429 p.)
- KÜBLER, Friedrich, *Gesellschaftsrecht*, 5. Auflage, Heidelberg : CF Müller Verlag, 1998 (XXVI-487 p.)
- LAUTENSCHLAGER, Carl, *Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch nebst dem württembergischen Einführungsgesetz vom 13. August 1865*, Stuttgart : Kröner, 1865 (288 p.)
- LEHMANN, Heinrich, *Handelsrecht – II. Teil Gesellschaftsrecht*, Berlin: Verlag für Rechtswissenschaft apuravant Franz Vahlen GmbH, 1949 (372 p.)
- LEHMANN, Karl & RING, Viktor, *Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Band 1, Berlin, 1902 (XXIV-716 p.) [2 vol.]
- MARX, Franz, *Die Bedeutung der Interessenkollision für das Aktienstimmrecht und die Rechtsgültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen*, Diss. jur. Heidelberg, 1927 (131 p.)
- MEDER, Stephan, *Rechtsgeschichte – Eine Einführung*, 2. Auflage, Köln, Weimar, Wien : Böhlau Verlag, 2005 (XIV-459 p.)
- MÜHLENFELS, Otto von, *Die Haftpflicht der Eisenbahnen und die Unfall-Versicherung*, Berlin : G. Reimer, 1884 (VI-93 p.)
- NAGEL, Bernhard, *Deutsches und Europäisches Gesellschaftsrecht : eine Einführung*, München : Vahlen, 2000 (XXIII-382 p.)
- NETTER, Oskar, *Probleme des lebenden Aktienrechts*, Berlin : Liebmann, 1929 (81 p.)
- NETTER, Oskar, *Zur aktienrechtlichen Theorie des „Unternehmens an sich“*, également connu sous le titre *Festschrift Herrn Rechtsanwalt und Notar Justizrat Dr. jur. h.c. Albert PINNER zu seinem 75. Geburtstag*, Berlin : de Gruyter, 1932 (680 p.)
- NEU, Michael, *Gesellschaftsrecht*, Berlin Heidelberg : Springer-Verlag, 2004 (299 p.)
- RAISER, Thomas & VEIL, Rüdiger, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 4. Auflage, München : Verlag Franz Vahlen, 2006 (XXXVI-876 p.)
- RATHENAU, Walther, *Vom Aktienwesen – Eine geschäftliche Vertrachtung*, Berlin : S. Fischer Verlag, 1918 (62 p.)
- REGELSBERGER, Ferdinand, *Pandekten*, Band 1., Leipzig : Verlag von Duncker & Humbolt, 1893 (XVIII-717 p.)
- RENAUD, Achilles, *Das Recht der Commanditgesellschaften*, Leipzig : Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1881 (XV-823 p.)
- RIECHERS, Arndt, *Das ‚Unternehmen an sich‘ – Die Entwicklung eines Begriffes in der Aktienrechtsdiskussion des 20. Jahrhunderts*, Tübingen : JCB Mohr (Paul Siebeck), 1996 (XII-220 p.)

p.)

RICHTER, Klaus W., *Die Wirkungsgeschichte des deutschen Kartellrechts vor 1914 - Eine rechtshistorisch-analytische Untersuchung*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2007 (XI-244 p.)

RITTNER, Fritz, *Die werdende juristische Person*, Tübingen : JCB Mohr (Paul Siebeck), 1973 (XVI-400 p.)

ROSENTHAL, Heinrich, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, 7. Auflage, Graudenz : Drück und Verlag von Gustav Röthe, 1906 (1095 p.)

SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 1. Auflage, München : Carl Heymanns Verlag KG, 1986 (LII-1459 p.)

SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München : Carl Heymanns Verlag KG, 2002 (LVI-1964 p.)

SCHMIDT, Karsten, *Handelsrecht*, 5. Auflage, Köln : Carl Heymanns Verlag KG, 1999 (XXXVII-1072 p.)

SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, Band 2, Berlin : Veit und Comp., 1840 (VI-559 p.)

Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen und von Entscheidungen des Notariatsdisziplinarhofs herausgegeben unter der Leitung und Aufsicht des Königlichen Staatsministeriums der Justiz, 13. Band, München : R. Oldenbourg, 1913

SCHÖNFELDER, Heinrich, *Deutsche Gesetze, Textsammlung*, München : Verlag CH Beck, (mise à jour permanente)

SPINDLER, Gerald, *Recht und Konzern – Interdependenzen der Rechts und Unternehmensentwicklung in Deutschland und den USA zwischen 1870 und 1933*, Tübingen : JCB Mohr (Paul Siebeck), 1993 (XIV-357 p.)

Julius von STAUDINGERS *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13. Bearb. Auflage, Berlin : Sellier, 1996 (XI-1135 p.)

SUDHOFF, Heinrich, *Personengesellschaften*, 7. Auflage, München : CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999 (XXX-425 p.)

THIELEMANN, Michael, *Gesellschaftsrecht – Band 1 : Personengesellschaften*, Bonn : DeutscherAnwaltverlag, 2005 (195 p.)

THIELEMANN, Michael, *Gesellschaftsrecht – Band 2 : Kapitalgesellschaften*, Bonn : DeutscherAnwaltverlag, 2005 (247 p.)

ULMER, Michael J., *Harmonisierungsschranken des Aktienrechts*, Heidelberg : Universitätsverlag C. Winter, 1998 (XIV-223 p.)

WÄCHTER, Karl Georg von, *Pandekten Band 1 : Allgemeiner Theil*, Leipzig 1880 (XVIII-594 p.)

WAGNER, Heidemarie & RUX, Hans-Joachim, *Die GmbH und Co. KG*, 10. Auflage, Freiburg – Berlin : Haufe, 2004 (558 p.)

WEICHER, Theodor, *Deutsche Geschichte von Einhart mit 24 Vollbildern und einer Bunten Karte des deutschen Siedlungsgebiets in Mitteleuropa*, 5. Auflage, Leipzig : Dietrich'sche Verlagsbuchhandlung, 1914

WESEL, Uwe, *Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht*, München : CH Beck, 1997 (581 p.)

WILBURG, Walter, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch V*, Berlin 1936 [7 vol.]

WOLF, Benno, *Das Bürgerliche Gesetzbuch unter Berücksichtigung der gesamten Rechtsprechung der oberen Gerichte des Deutschen Reichs - Hand-Kommentar*, Halle am Saale, 1908 (XIII-653 p.)

WIEDEMANN, Herbert, *Gesellschaftsrecht, Band 1 – Grundlagen*, München : CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1980 (XXXI-904)

ZAHN, Johannes CD, *Wirtschaftsführertum und Vertragsethik im neuen Aktienrecht*, Berlin, Leipzig : De Gruyter, 1934 (227 p.)

Périodiques, articles et chroniques

Brochure en allemand sur l'histoire du *Bundesgerichtshof* (BGH) datée de 2005

BISSON, Frank, *Die Haftung des Organs für die Verletzung von Pflichten der juristischen Person – Insbesondere ein Beitrag zur Haftung des Organs für die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten* : Gesellschafts- und Steuerrecht der GmbH und GmbH & Co. (GmbH Rundschau), Heft 22/2005, 96e année, p. 1453 - 1459

JOHN, Heike, *La responsabilité de la personne morale dans le droit pénal allemand* : PA, 06 oct. 1993 n°120, p. 77 et 78

LANDSBERGER, Herbert, *Das Rechtsgedanke des „Unternehmen an sich“ und das neue Aktienrecht* : Zentralblatt für Handelsrecht (ZBH) 1932, p. 79 – 89

F. MATSUDA, *Kollektivismus und Individualismus im Aktienrecht* : Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) 96 (1931), p. 239 – 266

POTTHOFF, Erich, *Die „Große“ Aktiengesellschaft*, Wirtschaftswissenschaftliche Mitteilungen (WWI-Mitteilungen), 1954, p. 93 – 99

QUASSOWSKI, *Die Vorschriften der Aktienrechtsnovelle über Publizität, eigene Aktien und Einziehung von Aktien* in Juristische Wochenzeitschrift (JW) 1931, p. 2914 et s.

RAISER, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) 144 (1980), p. 206 et s.

SCHMIDTS, Ludwig H., *Gehört der Gewinn dem Aktionär oder Unternehmen?* : Zentralblatt für Handelsrecht (ZBH) 1927, p. 393 – 395

SCHMITZ, Monika & TASCHKE, Jürgen, *Haftungsrisiken von Unternehmen bei der Begehung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten durch Mitarbeiter*, Wirtschaftsrechtliche Beratung (WiB) 22/1997, 21. nov. 1997, p. 1169-1216

TIEDEMANN, *Die « Hebung » von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität* : Neue Juristische Wochenzeitschrift (NJW) 1988, p. 1169

TÖBBENS, Hans W., *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ) 1999, Heft 1, 15 janv. 1999, p. 5

Christiane C. WENDEHORST, *Rezeption deutschen Zivilrechts – Was bleibt übrig im 21. Jahrhundert?* in Jörg-Martin JEHL, Volker LIPP, Keiichi YAMANAKA (Hg.), *Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht*, Göttinger Juristische Schriften, Band 2, 2008, p. 19 et sq.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 82. Band – Germanistische Abteilung, Weimar : Verlag Hermann Böhlau Nachfolger, 1952, Nr. VIII *Die Aktienvereine in der geschichtlichen Entwicklung des Aktienrechts* par Rauch, Karl

Droit anglais

Dictionnaires

L. DUCKWORTH, *An encyclopaedia of Marine Insurance*, London : Sir Isaac Pitman & Sons Ltd, 1907

C. MATTHEW & B. HARRISON, *Oxford Dictionary of National Biography*, OUP 2004

F. RAWLE, *Bouvier's Law Dictionary and Concise Encyclopedia*, 3. rev., étant la 8e ed., Kansas City, Mo. : Vernon Law Book Co. ; St. Paul, Minn. : West Pub. Co., 1914

Ouvrages et thèses

ARNOULD, Sir Joseph, *A treatise on the law of marine insurance and average – with references to the american cases, and the later continental authorities*, 1st ed, London : W. Benning and Co. Law Booksellers, 1848 [2 vol.]

MACLACHLAN, David, *Arnould on the Law of Marine Insurance*, vol. I, 3. ed., London : Stevens & Sons and W. Maxwell, 1866 [2 vol.]

MACLACHLAN, David, *Arnould on the Law of Marine Insurance*, vol. I, 5. ed., London : Stevens & Sons and W. Maxwell, 1877 [2 vol.]

MACLACHLAN, David, *Arnould on the Law of Marine Insurance*, vol. I, 6. ed., London : Stevens & Sons and W. Maxwell, 1887 [2 vol.]

BEATSON, Jack & FRIEDMAN, Daniel, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Part 1. Introduction – *From 'Classical' to Modern Contract Law*, 1. ed., Oxford : Clarendon Press, 1995 (XLVII-531 p.)

BENNETT, David, *An Introduction to the Law of Partnership in Scotland*, Edinburgh : W. Green/Sweet & Maxwell, 1995 (XVII-216 p.)

BENNETT, Howard N., *Law of marine insurance*, 1. ed., Oxford : Clarendon Press, 1996 (LXVIII-558 p.)

BERLE, Adolf A. & MEANS, Gardiner C., *The Modern Corporation and Private Property*, New York : Macmillan, 1932 (XIII-396 p.)

BIRKS, Peter, *English Private Law – First updating supplement*, OUP 2002 [OUP 2000 (2 vol.) + 2 suppl. (2002 et 2004)]

CHALMERS, Sir Mackenzie Dalzell & OWEN, Douglas, *A digest of the Law relating to Marine Insurance*, London : William Clowes and Sons Ltd, 1901 (XXVII-180 p.)

CLARK, Francis William, *A Treatise on the Law of Partnership and Joint Stock Companies according to the law of Scotland*, Edinburgh, 1866 [2 vol.]

COOKE, Colin Arthur, *Corporation, trust and company : an essay in legal history*, Manchester

University Press 1950 (206 p.)

COTTRELL, Philipp L., *Industrial Finance 1830 – 1914 – The finance and organization of English manufacturing industry*, London : Methuen & Co. Ltd, 1979 (XII-298 p.)

COXE, William, *Memoirs of John, duke of Marlborough, with his original correspondence*, vol. 1, London 1818 (XLV-551 p.)

DAVIES, Paul Lyndon, *Introduction to Company Law*, Oxford University Press 2002 (XXIII-312 p.)

DICKENS, Charles, *Bleak house*, London : Bradbury and Evans, 1853 (XVI-624 p.)

DUBOIS, Armand Budington, *The English Business Company after the Bubble Act, 1720 – 1800*, New York: Commonwealth Fund, 1938 (XXI-522 p.)

DUCKWORTH, Lawrence, *An epitome of the Law affecting Marine Insurance*, 2. ed., London : Effingham Wilson, 1907 (XI-186 p.)

FARRAR, John Hynes, *Farrar's company law*, 3e éd. London : Butterworth, 1991 (XXV-785 p.)

FORMOY, Ronald Ralph, *The historical foundations of modern company law*, London: Sweet and Maxwell Ltd, 1923 (XII-151 p.)

GOODE, Roy, *The concept of good faith in English Law*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, diretto da M.J. Bonell, Rome 1992

GOWER, Laurence Cecil Bartlett, *The principle of modern Company Law*, 1. ed., London : Stevens & Sons Ltd, 1954 (XL-599 p.)

DAVIES, Paul Lyndon, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 7th ed., Sweet & Maxwell 2003 (LXXVIII-897 p.)

HARRIS, Ron, *Industrializing English law – Entrepreneurship and Business Organization, 1720 – 1844*, Cambridge University Press 2000 (XVI-331 p.)

HERMAN, Edward S., *Corporate Control, Corporate Power*, New-York: CUP, 1981 (XV-432 p.)

HODGES, Susan, *Law of marine insurance*, 1. ed., Cavendish, London 1996 (XLVII-647 p.)

HUNT, Bishop Carleton, *The Development of the business corporation in England 1800 – 1867*, Cambridge (Massachusetts) : Harvard University Press, 1936 (XII-182 p.)

A Joint Report of the Law Commission of England and Wales (Law Com No 283) and the Scottish Law Commission (Scot Law Com No 192), SE/2003/299, nov. 2003

LINDLEY Nathaniel, Baron assisted by DICKINSON, Samuel, *A treatise of the law of partnership, including its application to companies*, vol. I, 3. ed., London : William Maxwell & Son, 1873 (XVI-443 p.)

SCAMELL, Ernest Harold & R. C. L'ANSON BANKS, *Lindley on the Law of Partnership*, 14th ed.,

London : Sweet & Maxwell, 1979 (CLV-1068 p.)

LOBBAN, Michael, *The Politics of English Law in the Nineteenth Century in Judges and Judging* in BRAND, Paul and GETZLER, Joshua, *Judges and judging in the history of the common law and civil law: from antiquity to modern times*. Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2012, p. 102 à 137

LOWRY, John P. & DIGNAM, Alan J., *Company Law*, 3rd ed., Oxford, New York : Oxford University Press, 2006 (XXXV-502 p.)

F. W. MAITLAND, *State, Trust and Corporation*, edited by D. Runciman and M. Ryan, Cambridge Texts in the History of Political Thought series, Cambridge : CUP 2003 (LV-136 p.)

MARSHALL, Samuel, d., *A Treatise on the law of insurance – in four books: I. Of Marine Insurance. II. Of Bottomry & Respondentia. III. Of Insurance upon Lives. IV. Of Insurance against fire*, vol. I. , 3rd ed., London : J. Butterworth & Son, 1823 [2 vol.]

SHEE, William, *A treatise of the law of Marine Insurance, Bottomry, and Respondentia. by Samuel Marshall*, 4. ed., London : Shaw and Sons, 1861 (XXXIII-694 p.)

MAYSON, Stephen W., FRENCH, Derek and RYAN, Christopher L., *Mayson, French and Ryan on Company Law 2005-2006*, 22. ed., OUP 2005 (CX-797 p.)

MICKLETHWAIT, John & WOOLDRIDGE, Adrian, *The Company – A short history of a revolutionary Idea*, London : Phoenix, 2005 (IX-214 p.)

MITCHELL, Charles and Paul, *Landmark Cases in the Law of Restitution*, Oxford : Hart Publishing, 2006 (XXXIII-375 p.), contenant notamment:

Lobban, Michael, *Erlanger v New Sombrero Phosphate Co.* (1878), p. 123 – 162

MORSE, Geoffrey, *Partnership law*, 6. ed., Oxford ; New York :OUP 2006 (XLIX-336 p.)

NASMITH, David, *The Institutes of English Private Law : Embracing an outline of the Substantive Branch of the Law of Persons and Things*, Book 1, London : Butterworths, 1875 [2 vol.]

NASMITH, David, *The Institutes of English Private Law : The substantive branch of the Law of Persons and Things, Book 1 – Persons*, London : Butterworths, 1875 (réédition Rothman & Co. : Littletown (Colorado), 1980) (649 p.)

PETTET, Ben, *Company Law*, 2nd ed., Essex : Pearson Education Limited, 2005 (XLV-437 p.)

POLLOCK, Sir Frederick, *A Digest of the Law of Partnership*, 11th ed, London : Stevens and Sons Ltd, 1920 (XXIV-267 p.)

POSNER, Richard A., *Economic Analysis of the Law*, 3. ed., Boston : Little Brown, 1986 (XXI-666 p.)

PEARSON, Robin & TAYLOR, James & FREEMAN, Mark, *The history of the company : the development of the business corporation, 1700-1914*, 1&5. Birth , 2&6. Structure, 3&7. Strategy, 4&8. Exit and death [8. vol.], London : Pickering & Chatto, 2006 (Pt. 1: 1700/1850-1744 p.) – 2007 (Pt. 2:

1850/1914-1770 p.)

RUDDEN, Bernard, *The New River : A Legal History*, Oxford et New York : Clarendon Press, 1985 (XIII-335 p.)

SCAMELL, Ernest Harold & R. C. FANSON BANKS, *Lindley on the Law of Partnership*, 14th ed., London : Sweet & Maxwell, 1979 (CLV, 1068 p.)

SCOTT, William Robert, *The Constitution and Finance of English, Scottish and Irish Joint-Stock Companies to 1720*. Cambridge University Press, 1910-1912 (Rpt. Gloucester, Mass.: P. Smith, 1968) [3 vol.]

SEALY, Leonard Sedgwick, *Cases and Materials in Company law*, 7th ed, London : Butterworth, 2001 (XXXV-680p.)

TOPHAM, Alfred F. & A. M. R. TOPHAM, *Palmer's company law : a practical book for lawyers and business men*, 14th ed., London : Stevens and Sons, 1930 (CLXXIV-768 p.)

TURNER, Cecil W., *Turner's index to the Companies Act, 1948*, 10. ed., London : The Solicitors' law stationery society limited, 1948 (XIX-480 p.)

TWOMEY, Michael, *Partnership law*, Dublin : Butterworths Irish Law Library, 2000 (XCII-933 p.)

ZIMMERMANN, Reinhard & WHITTAKER, Simon, *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge Studies in International and Comparative Law – The Common Core of European Private Law), Cambridge University Press, 2000 (XXXIII-720 p.)

ZWEIGERT, Konrad & KÖTZ, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, traduction par WEIR, Tony, 3. ed, Oxford : Clarendon Press, 1998 (XXVI-714 p.)

Périodiques, articles et chroniques

BAXTER, Colin, *Ultra vires and Agency untwined* : 28 Cambridge Law Journal 280 (1970), p. 280 – 313

B. R. CHEFFINS, *Using theory to study law: A company law perspective* 58 Cambridge Law Journal 197 (1999), p. 197 – 221

DAUBE, David, *Societas as consensual contract*, 6 Cambridge Law Journal 381 (1936-1938), p. 381 – 403

J. DEWEY, *The Historic Background of Corporate Legal Personality*, 35 Yale LJ 655 (1926)

DOPSON, *Lifting the veil in four Countries : The Law of Argentina, England, France and United States*, 35 International & Comparative Law Quarterly 839 (1986)

A. L. GOODHART, *Corporate Liability in Tort and the doctrine of ultra vires* : 2 Cambridge Law Journal 350 (1924-1926), p. 350 – 364

GETZLER, Joshua & MACNAIR, Mike, *The Firm as an Entity before the Companies Acts*, publié dans P. Brand, K. Costello & W.N. Osborough, eds., *Adventures of the Law: Proceedings of the Sixteenth British Legal History Conference*, Dublin, 2003 (Four Courts Press, Dublin, 2005), p. 267 – 288

HANSMANN, Henry & KRAAKMAN, Reinier & Squire, Richard, *Law and the Rise of the Firm* : 119 Harvard Law Review 1333 (mars 2006), p. 1333 – 1403, spéc. p. 1374 – 1387

HANSMANN, Henry & KRAAKMAN, Reinier & Squire, Richard, *The New Business Entities in Evolutionary Perspective*, 2005-1 University of Illinois Law Review 5, p. 5 – 14

R. HARRIS, *The Encounters of Economic History and Legal History* : 21 Law & Hist. Rev. 297 2003, p. 297 – 346

'House of Lords Journal Volume 18: 15.12.1707', *Journal of the House of Lords: volume 18: 1705-1709* (1802)

JENKINS, Dafydd, *Skinning the pantomime horse: Two early cases on limited liability*, 34 Cambridge Law Journal 308 (1975), p. 308 – 321

LASKI, Harold J., *The personality of associations*, 29 Harvard Law Review 404 (1915-1916), p. 404 – 426

LASKI, Harold J., *Early History of the Corporation in England*, 30 Harvard Law Review 561 (1916-1917), p. 561 – 588

A. LEWIS & M. LOBBAN, *Law and History – Law, History and the Social Sciences: Intellectual Traditions of Late nineteenth- and early twentieth-century Europe*, par Joshua Getzler, OUP, 2003, p. 215 – 263

LOBBAN, Michael, *Preparing for Fusion: Reforming the Nineteenth-Century Court of Chancery, Part I*, 22-2 Law and History Review 389 (été 2004), p. 389 – 427

- LOBBAN, Michael, *Preparing for Fusion: Reforming the Nineteenth-Century Court of Chancery, Part II*, 22-3 *Law and History Review* 565 (automne 2004), p. 565 - 599
- S. LOWE et F. MCKIE, *La responsabilité pénale des personnes morales en Angleterre* : PA, 06 oct. 1993, n°120 p. 81 – 83
- RIDER, Barry A. K., *Partnership Law and its impact on “Domestic Companies”*, 38 *Cambridge Law Journal* 148 (1979), p. 148 – 179
- M. SCHMITTHOFF, *The Science of Comparative Law*, 7 *Cambridge Law Journal* 94 (1939-1941), p. 94 – 110
- VANDERVOORT, Jeffrey K., *Piercing the Veil of Limited Liability Companies : The Need for a Better Standard* : 3 *DePaul Bus. & Comm. L.J.* 51 (2004-2005), p. 51 – 104
- WARREN, Edward H., *Torts by corporations in ultra vires undertakings* : 2 *Cambridge Law Journal* 180 (1924-1926), p. 180 – 191
- C. R. N. WINN, *The criminal responsibility of corporations*, 3 *Cambridge Law Journal* 398 (1927-1929), p. 398 – 416
- YABLON, Charles M, *Corporate Charters and the Rise and Decline of New Jersey: 1880-1910*, 32-2 *Journal of Corporation Law* 323 (hiver 2007)
- Jersey and Gernesey Law Review* [1997], vol. 1, issue 1

Plan des annexes

Droit français

Annexe 1

Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 2 juin 1834
Mouroult c/ Vautier et Derancourt
(Répertoire Dalloz, vol. 40, Société, n°1656, p. 1859)

Annexe 2

Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 23 février 1891
Banque générale des Alpes-Maritimes c/ Rigal
(DP 91, 1, p. 337 ; S 92, 1, p. 73, note Meynial)

Annexe 3

Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation, deuxième section du 28 janvier 1954
Comité d'établissement de Saint-Chamond c/ Ray
(Bull. civ. II n°32 ; D. 1954, p. 217 note G. Levasseur ; JCP 1954 II 7978 concl. Lemoine ; Droit Social 1954, p. 161 note P. Durand)

Annexe 4

Arrêt de la section commerciale et financière de la Cour de cassation du 13 février 1957
Société Cagnat et fils et autres c/ époux Drouet
(Bull. 1957 III n°56)

Annexe 5

Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 23 janvier 1990
Société Bendix Electronics c/ Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT et a.
(JCP éd. E 1990, II, 15755, note M. Névot ; JCP éd. G, II, n°21529, note M. Névot ; Droit social 1990, p. 326, obs. J. Savatier)

Droit allemand

Annexe 6

Carte de l'Allemagne sous Charles Quint (*Karl V*) et sous le *Reich* allemand

Annexé au livre de Theodor Weicher, *Deutsche Geschichte von Einhort mit 24 Vollbildern und einer Bunten Karte des deutschen Siedlungsgebiets in Mitteleuropa*, 5. Auflage, Leipzig : Dietrich'sche Verlagsbuchhandlung, 1914

Annexe 7

Reichsgericht in Zivilsachen, Urteil du 20 avril 1881 (I. Sen.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, 4. Band, Leipzig : Veit & Comp., 1881, p. 155 et s. (RGZ 4, 155)

Annexe 8

Reichsgericht in Zivilsachen, Urteil du 29 décembre 1880 (I. Sen.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, 5. Band, Leipzig : Veit & Comp., 1882, p. 7 et s. (RGZ 5, 7)

Annexe 9

Reichsgericht in Zivilsachen, Urteil du 14 avril 1882 (II. Sen.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, 6. Band, Leipzig : Veit & Comp., 1882, p. 134 et s. (RGZ 6, 134)

Annexe 10

Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLG) du 16 février 1912, I. ZS Reg. III 12/12 (*Beschluß*)

Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen und von Entscheidungen des Notariatsdisziplinarhofs herausgegeben unter der Leitung und Aufsicht des Königlichen Staatsministeriums der Justiz, 13. Band, München : R. Oldenbourg, 1913, n°13, p. 69 et s.

Annexe 11

Bundesgerichtshof, Urteil du 29 janvier 2001 (II Sen.)

II ZR 331/00, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, 146. Band, 2001, p. 341 (BGHZ 146, p. 341)

Droit anglais

Annexe 12

Crawshay v Maule (1818) 1 Swan 495 *per* Lord Eldon

Annexe 13

The Queen v Arnaud (1846) 9 QB 806

Annexe 14

Salomon v. A Salomon & Co. Ltd [1897] A.C. 22, HL *per* Lord Halsbury LC & *per* Lord Herschell (extraits)

Annexe 15

Lee v Lee's Air Farming Ltd [1960] 3 WLR 758, PC

Annexe 16

Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass [1971] 2 WLR 1166, HL (extraits)

ANNEXE 1

ARRET DE LA CHAMBRE CIVILE DE LA COUR DE CASSATION DU 2 JUIN 1834
Mouroult c/ Vautier et Derancourt

(Répertoire Dalloz, vol. 40, « Société », Paris : 1859, n°1656, p. 742)

(2) 1^{re} Espèce : — (Mouroult C. Vautier et Derancourt.) — Le sieur Mouroult, propriétaire de terrains situés à Paris, rue de Rivoli, avait fait une société en participation avec le sieur Vautier, architecte, et Meslier, entrepreneur, par suite de laquelle les terrains étaient mis en commun, moyennant 800,000 fr., afin d'y construire des maisons que les associés devaient vendre, et s'en partager le prix, déduction faite des dettes et charges. Cet acte de société fut enregistré, mais non publié. — Depuis cette époque, Mouroult est tombé en faillite, et ses créanciers personnels ont contesté au sieur Vautier, associé, et au sieur Derancourt, créancier de la société, le droit d'être payés par préférence aux créanciers personnels sur l'actif de la société. — De là deux arrêts de la cour de Paris : l'un, du 9 avr. 1851, rendu avec Vautier par la troisième chambre, décide que l'association en participation, à la différence des sociétés ordinaires, n'autorise pas, soit l'associé, soit les créanciers, à exercer leurs droits sur l'actif social, à l'exclusion de créanciers personnels de l'associé gérant. L'autre arrêt, rendu par la deuxième chambre, le 9 août 1851, avec Derancourt, décide, au contraire, que le créancier de l'association a le droit de se faire payer sur l'actif social avant les créanciers personnels de l'associé (V. cet arrêt v^o Acte de com., n^o 210).

Deux pourvois ont été dirigés contre ces deux arrêts : l'un par les sieurs Vautier père et fils, l'autre par les syndics Mouroult. — Arrêt (apr. délib. en ch. du cons.).

LA COUR ; — Vu la connexité intime et évidente qui existe entre les deux pourvois, déclare les joindre pour y être statué par un seul et même arrêt ; et statuant, en premier lieu, sur le pourvoi des sieurs Vautier père et fils contre l'arrêt du 9 avr. 1851 : — Attendu, en fait, que la cour royale a déclaré qu'il résultait des circonstances de la cause : 1^o que c'était comme mandataires de Mouroult que Vautier père et Meslier avaient traité avec Vautier fils, qui, par conséquent, a su que ce n'était qu'à l'ordre et pour compte dudit Mouroult que la dame veuve Fortjet avait fait les fournitures et les travaux qui avaient causé la créance qu'elle a transportée à Vautier père, auquel elle n'a pas pu céder plus de droit qu'elle n'en avait ; — Attendu, en droit, que, si les sociétés commerciales proprement dites, c'est-à-dire les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite et les sociétés anonymes peuvent être considérées comme des êtres moraux, il n'en peut être de même pour les associations commerciales en participation, dont il ne faut pas confondre les effets avec ceux des sociétés ordinaires ; — Qu'en effet, d'après les usages du commerce et la jurisprudence existant sous l'ordonnance de 1675, auxquels il n'a point été innové par le code civil et le code de commerce, l'entière propriété des objets mis dans l'association en participation est légalement censée résider sur la tête de l'associé administrateur, qui doit rendre compte à ses associés des profits et des pertes ; — Que le caractère qui distingue les associations commerciales en participation ne consiste pas seulement en ce qu'elles ont lieu pour les objets et aux

conditions convenus entre les participants, en ce qu'elles peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance ou par la preuve testimoniale, en ce qu'elles ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés; mais il consiste plus particulièrement encore en ce que l'ensemble des dispositions législatives qui leur sont spéciales en fait une espèce de société qui, dans l'intérêt même du commerce, au progrès duquel elle est essentiellement utile, n'est représentée vis-à-vis des tiers que par un des associés qui traite avec eux en son propre et privé nom, et devient leur débiteur direct, à la différence des autres sociétés qui, formées pour une série d'affaires, sans restriction déterminée, et accompagnées de formalités qui les font connaître du public, sont toujours, vis-à-vis des tiers, représentées par une raison sociale, au nom et pour le compte de laquelle se font les traités et actes relatifs à la société; — Qu'il suit de là qu'en déboutant Vautier père et fils de leurs conclusions tendantes à ce que l'association dont il s'agit fût condamnée à les payer par privilège et préférence aux créanciers personnels de Mouroult sur l'actif de ladite association, et en ordonnant qu'ils seraient admis comme chirographaires au passif de la faillite Mouroult, l'arrêt attaqué s'est conformé aux principes de la matière; — Par ces motifs, rejette ce pourvoi.

Statuant en deuxième lieu, sur le pourvoi des syndics de la faillite Mouroult contre l'arrêt du 9 août 1831: — Vu l'art. 1873 et les art. 48, 49 et 50 c. com., par les motifs qui, en droit, ont fait rejeter le pourvoi des sieurs Vautier père et fils contre l'arrêt du 9 avr. 1831, et qui sont ci-dessus exprimés; — Cassé cet arrêt, etc.

Du 2 juin 1834. — C. C. ch. civ. — MM. Portalis, 1^{er} pr. — Rupérou, rap. — Laplagne-Barris, 1^{er} av. gén., c. contr. — Lacoste, Dalloz et Gatine, av.

ANNEXE 2

ARRET DE LA CHAMBRE DES REQUETES DE LA COUR DE CASSATION DU 23 FEVRIER
1891

Banque générale des Alpes-Maritimes c/ Rigal

(DP 91, 1, 337; S 92, 1, 73, note Meynial)

Appel par la Banque générale des Alpes-Maritimes; et, le 10 juill. 1889, arrêt de la cour d'Aix, confirmant, par adoption de motifs, la décision des premiers juges.

Pouvoir en cassation par la Banque générale des Alpes-Maritimes : — 1^{re} Violation des art. 1832 et suiv. c. civ., et des principes en matière de société; violation des art. 2144, 2134 et 2135 du même code et 7 de la loi du 20 avr. 1810, en ce que l'arrêt attaqué a admis qu'une société civile constituée une personne morale distincte de la personne des associés, et a, en conséquence, annulé l'hypothèque consentie par l'un des associés sur sa part indivise dans les immeubles sociaux.

2^e Violation de l'art. 7 de la loi du 20 avr. 1810, des art. 1832 et suiv. c. civ., art. 47 et suiv. c. com., en ce que l'arrêt attaqué a répondu, sans s'expliquer sur ce point, des conclusions formelles prises pour la première fois en appel par la demanderesse et tendant à établir que le prétendu associé qui aurait existé entre les trois coapprecurs d'un même immeuble ne constituait qu'une société en participation, dépourvue de toute personnalité civile.

ARRÊT.

LA COUR : — Sur le premier moyen, tiré de la violation des art. 1832 et suiv. c. civ. et des principes en matière de société, ainsi que de la violation des art. 2144, 2134, 2135 du même code, et 7 de la loi du 20 avr. 1810 : — Attendu qu'il est de l'essence des sociétés civiles, aussi bien que des sociétés commerciales, de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun de ses membres; — Que les textes du code civil [notamment les art. 1830, 1832, 1867, 1835, 1846, 1847, 1848, 1856, 1859], personnifient la société d'une manière expresse, en n'établissant jamais des rapports d'associé à associé, et en mettant toujours les associés en rapport avec la société; — Que les sociétés civiles constituent, tant qu'elles durent, une personne morale, laquelle est propriétaire du fonds social; — Que, par suite, l'arrêt attaqué, en déclarant sans valeur et inopérante l'hypothèque consentie, le 9 juin 1884, par Rigal à la Banque générale des Alpes-Maritimes, sur des immeubles qui n'étaient pas la copropriété par indivis des trois associés, mais la propriété exclusive de la société, dont l'existence a été reconnue, a violé aucun des textes ou des principes invoqués, et est suffisamment motivé;

Sur le deuxième moyen, tiré de la violation de l'art. 7 de la loi du 20 avr. 1810, des art. 1832 et suiv. c. civ., 47 et suiv. c. com. : — Attendu que les juges ne sont pas tenus de donner un motif spécial sur le rejet d'un moyen que les qualités du jugement ou de l'arrêt ne consistent pas d'une manière formelle avoir été proposé, ni de donner des motifs ou de prononcer explicitement sur des conclusions, alors qu'il n'est pas justifié qu'elles ont été mises sous leurs yeux, encore bien qu'elles aient été notifiées à l'avertissement; — Que, d'ailleurs, en supposant que la question dont parle le pourvoi ait été posée devant la cour d'appel, l'arrêt y répandrait

[1] Il est certain que les juges ne peuvent fonder leur décision sur des documents au sujet desquels les parties n'ont pas été à même de faire entendre leurs observations, et que, s'ils croient devoir faire état, dans leur sentence, de pièces nouvellement produites après la clôture des débats, ils doivent s'assurer et constater d'abord que ces pièces ont bien été communiquées à toutes les parties en cause, et ouvrir au besoin la discussion, pour en permettre le contrôle et garantir la religion des magistrats contre de regrettables surprises (V. *Jur. gén.*, v^o *Défense*, n^o 241 et suiv.; *Jugement*, n^o 82; *Supplément*, v^o *Défense*, n^o 72). Mais cette irrégularité doit être établie par les constatations du jugement ou de l'arrêt. Dans l'espèce rapportée ci-dessus, le silence de la sentence sur ce point constituait une présomption légale de la régularité de la production. C'est ainsi que, bien qu'un jugement ne constate pas qu'il a été délibéré par les juges qui l'ont rendu, il y a présomption légale qu'il en a été ainsi (V. *Jur. gén.*, v^o *Jugement*, n^o 84).

[2 et 3] L'action des tiers contre le mandataire est subordonnée à la condition que le mandataire n'ait pas excédé les bornes de son mandat (V. *Jur. gén.*, v^o *Mandat*, n^o 110 et *suiv.*; *Traité des*

implicite et virtuellement, lorsqu'il déclare qu'il résulte des actes et des faits de la cause qu'il n'existe une véritable société civile, qui formait un être moral, une personne distincte des associés, sur les immeubles de laquelle ceux-ci n'avaient qu'un droit purement immobilier, ce qui exclut évidemment toute idée d'une association en participation; — Que le deuxième moyen, basé sur un défaut de motifs, doit donc être écarté;

Par ces motifs, rejette.

Du 23 févr. 1891.—Ch. req.—MM. Bédarrides, pr.—Rivière, rap.—Chérier, av. gén.—c. conf.—Perrin, av.

1^{re} DROITS, DÉLIVRÉS, PÈCES, COMMUNICATION, PRODUCTION TARDIVE. — 2^e, 3^e et 4^e SOCIÉTÉ ANONYME, ADMINISTRATEURS, MANDAT EXCÉDÉ, BIEN, CAUSE, CASSATION, APPARÉLATION.

Maisqu'il ne résulte pas des énonciations d'un arrêt que les documents sur lesquels la cour d'appel a basé sa décision, ne lui ont été produits ou communiqués qu'au cours de son délibéré, après la clôture des débats, il y a lieu de présumer que ces pièces ont été versées au procès régulièrement, et que la partie adverse a été mise à même de les discuter (1).

Une société anonyme ne peut être tenue d'exécuter les engagements contractés par ses administrateurs que dans les limites des pouvoirs dont elle les a investis (2).

Spécialement, le demandeur qui réclame d'une société anonyme le paiement de billets souscrits par un de ses administrateurs, doit justifier de la cause de ces billets et des circonstances de fait dans lesquelles ils ont été créés, de manière à permettre aux juges de connaître s'ils l'ont été pour les besoins de la société et dans l'ordre des fonctions du signataire, telles que les statuts de la société les ont déterminées (3).

Et les juges du fond appartiennent souverainement à l'exactitude des explications fournies sur la cause et l'origine de ces billets (4).

(Consorts Walter G. Moreau ès-noms.) — ARRÊT.

LA COUR : — Sur le premier moyen, pris de la violation de l'art. 188 c. proc. civ. et des droits de la défense : — Attendu qu'il ne résulte pas des énonciations de l'arrêt attaqué (Paris, 28 mars 1890) que les documents sur lesquels la cour d'appel a basé sa décision ne lui aient été produits ou communiqués qu'au cours de son délibéré, après la clôture des débats; — Qu'il y a donc lieu de présumer que ces pièces ont été versées au procès régulièrement, et que les demandeurs en cassation ont été mis en mesure de les discuter; — Que le premier moyen n'est donc point fondé;

Sur le second moyen, pris de la fautive application et violation des art. 1131, 1132, 1134 c. civ., et 29, 30, 32 des statuts de la société *Paris* : — Attendu qu'aux termes de l'art. 1898 c. civ., le mandant n'est tenu d'exécuter les engagements contractés par son mandataire que dans les limites du pouvoir dont il l'a investi; — Qu'il suit de là que, pour être admis à réclamer d'une société anonyme le paiement des billets souscrits par ses administrateurs, il faut nécessairement justifier

vingt-deux années, *cod. civ.*, n^o 170; notre *Code civil annoté*, art. 1889, n^o 4 et *suiv.*; art. 1997, n^o 1 et *suiv.*; art. 1969, n^o 26 et *suiv.*; *Supplément à ce code*, n^o 1574 et *suiv.*). Cette règle est évidemment applicable aux actions que les tiers prétendent exercer contre une société anonyme, les attributions et les pouvoirs des administrateurs d'une société de cette nature étant, comme ceux des gérants des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite, régis d'après les principes du mandat, combinés avec les termes des statuts et l'objet de la société (V. *Jur. gén.*, v^o *Société*, n^o 1528 et *suiv.*; et notre *Code de commerce annoté*, Appendice au livre 4^o, lit. 3, *Sociétés par actions*, L. 24 juill. 1867, art. 32, n^o 33 et *suiv.*). Aussi est-il incontestable qu'une société anonyme n'est pas tenue des engagements pris par son directeur en dehors de ses pouvoirs (V. notre *Code de commerce annoté*, *loc. cit.*, n^o 39).

(4) V. *Table des vingt-deux années*, v^o *Cassation*, n^o 255; *Obligations*, n^o 142; *Nouvelle table des dix années*, v^o *Mandat*, n^o 50 et *suiv.*, 85 et *suiv.*; *Table des dix années*, *cod. civ.*, n^o 108; *Nouvelle table des dix années*, *cod. civ.*, n^o 95.

ARRET DE LA CHAMBRE CIVILE DE LA COUR DE CASSATION, DEUXIEME SECTION
DU 28 JANVIER 1954

Comité d'établissement de Saint-Chamond c/ Ray

(Bull. 1954, II, n°32, p. 20 ; D. 1954, 217, note G. Levasseur; JCP 1954, II, 7978, concl. Lemoine;
Droit social 1954, 161, note P. Durand)

La reproduction du bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation est autorisée sous respect de l'intégralité des données, qui suppose que la teneur et la portée des textes et décisions reproduits ne soient pas altérées, notamment par des retraitements (modifications des contenus, insertion de commentaires sans que ceux-ci puissent être clairement distingués du texte authentique, coupes altérant le sens du document) de nature à induire le lecteur en erreur

N^o 31

VIEUX TRAVAILLEURS SALARIÉS. — Cotisations aux assurances sociales. — Non-paiement. — Recours de la Sécurité sociale. — Loi du 23 août 1948. — Non-rétroactivité.

Aux termes de l'article 2 du Code Civil, la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a pas d'effet rétroactif.

Dès lors, c'est à bon droit que les juges du fond décident qu'une Caisse régionale d'assurance vieillesse n'est pas fondée à demander à son profit l'application de la loi du 23 août 1948 antérieurement au 1^{er} juillet 1948, date fixée par l'article 21 de ladite loi, qui, dans son article 3, modifie l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945, relativement au recours des Caisses régionales d'assurance vieillesse contre les employeurs responsables du non-paiement des cotisations.

22 janvier 1954.

Rejet.

Sur le moyen unique pris de la violation des articles 3 et 20 de la loi du 23 août 1948 modifiant les articles 2 et suivants de l'ordonnance modifiée du 2 février 1945 relative à l'allocation aux vieux travailleurs salariés;

Attendu que la veuve Vigneron, née Enichart le 8 septembre 1883, ayant obtenu l'allocation aux vieux travailleurs salariés au vu de certificats délivrés par six employeurs dont dame Deguine-Goudaille celle-ci à défaut de versement des cotisations aux assurances sociales pour son employée, a été assignée par la Caisse régionale de Sécurité sociale en paiement d'une somme de 57.575 francs, représentant sa part de la somme forfaitaire de cinq annuités d'arrérages de l'allocation accordée par rapport au temps de travail accompli chez elle;

Attendu que la décision infirmative attaquée a débouté la Caisse régionale d'assurance-vieillesse, au motif que la loi du 23 août 1948 n'avait pas d'effet rétroactif;

Attendu qu'il est fait grief à la Commission régionale d'avoir, en statuant ainsi, violé les textes susvisés, alors que l'article 3 de la loi du 23 août 1948 ayant eu soin de spécifier que l'action forfaitaire en paiement qu'il créait contre les employeurs responsables du non-paiement des cotisations était limitée à leurs manquements antérieurs au 1^{er} janvier 1945 et impliquait nécessairement la réparation de manquements antérieurs à la date précitée faute de quoi le nouveau texte ne saurait être d'aucune portée;

Mais attendu que la décision observe exactement qu'aux termes de l'article 2 du Code Civil, la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a pas d'effet rétroactif, qu'ainsi la Caisse régionale de la Sécurité sociale n'était pas fondée à demander l'application à son profit de la loi du 23 août 1948 antérieurement au 1^{er} juillet 1948, date fixée par l'article 21 de ladite loi, qui dans son article 3 modifie l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945, relativement aux fautes de l'employeur que les juges du fond constatent être antérieures à sa promulgation;

Qu'ainsi la décision attaquée se trouve, sans se contredire, légalement justifiée;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE.

(Commission Régionale d'Appel de Lille, 4 décembre 1950.)

N^o 1.335. Caisse régionale assurance-vieillesse, Lille
c/ dame Deguine-Goudaille.

Président : M. Cavarroc. — Rapporteur : M. Diémer. — Avocat général : M. Cérède. — Avocats : MM. Rouvière et Galland.

MÊMES ESPÈCES :

22 janvier 1954. Rejet.

N^o 1.360 Caisse régionale assurance-vieillesse, Lille
c/ dame Legrand-Lanoy.

N^o 1361 Caisse régionale assurance-vieillesse, Lille
c/ veuve Dandre-Vigneron.

N^o 1362 Caisse régionale assurance-vieillesse, Lille
c/ veuve Rigail-Leclercq.

N^o 1363. Caisse régionale assurance-vieillesse, Lille
c/ Pecquehr-Vigneron.

A RAPPROCHER :

20 avril 1951, Bull. 1951, III, n^o 307, p. 217.N^o 32

COMITÉ D'ENTREPRISE. — Comité d'établissement. — Personnalité civile (oui).

Les comités d'établissement, comme les comités d'entreprise, ont la personnalité civile. Ils peuvent donc ester en justice pour l'exercice des attributions qui leur sont dévolues par l'ordonnance du 22 février 1945.

28 janvier 1954.

Cassation.

Sur le moyen unique pris en sa seconde branche :

Vu les articles 1^{er} § 2 et 21 de l'ordonnance législative du 22 février 1945, 1^{er} du décret du 2 novembre 1945;

Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés;

Que, si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice;

Attendu qu'après avoir, en son article 1^{er}, institué des comités d'entreprises dans toutes les entreprises qu'elle énonce, l'ordonnance susvisée dispose : « le comité d'entreprise coopère avec la direction à l'amélioration des conditions collectives du travail et de vie du personnel, ainsi que des règlements qui s'y rapportent »;

« Le comité d'entreprise assure ou contrôle la gestion de toutes les œuvres sociales établies dans l'entreprise au bénéfice des salariés ou de leurs familles ou participe à cette gestion... dans les conditions qui seront fixées par un décret pris en Conseil d'État »;

« Le décret déterminera notamment les règles d'octroi et l'étendue de la personnalité civile des comités d'entreprises »;

Attendu que l'article 21 de la même ordonnance est ainsi conçu :

« Dans les entreprises comportant des établissements distincts, il sera créé des comités d'établissements dont la composition et le fonctionnement seront identifiés à ceux des comités d'entreprises définis aux articles ci-dessus, qui auront les mêmes attributions que les comités d'entreprises dans la limite des pouvoirs confiés aux chefs de ces établissements »;

« Le comité central d'entreprise sera composé de délégués élus des comités d'établissements »;

Attendu que, pour déclarer irrecevable l'action intentée contre le sieur Ray, en remboursement du prix d'un marché de vêtements prétendu non exécuté par le Comité d'établissement de Saint-Chamond de la Compagnie des Forges et Acieries de la Marine et d'Homécourt, représenté par son Président, le sieur Berthier, l'arrêt attaqué énonce qu'un groupement n'a la personnalité civile que si celle-ci lui a été expressément attribuée; que le silence de la loi relativement aux comités d'établissements dans une matière ou une disposition expresse est indispensable ne peut s'interpréter que comme étant l'expression de la volonté de n'attribuer la personnalité civile qu'aux seuls comités d'entreprises, l'existence et le fonctionnement des comités d'établissements devant se confondre avec la personnalité des comités centraux d'entreprises et les comités d'établissements ne pouvant contracter ou agir en justice que par l'intermédiaire de ces derniers;

Mais, attendu que, d'après l'article 21 précité, la composition et le fonctionnement des comités d'établissements sont identifiés à ceux des comités d'entreprises et ont les mêmes attributions que ces derniers dans les limites des pouvoirs confiés aux chefs de ces établissements;

Et attendu que si les dispositions de l'article 1^{er} du décret du 2 novembre 1945, prises en application de l'article 2, alinéa 2 de l'ordonnance législative, ne visent expressément que les comités d'entreprises, elles impliquent nécessairement reconnaissance de la personnalité civile des comités d'établissements, celle-ci n'étant pas moins indispensable à l'exercice d'attributions et à la réalisation de buts identiques, dans le champ d'action qui leur est dévolu par ladite ordonnance elle-même;

D'où il suit qu'en déclarant, pour les motifs qu'elle a admis, l'action dudit comité d'établissement irrecevable, la Cour d'Appel a faussement appliqué, et par suite, violé les articles invoqués au moyen;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE l'arrêt rendu entre les parties par la Cour d'Appel de Lyon, le 30 octobre 1950, et les renvoie devant la Cour d'Appel de Riom.

N° 7.081.

Comité d'entreprise des Forges et Acieries de la Marine et d'Homécourt c/ Ray.

Président : M. Cavarroc. — Rapporteur : M. Tétaud. — Avocat général : M. Lemoine. — Avocats : MM. Gauthier et Coutard.

N° 33

1^o PROCÉDURE CIVILE ET COMMERCIALE.
— Effet dévolutif. — Jugement d'incompétence. — Partie ayant conclu au fond.

2^o APPEL. — Effet dévolutif. — Portée. — Question débattue devant les premiers juges.

1^o L'article 172 du Code de Procédure Civile n'est pas applicable devant les juridictions d'appel où il suffit, pour qu'il puisse être statué, par une même décision, sur la compétence et sur le fond, que l'une des parties en cause ait, en concluant sur le fond, mis l'autre en demeure de conclure, elle-même, à toutes fins.

2^o L'effet dévolutif de l'appel ne s'applique qu'à ce qui a été débattu devant le premier juge.

En particulier lorsque le juge de première instance a validé un congé en faisant des réserves sur l'application des lois relatives au maintien dans les lieux, sans que celles-ci aient été sollicitées, les juges d'appel n'ont nullement à retenir cette disposition qui ne répond à aucun chef de la contestation posée devant la juridiction du premier degré.

28 janvier 1954.

Rejet.

Sur le premier moyen :

Attendu que, selon le jugement attaqué, la dame Crost, épouse Deville, succédant à la dame Dutang, décédée, dans le bail d'un appartement composé de deux pièces et de deux alcôves, avait trouvé, installé dans les lieux, le sieur Laracine, sous-locataire en meublé d'une desdites pièces; que, lui ayant, par un même exploit, donné congé pour le 31 décembre 1947 et fait sommation d'avoir à lui remettre les clefs, une sentence du Juge de Paix a : 1^o validé ledit congé et ordonné l'expulsion du susnommé, de la pièce en question, sous réserve des lois sur le maintien en possession; 2^o reconnu que ce dernier occupait, sans droit, ni titre, les autres pièces mais déclaré n'être compétent ni pour en ordonner l'expulsion, ni pour allouer des dommages-intérêts;

Attendu qu'il est reproché au Tribunal d'avoir statué par un seul jugement, à la fois sur la compétence et sur le fond, alors que l'appelant, défendeur à l'action, s'était borné, dans ses conclusions, à opposer un déclinatoire de compétence et n'avait pas été mis en demeure de conclure sur le fond par la juridiction saisie;

**ARRET DE LA SECTION COMMERCIALE ET FINANCIERE DE LA COUR DE CASSATION
DU 13 FEVRIER 1957**

Société Cagnat et Fils et autres c/ époux Drouet

(Bull. 1957, III, n°56, p. 47)

La reproduction du bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation est autorisée sous respect de l'intégralité des données, qui suppose que la teneur et la portée des textes et décisions reproduits ne soient pas altérées, notamment par des retraitements (modifications des contenus, insertion de commentaires sans que ceux-ci puissent être clairement distingués du texte authentique, coupes altérant le sens du document) de nature à induire le lecteur en erreur

en répondant aux conclusions, l'arrêt a légalement justifié sa décision;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi formé le 3 avril 1953, par la Cour d'appel de Rabat.

N° 1.617. *Cabane c/ Compagnie Wagons-Lits Cook*.
Premier président : M. Battestini. — Rapporteur : M. Dastre.
— Avocat général : M. Ithier. — Avocats : MM. Morillot et Célice.

N° 56

SOCIÉTÉ EN GÉNÉRAL. — Existence morale. — Point de départ. — Mise en activité postérieure à la constitution.

Dès lors qu'il résulte des énonciations de l'arrêt et des pièces produites que le bail consenti à une société qui venait de se constituer et qui devait commencer à fonctionner quelques jours plus tard faisait suite au bail consenti à celui qui devait devenir gérant de ladite société et qui y exploitait déjà le même commerce, la Cour d'appel méconnaît les dispositions de l'article 1134 du Code civil lorsque à la demande du bailleur elle prononce la nullité du bail au motif que lors de la conclusion du contrat la société n'avait pas acquis la personnalité morale et ne pouvait concourir valablement à un acte juridique avant l'arrivée du terme prévu pour le commencement de son activité, alors que le bailleur s'était engagé envers une société constituée régulièrement et dotée de la personnalité morale et qu'il était lié par une convention qu'il avait lui-même exécutée pendant plusieurs années en laissant la société locataire exploiter son fonds de commerce dans les lieux loués et en recevant le montant des sommes stipulées comme loyers.

13 février 1957.

Cassation

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1134 du Code civil;

Attendu que suivant acte notarié du 15 septembre 1949, les époux Drouet ont donné à bail, pour une durée de neuf ans, en vue de l'exploitation d'un hôtel, des immeubles dont ils étaient propriétaires à la Société A.R.L. « Cagnat et Fils » représentée par son gérant Cagnat; qu'après avoir reçu de la société qui a occupé les lieux pendant deux ans, le montant des sommes prévues comme loyers, les propriétaires l'ont assignée ainsi que les époux Cagnat en nullité dudit bail et expulsion, la société n'ayant été constituée qu'à partir du 1^{er} octobre 1949;

Attendu que l'arrêt attaqué, pour faire droit à cette demande, constate que selon les statuts de la société celle-ci n'avait pas acquis la personnalité morale et ne pouvait concourir valablement à un acte quelconque avant le 1^{er} octobre 1949, date postérieure à celle du bail, que l'exécution des conditions prévues à l'acte ne pouvait être considérée comme une ratification ultérieure d'une convention nulle, et qu'il n'était pas démontré qu'un bail verbal était ensuite intervenu entre les parties;

Mais attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué et des pièces produites que Cagnat, titulaire d'un bail sur les locaux ensuite donnés en location par les époux Drouet à la société en cause, et gérant de celle-ci y exploitait déjà le fonds de commerce d'hôtel dont l'exploitation faisait l'objet de ladite société, que c'est par un acte notarié du 13 septembre 1949 que la société a été constituée entre les associés pour commencer à compter du 1^{er} octobre 1949; que d'autre part, le bail litigieux a été signé par les parties, alors que Cagnat agissait en qualité de gérant pour la société dont il était rappelé que les statuts avaient été établis par l'acte susvisé;

Attendu qu'il en résulte que les époux Drouet se sont bien engagés envers une société constituée régulièrement, dotée de la personnalité morale et dont les opérations ne devaient commencer que quinze jours après la signature du bail litigieux, et se trouvaient liés par une convention qu'ils ont eux-mêmes exécutée pendant deux ans, en laissant la société locataire exploiter son fonds de commerce dans les lieux loués et en recevant le montant des sommes stipulées comme loyers;

Qu'en conséquence, en prononçant la nullité dudit bail, l'arrêt attaqué a violé le texte susvisé;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE l'arrêt rendu entre les parties par la Cour d'appel de Caen, le 1^{er} décembre 1953.

N° 303. *Société Cagnat et Fils et autres c/ époux Drouet*.
Premier président : M. Battestini. — Rapporteur : M. Cazes.
— Avocat général : M. Ithier. — Avocat : M. Jolly.

N° 57

FAILLITE-LIQUIDATION JUDICIAIRE. — Revendication. — Marchandises non délivrées au failli. — Vente d'arbres sur pied. — Opérations échelonnées.

En présence d'une convention portant vente d'arbres à couper et enlever dans diverses parcelles de bois et prévoyant un paiement fractionné préalable à la mise en exploitation de chaque parcelle et alors qu'au cours des opérations l'acquéreur est tombé en faillite, la Cour d'appel qui constate « que l'exploitation n'était pas en cours sur les coupes non commencées à la date de la faillite, qu'il n'y avait donc pas un chantier sur lequel se trouvaient des marchandises qui seraient tombées en la possession de l'acheteur » justifie sa décision reconnaissant au vendeur le droit

ARRET DE LA CHAMBRE SOCIALE DE LA COUR DE CASSATION DU 23 JANVIER 1990
Société Bendix Electronics c/ Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT et a.

(Bull. 1990, V, n°20, p. 13 ; JCP 1990, éd. E, II, 15755; éd. G, II, 21529, note M. Névot; Droit social 1990, 326, obs. J. Savatier)

La reproduction du bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation est autorisée sous respect de l'intégralité des données, qui suppose que la teneur et la portée des textes et décisions reproduits ne soient pas altérées, notamment par des retraitements (modifications des contenus, insertion de commentaires sans que ceux-ci puissent être clairement distingués du texte authentique, coupes altérant le sens du document) de nature à induire le lecteur en erreur

N° 20

- 1° REPRESENTATION DES SALARIES. -
Comité de groupe. - Personnalité civile.**
- 2° REPRESENTATION DES SALARIES. -
Comité de groupe. - Action en justice.
- Conditions. - Action relative à la
composition du groupe.**

1° Les comités de groupe institués par les articles L. 439-1 et suivants du Code du travail sont dotés d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge et possèdent donc la personnalité civile qui leur permet d'ester en justice.

2° Le comité de groupe a, dans le cadre de la mission dont il est investi, qualité pour contester en justice une mesure qui a pour effet de modifier la composition du groupe.

23 janvier 1990.

Rejet.

Sur le premier moyen :

Attendu, selon les énonciations de l'arrêt attaqué (Paris, 1^{re} chambre A, 10 juin 1986), que la Régie nationale des usines Renault, qui détenait 51 % des actions de la société Renix Electronique - devenue la société Bendix Electronics -, les a vendues le 6 août 1985 à la filiale d'un groupe américain, la société Bendix France, après que, par décision du 2 août 1985, prise sur le fondement de l'article 4, troisième alinéa, du décret n° 68-1021 du 24 novembre 1968, modifié par l'article 1^{er} du décret n° 71-144 du 22 février 1971, le ministre de l'économie, des finances et du budget eut autorisé cette cession ; que le comité de groupe Renault, la fédération des travailleurs de la métallurgie CGT et le syndicat local CGT des travailleurs de la métallurgie Rive Gauche (le comité, la fédération, le syndicat), qui contestaient la régularité de la cession d'une entreprise du secteur public au regard de l'article 34 de la Constitution, ont saisi le tribunal de commerce, statuant en référé sur le fondement de l'article 873 du nouveau Code de procédure civile, d'une demande tendant à obtenir l'interdiction de toute mesure pouvant rendre irréversible la cession litigieuse, en cas d'annulation de celle-ci par les juges du fond, et la désignation d'un mandataire de justice ; que la cour d'appel a accueilli ces demandes ;

Attendu que la société Bendix Electronics fait d'abord grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré recevable la demande du comité, alors que, d'une part, aucune disposition légale ne confère à un comité de groupe la personnalité morale et par conséquent le droit d'ester en justice ; alors que, d'autre part, un tel comité n'a d'autre attribution que de recevoir des informations sur l'activité, la situation financière et l'évolution de l'emploi dans un groupe et n'a pas qualité pour défendre les intérêts collectifs des salariés dudit groupe ; et alors que, enfin, des conclusions d'appel ont été dénaturées ;

Mais attendu, d'abord, que, comme l'a justement énoncé la cour d'appel, les comités de groupe institués par les articles L. 439-1 et suivants du Code du travail sont dotés d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge et possèdent donc la personnalité civile qui leur permet d'ester en justice ;

Attendu, ensuite, que le comité de groupe a, dans le cadre de sa mission dont il est investi, qualité pour contester en justice une mesure qui a pour effet de modifier la composition du groupe ;

Qu'ainsi le grief tiré d'une prétendue dénaturation étant sans fondement, le moyen ne saurait être accueilli en aucune de ses branches ;

Sur les deuxième et troisième moyens : (sans intérêt) ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

N° 86-14.947.

*Société Bendix Electronics
contre Fédération des travailleurs de la
métallurgie CGT et autres.*

*Président : M. Cochard. - Rapporteur : M. Caillet. - Avocat
général : M. Picca. - Avocats : la SCP Boré et Xavier, la
SCP Lyon-Caen, Fabiani et Liard.*

N° 21

- 1° REPRESENTATION DES SALARIES. -
Règles communes. - Fonctions. - Temps
passé pour leur exercice. - Heures de
délégation. - Utilisation. - Contestation
par l'employeur. - Contestation judi-
ciaire. - Sanction (non).**
- 2° REPRESENTATION DES SALARIES. -
Délégué syndical. - Fonctions. - Objet.
- Représentation du syndicat dans l'en-
treprise. - Manifestation lors d'une
visite du Chef de l'Etat.**
- 3° REPRESENTATION DES SALARIES. -
Règles communes. - Fonctions. - Temps
passé pour leur exercice. - Heures de
délégation. - Utilisation. - Défendeur à
l'audience de contestation par l'em-
ployeur de l'utilisation du crédit
d'heures.**

*1° La contestation judiciaire par un employeur de l'utilisa-
tion d'heures de délégation ne saurait s'analyser en une
sanction et n'étant pas soutenu que le salarié ait été
sanctionné à l'occasion de l'utilisation des heures liti-
gieuses, ne saurait être accueillie la demande de ce der-
nier tendant à voir déclarer sans objet le pourvoi de
l'employeur contre une décision d'un conseil de prud'
hommes ayant statué sur une contestation de l'usage
par ce salarié de son crédit d'heures (arrêt n° 1).*

*2° Il résulte des articles L. 412-11, L. 422-1 et L. 431-4 du
Code du travail, que si la mission des délégués du per-
sonnel et des membres du comité d'entreprise ne peut
concerner que les problèmes intéressant directement les
salariés qui les ont élus, celle des délégués syndicaux, qui
consiste à représenter leur syndicat dans l'entreprise,
peut être exercée en tout lieu dans l'intérêt des salariés
de l'entreprise ou de l'établissement au titre desquels ils
ont été désignés, dès lors qu'elle entre dans le cadre de
l'objet défini par l'article L. 411-1 du Code du travail.
Dès lors, un conseil de prud'hommes qui constate que la
démarche du délégué syndical qui avait participé à une
manifestation tenue à la bourse du travail lors d'une
visite du Chef de l'Etat, avait trait à la défense de
l'emploi dans l'entreprise, décide à bon droit que le
temps passé à cette activité doit être rémunéré au titre
des heures de délégation (arrêt n° 1).*

Reichsgericht in Civilsachen, Urteil du 29 décembre 1880 (I. Sen.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, 5. Band, Leipzig : Veit & Comp., 1882, p. 7 et s. (RGZ 5, 7)

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)

§ 5 Amtliche Werke

(1) Gesetze, Verordnungen, amtliche Erlasse und Bekanntmachungen sowie Entscheidungen und amtlich verfaßte Leitsätze zu Entscheidungen genießen keinen urheberrechtliche Schutz.

2. Begründet die Auflösung einer Aktiengesellschaft unter Eintritt derselben in den Liquidationszustand für sich allein ein Recht vorzeitiger Lösung auf einen längeren Zeitraum eingegangener Vertragsverhältnisse seitens des Gegenkontrahenten der Aktiengesellschaft?¹

I. Civilsenat. Ur. v. 29. Dezember 1880 i. S. B. (Rl.) w. Feuerversicherungs-Aktiengesellschaft Adler in Liquidation (Bekl.). Rep. I. 268/80.

I. Stadtgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Aus der Thatsache, daß sich die beklagte Versicherungsaktiengesellschaft aufgelöst hatte und in Liquidation getreten war, wollte Kläger, der bei ihr vor der Auflösung Versicherung für einen mehrjährigen Zeitraum genommen hatte, das Recht, den Versicherungsvertrag für aufgelöst zu erachten, herleiten und hatte auf Rückzahlung der Prämien, soweit sie auf die Zeit nach dem Auflösungsbeschluß der Gesellschaft fielen, geklagt. Mit dieser Klage wurde er in beiden Instanzen abgewiesen und seine Nichtigkeitsbeschwerde wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Das Handelsgesetzbuch bestimmt weder ausdrücklich, daß bei Auflösung einer Aktiengesellschaft die von derselben für längere Dauer eingegangenen Verträge hinfällig würden, noch ist aus seinen Grundsätzen über Auflösung und Liquidation solche Hinfälligkeit zu folgern. Das Handelsgesetzbuch hat Vorkehrung getroffen, daß trotz Auflösung der Aktiengesellschaft das Vermögen derselben und ihre Rechtspersönlichkeit, um den Gläubigern Befriedigung zu gewähren bezw. Rede zu stehen, erhalten wird, und den Vertretern derselben ist die Beendigung der

¹ Vergl. Entsch. des R.D.J.G.'s Bd. 24 Nr. 62 S. 242 ff.

laufenden Geschäfte und die Erfüllung der Verpflichtungen der Gesellschaft auferlegt. Es kann deshalb nicht von einer bloß fungierten Fortdauer der Gesellschaft gesprochen werden.

Ebenso wenig kann der Gegenkontrahent der Aktiengesellschaft die Auflösung der Vertragsverhältnisse abstrakt daraus herleiten, daß mit dem Zweck der Liquidation die Fortdauer von Vertragsverhältnissen unvereinbar sei. Wie die Liquidation auszuführen, das ist, vorbehaltlich der Einhaltung der gesetzlichen Kautelen, die Sache der an der Gesellschaft Beteiligten. Das Handelsgesetzbuch behandelt lediglich die Rechtsstellung der Liquidatoren gegen die Gesellschaft und ihre Legitimation gegen Dritte. Die Bestimmung in Art. 137 H.G.B., „die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen“, hat nicht den Sinn, es müßten dieselben noch laufende Geschäfte in ihrem Laufe unterbrechen und zu vorzeitigem Ende bringen, am allerwenigsten in der Tragweite eines hierauf begründeten Rechts Dritter. Falls es dem Wesen einer Liquidation nicht entspricht, daß Vertragsverhältnisse von nicht absehbarer Dauer und mit nicht absehbaren Folgen ausgehalten werden, so mögen die Aktionäre die Liquidatoren zwingen können, die Verwandlung jener schwebenden Verhältnisse in feste Lösungen zu versuchen. Ob die Gegenkontrahenten deshalb, weil sie mit einer Gesellschaft kontrahiert haben, gezwungen sind, bei erfolglicher Auflösung derselben in Auflösung der Vertragsverhältnisse zu willigen, wenn ihnen ihr Interesse an Aushaltung der Verträge voll vergütet wird, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls können die Gegenkontrahenten nicht daraus ein Recht zur Auflösung der Verträge herleiten, daß nach ihrer Meinung eine solche im Interesse der Gesellschafter, bezw. Aktionäre, liegen müßte.

Daß im vorliegenden Falle eine Art der Liquidation in Ausführung gebracht sei, welche die vom Gesetze geforderte Sicherung der Gläubiger, also auch der Gegenkontrahenten der schwebenden Verbindlichkeiten, in betreff des vorhandenen Vermögens beeinträchtigt, ist vom Kläger nicht behauptet worden, so daß auch nicht zu erörtern ist, ob in solchem Falle das Recht auf vorzeitige Lösung begründet wäre. Sieht man von demselben ab, so kann nur immer nach der Besonderheit des einzelnen in Frage stehenden Vertragsverhältnisses in Verbindung mit den maßgebenden Grundsätzen des betreffenden bürgerlichen Rechts geprüft werden, ob durch den Fortfall der produktiven Seite der geschäftlichen Thätigkeit für die Zukunft, wie solcher allerdings bei Auf-

Lösung der Gesellschaft anzunehmen ist, eine wesentliche Voraussetzung des Vertragsverhältnisses eine erhebliche Änderung erleiidet und danach einen Grund zu vorzeitiger Lösung des Vertragsverhältnisses giebt." . . .

Reichsgericht in Civilsachen, Urteil du 30 avril 1881 (I. Sen.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, 4. Band, Leipzig : Veit & Comp., 1881, p. 155 et s. (RGZ 4, 155)

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)

§ 5 Amtliche Werke

(1) Gesetze, Verordnungen, amtliche Erlasse und Bekanntmachungen sowie Entscheidungen und amtlich verfaßte Leitsätze zu Entscheidungen genießen keinen urheberrechtliche Schutz.

Veit & Zamp. 1881

Leistungsfähigkeit des Verpflichteten entschieden als Voraussetzung des Alimentationsanspruches hin.

l. 5. §§. 13. 15. 26 Dig. de agn. et al. 25, 3.

l. 2. Cod. de al. lib. 5, 25.

Nov. 117, c. 7.¹

Demzufolge mußte die Beweisauflage des Niedergerichts im wesentlichen wiederhergestellt, dabei jedoch zugleich die Fassung zu Gunsten des Klägers berichtigt werden, insofern es nicht ausschließlich auf die Vermögensverhältnisse des Beklagten ankommen kann, sondern seine Erwerbsverhältnisse ebenfalls berücksichtigt werden müssen. . . .

Nach der dem klägerischen Anspruche zu Grunde liegenden gesetzlichen Bestimmung kann der Kläger an und für sich Ersatz derjenigen Unterstützung verlangen, die er nach seinem Ermessen als notwendige feststellt, und dagegen wäre nur die Einrede zulässig, daß Kläger die Unterstützung unnötiger Weise zu hoch normiert habe; eine solche Einrede ist aber nicht vorgeschützt. Übrigens versteht es sich von selbst, daß es dem Beklagten später unbenommen sein wird, wegen veränderter Verhältnisse, die er dann darzuthun haben würde, auf Herabsetzung des in diesem Prozesse festgestellten monatlichen Betrages zu klagen. . . .

45. Prozeßfähigkeit von Privatvereinen, welchen vom Staate nicht besonders Korporationsrechte beigelegt sind.

I. Civilsenat. Ur. v. 30. April 1881 i. S. Affekuranz-Kompagnie von 1874 (Bekl.) w. Verein Hamburger Affecuradeure (Kl.). Rep. I. 106/80.

I. Handelsgericht Hamburg.

I. Obergericht daselbst.

Es handelte sich, auf Grund des bis 1879 in Hamburg geltenden Prozeßrechts, um eine Appellation wegen einer vom Obergerichte ver-

¹ So auch Gölchen a. a. D. S. 160; Windscheid a. a. D. S. 787; Mandry a. a. D. S. 263; Büngner a. a. D. S. 41 flg. 178; Seuffert, Archiv Bd. 6 Nr. 204 (Ober-Appellationsgericht zu Dresden). D. E.

worfenen Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein handelsgerichtliches Erkenntnis. Dabei heißt es in den

Gründen:

„Sollte übrigens auch die mangelnde persona standi in iudicio des klagenden Vereines als vom Beklagten geltend gemachter Nichtigkeitsgrund anzusehen sein, wie es das Obergericht gethan zu haben scheint, so würde auch dieser Grund mit Recht verworfen sein. Dies ist insofern jedenfalls von Bedeutung, als ein wirklich vorliegender Mangel dieser Art, auch abgesehen von einer beklaglichen Nichtigkeitsbeschwerde, in jeder Instanz von Amts wegen zu berücksichtigen sein würde. Es liegt aber kein solcher Mangel vor. Auf die gemeinrechtliche Streitfrage, ob Privatvereine nur nach besonderer staatlicher Ertheilung der Korporationsrechte als juristische Personen zu gelten haben, braucht dabei nicht eingegangen zu werden. Denn es hat für das heutige Recht jedenfalls die ganz vorherrschende und völlig zu billigende Meinung kein Bedenken dagegen, ohne Rücksicht auf die erwähnte Streitfrage auch reine Privatvereine, ohne daß die Personen der einzelnen Mitglieder in Betracht gezogen würden, als Prozeßparteien zuzulassen.

Seuffert, Archiv Bd. 6 Nr. 2; Bd. 23 Nr. 206; Bd. 25 Nr. 199; Bd. 33 Nr. 103; Entsch. des R.D.G.'s Bd. 4 S. 202 und S. 211 flg.;

Hinrichs, in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 20 S. 347 Anm. 8 und S. 423 Anm. 92;

Volze, juristische Person S. 181;

Vgl. auch die Ausführungen bei Stobbe, deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 414 Anm. 6.

Vor allem aber ist in der hamburgischen Praxis die Zulassung durchaus üblich.

Baumeister, hamb. Privatrecht Bd. 1 S. 61.“ ...

46. Restitution gegen Versäumung einer im Versicherungsvertrage vereinbarten Frist zur Klageanstellung.¹

l. 8 Cod. de minor. 4, 4.

Preuß. Gesetz v. 12. Juli 1875 betr. die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger u. §. 9.

¹ Vgl. Erl. des R.D.G.'s von 1879 in dessen Entsch. Bd. 25 Nr. 13

Reichsgericht in Civilsachen, Urteil du 14 avril 1882 (II. Sen.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, 6. Band, Leipzig : Veit & Comp., 1882, p. 134 et s. (RGZ 6, 134)

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)

§ 5 Amtliche Werke

(1) Gesetze, Verordnungen, amtliche Erlasse und Bekanntmachungen sowie Entscheidungen und amtlich verfaßte Leitsätze zu Entscheidungen genießen keinen urheberrechtliche Schutz.

eingeführt ist, ob überhaupt begrifflich zwischen diesen beiden Wirkungen ein Unterschied ist. Selbst wenn man in der betreffenden Norm eine Norm für den Inhalt der Geldschulden sieht, so handelt es sich doch immer um eine Beeinflussung des Verpflichtungsumfanges, die lediglich auf der Veränderung des Geldwesens des Erfüllungsortes beruht. Auch wenn die Obligation nicht in jeder Beziehung dem Erfüllungsortsrechte unterworfen ist, so erscheint doch dessen Anwendung in Bezug auf die Erfüllungsart nicht dadurch ausgeschlossen, daß von derselben der Verpflichtungsumfang berührt wird. Die in den §§. 256, 257 I. 5 A.L.R. und den Artt. 327, 336, 352, 353 S.G.B. für maßgebend erachteten Verhältnisse des Erfüllungsortes berühren sämtlich den Verpflichtungsumfang.“

34. Befugnis französischer Aktiengesellschaften, in Elfaß-Lothringen vor Gericht zu stehen.

II. Civilsenat. Urt. v. 14. April 1882 i. S. Feuerversicherung le Phénix (Kl.) w. W. (Bekl.) Rep. II. 503/81.

- I. Landgericht Straßburg.
- II. Oberlandesgericht Kolmar.

Durch Erlaß des Oberpräsidenten vom 19. Juli 1872 wurde bestimmt, daß dem Geschäftsbetriebe auswärtiger Versicherungsgeellschaften im Reichslande kein Hindernis im Wege stehe, wenn sie gewisse Bedingungen erfüllen. Klägerin, eine französische Aktienversicherungsgesellschaft, hatte sich diesen Bedingungen unterworfen und ihren Geschäftsbetrieb fortgesetzt. Am 11. März 1881 verfügte der Unterstaatssekretär auf Grund eines französischen Gesetzes vom 30. Mai 1857,¹ daß die Fortsetzung des Geschäftsbetriebes der französischen Versicherungsgeellschaften über den 1. Mai 1881 hinaus nicht werde geduldet werden.

¹ Das Gesetz lautet:

Loi qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, légalement constituées en Belgique, à exercer leurs droits en France. Art. I. Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge, et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'Empire. Art. II. Un décret impérial, rendu en conseil d'état peut appliquer à tous autres pays le bénéfice de l'art. I.

Die Klägerin klagte nun Prämien aus Versicherungsverträgen ein, welche sie in den Jahren 1873 und 1877 mit dem Beklagten bis zum Jahre 1883 abgeschlossen hatte; die Prämien waren Ende Mai und Anfangs Juni 1881 fällig. Beide Instanzen nahmen an, daß die Klägerin auf Grund des gedachten Gesetzes und infolge des Erlasses vom 11. März 1881 das Recht verloren habe, vor Gericht zu stehen, und wiesen die Klage ab. Das Reichsgericht hat das Berufungsurteil aufgehoben aus folgenden

Gründen:

„Nach der Auslegung des Berufungsgerichtes ist das Gesetz vom 30. Mai 1857 staatspolizeilicher Natur, indem es der Staatsgewalt in Rücksicht auf den Schutz der heimischen Industrie und das Verhalten anderer Staaten die Macht verleiht, den Geschäftsbetrieb ausländischer Aktiengesellschaften im Inlande zu verbieten; die Verfassung der Rechtsverfolgung im Inlande soll nur ein Mittel zur Erreichung des mit dem Verbote angestrebten Zweckes sein; dagegen wird die Rechts- und Parteifähigkeit der fremden Gesellschaften als von diesem Gesetze nicht berührt erachtet, vielmehr vorausgesetzt; nur dem praktischen Erfolge, nicht aber der rechtlichen Auffassung nach kommt hiernach das Gesetz einer Beschränkung der Rechtsfähigkeit gleich.“

Diese Auslegung, welche allerdings in den Motiven und Verhandlungen zu dem Gesetze einigen Anhalt findet, erscheint in Rücksicht auf den äußeren Anlaß zu dem Gesetze, sowie auf dessen Inhalt, der nirgends eine Ausschließung ausländischer Aktiengesellschaften von der Rechtsverfolgung, das heißt eine Aufhebung der Artt. 3. 11. 14. 15 Code civil ausspricht, nicht unbedenklich, sie ist aber für das Revisionsgericht bindend, weil das Gesetz nur im Bezirke des Oberlandesgerichtes Kolmar Geltung hat (§. 511 C.P.O.). Wenn die Revisionsklägerin einer Nachprüfung mit der Behauptung Eingang zu verschaffen sucht, es müsse festgestellt werden, ob die angeführten allgemeinen Regeln des bürgerlichen Gesetzbuches aufgehoben worden seien oder nicht, so übersieht sie, daß, um das Verhältnis der Ausnahme zur Regel, des jüngeren zu dem älteren Gesetze zu bestimmen, stets zunächst das jüngere Gesetz anzulegen und seine Tragweite festzustellen ist.

Ebenso ist auch die gleichfalls nicht unbedenkliche Annahme der Nachprüfung im Revisionsverfahren entzogen, daß durch das — nur

in Frankreich geltende — Ges. vom 24. Juli 1867 über die Gesellschaften das Ges. vom 30. Mai 1857 nicht beseitigt sei.

Aber auch, wenn man von der Richtigkeit dieser beiden Aussprüche ausgeht, muß die Revision gleichwohl für begründet erachtet werden.

Es ist nämlich daran festzuhalten, daß Gegenstand der Klage im Mai und Juni 1881 verfallene Prämien aus solchen Versicherungsverträgen sind, welche die Revisionsklägerin im Jahre 1873 (mit einem avenant von 1877) mit Geltung bis zum Jahre 1883 abgeschlossen hat, und daß dieselbe zur Zeit des Abschlusses dieser Verträge auf Grund eines Erlasses des Kais. Oberpräsidenten für Elsaß-Lothringen vom 19. Juli 1872 zum Geschäftsbetriebe zugelassen und darin geduldet worden ist, bis das Dekret des Unterstaatssekretärs vom 11. März 1881 verfügte, daß „über den 1. Mai 1881 hinaus die Fortsetzung des Geschäftsbetriebes nicht mehr geduldet werden solle“. Wenn nun auch, was bei der nicht revidibeln Feststellung durch das Berufungsgericht angenommen werden muß, jener Erlaß das nach Art. 2 des Ges. vom 30. Mai 1857 erforderliche Dekret weder ersehen wollte noch konnte, so dürfte dennoch dieser thatsächlichen Zulassung zum Geschäftsbetriebe und der Jahre hindurch fortgesetzten Duldung desselben nicht aus dem Grunde jede Rechtswirkung abgesprochen werden, weil, wie unter Ziff. 5 der Gründe gesagt ist, die thatsächliche Duldung das Gesetz nicht beseitigt.

Indem die Entscheidung diesem thatsächlichen Bestände im Geschäftsbetriebe keinerlei rechtliche Wirkung beilegt, trifft sie in zweifacher Richtung der Vorwurf der Gesetzesverletzung:

1. Der in Ziff. 7 der Gründe ausgesprochene Satz, daß den in Frankreich vor der Abtretung von Elsaß-Lothringen an Deutschland zu rechtlichem Dasein gelangten Aktiengesellschaften, welche ihren Sitz in Elsaß-Lothringen hatten, kein wohlervorbenes Recht auf den Geschäftsbetrieb und den Rechtsschutz daselbst zustehen, ist zwar im allgemeinen richtig, denn sie hatten dieses Recht nicht kraft besonderer Verleihung, insbesondere nicht auf Grund des Ges. vom 30. Mai 1857, sondern infolge der Einheit des Staatsgebietes und auf Grund der in diesem ganzen Staatsgebiete, welchem sie damals angehörten, bestehenden Gesetze über Gesellschaften; sie hatten aber auch im einheitlichen Staatsgebiete kein Recht darauf, daß ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit nicht durch ein neues Gesetz beschränkt werde; mithin wird auch kein wohlervorbenes Recht verletzt, wenn nunmehr ihnen

gegenüber, weil sie infolge der Abtretung von Elfaß-Lothringen an Deutschland in Beziehung auf diesen Teil des früheren Heimatlandes Ausländer geworden sind, das Gef. vom 30. Mai 1857 Geltung erlangt hat. — Allein, wenn es auch kein wohlervorbene Recht auf den Status selbst giebt, so ist andererseits doch nicht zu verkennen, daß diejenigen Rechte als wohlervorbene zu gelten haben, welche daraus entstanden sind, daß von der Handlungsfähigkeit Gebrauch gemacht und kontrahiert worden ist, und daß dies auch gelten muß, wenn durch die spätere Gesetzgebung zwar nicht die Rechts- und Handlungsfähigkeit grundsätzlich aufgehoben, wohl aber im Wege staatspolizeilichen Verbotes thatsächlich beseitigt wird.

Da auch ein derartiges Verbotsgesetz nicht auf vor seinem Inkrafttreten begründete Rechtsverhältnisse zurückwirkt, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Klägerin der Rechtsschutz für solche Rechtsgeschäfte nicht versagt werden könnte, welche sie in der Zeit vor Abtretung Elfaß-Lothringens an Deutschland abgeschlossen hat und welche in ihren Folgen noch fortbauern.

Stehen nun auch solche Rechte hier nicht in Frage, so muß doch das gleiche Prinzip in Anwendung kommen für Rechtshandlungen, welche die Klägerin während einer Zeit vorgenommen hat, in welcher das neue Recht — das Gef. vom 30. Mai 1857 — nicht nur nicht gegen sie in Anwendung gebracht, sondern sie vielmehr von den Behörden, wenn auch unter gewissen administrativen Beschränkungen, thatsächlich in ihrer seitherigen Stellung als Inländerin belassen und ihr die Fortsetzung des Geschäftsbetriebes gestattet worden ist.

So wie das Verfassungsgericht dieses Gesetz auslegt, hat die Klägerin dadurch, daß sie mit der Abtretung von Elfaß-Lothringen an Deutschland Ausländerin wurde, ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit keineswegs verloren; es konnte ihr nur, wenn überhaupt das Gesetz vom Frankfurter Frieden unberührt blieb, die Fortsetzung der Geschäfte sofort verboten werden und selbst nach dem Erlaß eines Verbotes hätte ihr für die noch unter der französischen Staatshoheit abgeschlossenen Rechtsgeschäfte die gerichtliche Hilfe nicht verweigert werden können, es mußte ihr vielmehr ähnlich, wie es in Ziff. 9 des Schlußprotokolles zur Zusatzkonvention vom 11. Dezember 1871 hinsichtlich der Bank von Frankreich geschehen ist, ein Termin zur Abwicklung ihrer geschäftlichen Verhältnisse gewährt werden. — Ist aber ein Verbot nicht sofort

erlassen, vielmehr die Fortführung der Geschäfte geduldet worden, so ist zwar dadurch das Ges. vom 30. Mai 1857 allerdings nicht beseitigt, allein nur in dem Sinne nicht, daß zu jeder Zeit das Verbot nachträglich erlassen werden kann, dagegen kann dies nachgefolgte Verbot nicht auf die während der Periode der Duldung begründeten Rechtsverhältnisse zurückwirken. Die französischen Gesellschaften müssen unter allen Umständen zur Rechtsverfolgung zugelassen werden, um die Frage zum gerichtlichen Austrage bringen zu können, ob die während jener Periode eingegangenen Geschäfte zu Recht bestehen oder nicht, eine Frage, welche in der Antwort des Unterstaatssekretärs vom 29. März 1881 auf die Anfrage vom 21. März 1881 unter Ziff. 5 keinesweges im Sinne der Ungültigkeit entschieden worden ist.

Da das Oberlandesgericht diese durch das Klagegesuch, sofern es auf Anerkennung der fortdauernden Gültigkeit der abgeschlossenen Versicherungsverträge gerichtet ist, angeregten Fragen unerwogen gelassen hat, trifft seine Entscheidung der Vorwurf mangelnder Begründung (§. 513 Ziff. 7 C.P.O.) und zwar um so mehr, als es gerade bei seiner Auslegung des Ges. vom 30. Mai 1857, wonach die Versagung des Rechtsschutzes nur ein Mittel zur Durchführung des Verbotes des Geschäftsbetriebes ist, zum Ergebnisse gelangen mußte, daß, soweit von den Behörden der Zweck aufgegeben war, auch das Mittel nicht Anwendung finden könne. — Es ist aber auch das Prinzip des Art. 2 Code civil verletzt, weil dem Erlasse vom 11. März 1881, welcher das Ges. vom 30. Mai 1857 — und zwar nur in Form eines Verbotes der Fortsetzung des Geschäftsbetriebes über den 1. Mai 1881 hinaus — in Anwendung bringt, rückwirkende Kraft beigelegt wird.

Die Fassung dieses Erlasses und die unbestrittene Thatsache der Duldung des Geschäftsbetriebes bis zum 1. Mai 1881 machen eine Erörterung der Frage überflüssig, ob etwa anzunehmen sei, daß sofort mit der Abtretung von Elsaß-Lothringen an Deutschland das Gesetz vom 30. Mai 1857 in dem Sinne wirksam geworden sei, daß die Klägerin ihre Geschäfte einstellen mußte, weil nicht ein Kaiserliches Dekret nach Maßgabe von Art. 2 des gedachten Gesetzes erlassen worden ist.

2. Das Berufungsgericht verletzt ferner die §§. 50, 51 C.P.O. Diese beruhen (vgl. auch §. 4 R.D.) auf dem Principe, daß ohne Unterschied zwischen In- und Ausländern sowohl betreffs physischer als auch juristischer Personen lediglich das bürgerliche Recht, welchem die Person

unterworfen ist, darüber entscheide, ob die Person fähig sei, vor Gericht zu stehen, sowie darüber, wer gesetzlich eine unfähige Person zu vertreten habe; und daß eine Person insoweit prozeßfähig sei, als sie sich durch Verträge verpflichten kann. Daraus folgt, daß die Klägerin, obgleich sie Ausländerin ist, zur Rechtsverfolgung im Inlande zugelassen werden muß, weil ihr unbestritten nach dem für sie maßgebenden französischen Rechte (Art. 3 Code civil) die Eigenschaft einer rechts- und handlungsfähigen Person zukommt und weil sie, was gleichfalls unbestritten ist, nach eben diesem Gesetze gültig vertreten wird.

Der erste Grund, aus welchem das Berufungsgericht die Anwendung der §§. 50, 51 ablehnt, weil nämlich eine juristische Person stets thatsächlich gehindert sei, prozeßfähig zu werden, mithin bezüglich ihr der §. 51 ganz außer Betracht bleiben müsse, beruht auf einer unrichtigen Schlußfolgerung aus der Stelle der Motive, wo unter lit. c juristische Personen und Personenvereine unter den nicht prozeßfähigen Personen aufgezählt sind. Diese Stelle hat nach dem Zusammenhange der Motive und des Gesetzes nur den Sinn, daß, weil väterliche Gewalt, Eigenschaft einer Ehefrau und Geschlechtsvormundschaft im Geiste der Prozeßordnung niemals Prozeßunfähigkeit begründen, was auch hierwegen im bürgerlichen Rechte bestimmt sein mag, nur die unter a—c aufgeführten Fälle übrig bleiben, in welchen überhaupt noch von Prozeßunfähigkeit die Rede sein kann. Ob in einem dieser Fälle jemand prozeßfähig und wer der gesetzliche Vertreter eines Unfähigen sei, bestimmt das bürgerliche Recht; in den Fällen unter a (willenlose Kinder *ic*) wird dieses in der Regel nur betreffs der gesetzlichen Vertretung in Frage kommen, in den Fällen unter b (Bevormundete *ic*) ist es vorzugsweise für die Beschränkung der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit willensfähiger Personen entscheidend, in den Fällen unter c (juristische Personen *ic*) ist nach demselben zu prüfen, sowohl, ob eine juristische Person, ein Personenverein, eine Vermögensmasse als rechts- und parteifähiges Subjekt bestehe, als auch, wer der gesetzliche Vertreter sei.

Die Richtigkeit dieser Auslegung ergibt sich aus Folgendem. Nach §. 50 sind die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes maßgebend nicht nur betreffs der Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, sondern auch für die Vertretung einer nicht prozeßfähigen Partei durch andere Personen. Schon hieraus folgt, daß das bürgerliche Recht auf Aktien-

gesellschaften mindestens insoweit anwendbar ist, als sich danach — ihre rechtliche Existenz vorausgesetzt — entscheidet, wer ihr gesetzliche Vertreter sei. Die Motive fügen auch am Schlusse bei: „Aus dem bürgerlichen Rechte ist nach §. 50 endlich noch zu entscheiden, ob zu einem Prozesse eine nicht prozeßfähige Partei — z. B. nach preussischem Rechte die Kirchengemeinde — oder der gesetzliche Vertreter einer Partei einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bedarf.“

Der Zusammenhalt der §§. 50, 51 mit den Motiven ergibt aber noch weiter, daß die Prozeßordnung nicht bloß die Prozeßfähigkeit in dem Sinne, wer einen Prozeß selbst in eigener Person zu führen fähig sei, sondern auch die Frage regelt, wer die durch den Prozeß entstehende Obligation nach dem Axiom „judicio contrahitur“ eingehen könne, sei es, daß er selbst oder durch einen Vertreter den Prozeß führe. Die Motive erklären ausdrücklich die Prozeßfähigkeit für einen Ausfluß der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit und fahren fort: „wer handlungs- und dispositionsfähig sei, bestimmt das bürgerliche Recht; die Vorschriften desselben ergeben daher, wer als prozeßfähig betrachtet werden muß.“ Diesen Gedanken spricht sodann der dem Art. 1 W.D. nachgebildete Abs. 1 des §. 51 dahin aus, daß eine Person insoweit prozeßfähig sei, als sie sich durch Verträge verpflichten kann.

Nach all diesem ist es unrichtig, wenn das Berufungsgericht annimmt, die juristischen Personen kämen bei Anwendung des §. 51 der Prozeßordnung gar nicht in Betracht; es gilt vielmehr auch für sie das durchgreifende, bereits hervorgehobene Prinzip, daß auch die ausländische Person zur Rechtsverfolgung im Inlande zuzulassen sei, sofern sie nach dem für ihren Status maßgebenden ausländischen Rechte handlungs- und dispositionsfähig ist.

Der Klägerin stehen demnach die §§. 50 und 51 C.P.D. zur Seite und braucht sie sich gar nicht auf den §. 53 zu berufen.

Auch der zweite Grund, aus welchem das Berufungsgericht den Prinzipien der Prozeßordnung die Anwendung versagt, weil nämlich die aus dem Ges. vom 30. Mai 1857 sich ergebenden Rechtsverhältnisse der ausländischen Aktiengesellschaften in Elsaß-Lothringen von der Prozeßordnung unberührt geblieben seien, kann nicht gebilligt werden. Es kann für die Entscheidung des vorliegenden Falles dahingestellt bleiben, ob dem freien Prinzip der Prozeßordnung gegenüber, welches keinen Unterschied zwischen In- und Ausland anerkennt, überhaupt noch

ein solches partikulares Verbotsgesetz, welches rechtsgültig konstituierten ausländischen Gesellschaften den Rechtsschutz entzieht, Geltung haben könne oder nicht. Das Ges. vom 30. Mai 1857 kann jedenfalls hier schon um deswillen die Regeln der Prozeßordnung nicht beseitigen, weil nach demselben, wie das Berufungsgericht selbst es auslegt, die Befugung der Rechtshilfe nur ein Mittel sein soll, um das Verbot des Geschäftsbetriebes im Inlande wirksam zu machen, hier aber durch die tatsächliche Duldung des Geschäftsbetriebes die bereits dargestellte Sachlage geschaffen worden ist, daß mindestens die Frage zum gerichtlichen Austrage zugelassen werden muß, ob die tatsächlich zugelassenen Geschäfte rechtliche Wirkung äußern. Die von dem Berufungsgerichte betonte Rücksicht auf die öffentliche Ordnung kann ein Abgehen von den Prinzipien der Prozeßordnung in dem Falle nicht rechtfertigen, wo diese öffentliche Ordnung überhaupt nicht mehr in Frage kommen kann.

Hiernach war das zweitinstanzliche Urteil auch wegen Verletzung der §§. 50, 51 C.P.O. aufzuheben, und können daher die übrigen Angriffe der Revisionsklägerin unerörtert bleiben.

Es mag übrigens bemerkt werden, daß auch die Gründe, aus welchen hergeleitet wird, daß das Ges. vom 30. Mai 1857, welches nach der mehrerwähnten Auslegung des Berufungsgerichtes ein privilegium odiosum aller ausländischen Aktiengesellschaften, nicht etwa bloß eine gewerbliche Konzessionspflicht der Versicherungsgesellschaften wegen des Gegenstandes ihres Geschäftsbetriebes (vgl. Art. 4 Ziff. 1 der deutschen Reichsverfassung und §. 6 G.D.) enthält, weder durch Art. 11 des Frankfurter Friedens, noch durch die Zusatzkonvention zu demselben außer Kraft gesetzt worden sei, erheblichen Bedenken unterliegen. Es ist in dieser Hinsicht zunächst nicht zu übersehen, daß, wenn Art. 11 a. a. O. im Sinne der Revisionsklägerin ausgelegt wird, es sich dabei — von Elfaß-Lothringen abgesehen — nur um ein Zugeständnis handelt, welches Frankreich an das übrige Deutschland machte, da in diesem der Rechtsverfolgung ausländischer Aktiengesellschaften kein Verbotsgesetz entgegensteht. Sodann können, um die Ausdrücke „sujets“, „Angehörige“ auf physische Personen zu beschränken, weder der Art. 15 des Frankfurter Friedens, noch §. 19 Abs. 4 des Vertrages mit Oesterreich-Ungarn vom 16. Dezember 1878, noch der Art. 3 der Reichsverfassung herangezogen werden; der Art. 15 nicht, weil nicht abzu- sehen ist, weshalb Maßregeln zur Wiedererlangung infolge des Krieges

nicht gewahrter Rechte nicht auch juristischen Personen zu Statten kommen sollen; der §. 19 Abs. 4 nicht, weil die darin aufgezählten Geschäfte vorzugsweise von Gesellschaften betrieben werden, und der Art. 3 nicht, weil das darin ausgesprochene Prinzip, daß kein einzelner deutscher Staat einen Deutschen ungünstiger behandeln dürfe als seine eigenen Angehörigen (vgl. Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 177 flg.) auch für juristische Personen gelten muß, wenn man nicht zu der Konsequenz gelangen will, daß das Ges. vom 30. Mai 1857 in Elsaß-Lothringen auch gegen die Aktiengesellschaften anderer deutscher Länder in Anwendung gebracht werden könne.

Was sodann die Ausnahme des Schutzes der *marques de dessin et de fabrique* in die Zusatzkonvention vom 12. Oktober 1871 betrifft, so waren wenigstens die französischen Bevollmächtigten der Meinung (Recueil Bd. 1 S. 144), que dans la pensée de leur gouvernement le principe de réciprocité tel qu'ils viennent de l'énoncer rentre parfaitement dans les mots „traitement des sujets des deux nations.“ Die Vorsorge wegen der Patente in der Konvention vom 11. Dezember 1871 und im Schlußprotokolle hierzu findet ihre Erläuterung im französischen Patentgesetz vom 5. Juli 1844 und im besonderen Bedürfnisse, Rechte zu wahren, welche die Elsaß-Lothringer nur als Franzosen beibehalten konnten. Was sodann die Bank von Frankreich betrifft, so darf dabei deren privilegierte Stellung, da ihre Noten damals Zwangskurs hatten, nicht außer acht gelassen werden.

Daraus, daß das am 19. Dezember 1866 zu Gunsten Preußens erlassene Dekret in das Verzeichnis der nach Art. 18 der Zusatzkonvention vom 11. Dezember 1871 restituierten Verträge aufgenommen worden ist, folgt eher ein Argument für die Klägerin, wenn man berücksichtigt einerseits, daß daselbst auch solche Verträge aufgeführt werden, welche unzweifelhaft im Art. 11 des Friedensschlusses und im gedachten Art. 18 inbegriffen sind, wie die Verträge über den Schutz des literarischen Eigentums, die Handels- und Schiffsfahrtsverträge mit Bremen, Hamburg und Lübeck, mit Mecklenburg-Schwerin *ic* und andererseits, daß das zu Gunsten des Königreichs Sachsen im Jahre 1868 ergangene Dekret nicht erwähnt ist.

Hiernach bleibt als das wichtigste Argument für die Auffassung des Berufungsgerichtes nur die im Protokolle vom 4. November 1871 niedergelegte Erklärung, deren Bedeutung hier nicht weiter zu prüfen ist.“

BayObLG du 16 février 1912, I. ZS Reg. III 12/12 (*Beschluß*)

Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen und von Entscheidungen des Notariatsdisziplinarhofs herausgegeben unter der Leitung und Aufsicht des Königlichen Staatsministeriums der Justiz, 13. Band, München : R. Oldenbourg, 1913, n°13, p. 69 et s.

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)

§ 5 Amtliche Werke

(1) Gesetze, Verordnungen, amtliche Erlasse und Bekanntmachungen sowie Entscheidungen und amtlich verfaßte Leitsätze zu Entscheidungen genießen keinen urheberrechtliche Schutz.

Rechtswissenschaftliches Seminar
der Universität Münster/Westf.

Sammlung von Entscheidungen des
Bayerischen Obersten Landesgerichts
in
Zivilsachen

und von Entscheidungen des Notariatsdisziplinarhofs

Herausgegeben unter der Leitung und Aufsicht
des Königlichen Staatsministeriums der Justiz

Ally
V
124

— 13. Band. —

1760.1426



Rechtswissenschaftliches Seminar
der Universität Münster/Westf.

München 1913 — Druck und Verlag von R. Oldenbourg.

ist noch nicht die Erfüllung aller Bedingungen nachgewiesen, von welchen die Änderung der im Grundbuch eingetragenen Rechte abhängt. Es sind verschiedene Möglichkeiten denkbar, die die Beweiskette unterbrechen. Insbesondere ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die Forderung des G., die im Betrage von 8000 Mk. durch den Eigentümer befriedigt wurde, bis dahin gar nicht mehr im vollen Betrage bestand, sondern durch Teilzahlungen der P. gemindert war (vgl. den Beschluß des erkennenden Senats vom 14. Januar 1910*) oder daß zwischen der P. und dem G. in Bezug auf die Hypothek und das Pfandrecht des G. hieran Vereinbarungen getroffen wurden, welche die Pfandrechte des Matthias M. und der Rosine L. beeinträchtigen. Es ist Sache des Grundbuchamts, zu würdigen, wieweit der konkrete Sachverhalt solche Möglichkeiten zuläßt, und hiernach zu bemessen, welche Anforderungen zu stellen sind, um den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs als erbracht ansehen zu können. Gibt ihm die konkrete Sachlage gerechtfertigten Grund zu zweifeln, ob der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs in völlig verlässiger Weise erbracht ist, so kann es die Beibringung der Zustimmung der Pfandgläubiger verlangen (vgl. Beschluß des erkennenden Senats vom 22. Mai 1908**). Hiernach ist der Vollzug der Löschung mit Recht abgelehnt worden. Es muß deshalb die weitere Beschwerde zurückgewiesen werden.

Reg. III. 11/1912.

13.

Ein Gesellschaftsvertrag ist nicht deshalb allein ungültig, weil die Form, die darin der Gesellschaft gegeben wurde, deshalb gewählt wurde, um die Steuerbelastung zu verringern.

Die Beteiligung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung an einer offenen Handelsgesellschaft oder als Komplementär an einer Kommanditgesellschaft deren Kommanditisten die eigenen Gesellschafter der G. m. b. H. sind, ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

I. Zivilsenat. Beschluß vom 16. Februar 1912.

Im Gesellschaftsregister des Amtsgerichts Neuburg a. D. ist unter der Firma „Portlandzementfabrik, Stein- und Kalkwerk August M. G. m. b. H.“ eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingetragen, als deren Gegenstand in dem Gesellschaftsvertrage vom 23. Juli 1909 der Erwerb und Fortbetrieb des bis dahin von August M. in H. betriebenen Fabrikgeschäfts bezeichnet ist.

*) S. diese Sammlung Bd. XI S. 31 ff., insbesondere S. 37.

**) S. diese Sammlung Bd. IX S. 328.

Durch Vertrag vom 30. Dezember 1911 wurde eine Kommanditgesellschaft unter der Firma „Portlandzementfabrik, Stein- und Kalkwerk August M., G. m. b. H. & Co“ gegründet, deren persönlich haftender Gesellschafter die erwähnte Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist, deren Kommanditisten die sämtlichen Gesellschafter dieser Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind.

Der Antrag, die Kommanditgesellschaft ins Handelsregister einzutragen, wurde durch den Beschluß des Amtsgerichts Neuburg a. D. vom 31. Dezember 1911 abgewiesen. Das Amtsgericht ermog, ob eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung überhaupt persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft sein könne, könne dahingestellt bleiben, da unter allen Umständen eine Kommanditgesellschaft als ein unmögliches Gebilde erklärt werden müsse, die aus einer Gesellschaft m. b. H. als Komplementär und den Teilhabern eben dieser Gesellschaft als Kommanditisten bestehe. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung bestehe nur in ihren Gesellschaftern und könne daher nicht mit diesen gleichen Gesellschaftern, wie wenn sie etwas von ihnen völlig Verschiedenes wäre, zu einer neuen Gesellschaft zusammentreten. Die Kommanditgesellschaft unterscheide sich in nichts von der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die sog. Kommanditeinlagen hätten lediglich die Bedeutung einer — in Ermangelung der gesetzlichen Form unzulässigen — Erhöhung des Stammkapitals dieser Gesellschaft. Übrigens sei die neue Gründung ein Scheinvertrag, der nur den Zweck habe, den Wirkungen der neuen Steuergesetze auf die Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu begegnen, und deshalb gemäß § 117 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nichtig.

Die von der Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingelegte Beschwerde wurde durch den Beschluß des Landgerichts Neuburg a. D. vom 22. Januar 1912 als unbegründet zurückgewiesen. Wesen und Voraussetzung einer offenen Handelsgesellschaft sei, daß das Handelsgewerbe nur unter einer gemeinschaftlichen Firma betrieben werden könne, es seien demnach von der Mitgliedschaft alle die Rechtsgebilde ausgeschlossen, denen die Fähigkeit abgehe, unter fremdem Namen im Rechtsverkehr aufzutreten. Das gleiche gelte auch für die Fähigkeit, persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft zu sein. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung könne nun nur unter ihrer Firma im Rechtsverkehr auftreten, nicht unter der Firma einer Kommanditgesellschaft als deren persönlich haftender, sie allein vertretender Gesellschafter.

Gegen diesen Beschluß legte Rechtsanwalt K. namens der Gesellschaft mit beschränkter Haftung weitere Beschwerde ein.

Das Oberste Landesgericht hat die Beschlüsse des Landgerichts und des Amtsgerichts Neuburg aufgehoben und die Sache zur

anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Amtsgericht Neuburg zurückverwiesen. Die Entscheidung beruht auf folgenden Gründen.

Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, daß der Gesellschaftsvertrag nicht zum Schein errichtet ist.

Mit dem Landgericht ist auch davon auszugehen, daß zwar die Kommanditgesellschaft zu dem Zweck errichtet wurde, um die Steuerbelastung, die sich für Gesellschaften mit beschränkter Haftung aus den Steuergesetzen vom 14. August 1910 ergibt, zu mindern, dieser Umstand aber eine Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags nicht begründen kann. Die Steuergesetze vom 14. August 1910 knüpfen die stärkere Belastung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Steuer an das formale Moment, daß eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorliegt. Wenn die Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Erreichung des Zieles, das den Gegenstand der Gesellschaft mit beschränkter Haftung bildet, eine neue Gesellschaft eingehen und dabei eine Gesellschaftsform wählen, bei der die Steuerbelastung geringer ist, so haben sie lediglich einen Weg beschritten, den die Steuergesetze selbst ihnen offen gelassen haben. Von einer bürgerlich-rechtlichen Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags kann deshalb, weil er eine geringere Steuerbelastung bewirken will und bewirkt, nicht die Rede sein.

Dem angefochtenen Beschluß ist auch insofern zuzustimmen, als er die Anschauung des Registergerichts ablehnt, daß eine Kommanditgesellschaft jedenfalls nicht aus einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als persönlich haftendem Gesellschafter und den sämtlichen Gesellschaftern dieser Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Kommanditisten bestehen könne. Denn die Gesellschaft mit beschränkter Haftung besteht nicht nur in ihren Gesellschaftern, so daß sie sich nicht mit eben diesen Gesellschaftern zu einer neuen Gesellschaft verbinden könnte. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist vielmehr juristische Person, als solche ist sie ein eigenes, ihren einzelnen Mitgliedern selbständig gegenüberstehendes Rechtssubjekt, das nicht gehindert ist, mit diesen einzelnen Mitgliedern Rechtsgeschäfte jeder Art abzuschließen, also auch sich mit ihnen zu einer anderweitigen Gesellschaftsform zusammenzuschließen.

Die Entscheidung hängt hiernach davon ab, ob eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft und folglich auch Komplementär einer Kommanditgesellschaft sein kann. Diese Frage ist sehr bestritten. In der früheren Literatur und Rechtsprechung wurde sie überwiegend verneint (vergl. die Angaben bei *E l y b a c h e r* in *Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* Bd. 45 S. 40 ff.). In der neueren Literatur wird sie meist bejaht. Aus der neueren Literatur stehen insbesondere *S t a u b*, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 9. Aufl.

§ 105 Anm. 22, und G o l d m a n n, Handelsgefeszbuch § 105 Anm. 25 auf dem verneinenden Standpunkte. Dagegen bejahen die Frage die Kommentare zum Gefes über die Gefellschaften mit beschränkter Haftung von Staub-Hachenburg, 3. Auflage Anm. 7 zu § 13, Parisius-Grüger, 5. Aufl. Anmerkungen zu § 13, Neukamp, Anm. 1 d zu § 13, die Kommentare zum Handelsgefesbuche von M a t o w e r und Brand (zu § 105), ferner E l b a c h e r a. a. O. und M o l l in Goldheims Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen Bd. XIII S. 150 ff.

Durch eine positive Gefesvorschrift ist die Teilnahme einer Gefellschaft mit beschränkter Haftung an einer offenen Handelsgefellschaft oder als Komplementär an einer Kommanditgefellschaft nicht ausgeschlossen. Es kann sich daher nur darum handeln, ob sich der Ausschluß nicht aus der Verfassung oder dem Wesen der Gefellschaft mit beschränkter Haftung ergibt. Der Ausschluß wird vom Landgerichte damit begründet, daß eine solche Gefellschaft nicht unter fremdem Namen im Rechtsverkehr auftreten könne und dies Voraussetzung der Teilnahme an einer offenen Handelsgefellschaft oder als Komplementär an einer Kommanditgefellschaft sei. Allein die Fähigkeit, unter fremdem Namen im Rechtsverkehr aufzutreten, ist nicht Voraussetzung, sondern Wirkung der Teilnahme an einer offenen Handelsgefellschaft oder Kommanditgefellschaft. Obwohl also eine Gefellschaft mit beschränkter Haftung ihr Unternehmen nur mit ihrer Firma bezeichnen darf, wird sie doch durch ihre Teilnahme an einer offenen Handelsgefellschaft oder als Komplementär an einer Kommanditgefellschaft befähigt, sich in den Angelegenheiten dieser Gefellschaft der Firma derselben zu bedienen. Die Gefellschaft mit beschränkter Haftung behält nach wie vor nur ihre Firma, die Firma der offenen Handelsgefellschaft oder Kommanditgefellschaft steht ihr so wenig zu wie den anderen Teilhabern an der offenen Handelsgefellschaft oder Kommanditgefellschaft, bezeichnet vielmehr nur das Unternehmen, an dem die Gefellschaft mit beschränkter Haftung beteiligt ist.

Auch die übrigen in der Literatur für den Ausschluß geltend gemachten Gründe, denen sich der amtsgerichtliche Beschluß wenigstens andeutungsweise angeschlossen hat, sind nicht durchschlagend.

Dies gilt zunächst von der Behauptung, es sei der Gefellschaft mit beschränkter Haftung wesentlich, daß der Vorstand jederzeit abberufen werden könne; sie müsse also eine Vertretung haben, die jederzeit dem Willen der Mehrheit unterliege; würde sie Mitglied einer offenen Handelsgefellschaft oder Komplementär einer Kommanditgefellschaft, so sei der Gefellschafter, der diese vertrete, berechtigt, sie mitzuvertreten und ihr ganzes Vermögen zu engagieren, ohne daß sie in der Lage sei, diesen Ver-

treter zu entfernen, falls nicht Gründe vorhanden seien, die im Wesen der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft liegen. Der Geschäftsführer der Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann indessen, auch wenn diese Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft ist, jederzeit abberufen werden. Daß die Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch die Rechts-handlungen, die der Vertreter der offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft als solcher vornimmt, infolge ihrer Beteiligung an der offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft berechtigt und verpflichtet wird und sie daher insofern eine Vertretung erhält, auf die sie nicht denselben Einfluß ausüben kann wie auf ihren Geschäftsführer als solchen, ist lediglich eine tatsächliche Folgeerscheinung einer derartigen Beteiligung.

Für den Ausschluß wird auch geltend gemacht, daß sich Widersprüche bezüglich der Bilanzvorschriften ergeben würden. Daß gewisse Verschiedenheiten in den Vorschriften über die Aufstellung der Bilanz bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegenüber der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft bestehen, ist richtig, dieser Umstand schließt aber die Beteiligung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung an einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft nicht aus. Denn die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird trotz ihrer Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft ihre Bilanz nach den für sie maßgebenden Vorschriften aufstellen, während die offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, dadurch, daß an ihr eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung beteiligt ist, nicht gehindert ist, für ihre Bilanz-aufstellung die für sie maßgebenden Vorschriften anzuwenden. Verschiedenheiten im Ergebnis der Bilanz, die sich hierdurch ergeben sollten, sind also nicht rechtlicher, sondern nur tatsächlicher Natur. Wenn endlich Gewicht darauf gelegt wird, daß bei den Teilhabern an einer offenen Handelsgesellschaft sowie bei dem Komplementär einer Kommanditgesellschaft das persönliche Moment, die persönliche Haftung, in den Vordergrund tritt, so würde diese Erwägung für den grundsätzlichen Ausschluß aller juristischen Personen von der Mitgliedschaft an einer offenen Handelsgesellschaft und der Teilnahme an einer Kommanditgesellschaft als Komplementär sprechen. Daß juristische Personen hiervon aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen sind, wird jetzt wohl fast allgemein anerkannt.

Es muß demnach die rechtliche Möglichkeit der Beteiligung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung an einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft anerkannt werden.

Die weitere Beschwerde erweist sich hiernach als begründet. In der Beschwerdeschrift ist angegeben, daß die beschwerdeführende Gesellschaft

mit beschränkter Haftpflicht ihren Gesellschaftsvertrag dahin geändert hat, daß nur die Verpachtung des früheren Gewerbebetriebs sowie die Vermietung ihres Fabrikangebäudes Gegenstand ihres Unternehmens ist. Mit Rücksicht hierauf kann dahingestellt bleiben, ob Voraussetzung der Beteiligung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Komplementär an einer Kommanditgesellschaft ist, daß nicht beide Gesellschaften den gleichen Geschäftsbetrieb zum Gegenstande haben. Ob die Angabe der Beschwerdeschrift zutrifft, lassen die Akten allerdings nicht entnehmen, da der die Abänderung des Gesellschaftsvertrags der Gesellschaft mit beschränkter Haftung enthaltende Vertrag vom 30. Dezember 1911 nicht vorliegt. Das Registergericht wird daher diesen Punkt bei der weiteren Behandlung der Sache zu prüfen haben. Reg. III. 12/1912.

14.

Die allgemeine, d. h. nicht aus besonderen Gründen auf ein gewisses Maß oder eine bestimmte Art von Baufällen beschränkte Verpflichtung zur Unterhaltung von Kirchen- und Schulgebäuden schließt auch die Verbindlichkeit in sich, je nach dem Bedürfnisse für die Kosten einer notwendig gewordenen Erweiterung dieser Gebäude, gegebenenfalls für die Kosten der Erwerbung eines neuen Bauplatzes und der Errichtung eines neuen Gebäudes aufzukommen. Die Begründung von beschränkten Bauverpflichtungen läßt sich nicht daraus entnehmen, daß in dem Vertrage die übernommenen Leistungen aufgezählt sind, sofern die übernommenen Leistungen in ihrer Gesamtheit sich als der Inbegriff dessen darstellen, was unter der Bezeichnung „Baulast“ verstanden werden muß; auch ist für das Endergebnis ohne Belang, ob der Vertrag das Wort Baulast namentlich gebraucht oder ob er es bei der Umschreibung ihres Inhalts bewenden läßt.

Auslegung der Bestimmungen eines Vertrags, durch den der eine Vertragsteil die dem anderen bisher obgelegene Schulhausbaulast übernimmt.

Die Auslegung von Urkunden über Rechtsgeschäfte unterliegt der Nachprüfung des Revisionsgerichts nur nach der Richtung, ob das Ergebnis der Auslegung unter Beachtung der für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Rechtsnormen gewonnen worden ist.

Der Inhalt der Entscheidungsgründe kann als Auslegungsbehelf für den Sinn und die Tragweite des Urteilsfahes beigezogen werden.

II. Zivilsenat. Urteil vom 19. Februar 1912.

In der Landgemeinde Thülingen, Amtsgerichts und Bezirksamts Karlstadt, deren Bewohner schon damals in der Mehrzahl der protestantischen Konfession angehörten, bestand bis zum Jahre 1765 eine protestantische Schule, die auch von den Kindern der Katholiken besucht wurde.

Bundesgerichtshof, Urteil du 29 janvier 2001 (II Sen.)

II ZR 331/00, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, 146. Band, 2001, p. 341 (BGHZ 146, p. 341)

„Für private und wissenschaftliche Zwecke kann man problemlos die Entscheidungen unserer Homepage (www.bundesgerichtshof.de) verwenden.“

*Reiner Schliebs
Regierungsdirektor des Bundesgerichtshofes*



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL und VERSÄUMNISURTEIL

II ZR 331/00

Verkündet am:
29. Januar 2001
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

ZPO § 50 Abs. 1; BGB §§ 14 Abs. 2, 705; HGB § 128

- a) Die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts besitzt Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.

- b) In diesem Rahmen ist sie zugleich im Zivilprozeß aktiv- und passiv parteifähig.

- c) Soweit der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts persönlich haftet, entspricht das Verhältnis zwischen der Verbindlichkeit der Gesellschaft und der Haftung des Gesellschafters derjenigen bei der OHG (Akzessorietät) - Fortführung von BGHZ 142, 315.

BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00 – OLG Nürnberg
LG Ansbach

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Januar 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhrich, die Richter Prof. Dr. Henze, Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly und die Richterin Münke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 15. März 2000 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels im Kostenpunkt und hinsichtlich der Abweisung der gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Klage aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten zu 1 gegen das Vorbehaltsurteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Ansbach vom 26. November 1999 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Beklagte zu 1 neben den Beklagten zu 2 und 3 wie eine Gesamtschuldnerin verurteilt wird.

Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 4 trägt die Klägerin. Die Beklagten zu 1, 2 und 3 tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst. Hinsichtlich des ersten Rechtszuges tragen die Beklagten zu 2 und 3 gesamtschuldnerisch und daneben die Beklagte zu 1 wie eine Gesamtschuldnerin $\frac{3}{4}$ und die Klägerin $\frac{1}{4}$ der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten der Klägerin. Die außergerichtlichen Kosten der Klägerin in den Rechts-

mittelinstanzen sowie die Gerichtskosten der Berufungsinstanz tragen die Klägerin und die Beklagte zu 1 je zur Hälfte. Die Gerichtskosten der Revisionsinstanz tragen die Klägerin zu 4/5 und die Beklagte zu 1 zu 1/5.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin klagt im Wechselprozeß auf Zahlung der Wechselsumme von 90.000,00 DM zuzüglich Nebenforderungen gegen die Beklagte zu 1, eine bauwirtschaftliche Arbeitsgemeinschaft (ARGE) in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als Wechselakzeptantin und die früheren Beklagten zu 2 und 3 als deren Gesellschafterinnen. Die Haftung des Beklagten zu 4 für die Wechselforderung leitet sie aus Rechtsscheinsgesichtspunkten her. Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß gesamtschuldnerisch zur Zahlung verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Klage hinsichtlich der Beklagten zu 1 und 4 auf deren Berufung hin abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils begehrt.

Entscheidungsgründe:

Da die Beklagte zu 1 im Verhandlungstermin trotz dessen rechtzeitiger Bekanntgabe nicht vertreten war, ist über die sie betreffende Revision der Klägerin durch Versäumnisurteil zu entscheiden (§§ 557, 331 ZPO). Das Urteil beruht jedoch inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 82).

Die Revision hat Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung der gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Klage wendet. Im übrigen ist sie unbegründet.

A.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die Klage gegen die Beklagte zu 1 unzulässig, weil es sich bei dieser um eine nicht parteifähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts handele. Das hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand. Der Senat hält es unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung für geboten, die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts in dem Umfang als im Zivilprozeß parteifähig anzusehen (§ 50 ZPO), in dem sie als Teilnehmer am Rechtsverkehr Träger von Rechten und Pflichten sein kann.

I. Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter im Rechtsverkehr grundsätzlich, das heißt soweit nicht spezielle Gesichtspunkte entgegenstehen, jede Rechtsposition einnehmen (BGHZ 116, 86, 88; 136, 254, 257; im Ansatz auch bereits BGHZ 79, 374, 378 f.). Soweit sie in

diesem Rahmen eigene Rechte und Pflichten begründet, ist sie (ohne juristische Person zu sein) rechtsfähig (vgl. § 14 Abs. 2 BGB).

1. Über die Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts finden sich im Gesetz keine umfassenden und abschließenden Regeln. Im ersten Entwurf des BGB war die Gesellschaft nach römischrechtlichem Vorbild als ein ausschließlich schuldrechtliches Rechtsverhältnis unter den Gesellschaftern ohne eigenes, von dem ihrer Gesellschafter verschiedenen, Gesellschaftsvermögen gestaltet (vgl. Mot. II 591 = Mugdan II 330). Die zweite Kommission konstituierte hingegen ein Gesellschaftsvermögen als Gesamthandsvermögen (vgl. die heutigen §§ 718, 719 BGB), ohne jedoch die aus dem Gesamthandsprinzip folgenden Konsequenzen im einzelnen zu regeln. Es ist vielmehr im wesentlichen bei der Regelung des Gesellschaftsverhältnisses als Schuldverhältnis geblieben, dem in unvollständiger Weise das Gesamthandsprinzip "darüber gestülpt" wurde (Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I/1 1977, S. 3 f.; vgl. auch Ulmer, FS Robert Fischer 1979, S. 785, 788 f.). Zum Inhalt des Gesamthandsprinzips heißt es in den Protokollen lediglich, die Meinungen "darüber, wie die Rechtsgemeinschaft der gesamten Hand theoretisch zu konstruieren sei und was man als das charakteristische Merkmal derselben anzusehen habe, (gingen) auseinander" (Prot. II 429 = Mugdan II 990). "Die Kom. glaubte, zu der wissenschaftlichen Streitfrage über das Wesen der gesamten Hand nicht Stellung nehmen zu sollen, vielmehr nur entscheiden zu müssen, welche Bestimmungen sachlich den Vorzug verdienen" (Prot. II 430 = Mugdan II 990).

2. Die Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung und das erkennbare Bestreben des historischen Gesetzgebers, eine konkrete Festlegung zu ver-

meiden, lassen Raum für eine an den praktischen Bedürfnissen der Verwirklichung des Gesamthandsprinzips orientierte Beurteilung der Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Danach verdient die Auffassung von der nach außen bestehenden beschränkten Rechtssubjektivität der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft den Vorzug. Diese Auffassung geht auf die deutschrechtliche Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts zurück (vgl. Otto Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 1895, S. 663 ff., 682). Sie wurde maßgeblich von Flume (aaO S. 50 ff.; ZHR 136 [1972], 177 ff.) in die moderne Diskussion eingeführt und hat sich im neueren Schrifttum weitgehend durchgesetzt (vgl. vor allem MünchKommBGB/Ulmer, 3. Aufl. § 705 Rdn. 130 ff. m.w.N. in Fn. 373; ders. AcP 198 [1998], 113 ff.; ebenso K. Schmidt, Gesellschaftsrecht 3. Aufl. § 8 III, S. 203 ff.; Wiedemann, WM 1994 Sonderbeilage 4, S. 6 ff.; Huber, FS Lutter 2000, 107, 122 ff.; Hüffer, Gesellschaftsrecht 5. Aufl. S. 47 ff.; Dauner-Lieb, Die BGB-Gesellschaft im System der Personengesellschaften, in: Die Reform des Handelsstandes und der Personengesellschaften [Schriftenreihe der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht] 1999, S. 95, 99 ff.; Reiff, ZIP 1999, 517, 518; Mülbert, AcP 1999, 39, 43 ff.; Wertbruch, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung 2000, S. 211 ff.).

a) Dieses Verständnis der Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Gesamthandsgemeinschaft bietet ein praktikables und weitgehend widerspruchsfreies Modell für die vom Gesetz (§§ 718-720 BGB) gewollte rechtliche Absonderung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen der Gesellschafter. Die sogenannte traditionelle Auffassung, die ausschließlich die einzelnen Gesellschafter als Zuordnungssubjekte der die Gesellschaft betreffenden Rechte und Pflichten ansieht (vgl. Zöllner, FS Gernhuber 1993, S. 563 ff.; ders. FS

Kraft 1998, S. 701 ff.; Hueck, FS Zöllner 1998, S. 275 ff.) weist demgegenüber konzeptionelle Schwächen auf. Betrachtet man die Gesellschaftsverbindlichkeiten lediglich als gemeinschaftliche Verbindlichkeiten der Gesellschafter gemäß § 427 BGB, widerspricht dies dem Gesamthandsprinzip. Der einzelne Gesellschafter kann, wenn sich der geschuldete Gegenstand im Gesellschaftsvermögen befindet, die Leistung wegen § 719 BGB nicht als Gesamtschuldner allein erbringen. Dies führt dazu, daß auch die Vertreter der traditionellen Auffassung zwischen der Gesellschaftsschuld und der Gesellschafterschuld differenzieren müssen. Bei der für die "Gesellschaft" abgeschlossenen Verbindlichkeit handele es sich um eine "einheitliche Verpflichtung mit doppelter Wirkung" in Bezug auf einerseits das Gesamthandsvermögen, andererseits das persönliche Vermögen der Gesellschafter (vgl. Hueck, FS Zöllner, S. 293; Zöllner, FS Gernhuber, S. 573). Dies verwischt aber die Grenzen zwischen Schuld und Haftung, denn eine Schuld kann immer nur Subjekte, nicht aber Vermögensmassen treffen (Aderhold, Das Schuldmodell der BGB-Gesellschaft 1981, S. 110 f.; Dauner-Lieb aaO, S. 100 ff.).

b) Ein für die Praxis bedeutsamer Vorzug der nach außen bestehenden Rechtssubjektivität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im oben beschriebenen Sinne besteht darin, daß danach ein Wechsel im Mitgliederbestand keinen Einfluß auf den Fortbestand der mit der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnisse hat (vgl. Senat, BGHZ 79, 374, 378 f.). Bei strikter Anwendung der traditionellen Auffassung müßten Dauerschuldverhältnisse mit der "Gesellschaft" bei jedem Wechsel im Mitgliederbestand von den Vertragsparteien neu geschlossen bzw. bestätigt werden. Wenn die Gesellschaft im Außenverhältnis nur ein Schuldverhältnis darstellt, können zwei aus verschiedenen Mitgliedern bestehende Schuldverhältnisse nicht identisch sein. Das Erfordernis von

Neuabschlüssen von Dauerschuldverhältnissen bei einem Gesellschafterwechsel ist aber ohne innere Rechtfertigung und würde die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft im Rechtsverkehr erheblich beeinträchtigen. Die traditionelle Auffassung vermag im übrigen keine befriedigende Erklärung dafür zu liefern, warum auch ein neu in die Gesellschaft eintretender Gesellschafter mit dem Gesellschaftsvermögen für Altschulden haften sollte. Die dafür angebotene Begründung, wonach der neue Gesellschafter in einer Art Gesamtrechtsnachfolge "in alle bestehenden Rechts- und Vertragspositionen hineinwachse" (Zöllner, FS Kraft, S. 715), läßt sich mit der Auffassung der Gesellschaft als reines Schuldverhältnis der Gesellschafter im Grunde nicht vereinbaren (dazu auch Ulmer, AcP 198 [1998], 113, 142).

c) Die hier vertretene Auffassung ist zudem eher in der Lage, identitätswahrende Umwandlungen von Gesellschaften bürgerlichen Rechts in andere Rechtsformen und aus anderen Rechtsformen zu erklären. Betreibt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Gewerbe, dann wird sie von Gesetzes wegen ohne jeden Publizitätsakt zu einer personen- und strukturgleichen OHG, sobald das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 105 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 HGB). Da der OHG jedenfalls Rechtssubjektivität im oben beschriebenen Sinne zukommt (vgl. § 124 Abs. 1 HGB), würden sich bei konsequenter Anwendung der traditionellen Auffassung die Eigentumsverhältnisse an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen mit der Umwandlung zur OHG ändern. Dies würde für die Praxis insbesondere deshalb schwierige Probleme bereiten (vgl. Reiff, ZIP 1999, 517, 518 f.), weil für den Übergang von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur OHG infolge des wertungsabhängigen Kriteriums des Erfordernisses eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs ein genauer

Zeitpunkt der Umwandlung kaum ausgemacht werden kann. Auch der Umstand, daß im neuen Umwandlungsrecht (§§ 190 ff., 226 ff. UmwG) Kapitalgesellschaften im Wege des identitätswahrenden Formwechsels in Personengesellschaften - auch in Gesellschaften bürgerlichen Rechts, vgl. § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG - umgewandelt werden können, läßt sich auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung ohne weiteres, aus Sicht der traditionellen Auffassung aber - wenn überhaupt - nur mit Mühe erklären (vgl. dazu Wiedemann, ZGR 1996, 286, 289 f.; Mülbart, AcP 199 [1999], 38, 60 ff.; Timm, NJW 1995, 3209 ff.; Hueck, FS Zöllner, S. 280 ff.; Zöllner, FS Claussen 1997, 423, 429 ff.).

d) Schließlich unterstützt die Tatsache, daß der Gesetzgeber mittlerweile die Insolvenzfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts anerkannt hat (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO wie auch schon § 1 Abs. 1 GesO), die Gesellschaft mithin als Träger der Insolvenzmasse ansieht, ebenfalls die Annahme der Rechtssubjektivität.

3. Gegen diese Auffassung läßt sich nicht mit dem Gesetzeswortlaut insbesondere des § 714 BGB argumentieren. Zwar zeigt der Umstand, daß dort nur von einer Vertretungsmacht für die Gesellschafter, nicht aber für die "Gesellschaft" die Rede ist, daß bei der Formulierung der Norm an eine Verselbständigung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu einer verpflichtungsfähigen Organisation nicht gedacht worden ist (Senat, BGHZ 142, 315, 319 f.). Bedenkt man aber, daß die Vorschrift im Kern unverändert aus § 640 Abs. 1 des ersten Entwurfs (abgedruckt bei Mugdan II CVI) in das BGB übernommen wurde und dieser erste Entwurf das Gesamthandsprinzip noch nicht kannte, gibt der Wortlaut für eine Deutung der Rechtsnatur der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft nichts her. Der Senat braucht insoweit nicht der Frage nachzugehen,

ob bereits der historische Gesetzgeber in Ansehung der deutschrechtlichen Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft als ungeschriebenes geltendes Recht angesehen hat (dazu Wertensbruch aaO, S. 34 ff.). Entscheidend ist, daß er jedenfalls eine solche Annahme nicht hat ausschließen wollen.

4. In der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft liegt kein Widerspruch zu den §§ 21, 22, 54 BGB, wo mit Rechtsfähigkeit offensichtlich die Fähigkeit der Gesellschaft gemeint ist, Träger von Rechten und Pflichten aufgrund eigener Rechtspersönlichkeit und damit "als solcher" und nicht als Gruppe ihrer gesamthänderisch verbundenen Mitglieder zu sein. Wie § 14 Abs. 2 BGB zeigt, geht aber das Gesetz davon aus, daß es auch Personengesellschaften gibt, die Rechtsfähigkeit besitzen. So ist es praktisch unbestritten, daß OHG und KG Träger von Rechten und Pflichten sein können und damit rechtsfähig sind, ohne als Gesamthandsgemeinschaften den Status einer juristischen Person zu besitzen. Entsprechendes gilt nach ständiger Rechtsprechung (BGHZ 80, 129, 132; 117, 323, 326) für die Vorgesellschaften von Kapitalgesellschaften.

II. Erkennt man die Fähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts an, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, kann ihr die Parteifähigkeit im Zivilprozeß, die gemäß § 50 ZPO mit der Rechtsfähigkeit korrespondiert, nicht abgesprochen werden.

1. Die Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist die notwendige prozeßrechtliche Konsequenz der Anerkennung der Rechtssubjektivität der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten (bejahend auch Wiedemann

aaO, S. 9 f.; Hüffer, FS Stimpel 1985, S. 165, 168 ff.; Soergel/Hadding, BGB 11. Aufl. § 714 BGB Rdn. 52; Wertenbruch aaO, S. 213 ff.; MünchKomm ZPO/Lindacher, § 50 Rdn. 23 ff.; Musielak/Weth, ZPO 2. Aufl. § 50 Rdn. 22; für die Mitunternehmer-Gesellschaft auch K. Schmidt aaO, § 60 IV 1, S. 1805 ff.). Im Zivilprozeß ist aktivlegitimiert, das heißt "richtige" Partei, wer Inhaber des geltend gemachten Rechts ist; derjenige ist passivlegitimiert, also "richtiger" Beklagter, der Verpflichteter aus dem geltend gemachten Recht ist. Dieser Sachbefugnis entspricht - von den Fällen der Prozeßstandschaft abgesehen - grundsätzlich auch die Prozeßführungsbefugnis. Da nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern die Gesellschaft materiell Rechtsinhaberin oder Verpflichtete ist, ist diese "richtige" Partei eines Rechtsstreits um eine Gesellschaftsforderung oder -verpflichtung und insoweit parteifähig und prozeßführungsbefugt.

2. Die Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist dem bisher praktizierten Modell, wonach die aktive und passive Prozeßführungsbefugnis hinsichtlich das Gesellschaftsvermögen betreffender Forderungen und Verbindlichkeiten bei den eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 Abs. 1 ZPO bildenden Gesellschaftern liegt (vgl. Senat, BGHZ 30, 195, 197; Urt. v. 12. März 1990 - II ZR 312/88, ZIP 1990, 715, 716; MünchKommBGB/Ulmer aaO, § 718 Rdn. 42 f.; Stein/Jonas/Bork, ZPO 21. Aufl. § 50 Rdn. 17; Heller, Der Zivilprozeß der Gesellschaft bürgerlichen Rechts 1989, S. 56 ff., 110 ff.), in mehrfacher Hinsicht vorzuziehen.

a) Die notwendige Streitgenossenschaft der Gesellschafter kann nicht als adäquater Ersatz für die Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft angesehen werden, weil das Instrument der notwendigen Streitgenossenschaft

nicht die angemessenen prozessualen Konsequenzen aus den gesellschaftsrechtlichen Gesamthandsregeln zieht. Zwar stimmen notwendige Streitgenossenschaft und Gesamthandsprinzip insoweit überein, als die Klage nur gegen alle Gesamthänder erhoben werden kann und das Urteil einheitlich ergehen muß. Im übrigen gewährleistet aber die notwendige Streitgenossenschaft keine den Besonderheiten der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand entsprechende Prozeßführung, denn bei der notwendigen Streitgenossenschaft betreibt jeder Streitgenosse seinen eigenen Prozeß (§ 63 ZPO). Die Verbindung mit den anderen Streitgenossen besteht lediglich in der erforderlichen Einheitlichkeit des Urteils und der Zurechnung des Verhandeln der anderen Streitgenossen im Falle der Säumnis eines Teils der Streitgenossen (§ 62 Abs. 1 ZPO). Es gibt bei der notwendigen Streitgenossenschaft aber keine Verpflichtung zur gemeinschaftlichen Vornahme von Prozeßhandlungen. Vielmehr kann jeder Streitgenosse unabhängig von den anderen Prozeßhandlungen mit Wirkung für sein Prozeßrechtsverhältnis vornehmen (BGHZ 131, 376, 379) und kann jeder Streitgenosse auch einen eigenen Prozeßbevollmächtigten bestellen. Sich widersprechenden Vortrag verschiedener Streitgenossen kann das Gericht gemäß § 286 ZPO frei würdigen (MünchKommZPO/Schilken, § 62 Rdn. 48;

Heller aaO, S. 159). Jeder der Streitgenossen kann gesondert Rechtsmittel mit der Folge einlegen, daß das Urteil auch gegenüber den anderen Streitgenossen nicht rechtskräftig wird (BGHZ 131, 376, 382).

Es bestehen somit wesentliche Unterschiede zur materiellrechtlichen Vertretungs- und Verfügungsbefugnis bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Wenn beispielsweise nur ein Gesellschafter geschäftsführungsbefugt ist, können die anderen Gesellschafter materiellrechtlich für die Gesellschaft

keine wirksamen Erklärungen abgeben; wenn zwei nur gemeinschaftlich geschäftsführungsbefugte Gesellschafter sich widersprechende materiellrechtliche Erklärungen abgeben, kann keine davon wirksam sein. Das Modell der notwendigen Streitgenossenschaft ist also nicht in der Lage, eine den materiellrechtlichen Verhältnissen adäquate Prozeßführung zu gewährleisten, weil die Prozeßführung bei einer notwendigen Streitgenossenschaft anderen Regeln unterliegt als sie für die Vertretung der Gesellschaft gelten.

Dieses Ergebnis ließe sich allenfalls dadurch umgehen, daß man die materiellrechtliche Vertretungsbefugnis auf die Prozeßführungsbefugnis der Gesamthänder als Streitgenossen überträgt, die Gesellschafter prozessual als "Gruppe", vertreten durch ihren Geschäftsführer, behandelt und nur vom Geschäftsführer vorgenommene Prozeßhandlungen als wirksam anerkennt. Eine solche Lösung wäre jedoch mit den Grundprinzipien der notwendigen Streitgenossenschaft nicht vereinbar. Die Bevollmächtigung des Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag kann dem einzelnen als Streitgenossen verklagten Gesellschafter nicht die Prozeßführungsbefugnis in einem Prozeß nehmen, in dem er selbst Partei ist. Im Ergebnis liefe ein derartiger Korrekturversuch auf eine verschleierte Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft hinaus. Geht man hingegen offen von der Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus, läßt sich die gewünschte Übereinstimmung von Prozeßführungs- und gesellschaftsrechtlicher Vertretungsbefugnis zwanglos und ohne Verletzung prozessualer Grundsätze erreichen. Es sind dann von vornherein nur diejenigen Prozeßhandlungen wirksam, die in Übereinstimmung mit den gesellschaftsrechtlichen Vertretungsregeln erfolgen.

b) Gegen das Modell der notwendigen Streitgenossenschaft der Gesellschafter spricht des weiteren, daß unter seiner Geltung sowohl im Aktiv- als auch im Passivprozeß immer sämtliche gegenwärtigen Mitglieder der Gesellschaft verklagt werden und klagen müssen, um einen Titel gegen und für die Gesamthand zu erhalten. Das kann den Gesellschaftsgläubigern bei größeren Gesellschaften und bei solchen mit häufigem Mitgliederwechsel erfahrungsgemäß erhebliche Probleme bereiten. Als Beispiele hierfür sei auf die den Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 12. März 1990 (Senat aaO, ZIP 1990, 715) und vom 15. Oktober 1999 (V ZR 141/98, ZIP 1999, 2009) zugrundeliegenden Sachverhalte verwiesen. Der Senat ist im erstgenannten Fall dem klagenden Gesellschaftsgläubiger, der aus eigener Kenntnis nicht über die Namen der inzwischen mehr als 70 Gesellschafter verfügte, dadurch entgegengekommen, daß er die korrekte Einbeziehung aller Gesellschafter in die Klage lediglich als einen Akt der Rubrumsberichtigung aufgefaßt hat (Senat aaO, ZIP 1990, 715, 716). Diese Lösung verläßt im Grunde bereits die Auffassung von den Gesellschaftern als notwendigen Streitgenossen, denn die unterbliebene Benennung aller aus materiellrechtlichen Gründen notwendigen Streitgenossen hätte zur Unzulässigkeit der Klage führen müssen (vgl. BGH, Urt. v. 25. Oktober 1991 - V ZR 196/90, WM 1992, 313, 315; Stein/Jonas/Bork aaO, § 62 Rdn. 20 f., 25; Musielak/Weth aaO, § 62 Rdn. 11). Im Ergebnis ist dieser Fall bereits so behandelt worden, als sei die Gesellschaft selbst die beklagte Partei und mithin parteifähig. Vor ähnlichen Schwierigkeiten stehen die Beteiligten auf der Grundlage der Streitgenossenschaftslösung auch in den nicht seltenen Fällen, in denen die Mitgliedschaft eines Gesellschafters unklar und streitig ist. In diesen Fällen muß - sei es im Aktivverfahren oder im Passivverfahren - vor einer Entscheidung in der Sache zunächst die mit dem Kern des Rechtsstreits in keiner Weise zusammenhängende Frage geklärt werden, inwiefern die fragliche

Person wirksam Mitglied geworden ist, bzw. inwiefern sie wirksam ausgeschieden ist. Auch hier hat sich die Rechtsprechung damit zu behelfen versucht, daß bei irrtümlich unterbliebener Aufführung eines Gesellschafters lediglich das Rubrum unrichtig sei (BGH, Beschl. v. 10. Oktober 1996 - IX ZR 135/95, NJW 1997, 1236; vgl. auch OLG Hamburg LZ 1917, 78). Diese Hilfskonstruktionen der bisherigen Rechtsprechung, die es im Interesse der Sachgerechtigkeit ermöglichen sollten, trotz formalen Festhaltens am Streitgenossenschaftsmodell die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als parteifähig zu behandeln, können aber letztlich nicht überzeugen. Insbesondere versagen sie im Stadium der Zwangsvollstreckung, denn der Gerichtsvollzieher hat in Zweifelsfällen nicht die Möglichkeit zu prüfen, ob es sich bei den in einem Titel aufgeführten Gesellschaftern um sämtliche Gesellschafter handelt. Die Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist demgegenüber sowohl im Erkenntnis-, als auch im Vollstreckungsverfahren die einfachere und konsequentere Lösung.

c) Zu erheblichen Problemen, die praktisch nicht befriedigend gelöst werden können, kommt die Streitgenossenschaftslösung auch im Falle des Neueintritts und des Mitgliederwechsels während des Erkenntnis- und des Vollstreckungsverfahrens im Gesamthandsschuldprozeß. Die Vertreter der Streitgenossenschaftslösung gehen bei einem während des Erkenntnisverfahrens eingetretenen Parteiwechsel analog §§ 239, 241, 246 ZPO von einem gesetzlichen Parteiwechsel aus (MünchKommBGB/Ulmer aaO, § 718 Rdn. 60 ff.; Heller aaO, S. 200 f.): Auf Antrag sei der Prozeß in diesem Fall analog § 246 ZPO bis zur Aufnahme des Verfahrens durch den neuen Gesellschafter zu unterbrechen; das Rubrum sei vom Gericht zu berichtigen; bleibe ein nach Rechtshängigkeit erfolgter Neueintritt oder Mitgliederwechsel bis zum Abschluß

des Erkenntnisverfahrens unbekannt, könne der Titel nachträglich analog § 727 ZPO auf den neueingetretenen Gesellschafter umgeschrieben werden; gleiches gelte für den nach Abschluß des Erkenntnisverfahrens und vor Beginn der Zwangsvollstreckung neu eingetretenen Gesellschafter.

Dieser Lösungsvorschlag ist in praktischer Hinsicht unzulänglich. So ist eine Titelumschreibung gemäß § 727 ZPO jedenfalls dann nicht mehr möglich, wenn der unerkannte Neueintritt oder Mitgliederwechsel vor Rechtshängigkeit der Klage erfolgt ist. Die Vorschrift ist nur auf nach Rechtshängigkeit eingetretene Rechtsänderungen anwendbar (BGHZ 120, 387, 392). Die Möglichkeit der Titelumschreibung versagt zudem, wenn der Gläubiger den Neueintritt nicht in der gemäß § 727 ZPO erforderlichen Art und Weise (Offenkundigkeit bei Gericht oder öffentliche bzw. öffentlich beglaubigte Urkunden) nachweisen kann. Er müßte dann erst Klage auf Klauselerteilung gemäß § 731 ZPO erheben. Im übrigen ist zu bedenken, daß bei Bekanntwerden eines vom Titel abweichenden Bestandes der Gesellschafter zunächst in jedem Fall erst einmal das Zwangsvollstreckungsverfahren eingestellt werden müßte. Etwa bereits eingeleitete Forderungspfändungen und andere Zwangsmaßnahmen gingen ins Leere und die Gesellschaft könnte inzwischen anderweitig über die zur Zwangsvollstreckung ausersehenen Gegenstände verfügen. Im übrigen könnte die Gesellschaft - die Gefahr ist insbesondere bei Publikumsgesellschaften gegeben - die Vollstreckung durch sukzessive Bekanntgabe immer weiterer Veränderungen im Gesellschafterbestand nahezu gänzlich unmöglich machen (vgl. Wiedemann aaO, S. 5). Die Streitgenossenschaftslösung kann demnach die infolge des Auseinanderfallens von materieller Berechtigung (die der Gesellschaft zukommt) und Prozeßführungsbefugnis (die bei den Gesellschaftern liegen soll) unweigerlich auftretenden Probleme nicht befriedigend lösen, sondern

verlagert sie lediglich vom Erkenntnis- in das Vollstreckungsverfahren. Bei Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft hindert eine Veränderung im Gesellschafterbestand - sei sie vor, während oder nach dem Prozeß erfolgt - die Rechtsdurchsetzung hingegen in keiner Weise.

3. Die Regelung des § 736 ZPO, wonach zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich ist, steht der Anerkennung der Parteifähigkeit nicht entgegen. Ein gegen die Gesamtheit der gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter als Partei ergangenes Urteil ist ein Urteil "gegen alle Gesellschafter" im Sinne des § 736 ZPO. Die Vorschrift verlangt weder vom Wortlaut noch vom Zweck her ein Urteil gegen jeden einzelnen Gesellschafter.

a) Aus der Entstehungsgeschichte des § 736 ZPO folgt, daß Zweck dieser Regelung die Verhinderung der Vollstreckung von Privatgläubigern einzelner Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen, nicht aber der Ausschluß der Parteifähigkeit der Gesellschaft ist (ausführlich Wertebuch aaO, S. 122 ff.; vgl. auch Wiedemann aaO, S. 10). Nach § 645 des ersten Entwurfs (E I) zum BGB (abgedruckt bei Mugdan II CVII), der die Gesellschaft als römischrechtliche Bruchteilsgemeinschaft gestaltete, war die Verfügung des Gesellschafters über seinen Anteil nicht dinglich, sondern nur schuldrechtlich ausgeschlossen. Privatgläubiger einzelner Gesellschafter hätten im Rahmen der Zwangsvollstreckung also direkt Zugriff auf deren Anteile am Gesellschaftsvermögen gehabt. Um eine solche Vollstreckung von Privatgläubigern einzelner Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen zu verhindern, beschloß die zweite Kommission zunächst "in eventueller Abstimmung, für den Fall der Beibehaltung des § 645 des Entwurfs" (Prot. II 428 = Mugdan II 989) folgenden § 645 a:

"Die Zwangsvollstreckung in die gemeinschaftlichen Gegenstände findet nur aufgrund eines gegen sämtliche Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitels statt. Aufgrund eines nur gegen einen Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitels findet die Zwangsvollstreckung nur in dasjenige statt, was dem Gesellschafter als Gewinnantheil oder bei der Auseinandersetzung zukommt. ..." (Prot. II 426 = Mugdan II 988).

Im weiteren Verlauf der Beratungen entschied sich die zweite Kommission, an Stelle des § 645 E I das Prinzip der gesamten Hand zu setzen (Prot. II 428 ff. = Mugdan II 990 ff.), welches in § 658 des zweiten Entwurfs (abgedruckt bei Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. III 1983, S. 296) seinen Ausdruck fand. § 658 E II entspricht dem heutigen § 719 BGB und enthielt zunächst zusätzlich folgenden Absatz 3:

"Die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen findet nur aufgrund eines gegen sämtliche Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitels statt."

Später wurde dieser Abs. 3 aus dem zweiten Entwurf zum BGB gestrichen. "Als Ersatz" sollte "im Art. 11 des Einführungsgesetzes vor dem § 671 a folgender § 671 in die Civilprozeßordnung eingestellt werden" (Jakobs/Schubert aaO, S. 297 Fn. 20):

"Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer nach § 745 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingegangenen Gesellschaft ist ein gegen alle Gesellschafter vollstreckbares Urtheil erforderlich."

Hieraus wurde schließlich die Bestimmung des § 736 ZPO.

Diese Entwicklung zeigt, daß die Regelung eine Ausprägung des Prinzips der gesamthänderischen Bindung des Gesellschaftsvermögens darstellt, mit dessen Übernahme der historische Gesetzgeber erreichen wollte, daß der einzelne Gesellschafter nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verfügen (§ 719 Abs. 1 BGB), daß er sich nicht durch Aufrechnung mit einer ihm nur gegen einen der anderen Gesellschafter zustehenden Forderung aus einer Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft befreien (§ 719 Abs. 2 BGB) und daß nicht ein Gläubiger nur eines Gesellschafters in das Gesamthandsvermögen vollstrecken können soll (§ 736 ZPO). Diese Zielsetzung ist in der dem Reichstag mit dem Gesetzentwurf des BGB vom Reichsjustizamt vorgelegten Denkschrift (Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs 1896, S. 87 f.) ausdrücklich in diesem Sinne formuliert worden. Die Regelung in § 736 ZPO stellt mithin als Ausdruck der gesamthänderischen Vermögensbindung das vollstreckungsrechtliche Pendant zu § 719 Abs. 1 BGB dar und wird treffend auch als "§ 719 Abs. 3 BGB" (Wertenbruch aaO, S. 124, 129) bezeichnet.

Das Ziel der Verhinderung einer Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen durch Gläubiger nur einzelner Gesellschafter wird bei Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft mindestens ebenso gut erreicht wie bei Zulassung von Klagen nur gegen die einzelnen Gesellschafter. Es kann deshalb nicht festgestellt werden, daß die Regelung des § 736 ZPO zum Ziel hat, die Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zivilprozeß auszuschließen. Die Parteifähigkeit der Gesellschaft ist vom Gesetzgeber ebenso wenig abschließend geregelt worden wie das "Wesen der Gesamthand" allgemein. Dementsprechend hat Gottlieb Planck, Generalreferent der zweiten Kommission, bereits in der im Jahre 1900 erschienenen ersten Auflage seines

Kommentars zum BGB trotz Ablehnung der Parteifähigkeit ausgeführt, die §§ 736, 859 ZPO berührten die Parteifähigkeit der Gesellschaft nicht, sie seien lediglich mit Rücksicht auf das Gesamthandsprinzip in das Gesetz aufgenommen worden (vor § 705 Anm. II 2, S. 453).

b) Kein durchgreifendes Argument gegen die Anerkennung einer Parteifähigkeit kann auch der amtlichen Begründung der CPO-Novelle zu § 670 b CPO (später § 736 ZPO) aus dem Jahre 1897 (Hahn/Mugdan, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 8. Band, 1898, S. 138 f.) entnommen werden. Soweit es darin heißt, die Gesellschaft könne nicht "als solche" verklagt werden, muß das nicht im Sinne einer Ablehnung der Parteifähigkeit gemeint sein. Im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert galt der Begriff "Gesellschaft als solche" - wie Wertensbruch (aaO S. 9 ff.; 46 ff.; 132) nachgewiesen hat - als Umschreibung für juristische Person. So hieß es in Art. 231 ADHGB zur Aktiengesellschaft, diese könne "als solche" klagen und verklagt werden (vgl. auch den heutigen § 41 Abs. 1 AktG). Bei der OHG hingegen wurde der Zusatz, die Gesellschaft habe "als solche" ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen, wie er noch in Art. 87 des preußischen Entwurfs zum ADHGB aus dem Jahre 1857 enthalten war, nicht in den späteren Art. 111 ADHGB (heute § 124 HGB) übernommen, weil darin eine Definition der juristischen Person zu sehen sei (vgl. Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches 1858, S. 156). Daß die Formulierung "als solche" in bezug auf die Aktiengesellschaft die Gestaltung als juristische Person zum Ausdruck bringen soll, geht auch aus den Ausführungen von Makower (HGB Band I 13. Aufl. 1906, § 210 Anm. I a) und Flechtheim (in Düringer/Hachenburg, HGB 3. Aufl. 1934, § 210 Anm. 2) hervor.

c) Die Bestimmung des § 736 ZPO wird durch die Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft nicht überflüssig. Versteht man die Bestimmung so, daß der Gläubiger nicht nur mit einem Titel gegen die Gesellschaft als Partei in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken kann, sondern auch mit einem Titel gegen alle einzelnen Gesellschafter aus ihrer persönlichen Mithaftung (vgl. auch MünchKommBGB/Ulmer aaO, § 718 Rdn. 54), behält sie durchaus einen eigenständigen Regelungsgehalt. Die Rechtslage bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist insoweit anders als bei der OHG, wo gemäß § 124 Abs. 2 HGB eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ausschließlich mit einem gegen die Gesellschaft lautenden Titel möglich ist.

4. Auch der Umstand der fehlenden Registerpublizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts hindert nicht die Anerkennung ihrer Parteifähigkeit. Der Senat verkennt zwar nicht, daß es wegen der fehlenden Publizität in einigen Fällen schwierig werden könnte, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Prozeß so klar zu bezeichnen, daß eine eindeutige Identifizierung - vor allem auch im Vollstreckungsverfahren - möglich ist. Auch ist von außen nicht immer leicht zu ermitteln, inwieweit ein Zusammenschluß mehrerer tatsächlich als (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts organisiert ist (vgl. K. Schmidt aaO, § 60 IV 1, S. 1806 f.). Diese Schwierigkeiten wiegen aber nicht so schwer, daß daran die Anerkennung der Parteifähigkeit scheitern müßte.

Im Aktivprozeß der Gesellschaft ist es den für die Gesellschaft auftretenden Personen ohne weiteres zumutbar, die Gesellschaft - beispielsweise durch die möglichst exakte Bezeichnung der Gesellschafter, der gesetzlichen Vertreter und der Bezeichnung, unter der die Gesellschaft im Verkehr auftritt - identifizierbar zu beschreiben. Sollte sich im Verlauf des Prozesses heraus-

stellen, daß tatsächlich keine Außengesellschaft existiert, müßte zumindest derjenige für die Prozeßkosten aufkommen, der im Namen der vermeintlichen Gesellschaft den Prozeß als deren Vertreter ausgelöst hat. Im Falle des Auftretens für eine nicht existierende Partei trägt der in deren Namen auftretende und die Existenz der Partei behauptende Vertreter als Veranlasser des unzulässigen Verfahrens die Prozeßkosten (Sen.Urt. v. 25. Januar 1999 - II ZR 383/96, ZIP 1999, 489, 491 m.w.N.). Es ist also immer zumindest eine natürliche Person als Kostenschuldner vorhanden.

Im Passivprozeß ist es wegen der persönlichen Gesellschafterhaftung für den Kläger - wie bei der OHG (vgl. Behr, NJW 2000, 1137, 1139) - praktisch immer ratsam, neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönlich zu verklagen. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn nicht sicher ist, ob eine wirkliche Außengesellschaft mit Gesamthandsvermögen existiert. Stellt sich während des Prozesses heraus, daß die Gesellschafter nicht als Gesamthandsgemeinschaft verpflichtet sind, sondern nur einzeln als Gesamtschuldner aus einer gemeinschaftlichen Verpflichtung schulden (§ 427 BGB), wird nur die Klage gegen die Gesellschaft - nicht aber die gegen die Gesellschafter persönlich - abgewiesen. Stellt sich erst während der Zwangsvollstreckung heraus, daß überhaupt kein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, bleiben dem Gläubiger noch die Titel gegen die einzelnen Gesellschafter. Es besteht also bei Annahme einer Parteifähigkeit der Gesellschaft kein Unterschied zur Situation, wie sie sich auf der Grundlage der Streitgenossenschaftslösung darstellt, denn auch hier wird zwischen der Klage gegen die Gesamthand (Gesamthandschuldklage) und gegen die Gesellschafter (Gesamtschuldklage) unterschieden (MünchKommBGB/Ulmer aaO, § 718 Rdn. 47 ff.; Heller aaO, S. 73 ff.). Im übrigen bleibt es dem Gesellschaftsgläubiger auch bei Anerkennung der Par-

teifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts unbenommen, ausschließlich die Gesellschafter persönlich in Anspruch zu nehmen. Dem Gesellschaftsgläubiger wird die Rechtsverfolgung demnach durch die Anerkennung der Parteifähigkeit in keiner Weise erschwert.

B.

Die gegen die Beklagte zu 1 gerichtete Klage ist auch begründet. Insbesondere ist die Beklagte zu 1 wechselfähig. Die Gründe, die vom Bundesgerichtshof zur Begründung der Scheckfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts herangezogen worden sind (BGHZ 136, 254, 257 f.), sprechen in gleichem Maße auch für deren Wechselfähigkeit (vgl. auch Flume, Allgemeiner Teil aaO, S. 108 f.; Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 21. Aufl. Einl. WG Rdn. 20 a).

Damit erweist sich das landgerichtliche Urteil, soweit es die Verurteilung der Beklagten zu 1, 2 und 3 betrifft, im Grunde als zutreffend. Im Urteilstenor war jedoch kenntlich zu machen, daß zwischen den Ansprüchen gegen die Beklagte zu 1 einerseits und denen gegen die Beklagten zu 2 und 3 andererseits kein echtes Gesamtschuldverhältnis besteht, jedoch die Beklagte zu 1 neben den ihrerseits untereinander gesamtschuldnerisch haftenden Gesellschafterinnen wie eine Gesamtschuldnerin verpflichtet ist. Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 27. September 1999 (BGHZ 142, 315, 318 ff.) die Frage der rechtlichen Einordnung der Gesellschafterhaftung noch offengelassen. Sie ist nunmehr in Konsequenz der Anerkennung der beschränkten Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne einer akzessorischen Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten zu entscheiden. So-

weit der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch persönlich haftet (BGHZ 142, 315, 318), ist der jeweilige Bestand der Gesellschaftsschuld also auch für die persönliche Haftung maßgebend. Insoweit entspricht das Verhältnis zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung damit der Rechtslage in den Fällen der akzessorischen Gesellschafterhaftung gemäß §§ 128 f. HGB bei der OHG. Danach ist eine unmittelbare Anwendung der §§ 420 ff. BGB nicht möglich, weil kein echtes Gesamtschuldverhältnis besteht; es ist aber zu prüfen, ob unter Berücksichtigung der jeweils verschiedenartigen Interessen der Beteiligten der Rechtsgedanke der §§ 420 ff. BGB im Einzelfall zur Anwendung kommt oder nicht (BGHZ 39, 319, 329; 44, 229, 233; 47, 376, 378 ff.; 104, 76, 78). Für die Gesellschaft als originär Verpflichtete ist die entsprechende Anwendung der Gesamtschuldregeln im Verhältnis zur Gesellschafterhaftung grundsätzlich angebracht. Stehen den Gesellschaftern beispielsweise individuelle Einreden im Sinne des § 425 BGB gegen ihre persönliche Inanspruchnahme zu, wäre es nicht gerechtfertigt, daß sich auch die Gesellschaft darauf berufen könnte.

C.

Hinsichtlich der Abweisung der gegen den Beklagten zu 4 gerichteten Klage auf Haftung kraft Rechtsscheins hält das Berufungsurteil den Angriffen der Revision stand. Eine Rechtsscheinhaftung des Beklagten zu 4 für die Wechselverbindlichkeit der Beklagten zu 1 käme in Betracht, wenn er gegenüber der Klägerin in zurechenbarer Weise den Eindruck erweckt hätte, er sei selbst Mitglied der ARGE und folglich persönlich haftender Gesellschafter (vgl. BGHZ 17, 13, 15). Das Berufungsgericht ist aber zu Recht davon ausgegangen, daß die von der Klägerin dargelegten Umstände nicht den Schluß darauf zulassen, der als Architekt tätige Beklagte zu 4 sei ihr gegenüber als Gesellschafter der ARGE aufgetreten.

Insbesondere reicht es für eine solche Schlußfolgerung nicht aus, daß der Beklagte zu 4 in dem von der ARGE gegenüber der Klägerin - die als Nachunternehmerin der ARGE beauftragt war - verwendeten Briefkopf aufgeführt ist. Dieser Briefkopf ist in der Form gestaltet, daß dort unter der hervorgehobenen Überschrift "Arbeitsgemeinschaft W. " die Beklagten zu 2 und 3 - beides Gesellschaften mit beschränkter Haftung - als "Technische Geschäftsführung" (Beklagte zu 2) und als "Kaufm. Geschäftsführung" (Beklagte zu 3) sowie der Beklagte zu 4 als "Bauleitung" bezeichnet werden. Läßt sich ein Architekt in dieser Weise im Briefkopf einer bauwirtschaftlichen Arbeitsgemeinschaft aufführen, muß er nicht damit rechnen, daß bei deren Nachunternehmern, denen gegenüber der Briefkopf verwendet wird, der Eindruck entsteht, er sei selbst Gesellschafter der Arbeitsgemeinschaft. Bei "technischer Geschäftsführung", "kaufmännischer Geschäftsführung" und "Bauleitung" handelt es sich gemäß § 5 des Mustervertrages des Hauptverbandes der Deut-

schen Bauindustrie für Arbeitsgemeinschaften (ARGE-Vertrag, abgedruckt bei Burchardt/Pfölb, ARGE-Kommentar, 3. Aufl.), der seit vielen Jahren verwendet wird, im Baugewerbe weit verbreitet ist (vgl. Langen in Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 1999, S. 64, 69) und auch im vorliegenden Fall zur Anwendung kam, um die nach außen in Erscheinung tretenden "Organe" der in Teilen körperschaftlich strukturierten Arbeitsgemeinschaften. Es ist deshalb anzunehmen, daß der baugewerbliche Rechtsverkehr bei einer Auflistung dieser Bezeichnungen im allgemeinen an eine Benennung der Gesellschaftsorgane, nicht aber an eine Benennung der Gesellschafter denkt. Zwar trifft es zu, daß nach dem personengesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Selbstorganschaft als technische und kaufmännische Geschäftsführer nur Personen in Frage kommen, die auch Gesellschafter sind. Es würde aber zu weit gehen, würde man dem Rechtsverkehr ein Verständnis dahingehend unterstellen, daß die Nennung von Geschäftsführung und Bauleitung in einem Briefkopf darauf schließen ließe, auch der Bauleiter müsse Gesellschafter sein. Üblicherweise wird nämlich die Bauleitung auf solche Personen übertragen, die zwar Mitarbeiter eines Gesellschafter, nicht aber selbst Gesellschafter sind (Burchardt/Pfölb aaO, § 9 Rdn. 7, 12 ff.). In diese Richtung weist im vorliegenden Fall zudem der Umstand, daß im Vertragsformular des der Hingabe des Wechsels zugrunde liegenden Nachunternehmervertrages zwischen Klägerin und Beklagter zu 1 ausdrücklich zwischen der ARGE als "Auftraggeber und Bauherr i.S. dieses Vertrages" und dem Beklagten zu 4, der unter der Rubrik "Planung und Bauleitung" aufgeführt ist, differenziert wird.

Der Umstand, daß der Beklagte zu 4 nach dem Vortrag der Klägerin sämtliche Vertragsverhandlungen mit ihr geführt und auch das streitgegenständliche Wechselakzept im Namen der Beklagten zu 1 unterschrieben hat,

reicht für die Begründung einer Rechtsscheinhaftung ebenfalls nicht aus. Der Beklagte zu 4 war Geschäftsführer der ihrerseits als technische Geschäftsführerin der ARGE eingesetzten Beklagten zu 2 und in dieser Funktion allgemein zum Abschluß von Nachunternehmerverträgen für die ARGE befugt (§ 7.45 ARGE-Vertrag). Selbst wenn die Klägerin keine Kenntnis von dieser Funktion des Beklagten zu 4 gehabt hätte, hätte dessen Handeln nicht zwangsläufig darauf schließen lassen müssen, daß er in eigener Person Gesellschafter der ARGE ist. Es wäre vielmehr auch denkbar - wenn nicht sogar naheliegender - gewesen, daß Abschluß und Abwicklung des Nachunternehmervertrages von der Geschäftsführung der ARGE auf den Bauleiter als Unterbevollmächtigten weiterdelegiert worden ist, was durchaus zulässig gewesen wäre (vgl. Burchardt/Pfülb aaO, § 9 Rdn. 9) und ebenfalls nicht zu einer persönlichen Haftung des Beklagten zu 4 geführt hätte. Der von der Revision zur Begründung der Rechtsscheinhaftung schließlich noch herangezogene Vortrag der Klägerin, wonach der Beklagte zu 4 sämtliche Bankgeschäfte der ARGE erledigt habe, vermag eine Rechtsscheinhaftung gegenüber der Klägerin schon

deshalb nicht zu begründen, weil nicht ersichtlich ist, inwiefern es sich bei einem solchen Handeln des Beklagten zu 4 gegenüber Dritten um einen im Verhältnis zur Klägerin gesetzten Rechtsschein gehandelt haben könnte.

Röhrich

Henze

Goette

Kurzwelly

Münke

Bundesgerichtshof, Beschluß du 29 mars 2012 (GSSt.)

GSSt 2/11, Beschluß des Großer Senats für Strafsachen vom 29.3.2012 : Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 9-10/2013, S. 404 ; Medizinrecht, Oktober 2012, Band 30, Ausgabe 10, S. 662 ; Juristische Rundschau, Band 2012, Heft 9, S. 394

„Für private und wissenschaftliche Zwecke kann man problemlos die Entscheidungen unserer Homepage (www.bundesgerichtshof.de) verwenden.“

*Reiner Schliebs
Regierungsdirektor des Bundesgerichtshofes*



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

GSSt 2/11

vom

29. März 2012

Nachschlagewerk: ja
BGHSt: ja
Veröffentlichung: ja

StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c, § 299

Ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt handelt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V; hier: Verordnung von Arzneimitteln) weder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB.

BGH, Beschluss vom 29. März 2012 - GSSt 2/11 - LG Hamburg

in der Strafsache

gegen

wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr

Der Große Senat für Strafsachen hat durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf, die Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof Becker und Dr. Ernemann sowie die Richter am Bundesgerichtshof Dr. Wahl, Pfister, Rothfuß, Dr. Raum, Dr. Brause, Prof. Dr. Fischer, Dr. Franke und Prof. Dr. Schmitt am 29. März 2012 beschlossen:

Ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt handelt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V, hier: Verordnung von Arzneimitteln) weder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB.

Gründe:

I.

1. In dem beim 5. Strafsenat anhängigen Verfahren hat das Landgericht die Angeklagte, eine für die „r. “ GmbH (im Folgenden: R.) tätige Pharmareferentin, wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr in 16 Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe verurteilt. Diese Verurteilung wird von der Angeklagten mit der Revision umfassend angefochten.
2. a) Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen praktizierte R. seit spätestens 1997 unter der Bezeichnung „Verordnungs-

management“ ein Prämiensystem für die ärztliche Verordnung von Medikamenten aus ihrem Vertrieb. Danach sollte der verschreibende Arzt 5 % der Herstellerabgabepreise als Prämie dafür erhalten, dass er Arzneimittel des Unternehmens verordnete. Die Zahlungen wurden als Honorar für fiktive wissenschaftliche Vorträge ausgewiesen. Auf der Grundlage dieses Prämiensystems übergab die Angeklagte in insgesamt 16 Fällen verschiedenen Vertragsärzten Schecks über einen Gesamtbetrag von etwa 18.000 Euro.

3 b) Das Landgericht, dessen Urteil in GesR 2011, 164 (m. Anm. Geis, GesR 2011, 641) abgedruckt ist, hat das Verhalten der Angeklagten als Bestechung im geschäftlichen Verkehr im Sinne von § 299 Abs. 2 StGB gewertet, wobei es hinsichtlich jeder einzelnen Scheckzahlung von jeweils einer Bestechungstat im materiellen Sinne ausgegangen ist. Eine Strafbarkeit nach § 334 StGB hat es verneint, weil die Vertragsärzte nicht als Amtsträger angesehen werden könnten. Diese seien nicht zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bestellt und würden wegen ihrer Eigenverantwortung und ihrer weitreichenden Entscheidungsbefugnisse auch von der Allgemeinheit nicht als verlängerter Arm der Verwaltung wahrgenommen. Die Vertragsärzte seien jedoch Beauftragte der Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB. Ungeachtet ihrer öffentlich-rechtlichen Organisationsform seien die Krankenkassen insoweit als „geschäftliche Betriebe“ anzusehen.

4 2. Auf die Revision der Angeklagten hat der 5. Strafsenat dem Großen Senat für Strafsachen die Frage vorgelegt, ob ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt Amtsträger im Sinne der Straftaten im Amt (§§ 331 ff. StGB) ist, wenn er im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung von Kassenpatienten tätig wird und diesen Medikamente verordnet. Hilfsweise für den Fall der Verneinung dieser Frage hat der Senat angefragt, ob ein

solcher Arzt in diesen Fällen Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs im geschäftlichen Verkehr im Sinne des § 299 StGB ist. Die Frage der Amtsträgereigenschaft des Vertragsarztes stelle sich in einer Vielzahl von Fällen. Höchstrichterliche Entscheidungen dazu gebe es bisher nicht.

5 Der 5. Strafsenat hat sich damit dem 3. Strafsenat angeschlossen, der dem Großen Senat dieselbe Rechtsfrage, bezogen auf die vertragsärztliche Verordnung von Hilfsmitteln, vorgelegt hat. Die Entscheidung darüber hat der Große Senat für Strafsachen einstweilen zurückgestellt.

6 3. Der Generalbundesanwalt hat beantragt, die Vorlegungsfrage dahingehend zu beantworten, dass ein Arzt zwar nicht als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB, aber als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB handelt, wenn er als niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt in Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen nach § 73 Abs. 2 SGB V übertragenen Aufgaben Arzneimittel verordnet.

II.

7 Die Vorlegung ist wegen grundsätzlicher Bedeutung zulässig (§ 132 Abs. 4 GVG). Der Große Senat für Strafsachen beantwortet die gestellte Frage wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich.

III.

8 Der niedergelassene, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassene Arzt handelt bei der Verordnung von Arzneimitteln nicht als ein für die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bestellter Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB.

9 1. Allerdings zählen die gesetzlichen Krankenkassen zu den in dieser Vorschrift genannten Einrichtungen.

10 a) Für den Bereich des Sozialversicherungsrechts definiert § 1 Abs. 2 SGB X Behörde – ebenso wie § 1 Abs. 4 VwVfG, § 6 Abs. 1 AO – als jede Stelle, die Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnimmt. Mit diesem Behördenbegriff des Staats- und Verwaltungsrechts ist der strafrechtliche Begriff der Behörde jedoch nicht deckungsgleich; für diesen kommt es maßgeblich auf den Zweck der im jeweiligen Einzelfall anzuwendenden strafrechtlichen Vorschrift an (vgl. MünchKommStGB/Radtke, § 11 Rn. 96; LK-StGB/Hilgendorf, 12. Aufl., § 11 Rn. 93). Der durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974 (BGBl I S. 469) eingefügte Zusatz „sonstige Stelle“ erfasst – über den engeren Behördenbegriff im organisatorischen Sinne hinaus – unter Einschluss der Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts auch andere Einrichtungen, soweit diese zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung berufen sind (BTDrucks. 7/550, S. 209). Der Bundesgerichtshof sieht in ständiger Rechtsprechung eine sonstige Stelle als behördenähnliche Einrichtung an, die rechtlich befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen und bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken, ohne selbst Behörde im verwaltungsrechtlichen Sinne zu sein (BGH, Urteil vom 19. Dezember 1997 – 2 StR 521/97, BGHSt 43, 370, 376; Urteil vom 19. Juni 2008 – 3 StR 490/07,

BGHSt 52, 290, 293; Urteil vom 9. Juli 2009 – 5 StR 263/08, BGHSt 54, 39, 41). Mag die Organisationsform der betreffenden Stelle schon wegen der durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13. August 1997 (BGBl I S. 2038) vorgenommenen Ergänzung des Amtsträgerbegriffs („unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform“) im Regelfall keine entscheidende Bedeutung mehr haben, so kommt ihr doch weiterhin indizielle Bedeutung zu, wenn im Einzelfall eine Körperschaft des öffentlichen Rechts in Rede steht (BGH, Urteil vom 9. Juli 2009 aaO).

11 b) Gemessen daran sind die gesetzlichen Krankenkassen jedenfalls sonstige Stellen der öffentlichen Verwaltung im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB.

12 Dabei ergibt sich der spezifisch öffentlich-rechtliche Bezug, der eine Gleichstellung ihrer Tätigkeit mit behördlichem Handeln rechtfertigt, aus den gesetzlich vorgegebenen Verbandsstrukturen auf Landes- und Bundesebene (§§ 207 ff. SGB V), der Gesetzesbindung der Krankenkassen sowie aus dem Umstand, dass sie bei ihrer Aufgabenerfüllung staatlicher Rechtsaufsicht unterliegen (§§ 87, 90 SGB IV; § 195 Abs. 1 SGB V). Indem sie auf der Grundlage des für sie in den §§ 1, 2 SGB V formulierten gesetzlichen Auftrags als solidarische und eigenverantwortliche Krankenversicherung ihren beitragspflichtigen Pflichtmitgliedern (vgl. §§ 5 ff., 226 SGB V) Leistungen zur Verfügung stellen, nehmen sie – in mittelbarer Staatsverwaltung (BVerfG, Beschluss vom 9. April 1975 – 2 BvR 879/73, BVerfGE 39, 302, 313; Baier in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, 76. Lfg., § 29 SGB IV Rn. 11) – Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr.

- 13 c) Die im geltenden Recht der gesetzlichen Krankenversicherung vorhandenen wettbewerblichen Elemente, etwa das dem gesetzlich Versicherten gemäß § 173 SGB V zustehende Recht der Wahl der Krankenkasse, sind nicht geeignet, dieses Auslegungsergebnis in Frage zu stellen. Das Handeln der Krankenkassen wird trotz des zwischen ihnen bestehenden Konkurrenzverhältnisses und der vom Gesetzgeber zur Sicherung der Beitragssatzstabilität eingeführten Mechanismen insgesamt nach wie vor von sozialversicherungsrechtlichen, den Interessen der Allgemeinheit dienenden Normen beherrscht. Diese bilden ein Sonderrecht, dem die gesetzlichen Kassen als Träger öffentlicher Aufgaben unterworfen sind.
- 14 2. Die Vertragsärzte sind jedoch nicht dazu bestellt, im Auftrag der gesetzlichen Krankenkassen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen.
- 15 a) Zwar steht außer Frage, dass das System der gesetzlichen Krankenversicherung als Ganzes eine aus dem Sozialstaatsgrundsatz des Art. 20 Abs. 1 GG folgende Aufgabe erfüllt, durch deren Wahrnehmung in hohem Maße Interessen nicht allein der einzelnen Versicherten, sondern der Allgemeinheit wahrgenommen werden. Auch wenn die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung letztlich den jeweils Versicherten zukommen und das System insgesamt die gesetzliche Aufgabe hat, "die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern" (§ 1 SGB V), stehen bei der Ausgestaltung des Systems die Gesichtspunkte der solidarischen Finanzierung (§ 3 SGB V), der (eingeschränkten) Zwangs-Mitgliedschaft der Versicherten (§§ 5 ff. SGB V) sowie der Erfüllung allgemeiner gesundheitspolitischer Anliegen (vgl. etwa §§ 20 ff. SGB V) im Vordergrund. So bestimmt etwa § 1 SGB V, dass die Krankenkassen auf gesunde Lebensver-

hältnisse hinzuwirken haben; die vertragsärztliche Versorgung ist den Zielen der Qualität, Humanität, Wirtschaftlichkeit und Beitragssatzstabilität verpflichtet (§§ 70, 71 SGB V). Das Vertragsarztsystem der gesetzlichen Krankenversicherung ist darauf ausgerichtet, eine flächendeckende, gleichmäßige, an allgemeinen Qualitätsstandards und solidarischen Wirtschaftlichkeits-Gesichtspunkten ausgerichtete Versorgung der Gesamtbevölkerung der Bundesrepublik mit Leistungen der Heil- und Gesundheitsfürsorge sicherzustellen. Dies ist unzweifelhaft eine öffentliche Aufgabe.

16 b) Jedoch ist das in den §§ 72 ff. SGB V geregelte System der vertragsärztlichen Versorgung so ausgestaltet, dass der einzelne Vertragsarzt keine Aufgabe öffentlicher Verwaltung wahrnimmt.

17 Öffentliche Verwaltung im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB ist nicht allein die Gesamtheit der von Hoheitsträgern ausgeübten Eingriffs- und Leistungsverwaltung; vielmehr sind auch Mischformen sowie die Tätigkeit von Privatrechtssubjekten erfasst, wenn diese wie ein "verlängerter Arm" hoheitlicher Gewalt tätig werden (BGH, Urteile vom 19. Dezember 1997 – 2 StR 521/97, BGHSt 43, 370, 377; vom 3. März 1999 – 2 StR 437/98, BGHSt 45, 16, 19; vom 15. März 2001 – 5 StR 454/00, BGHSt 46, 310, 312; vom 16. Juli 2004 – 2 StR 486/03, BGHSt 49, 214, 219; vom 2. Dezember 2005 – 5 StR 119/05, BGHSt 50, 299, 303; vom 27. November 2009 – 2 StR 104/09, BGHSt 54, 202, 212; vgl. Fischer, StGB, 59. Aufl., § 11 Rn. 22a mwN). Für die Zuordnung der Tätigkeit von Privaten zum Bereich öffentlicher Verwaltung kommt es darauf an, dass der Ausführende dem Bürger nicht auf der Ebene vertraglicher Gleichordnung mit der grundsätzlichen Möglichkeit individueller Aushandlung des Verhältnisses entgegentritt, sondern quasi als ausführendes Organ hoheitlicher Gewalt. Es fehlt Rechtbeziehungen im Rahmen öffentlicher

Verwaltung daher typischerweise ein bestimmendes Element individuell begründeten Vertrauens, der Gleichordnung und der Gestaltungsfreiheit.

18 Letztlich beruht die Bestimmung des Begriffs der Wahrnehmung von Aufgaben öffentlicher Verwaltung im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB auf einer wertenden Abgrenzung. Dies gilt insbesondere in Bereichen, die nicht zur unmittelbaren staatlichen Verwaltung zählen. Zu prüfen ist jeweils, ob der Tätigkeit der betreffenden Person im Verhältnis zum Bürger der Charakter – wenn auch nur mittelbar – eines hoheitlichen Eingriffs zukommt oder ob das persönliche Verhältnis zwischen den Beteiligten so im Vordergrund steht, dass ein hoheitlicher Charakter der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dahinter zurücktritt. Letzteres ist nach Ansicht des Großen Senats im Verhältnis zwischen Vertragsarzt und Patient der Fall.

19 aa) Die Vertragsärzte üben Ihren Beruf in freiberuflicher Tätigkeit aus (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG), auch wenn die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung zur Teilnahme an dieser Versorgung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet (§ 95 Abs. 3 Satz 1 SGB V). Der Vertragsarzt ist nicht Angestellter oder bloßer Funktionsträger einer öffentlichen Behörde; er wird im konkreten Fall nicht aufgrund einer in eine hierarchische Struktur integrierten Dienststellung tätig, sondern aufgrund der individuellen, freien Auswahl der versicherten Person. Er nimmt damit eine im Konzept der gesetzlichen Krankenversicherung vorgesehene, speziell ausgestaltete Zwischenposition ein, die ihn von dem in einem öffentlichen Krankenhaus angestellten Arzt, aber auch von solchen Ärzten unterscheidet, die in einem staatlichen System ambulanter Heilfürsorge nach dem Modell eines Poliklinik-Systems tätig sind.

- 20 bb) Das Verhältnis des Versicherten zum Vertragsarzt wird wesentlich bestimmt von Elementen persönlichen Vertrauens und einer der Bestimmung durch die Krankenkassen entzogenen Gestaltungsfreiheit: Nach § 76 Abs. 1 Satz 1 SGB V können die Versicherten unter den zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzten (und anderen Leistungserbringern) frei wählen. Sowohl der Gegenstand als auch die Form und die Dauer der Behandlung sind einem bestimmenden Einfluss der Krankenkasse entzogen und ergeben sich allein in dem jeweiligen persönlich geprägten Verhältnis zwischen Patient und Vertragsarzt. In diesem Verhältnis steht der Gesichtspunkt der individuell geprägten, auf Vertrauen sowie freier Auswahl und Gestaltung beruhenden persönlichen Beziehung in einem solchen Maß im Vordergrund, dass weder aus der subjektiven Sicht der Beteiligten noch nach objektiven Gesichtspunkten die Einbindung des Vertragsarztes in das System öffentlicher, staatlich gelenkter Daseinsfürsorge überwiegt und die vertragsärztliche Tätigkeit den Charakter einer hoheitlich gesteuerten Verwaltungsausübung gewinnt.
- 21 cc) Auch die Regelungen über die Ausstellung einer vertragsärztlichen Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln rechtfertigen nicht die Annahme, der Vertragsarzt handle insoweit in Ausführung öffentlicher Verwaltung. Die Verordnung konkretisiert zwar die gesetzlichen Leistungsansprüche der Versicherten auf Sachleistungen (§ 2 Abs. 2 Satz 1 SGB V); sie ist aber untrennbarer Bestandteil der ärztlichen Behandlung und vollzieht sich innerhalb des personal geprägten Vertrauensverhältnisses zwischen der versicherten Person und dem von ihr gewählten Vertragsarzt; sie ist vom Arzt an seiner aus § 1 BÄO folgenden Verpflichtung auszurichten, ohne dass die gesetzliche Krankenkasse hierauf einwirken könnte (vgl. BSG, Urteil vom 16. Dezember 1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271, 282).

- 22 c) Dass der Vertragsarzt keine Aufgabe öffentlicher Verwaltung wahrnimmt, entspricht im Übrigen auch der zivilrechtlichen Betrachtungsweise. Der Bundesgerichtshof hat in Zivilsachen mehrfach hervorgehoben, dass – von wenigen Ausnahmen abgesehen – die ärztliche Heilbehandlung ihrem Grundgedanken nach mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes unvereinbar sei. Zwischen dem Vertragsarzt und dem Patienten kommt ein zivilrechtliches Behandlungsverhältnis zustande. Im Fall der Schlechterfüllung des Behandlungsvertrags haftet der Arzt nicht nach Amtshaftungsgrundsätzen (BGH, Urteil vom 19. Dezember 1960 – III ZR 185/60, VersR 1961, 225, 226; Urteil vom 9. Dezember 1974 – III ZR 131/72, BGHZ 63, 265, 270; Urteil vom 28. Juni 1994 – VI ZR 153/93, BGHZ 126, 297, 301 f.; vgl. auch Geigel, Der Haftpflichtprozess, 26. Aufl., Kap. 14 Rn. 211; Kap. 28 Rn. 130). Dass dieses bürgerlich-rechtliche Rechtsverhältnis von den Vorschriften des Sozialversicherungsrechts überlagert wird, ändert daran nichts.
- 23 d) Da es der vertragsärztlichen Tätigkeit in ihrer konkreten Gestalt und Ausprägung somit – unbeschadet des Umstands, dass das Vertragsarztsystem insgesamt eine öffentliche Aufgabe erfüllt – schon am Charakter der Wahrnehmung einer Aufgabe öffentlicher Verwaltung mangelt, kommt es auf die Frage einer formellen oder konkludenten „Bestellung“ im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB nicht entscheidend an. Insoweit ist nur ergänzend auszuführen:
- 24 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt eine Bestellung im Sinne der genannten Vorschrift keinen förmlichen Bestellungsakt voraus (BGH, Urteile vom 15. Mai 1997 – 1 StR 233/96, BGHSt 43, 96, 102 f.; vom 9. Juli 2009 – 5 StR 263/08, BGHSt 54, 39, 43). Die Zulassung eines Arztes zur vertragsärztlichen Versorgung (§ 95 SGB V) ist aber schon deshalb keine Bestellung im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB, weil es insoweit an ei-

ner der Krankenkasse unmittelbar zurechenbaren Entscheidung fehlt (vgl. § 96 Abs. 1, 2 SGB V). Im Übrigen kann nicht jede Zulassung oder Hinzuziehung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben als Bestellung angesehen werden (vgl. BGH, Urteil vom 21. August 1996 – 2 StR 234/96, BGHSt 42, 230, 232); vielmehr kann der Begriff nur mit Blick auf den Charakter der Aufgabe bestimmt werden, zu deren Erfüllung die Privatperson herangezogen wird.

IV.

25 Der gemäß § 95 SGB V zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassene Arzt handelt bei der Verordnung von Medikamenten auch nicht als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes (§ 299 Abs. 1 StGB).

26 1. Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob eine gesetzliche Krankenkasse die Merkmale eines geschäftlichen Betriebes im Sinne von § 299 Abs. 1 StGB erfüllt, bislang noch nicht entschieden (vgl. aber – bejahend zu § 12 UWG – RG, Urteil vom 16. April 1935 – 4 D 1189/34, JW 1935, 1861 für eine Allgemeine Ortskrankenkasse). Dafür spricht, dass der geschäftliche Betrieb zwar daraufhin angelegt sein muss, dauerhaft am Wirtschaftsleben teilzunehmen, im Unterschied zum Gewerbebetrieb aber nicht darauf, Gewinn zu erzielen (BGH, Urteil vom 13. Mai 1952 – 1 StR 670/51, BGHSt 2, 396, 401 f. zu § 12 UWG). Deshalb können grundsätzlich zum Kreis der geschäftlichen Betriebe neben gemeinnützigen und sozialen Einrichtungen auch – unabhängig von ihrer Organisationsform und davon, ob sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen – staatliche Stellen zählen, sofern sie durch den Austausch von Leistung und Gegenleistung am Wirtschaftsleben teilnehmen (BGH, Urteil vom 13. Mai 1952 aaO, S. 403; MünchKommStGB/Diemer/Krick, § 299 Rn. 7; NK-StGB/Dannecker, 3. Aufl., § 299 Rn. 24).

27 2. Auf die Entscheidung dieser Frage kommt es hier aber letztlich nicht an, da der Vertragsarzt bei der Verordnung von Arzneimitteln jedenfalls nicht als Beauftragter der Krankenkassen handelt.

28 a) Beauftragter im Sinne des § 299 StGB ist, wer, ohne Angestellter oder Inhaber eines Betriebes zu sein, auf Grund seiner Stellung im Betrieb berechtigt und verpflichtet ist, auf Entscheidungen dieses Betriebes, die den Waren- oder Leistungsaustausch betreffen, unmittelbar oder mittelbar Einfluss zu nehmen (BGH, Urteil vom 13. Mai 1952 – 1StR 670/51, BGHSt 2, 396, 402; Kühl, StGB, 27. Aufl., § 299 Rn. 2; MünchKommStGB/Diemer/Krick, § 299 Rn. 5; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl., § 299 Rn. 16; SSW-StGB/Rosenau, § 299 Rn. 9; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 299 Rn. 10; NK-StGB/Dannecker, 3. Aufl., § 299 Rn. 22). Ob dem Verhältnis des Beauftragten zu dem jeweiligen geschäftlichen Betrieb eine Rechtsbeziehung zu Grunde liegt oder dieser lediglich durch seine faktische Stellung im oder zum Betrieb in der Lage ist, Einfluss auf geschäftliche Entscheidungen auszuüben, ist unerheblich (vgl. nur Rosenau, Diemer/Krick und Dannecker, jeweils aaO). Schon vom Wortsinn her ist dem Begriff des Beauftragten die Übernahme einer Aufgabe im Interesse des Auftraggebers immanent, der sich den Beauftragten frei auswählt und ihn bei der Ausübung seiner Tätigkeit anleitet, sei es, dass er ihm im Rahmen eines zivilrechtlichen Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertrags (§§ 665, 675 BGB) Weisungen erteilt (vgl. dazu Dannecker und Tiedemann, jeweils aaO) oder ihn bevollmächtigt (vgl. RG, Urteil vom 29. Januar 1934 – 2 D 1293/33, RGSt 68, 70, 74 f.), sei es, dass der Beauftragte faktisch mit einer für den geschäftlichen Betrieb wirkenden Befugnis handelt (zu einem solchen faktisch wirkenden „personalen Befugniselement“ vgl. Geis, wistra 2005, 369, 370; ders., wistra 2007, 361, 362; Reese, PharmR 2006, 92, 97; Schmidl, wistra 2006, 286, 287).

29 b) Gemessen daran fehlt es dem nach § 95 SGB V zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Arzt bei seiner Verordnungstätigkeit im Ergebnis an der Beauftragteneigenschaft.

30 aa) Einer Annahme der Beauftragtenstellung steht allerdings nicht schon entgegen, dass die gesetzlichen Krankenkassen zu den Vertragsärzten – von Ausnahmefällen abgesehen (vgl. dazu §§ 73b Abs. 4, 73c Abs. 3, 140b Abs. 1 SGB V) – keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen aufnehmen dürfen und die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung (§ 95 SGB V) keine Entscheidung der Krankenkassen ist, sondern der Verwaltungsakt eines rechtlich und organisatorisch selbständigen, mit eigenen Wahrnehmungszuständigkeiten ausgestatteten Selbstverwaltungsorgans in Gestalt des Zulassungsausschusses. Ebenso wenig hindert der Umstand, dass der Vertragsarzt einen freien Beruf ausübt und in diesem Zusammenhang regelmäßig Inhaber einer eigenen ärztlichen Praxis und damit eines Betriebes im Sinne von § 299 StGB ist, die Anwendbarkeit dieser Strafvorschrift (so aber Bernsmann/Schoß, GesR 2005, 193, 195 f.; Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis, wistra 2010, 418, 421; Klötzer, NStZ 2008, 12, 14; Reese, PharmR 2006, 92, 97; Sobotta, GesR 2010, 471, 474; Taschke, StV 2005, 406, 410). Für einen Beauftragten ist die fehlende Einordnung in den geschäftlichen Betrieb auf der Grundlage der Ausübung einer eigenen geschäftlichen oder freiberuflichen Tätigkeit sogar typisch (LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl., § 299 Rn. 16). Was die Strafbarkeit des Betriebsinhabers angeht, ist nur die Vorteilsnahme bezüglich seines eigenen Betriebs vom Anwendungsbereich des § 299 StGB ausgenommen (Fischer, StGB, 59. Aufl., § 299 Rn. 10c).

31 bb) Jedoch legt die Stellung des Vertragsarztes im System der gesetzlichen Krankenversicherung die Annahme nicht nahe, er handele bei der Verordnung eines Arzneimittels als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen.

32 Gemäß § 72 Abs. 1 Satz 1 SGB V wirken die Leistungserbringer, also auch die Vertragsärzte, mit den Krankenkassen zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung zusammen; gemäß § 72 Abs. 2 Satz 1 SGB V ist diese Versorgung durch Vereinbarungen zwischen den kassenärztlichen Vereinigungen und den Verbänden der Krankenkassen so zu regeln, dass eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten gewährleistet ist und die ärztlichen Leistungen angemessen vergütet werden. Das in den nachfolgenden Vorschriften des SGB V im Einzelnen ausgestaltete System der Selbstverwaltung bezweckt die Sicherstellung der ärztlichen Behandlung der gesetzlich Versicherten vor dem Hintergrund eines prinzipiellen Interessengegensatzes zwischen den an dieser Versorgung Beteiligten (Sproll in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, 70. Lfg., SGB V, § 72 Rn. 2). Da der Ausgleich dieser in § 72 Abs. 2 Satz 1 SGB V gekennzeichneten gegenläufigen Interessen vom Gesetzgeber der kollektivvertraglichen Normsetzung und vertraglichen Regelungen zwischen den Vertragsärzten und ihren Vertretungen, den kassenärztlichen Vereinigungen, einerseits und den Krankenkassen andererseits im Rahmen eines Systems der Selbstverwaltung überantwortet worden ist (vgl. Sproll aaO), begegnen sich die an der ärztlichen Versorgung Beteiligten in kooperativem Zusammenwirken (vgl. Taschke, StV 2005, 406, 409) und damit notwendig auf einer Ebene der Gleichordnung. Schon dieses gesetzlich vorgegebene Konzept gleichgeordneten Zusammenwirkens steht der Annahme einer Beauftragung des Vertragsarztes durch die gesetzlichen Krankenkassen entgegen.

- 33 Es kommt hinzu, dass die gesetzliche Krankenkasse keinerlei und der Vertragsarzt nur in geringem Maße Einfluss auf das Zustandekommen des einzelnen Behandlungsverhältnisses nehmen kann, auf dessen Grundlage sich die ärztliche Verordnung eines Arzneimittels zu Lasten der Krankenkasse vollzieht. Vielmehr liegt diese Entscheidung beim Patienten, der gemäß § 76 SGB V seinen Vertragsarzt frei wählen kann. Den gewählten Arzt hat die Krankenkasse zu akzeptieren. Dieser wird vom Versicherten als „sein“ Arzt wahrgenommen, den er beauftragt hat und dem er sein Vertrauen schenkt. Auch aus objektiver Sicht wird der Vertragsarzt – wie bereits dargelegt – bei wertender Betrachtung in erster Linie in dessen Interesse tätig.
- 34 cc) Dass die Entscheidungen des Vertragsarztes bei der Verordnung von Medikamenten und Hilfsmitteln auch Relevanz für die gesetzlichen Krankenkassen haben, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Vielmehr führt eine sachgerechte Bewertung der ärztlichen Verordnung vor dem Hintergrund des sozialrechtlichen Regelungsgefüges ebenfalls zu dem Ergebnis, dass der Vertragsarzt nicht als Beauftragter der Krankenkassen anzusehen ist. Insoweit gilt Folgendes:
- 35 (1) Nach der neueren Rechtsprechung des Bundessozialgerichts erwirbt der Apotheker, der die kassenärztliche Verordnung des Vertragsarztes durch Abgabe eines Arzneimittels an den Versicherten ausführt, einen unmittelbaren Vergütungsanspruch aus Vorschriften des öffentlichen Rechts. Rechtsgrundlage ist insoweit § 129 SGB V i.V.m. den nach § 129 Abs. 2 und Abs. 5 Satz 1 SGB V abgeschlossenen Verträgen (BSG, Urteil vom 17. Dezember 2009 – B 3 KR 13/08 – R, BSGE 105, 157, Tz. 15 f.). Gemäß § 129 SGB V geben die Apotheken nach Maßgabe der ergänzenden Rahmenvereinbarungen und Landesverträge (vgl. dazu § 129 Abs. 2, 5 Satz 1 SGB V) vertragsärztlich verordne-

te Arzneimittel an Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung ab. § 129 SGB V begründet somit im Zusammenspiel mit den konkretisierenden vertraglichen Vereinbarungen eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung und Berechtigung für die Apotheken zur Abgabe von vertragsärztlich verordneten Arzneimitteln an die Versicherten. Im Gegenzug erwerben die Apotheken dabei einen durch öffentlich-rechtliche Vorschriften näher ausgestalteten gesetzlichen Anspruch auf Vergütung gegen die Krankenkassen, der in § 129 SGB V als selbstverständlich vorausgesetzt wird (BSG aaO, Tz. 16).

36 Der Vertragsarzt wird danach nicht als Vertreter der Krankenkasse beim Zustandekommen jedes einzelnen Kaufvertrages über ein verordnetes Medikament tätig. Ob eine solche Vertreterstellung (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 25. November 2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17, 19; BSG, Urteil vom 16. Dezember 1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271, 278) als tauglicher Anknüpfungspunkt für die Eigenschaft des Vertragsarztes als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen in Betracht kommt (so OLG Braunschweig, Beschluss vom 23. Februar 2010 – Ws 17/10, NStZ 2010, 392; ebenso Pragal, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB, 2006, S. 165 ff.; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 299 Rn. 10b ff.; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl., § 299 Rn. 18; NK-StGB/Dannecker, § 299 Rn. 23c; einschränkend: Schuhr, NStZ 2012, 11, 14; a.A.: Bernsmann/Schoß, GesR 2005, 193, 195 f.; Geis, wistra 2005, 369; ders. GesR 2006, 345, 347; ders. wistra 2007, 361; Klötzer, NStZ 2008, 12; Kölbl, wistra 2009, 129, 132; Reese, PharmR 2006, 92, 96 ff.; Sahan, ZIS 2007, 69; Taschke, StV 2005, 406, 410 f.; Tsambikakis, JR 2011, 538, 540 f.), bedarf daher keiner Entscheidung.

37 (2) Die Rechtsmacht des Vertragsarztes zur Konkretisierung des Anspruchs des gesetzlich Versicherten ist ferner dahin eingeschränkt, dass er (le-

diglich) die medizinischen Voraussetzungen des Eintritts des Versicherungsfalles der Krankheit mit Wirkung für den Versicherten und die Krankenkasse verbindlich feststellt. Grundlage dafür ist die aus dem jeweiligen Behandlungsverhältnis erwachsene medizinische Diagnose und die daraufhin von ihm festgesetzte, im Einzelfall erforderliche Behandlung (vgl. nur BSG, Urteil vom 16. Dezember 1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271, 282; dazu Geis, GesR 2006, 345, 350; zusammenfassend: Klötzer, NStZ 2008, 12, 15; ähnlich SSW-StGB/Rosenau, § 299 Rn. 11). Das Gesetz bringt die mit einer Medikamentenverordnung verbundene Rechtsfolge in diesem Zusammenhang durch die Formulierung zum Ausdruck, sie gehe „zu Lasten“ der Krankenkasse (vgl. etwa § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V); die sie treffende Leistungspflicht hat danach die einem Reflex vergleichbare Wirkung.

38 Über die Konkretisierung und die Reichweite dieser die Krankenversicherung betreffende Leistungspflicht kann der Vertragsarzt auch nicht abschließend und alleinverantwortlich entscheiden. Die Grenzen sind vielmehr bereits durch abstrakt-generelle Regelungen allgemein festgelegt. Gemäß § 92 SGB V beschließt der Gemeinsame Bundesausschuss zur Sicherung der ärztlichen Versorgung die erforderlichen Richtlinien. Diese beschreiben auch den Umfang der Arzneimittelleistungen im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung (Sproll in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, 68. Lfg., § 92 Rn. 35). Schon damit ist der Katalog der für eine Verordnung durch den Vertragsarzt in Betracht kommenden Medikamente vorgegeben (i. E. ebenso SSW-StGB/Rosenau, § 299 Rn. 11).

39 (3) Es kommt hinzu, dass es in vielen Fällen der vertragsärztlichen Verordnung letztlich der sie entgegennehmenden Apotheke obliegt, das abzugebende Arzneimittel auszuwählen. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn der Arzt

das Medikament nur unter seiner Wirkstoffbezeichnung verordnet, sondern auch dann, wenn er ein bestimmtes Arzneimittel bezeichnet, die Ersetzung durch ein wirkstoffgleiches aber nicht ausdrücklich ausschließt. Seit dem Inkrafttreten des Arzneimittelausgaben-Begrenzungsgesetzes (AABG) vom 15. Februar 2002 (BGBl I S. 684) ist nämlich die aut-idem-Substitution, die dem Apotheker die Abgabe eines wirkstoffgleichen, aber preisgünstigeren Medikaments ermöglicht, zum Regelfall geworden, den der Arzt aktiv ausschließen muss und gegebenenfalls gesondert zu begründen hat (§ 73 Abs. 5 SGB V; vgl. dazu BTDrucks. 14/7144, S. 5; dazu Adolf in jurisPK-SGB V, § 73 Rn. 105; Wigge, PharmR 2002, 2 ff.; Hofmann/Nickel, SGB 2002, 425 ff.).

40

Darüber hinaus legt § 129 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB V dem Apotheker zusätzlich die Verpflichtung auf, dem Versicherten preisgünstige importierte Arzneimittel auszuhändigen, wenn die Preisersparnis gegenüber dem Bezugsarzneimittel eine bestimmte Schwelle überschreitet. § 129 Abs. 1 Satz 2 bis 4 sowie Abs. 1a SGB V enthalten weitere Bestimmungen über die Pflicht des Apothekers zur Ersetzung des vom Arzt verordneten Arzneimittels. Satz 3 und 4 der Vorschrift erweitern die Möglichkeiten, den Apotheker zur Ersetzung eines ärztlich verordneten Arzneimittels zu verpflichten, indem die Ersetzung ausdrücklich als möglicher Gegenstand eines Vertrags zwischen Krankenkassen und Apotheken nach Abs. 5 genannt wird und im Übrigen eine Ersetzung durch solche Arzneimittel angeordnet wird, für die der jeweilige pharmazeutische Unternehmer eine Rabattvereinbarung nach § 130a Abs. 8 SGB V geschlossen hat (Einzelheiten bei Hess in Kasseler Kommentar-SGB V, 71. Lfg., § 129 Rn. 4 ff.; Schneider in jurisPK-SGB V, § 129 Rn. 4 ff.).

41 dd) Auch die rechtlichen Bindungen, die sich für den Vertragsarzt aus der Pflicht zur Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes ergeben, machen ihn nicht zum Beauftragten im Sinne des § 299 StGB.

42 Allerdings steht die Behandlung des Versicherten durch den Vertragsarzt einschließlich der Verordnung von Arzneimitteln (auch) unter dem Gebot der Wirtschaftlichkeit (§§ 70 Abs. 1 Satz 2, 72 Abs. 2 SGB V), dem ein hoher Stellenwert zuzumessen ist (BSG, Urteil vom 28. April 2004 – B 6 KA 24/03 R, MedR 2004, 577, 578 mwN). Gemäß § 12 Abs. 1 SGB V dürfen die Leistungen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten, gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V dürfen die Leistungserbringer keine nicht notwendigen oder unwirtschaftlichen Leistungen erbringen.

43 Dass der Vertragsarzt bei der Verordnung von Medikamenten auch auf die wirtschaftlichen Belange der Krankenkassen Bedacht zu nehmen hat, ändert aber nichts daran, dass die ärztliche Behandlung, in die sich die Verordnung von Arzneimitteln einfügt, in erster Linie im Interesse des Patienten und in seinem Auftrag erfolgt. Bei der erforderlichen wertenden Gesamtbetrachtung steht diese Bindung an den Patienten im Vordergrund. Von daher kann die Verpflichtung auf das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht bewirken, dass der Arzt aus dem Auftragsverhältnis zu dem Patienten gleichsam herausgebrochen und zum Beauftragten der Krankenkasse wird. Mithin stehen dem dieselben Gründe entgegen, die auch dagegen sprechen, den Vertragsarzt als Amtsträger der Krankenkasse im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB zu qualifizieren.

44 Gemäß § 106 Abs. 1 SGB V trifft den Vertragsarzt die Pflicht zur Wirtschaftlichkeit der ärztlichen Versorgung auch nicht unmittelbar im Verhältnis zu den gesetzlichen Krankenkassen. Die Überwachung der Wirtschaftlichkeit der

Verordnung von Arzneimitteln obliegt insoweit gleichermaßen den kassenärztlichen Vereinigungen, die zu diesem Zweck gemeinsam mit den Krankenkassen (vgl. § 72 Abs. 1 Satz 1 SGB V) Prüfungsstellen und Beschwerdeausschüsse errichtet haben (§ 106 Abs. 4 SGB V). Danach können die gesetzlichen Krankenkassen nicht in eigener Verantwortung darüber entscheiden, ob die Einrede der Unwirtschaftlichkeit, der Nichterforderlichkeit oder der Unzweckmäßigkeit einer vertragsärztlichen Medikamentenverordnung berechtigt ist; sie sind insoweit auf die in § 106a Abs. 3, 4, § 106 Abs. 4 SGB V geregelten Befugnisse beschränkt, im Einzelfall unter Einschaltung der kassenärztlichen Vereinigung Wirtschaftlichkeitsprüfungen durch eine Prüfungsstelle zu beantragen.

45 3. Da nach alledem der Vertragsarzt bei der Verordnung von Medikamenten nicht Beauftragter im Sinne des § 299 StGB ist, kann dahin gestellt bleiben, ob die Anwendbarkeit des § 299 StGB auf Fälle der vorliegenden Art auch aus den weiteren, im Schrifttum angeführten Gründen ausgeschlossen ist (eingehend dazu etwa LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl., § 299 Rn. 32 mwN).

46 4. Vor dem Hintergrund der seit längerem im strafrechtlichen Schrifttum geführten Diskussion sowie im Hinblick auf gesetzgeberische Initiativen (vgl. dazu etwa BTDrucks. 17/3685) zur Bekämpfung korruptiven Verhaltens im Gesundheitswesen verkennt der Große Senat für Strafsachen nicht die grundsätzliche Berechtigung des Anliegens, Missständen, die – allem Anschein nach – gravierende finanzielle Belastungen des Gesundheitssystems zur Folge haben, mit Mitteln des Strafrechts effektiv entgegenzutreten. Die Anwendung bestehender Strafvorschriften, deren Tatbestandsstruktur und Wertungen der Erfassung bestimmter Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Erbringung von Gesundheitsleistungen nach den Vorschriften der gesetzlichen Krankenver-

sicherung als strafrechtlich relevant entgegenstehen, auf der Grundlage allein dem Gesetzgeber vorbehaltener Strafwürdigkeitserwägungen ist der Rechtsprechung jedoch versagt.

Tolksdorf	Becker	Ernemann	Wahl
Pfister	Rothfuß	Raum	Brause
Fischer		Franke	Schmitt

ANNEXE 12

Crawshay v Maule (1818) 1 Swan 495 *per* Lord Eldon

[495] Between WILLIAM CRAWSHAY, *Plaintiff*, and GEORGE MAULE, JOHN LLEWELLIN, and JOSEPH KAYE, *Defendants*. And between GEORGE MAULE, JOHN LLEWELLIN, and JOSEPH KAYE; and BENJAMIN HALL, RICHARD CRAWSHAY HALL, HENRY GRANT HALL, CHARLES RANKIN HALL, and CHARLOTTE HALL, infants by the said GEORGE MAULE, JOHN LLEWELLIN, and JOSEPH KAYE, their next Friends, *Plaintiffs*, and WILLIAM CRAWSHAY, *Defendant*. June 9, 10, 27, July 11, 23, 31, [1818].

[S. C. 1 Wils. Ch. 181. See *Randall v. Randall*, 1835, 7 Sim. 284; *Darby v. Darby*, 1856, 3 Drew. 501. See also Partnership Act, 1890 (53 & 54 Vict. c. 39), ss. 20 and 22.]

B. C. being in possession of mines and iron-works, held under leases of unequal duration, by his will bequeathed £25,000 to *B.*, "as a capital for him to become a partner with my executor of one-fourth share in the trade of all those works, so long as the lease endures," with a devise to *H.* and his wife of the residue of his estates, real and personal; by a codicil the testator gave to *W. C.* three-eighths of the concern at the iron-works, "so the partnership will stand at my decease, *W. C.* three-eighths, *H.* three-eighths, *B.* two-eighths." After the testator's death, *W. C.*, *H.*, and *B.*, carried on the works for two years, selling iron manufactured not only from the produce of their mines, but from ore and old iron purchased for the purpose of manufacture and re-sale. *B.* having then assigned his share to *C.*, the business was carried on in like manner by *C.* and *H.* till the death of the latter; no agreement having ever been entered into for the duration of the partnership. 1. The codicil withdraws the trade from the operation of the residuary clause in the will, and vests three-eighths in *H.* to the exclusion of his wife. 2. The concern is not a mere joint interest in land, but a partnership in trade. 3. The purchase of a leasehold interest as part of a stock in trade, is not evidence of an agreement to contract a partnership commensurate with the duration of the lease. 4. The partnership is dissolved by the death of *H.* 5. In a suit instituted by *W. C.*, praying a sale of the partnership property, the Court, on motion, directed an inquiry whether it would be for the benefit of all parties interested that the works should be sold, or carried on for the purpose of winding up the concern.

By articles of agreement dated the 31st of July 1794, between *Antony Bacon*, and *Richard Crawshay*, *Bacon* agreed to assign to *Crawshay* all his interest in certain lands, and mines of coal, and iron ore, situated at *Cyfarthfa* in the county of *Glamorgan* (of which he [496] was then in possession, under three leases for terms of 99 years each, commencing respectively in the years 1763, 1765, and 1768), subject, after the 29th of September 1815, to an annual rent of £5000 and a payment of 15s. a ton on all pig iron, annually made on the premises, beyond 6400 tons. *Richard Crawshay* accordingly took possession of the premises, and carried on iron works there: and in 1801, intending an extension of the works, and the erection of new furnaces, it was agreed between him and *Bacon*, that the payment of 15s. a ton beyond 6400 tons, should cease at 10,700 tons. Disputes having arisen on the subject of that agreement, in 1808, *Richard Crawshay* filed a bill to compel specific performance. The decree pronounced in March 1810 directed *Bacon* to execute to *Richard Crawshay* an underlease of the premises, for all the times which he, or the trustees under his marriage settlement, had therein, except the last day, subject to the yearly payments stipulated.

Richard Crawshay being seised and possessed of a considerable real and personal estate, including the iron works at *Cyfarthfa*, and the buildings and machinery thereon, and a leasehold wharf at *Cardiff*, used for shipping iron, by his will dated the 26th of September 1809, after giving among other legacies, £100,000 to his son *William Crawshay*, gave to *Joseph Bailey* £25,000 "to be transferred from my account on the ledger to his, intended as a capital for him to become a partner with my executor of one-fourth share in the trade of all those works so long as the lease endures, with the principal and profits therefrom to be his own forever." He then gave to *Benjamin Hall* esq. and his wife, of *Abercarne*, and to their heirs for ever, all the residue of his estate, real and personal, and appointed Mr. *Hall* sole executor.

By a codicil, dated the 4th of *May* 1810, the testator gave to his son *William Crawshay*, "three-eighth [497] shares of my concerns at this iron work, and of the premises at *Cardiff*; so the partnership will stand at my demise, *William Crawshay* three-eighths, *Benjamin Hall* three-eighths, *Joseph Bailey* two-eighths."

The testator died on the 27th of *June* 1810; Mr. *Hall* proved his will, and *William Crawshay*, *Hall*, and *Bailey* took possession of the iron-works, and carried them on as co-partners in the shares bequeathed to them, under the firm of *Crawshay, Hall*, and *Bailey*, but without any articles of co-partnership. In *October* 1812, *William Crawshay* purchased the share of *Bailey* for £30,000, and from that time the works were conducted by *William Crawshay* and *Hall*, till the death of the latter, under the firm of *Crawshay* and *Hall*; no written articles of co-partnership were ever executed or prepared between them; but they verbally agreed that the future capital of the concern should be £160,000, which consisted of an imaginary or estimated value of the whole of the partnership property (£100,000 standing to the credit of *William Crawshay*, in respect of his five-eighth parts, and £60,000 to the credit of Mr. *Hall*, in respect of his three-eighth parts); and that the books should be balanced on the 31st of *March* in each year, and the annual profits drawn out by *William Crawshay* and *Hall*, in proportion to their shares.

No under-lease having been executed in the life of *Crawshay*, by indenture of the 21st of *May* 1814, *Bacon*, and his trustees, in obedience to the decree of 1810, assigned to *Hall*, his executors, &c., all the premises, for the residue of the respective terms, except the last day of each, subject to the annual rent of £5000 and the payment of 15s. a ton on all pig iron made yearly on the premises above 6400 tons, and not exceeding 10,700 tons; and by a deed dated the 1st of *June* 1814, [498] and indorsed on the assignment, *Hall* declared that he would stand possessed of the premises, as to three-eighth parts, in trust for himself, and as to five-eighth parts, in trust for *William Crawshay*; and *Hall* and *William Crawshay* entered into covenants for payment of their respective proportions of rent, and for mutual indemnity.

By indenture dated the 23d of *May* 1814, *Bacon*, in consideration of £32,500 paid three-eighths by *Hall* and five-eighths by *William Crawshay*, assigned to *Joseph Kaye*, his executors, &c., in trust for *Hall* and *Crawshay*, in the proportion of three-eighths to the former and five-eighths to the latter, the rent of 15s. per ton on iron, then due or to become due. By another indenture of the same date, *Bacon*, in consideration of £62,500 assigned to *Kaye*, in trust for *William Crawshay*, his reversionary interest in the premises, and the annual rent of £5000.

On the 1st of *June* 1814, *Bailey*, in execution of the agreement of *October* 1812, assigned to *William Crawshay* his share in the partnership property.

On the 31st of *July* 1817, Mr. *Hall* died, leaving four sons (the eldest of the age of fifteen years), and a daughter. By his will, dated the 8th of the same month, he devised to *George Maule*, *John Llewellyn*, and *Joseph Kaye*, all his freehold, copyhold, and leasehold estates (except trust and mortgage estates, and the estates in which he was interested as a partner with *William Crawshay* at *Cyfarthfa*), in trust, subject to the payment of debts and legacies in aid of his personal estate, for the benefit of his children. He then declared, that if he should have one or more son or sons living at his decease, or born in due time after, but no such son should then have attained the age of 21 years, it should be lawful for [499] his trustees, and the survivors and survivor of them, and the executors, &c., of such survivor, to carry on the iron-works, and other mercantile or trading concerns in which he should be concerned at his decease, if they should judge it for the benefit of the persons interested in his property under his will; and that if they should carry them on, then, during such time as his having such a son should be in suspense, it should be lawful for them to cause or permit any part of the stock in trade or effects which should be employed in or belong to the said works or concerns at his decease, to be employed in carrying on the same; and he exempted the stock in trade and effects so to be employed from the payment of his debts, to the extent and in the manner therein-after mentioned. The testator also declared, that if his son, who first or alone should attain the age of twenty-one years, should be desirous to have the iron-works and concerns or any of them continued, and should signify such desire to his trustees, by any writing under his hand, the amount of the stock and effects then employed therein should be valued, and his said son should pay (or secure in manner therein mentioned) to the trustees, the money at which such stock and effects should be

estimated. The testator then directed the application to be made by his trustees, of the profits of the iron works during the suspense of his having a son who should attain twenty-one years, and of the amount of the valuation to be paid or secured by his son as before mentioned ; and declared that if his iron works and other concerns should be so carried on, and his son, who first or alone should attain the age of twenty-one years, should decline to carry on the same, or to give such security for the stock and effects employed therein, or if while it should be in suspense whether he should have any such son, his trustees should deem it advisable to discontinue the said iron works and concerns, in either of such [500] cases, the iron works and concerns should be discontinued, and the stock and effects employed in the same should be sold and disposed of in such manner as his trustees should judge prudent and reasonable, and the money arising from the sale, and the gains and profits previously arising from the iron works and concerns, should be disposed of in the manner in which he had directed the gains and profits, and the money to be paid or secured by his son, in the event before mentioned, to be paid or applied, or as near thereto as circumstances would admit. The testator then appointed *Maule, Llewellyn, and Kaye*, executors of his will, and guardians and managers of the estate of his children, during their minorities, and he also appointed his executors and his wife guardians of the persons of his children ; and he authorised his trustees to employ any persons in the management of the iron work and concerns, at such salary, and to repose in them such trust or authority in conducting the trade, and in the management and disposal of the estate employed, or to be employed, and in the receipt of any debts to be contracted therein, as his trustees should in their discretion think fit.

On the 12th of August 1817, *William Crawshay* sent a written notice to the executors of *Hall*, that he considered the partnership absolutely dissolved by *Hall's* death, and would not consent to carry on the works in conjunction with his representatives.

The bill in the first cause, filed by *William Crawshay* against the executors of *Mr. Hall*, prayed, a declaration that the partnership between the Plaintiff and *Hall*, in the iron works, and all the trade and business thereof, became absolutely dissolved, or determined, by the death of *Mr. Hall*, or from that period ; an account of the [501] partnership dealings, from the foot of the last settlement thereof, previous to his death, and payment of the balance (after satisfaction of the partnership debts), between the Plaintiff and the executors of *Mr. Hall*, according to their respective interests ; a sale of all the partnership effects, and a division of the proceeds.

The Defendants, the executors of *Hall*, admitted that no written articles were ever entered into between *William Crawshay* and *Hall*, any such articles, as they believed, being considered unnecessary, inasmuch as the proportions to which the parties were entitled in the leasehold premises, and the leases, sufficiently ascertained their rights and interests as long as the leases endured. They denied that by the death of *Hall*, his interest in the premises and iron works determined or was in any respect affected, submitting that they were intitled to the premises and iron-works, as tenants in common with *William Crawshay*, for the residue of the terms of years for which they were holden, and to carry on iron-works for the benefit of the family of *Hall*, in the same manner as he carried on the same with *William Crawshay*, and according to the directions of his will, until one of his sons should attain the age of twenty-one years. They stated that the iron-works were absolutely necessary to the beneficial enjoyment of the leasehold premises ; and they insisted, that it appeared from his will and codicil to be the intention of *Richard Crawshay*, that his legatees should, for themselves and their representatives and families respectively, have an interest in the leasehold premises and iron-works, commensurate with the terms for which they were holden ; that the joint interest which *William Crawshay* and *Hall* had therein, was not an interest in an ordinary trading partnership, but an interest given by *Richard Crawshay* to them, for the benefit of themselves and their respective families, com-[502]-mensurate with the terms of years for which the leasehold premises were holden ; and that therefore no sale of the property ought to be directed by the Court in opposition to the bequest of *Richard Crawshay*, and to the will of *Hall*, whose family would in that event be deprived of the benefits intended and contemplated by him, to be derived from the leasehold premises and iron-works.

The bill in the second cause, filed by the executors and the children of Mr. *Hall* against *William Crawshay*, prayed a declaration that the executors were entitled to the leasehold premises and iron-works, for three-eighth parts thereof as tenants in common with *William Crawshay* (who was entitled to the other five-eighth parts), until one of the sons of *Hall* should attain the age of twenty-one years, and to carry on the iron-works with *William Crawshay*, for the benefit of the family of *Hall*, in the same manner as *Hall* carried on the same, and according to the directions of his will, until one of his sons should attain the age of twenty-one years, and that then such son, if he chose, would be entitled to the said leasehold premises and iron-works, for three-eighth parts thereof, as tenant in common with *William Crawshay*, for the remainder of the said terms of years, and to carry on the iron-works with *William Crawshay* accordingly. The bill also prayed, the consequential accounts and directions.

June 9. On this day a motion was made in behalf of *William Crawshay*, that it might be referred to the Master, to consider and approve a proper plan for the sale and disposal of the whole of the co-partnership iron-works, property, estate, and effects, including the good-will of the joint trade, and that the Master might proceed to a sale thereof immediately.

[503] Sir *Samuel Romilly*, Mr. *Bell*, Mr. *Horne*, and Mr. *Rigby*, in support of the motion. The partnership subsisting without any agreement for its continuance during a certain term, was dissolved by the death of Mr. *Hall*. As long as the surviving partner carries on the trade with the original capital, the representatives of the deceased are, according to the doctrine of *Crawshay v. Collins* (15 *Ves.* 218. So *Featherstonhaugh v. Fenwick*, 17 *Ves.* 298), entitled to an account of the profits; but it is by no means clear that the surviving partner could render them responsible for a loss; an event of probable occurrence in a business, producing very uncertain returns; highly profitable in some years, and in others proportionately disadvantageous. Mr. *Crawshay*, therefore, insists on his right to a judicial declaration of the dissolution of the partnership. The object of the motion is not to obtain the effect of a hearing; the decree would direct an account as well as a sale. But were the order for a sale decretal, the Court would not, on that objection alone, compel the surviving partner to carry on the trade, during the interval which must elapse before a decree can be obtained, upon the terms of admitting the representatives of the deceased to a participation in the profits, without being entitled to obtain from them contribution for a loss. *Waters v. Taylor* (15 *Ves.* 10); *Forman v. Homfray* (2 *Ves. & Beam.* 329); *Featherstonhaugh v. Fenwick* (17 *Ves.* 298).

Sir *Arthur Piggot*, Mr. *Hart*, and Mr. *Winthrop*, against the motion. The order sought is decretal, and cannot be obtained on motion. The object of Mr. *Crawshay's* suit is, a judicial declaration of the dissolution of the partnership, and a sale. The Court will not, by this summary [504] proceeding supersede the established rules which protect its suitors and itself, from premature decision.

Were the order in its nature interlocutory, at least it cannot be obtained on this application. The motion though intitled in both causes, can be made only in the first, the object of the second being foreign; and to the first cause, neither the widow or the children of Mr. *Hall* are parties. Under the residuary clause in the late Mr. *Crawshay's* will, Mrs. *Hall* became intitled to the residue, including the iron-works and stock in trade, as joint-tenant with her husband; that interest was not devested by the codicil, and at the death of her husband, the whole devolved on her by survivorship; she is therefore a necessary party; and before the suits can proceed, the posthumous son of Mr. *Hall* born since their institution, must be brought before the Court.

Independently on these preliminary objections, the order cannot be obtained on the merits. First, this is a case, not of partnership in trade, but of joint interest in land; each party may apply for a partition, or sell his own share, but cannot compel a sale of the whole. The manufacture of the produce, was merely a mode of enjoyment of the land; not a trade. Next, the leases taken during long terms of years, for the purposes of the partnership, amount, in the absence of express agreement on that subject, to evidence of an intention to continue the partnership during the continuance of the leases. Lastly, it was the manifest intention of the late Mr. *Crawshay*, in the provisions of his will, that the duration of the partnership should be commensurate with the duration of the leases. The legacy of £25,000 to Mr. *Barley*,

is given expressly as a capital for him to become a partner "so long as the lease endures."

[505] *The Lord Chancellor.* An important consideration is, whether this business is such as would subject the parties to become bankrupts. The distinction is obvious, and for this purpose material, between a partnership in trade, and a joint-interest in land. As between tenants in common, the Court does not dissolve the tenancy, but leaves each to sell his share; while in cases of partnership in trade, unless under particular circumstances of the trade, the rule is different.

June 10. *Sir Samuel Romilly* in reply. If, on the death of Mr. *Hall*, his interest in the trade devolved to his widow by survivorship, his executors have no interest, and the second suit is improperly instituted by them. But the objection is untenable. The codicil of the late Mr. *Crawshay* withdrawing the trade from the operation of the residuary clause in his will, disposes of three-eighths in favour of Mr. *Hall* alone, to the exclusion of his wife.

The objection that the children are not parties to the first suit is equally unfounded. They have no fixed interest. Mr. *Hall's* will contains only a contingent bequest in favour of a child who shall attain twenty-one. The motion, however, is made in both causes, and the persons interested under that will are therefore before the Court.

It is clear that the property consists not of a mere joint-interest in land, but of a partnership in trade. The business includes the manufacture of ore purchased from strangers, and is such as subjects the parties to the bankrupt laws. Mr. *Crawshay*, the testator, described it [506] as a trade. He gives, not an interest in leasehold property, but a share in a trade, of the capital of which, that leasehold property forms a part. The expression "so long as the lease endures," assigns no definite period. Among the several subsisting leases, to which is the Court to refer those words? The testator evidently employed them only to denote the intention of passing his whole interest in this stock in trade. It is absurd to impute to him the design of imposing on his legatees the obligation of receiving as partners, the representatives of such of them as died or became insolvent; a creditor for example taking out administration. On that construction, under the bankruptcy of one, his assignees being competent to sell his interest, might introduce the purchaser as a new partner, during the continuance of the leases.

The order sought is in strict conformity with practice. The Court, more especially where infants are concerned, takes immediate measures to terminate a trading, which is in effect conducted with the property of others.

The Lord Chancellor [Eldon]. The object of this motion is a sale of the partnership property; and in whatever terms expressed, the Court, if it directs a sale, will so direct it, that the property may be sold in the manner most beneficial for all parties interested. Where a suit is instituted for the dissolution of a partnership, and where it is clear on the bill and answer that all or some of the parties have a right to a dissolution, it is not contrary to the course of practice to direct a sale on motion. The two modes of proceeding for obtaining an immediate order for a sale, either to set down the cause for hearing on bill and answer, or to apply by motion, are the same in effect, though different in form. The reason of that [507] practice is, that if one partner has a right to consider the partnership as at an end, it may continue for the purpose of winding up the affairs; but being by death, or notice, or any other mode of determination, actually ended, no person in possession of the property can make any use of it inconsistent with that purpose.⁽¹⁾ If any person, therefore, conducts it otherwise, the Court will appoint a manager to wind up the concern (*Harding v. Glover*, 18 *Ves.* 281), and will direct inquiries in what manner it can be wound up most beneficially to those interested. The object of this motion, therefore, might be obtained, notwithstanding the objection of form; and the difficulty with regard to parties, might also be remedied by allowing the case to stand over for the bill to be amended; and the question is to be considered on the part of Mr. *Crawshay*, as if the infant children of Mr. *Hall* had applied for a declaration that the partnership is not dissolved.

[508] The general rules of partnership are well settled. Where no term is expressly limited for its duration, and there is nothing in the contract to fix it, the partnership may be terminated at a moment's notice by either party. By that notice the partnership is dissolved, to this extent, that the Court will compel the

parties to act as partners, in a partnership existing only for the purpose of winding up the affairs. So death terminates a partnership,(2) and notice is no more than notice of the fact that death has terminated it. (See *Vulliamy v. Noble*, 3 Mer. 514.) Without doubt, in the absence of express, there may be an implied, contract, as to the duration of a partnership; but I must contradict all authority, if I say that wherever there is a partnership, the purchase of a leasehold interest of longer or shorter duration, is a circumstance from which it is to be inferred that the partnership shall continue as long as the lease. On that argument, the Court holding, that a lease for seven years is proof of partnership for seven years, and a lease of fourteen of a partnership for fourteen years, must hold, that if the partners purchase a fee simple, there shall be a partnership for ever. It has been repeatedly decided, that interests in lands purchased for the purpose of carrying on trade, are no more than stock in trade. I remember a case in the House of Lords about three years ago (the case of the *Carron Company*), in which the question was much discussed, whether, when partners purchase freehold estate for the purpose of trade, on dissolution that estate must not be considered as personalty, with regard to the representatives of a deceased partner? (1 *Swans*. 521.)

[509] The doctrine, that death or notice ends a partnership, has been called unreasonable. It is not necessary to examine that opinion, but much remains to be considered before it can be approved. If men will enter into a partnership, as into a marriage, for better and worse, they must abide by it; but if they enter into it without saying how long it shall endure, they are understood to take that course in the expectation that circumstances may arise in which a dissolution will be the only means of saving them from ruin; and considering what persons death might introduce into the partnership, unless it works a dissolution, there is strong reason for saying that such should be its effect. Is the surviving partner to receive into the partnership at all hazards, the executor or administrator of the deceased, his next of kin, or possibly a creditor taking administration, or whoever claims by representation or assignment from his representative? (3)

[510] If Mr. *Crawshay*, the testator and owner of this property, had thought proper, by his will, to declare that [511] his legatees should continue the partnership as long as the longest of the leases should endure, no person, [512] I agree, claiming under that will, could enjoy the benefits conferred by it, without submitting to the incon- [513]-veniences which it imposed; but I find nothing to that effect in his will. It might have been plausibly, though [514] I think not effectually, contended, that *Bailey* and *Hall* were bound to continue partners as long as they lived; [515] but the words cannot be represented as imperative on any other person. The difficulty on the part of those [516] who insist that the partnership is to continue as long as the leases, is this, that they cannot insist that it is to [517] continue between the original partners and their representatives; for they have admitted, and must admit, [518] that each partner might assign his interest, and assign it to any number of individuals, in any number of shares; so that in truth the partnership, within two years after its formation, might not contain either an original partner, or a representative of any one of the original partners; but might consist entirely of a multitude of assignees.

In another view of this question it becomes important accurately to know the nature of the business. It seems difficult to establish that this is an interest in land, distinct from a partnership in trade; a mere interest in land, in which a partition could take place; for when persons, having purchased such an interest, manufacture and bring to market the produce of the land, as one common fund, to be sold for their common benefit, it may be contended that they have entered into an agreement, which gives to that interest the nature, and subjects it to the doctrines, of a partnership in trade. Such is my present view; but both on the merits and on the objections of form, the case deserves further consideration.

June 27. *The Lord Chancellor* [Eldon]. It may be assumed, though the observation is not material to the purposes of this application, that the de- [519]-sire of Mr. *Crawshay*, the testator, was to keep the concern together. He gives the sum of £25,000 to Mr. *Bailey*, as a capital for him to become a partner with his executor, Mr. *Hall*; the rest of his interest in the trade, if he had not made a codicil, would have passed by the will to *Hall* and his wife; the effect of the will and codicil combined, is this; by the former, the testator being possessed of the entire concern, bequeathed

two-eighths to *Bailey*, the rest, including the three-eighths given by the codicil to *William Crawshay*, would have devolved under the residuary clause to *Hall* and his wife; the codicil, continuing the gift of two-eighths to *Bailey*, disposes of three-eighths to *William Crawshay*, and of the remaining three-eighths to *Hall*, in exclusion, as I understand, of his wife. Such being the state of the concern at the death of the testator, it appears that *Bailey* sold his share to *William Crawshay*, and it has not been disputed in the course of the discussion, that everyone of the legatees was at liberty to sell his interest; the consequence is, that the individuals forming the partnership may be changed as often as the partners think proper. The question on these pleadings is, whether, supposing this the hearing of the cause, the Court could order the property to be sold; and whether the nature of the concern, and of the interest of the several parties in it is not such, that each being at liberty to sell his own share, they yet cannot, more particularly by interlocutory application, call on the Court for a sale of the whole? Mr. *Crawshay*, having bought the interest of Mr. *Bailey*, carried on the business jointly with Mr. *Hall*, till the death of the latter. His will seems to me to devolve on his executors the discretion of continuing or discontinuing this concern, as they should think most for the benefit of his family; and he considers himself at liberty (for the will states as much) to introduce three executors as partners with Mr. *Crawshay*, and various [520] branches of his family as *cestuis que trust* of those executors, as they must be, if the partnership is continued. It is impossible to contend that Mr. *Hall* may thus impose on Mr. *Crawshay*, the necessity of continuing in partnership with his three executors, and their *cestuis que trust*, without admitting that on the same principle he might have imposed the obligation of receiving as partner, any person who might now sustain, or hereafter acquire, the character of executor or administrator to any of the trustees, or of their *cestuis que trust*, and that Mr. *Crawshay* might have exercised a similar power. If this case is to be considered subject to the principles which govern partnerships in general, I cannot say that such was the situation of either party.

On the death of Mr. *Hall*, there being no articles of partnership, or agreement for its continuance, without any notice, and for every purpose, except that of winding up the concern, the partnership would cease, unless the surviving partner, and the representatives of the deceased, entered into some agreement for its continuance; and in the absence of articles, or stipulation to the contrary, *Crawshay*, in the life of *Hall*, or *Hall*, in the life of *Crawshay*, might, on the common principles of the contract, by notice, have terminated the partnership. It is contended, that the late Mr. *Crawshay*, having formed this business, must have had an intention to keep it together, as one concern, though he distributed different interests in it among different members of his family; had he so said, without doubt, those who took his bounty, must have taken it on the terms which he imposed; but there is no such expression in his will or codicil, nor is the effect of those instruments more than to give an interest in aliquot shares and proportions in this concern. He has said, indeed, that *Bailey* should have an interest to the amount of £25,000, and should [521] be partner with his executor; but neither the terms nor the intent of the will impose on *Bailey*, or on his executor, an obligation to carry on the partnership, except as between themselves; and if *Bailey* thought proper to sell to *Crawshay* his interest, a question might have arisen, as long as the executor was living, whether *Crawshay*, purchasing the interest of *Bailey*, did not purchase subject to the obligation which, it is said, this will imposes on *Bailey*; but it seems to me impossible to contend, that when the executor was dead, either *Crawshay* or *Bailey* were bound to carry on the trade with the executors of that executor; a proposition which cannot be maintained without asserting that they were bound to carry on the trade with the successive executors of that executor, to the expiration of the leases.

It has also been insisted that the purchase of leases must be considered as evidence of a contract for the continuance of the concern. Unquestionably partners may so purchase leasehold interests as to imply an agreement to continue the partnership as long as the leases endure; but it is equally certain that there is no general rule, that partners purchasing a leasehold interest must be understood to have entered into a contract of partnership commensurate with the duration of the leases. For ordinary purposes a lease is no more than stock in trade, and as part of the stock may be sold; nor would it be material that the estate purchased by a partnership was freehold, if intended only as an article of stock; though, a question might

in that case arise on the death of a partner, whether it would pass as real estate, or as stock, personal estate in enjoyment, though freehold in nature and quality.(4) It is impossible therefore in [522] my opinion to hold, that there being many leases, some long, some of short duration, and others intermediate, the partnership is to subsist during the term of the leases, or of the longest lease. By the will of Mr. *Hall*, the question, whether his executors and trustees should continue in partnership, is left to their discretion; clear evidence of his opinion, that his interest might be separated from *Crawshay's*; if so, *Crawshay's* might be separated from his; and upon that construction of the will of the late Mr. *Crawshay*, the argument is, that he meant the whole concern to be kept together, but cared not who were to be the partners; an intention not to be imputed to him unless unequivocally expressed in the words of his will.

The question then resolves itself into this, what is the nature of this partnership property? The general doctrine with respect to a trading partnership is, that where there is no agreement for its continuance, any one of the partners may terminate it, and admitting the serious inconveniences which sometimes ensue, it becomes us to recollect the formidable evils which would attend the opposite doctrine; nor is it clear that a better rule could be suggested: but, whatever is its policy, the principle of law being established, it is incumbent on those who engage in partnership to protect themselves by contract against its inconveniences; if they omit that precaution, Courts of Justice have no right to redeem them from the penalties of their imprudence. With respect to mere joint-interests in land, I apprehend the rule to be different: the parties then becoming tenants in common, each cannot call on his companions to concur [523] in a sale, but must sell his own interest. It is said that this is only the case of tenancy in common of a mine; if so, I think that the doctrine with respect to land would apply, and not the doctrine with respect to trading partnerships; but a very difficult question may arise whether, if the parties, being originally tenants in common of a mine, agree to become jointly interested in the manufacture of its produce for the purpose of sale, they continue mere tenants in common of the mine; still more, if not only carrying the produce of their own mine to market, they become purchasers of other property of a like nature, to be manufactured with their own. On such a case in bankruptcy, it might be a question whether they were purchasers for the mere purpose of better bringing to market the produce of their own mine, or for the purpose also of bringing a distinct subject to market as traders. On the evidence before me the case is left somewhat doubtful, though, I think, that the language of Mr. *Hall's* will, and of all the instruments, describes this as a trading concern; but under the circumstances it will not be wrong to have the nature of the business explained by affidavit. If this is a trading partnership the common principles must be applied.

Then comes the question, Can the Court, in such a case, direct a sale by interlocutory order on motion? I have considered that question much, and I think that the Court not only can, but in many instances does, order a sale on motion, in the instance of a trading partnership actually dissolved. Consider the inconveniences of a contrary proceeding. By the hypothesis, the Court has before it the case of a trading partnership clearly dissolved, and nothing remains, therefore, but to wind up the concern; we must then weigh the consequences of permitting the business of a partnership, [524] actually dissolved, to proceed until a decree for a sale; a decree which, in those circumstances, must necessarily be pronounced. An universal rule, that the trade, whether beneficial or not, should be carried on till the decree, would render the jurisdiction of the Court, in many cases, extremely mischievous; and on general principles, therefore, it is the practice, in the instance of a trading partnership clearly dissolved, at once to put an end to the trade, where that measure is required by the evident interest of the parties.

I shall reserve my final decision till I have seen the affidavit; and it may be worth consideration, whether you will not, in the mean time, bring before the Court, the posthumous child of Mr. *Hall*.

The affidavit of Mr. *Crawshay*, in explanation of the nature of the business, was to the following effect; that the iron-works at *Cyfarthfa* had, from the period of their first establishment by his father, been conducted as a trading concern; that the produce of the mines consisted of iron-stone, coal, and lime-stone; and

that, at the works, large quantities of iron (of various specified descriptions) had been, and were manufactured, sometimes from the materials obtained from the leasehold premises in question, and sometimes from pig-iron and finers' metal purchased in *London, Plymouth, and Bristol*; that from the establishment of the works, the proprietors had been in the habit of making very considerable purchases of iron-ore from *Lancashire*, pig-iron, and finers' metal, and of old wrought iron, naval and ordnance stores, for the purpose of manufacturing the same at the works into various sorts of iron, and re-selling them in that manufactured state; that such purchases (to a large amount), manufacture, and re-sale, had been made by [525] the successive firms of *Crawshay, Hall, and Bailey, and Crawshay and Hall*, during those respective partnerships; that the whole of such purchases were made with a view to profit, by manufacturing the same at the works, into bar and other iron for re-sale, and not merely for mixing the same with the iron the produce of the works, for the purpose of improving the iron of the works, or bringing the same better to market; and that from the first establishment of the works, the iron-stone, coal, and lime-stone produced from the mines on the works, had never been sold in their natural or raw state, except a small quantity of coal for the accommodation of the labourers.

July 23. The *Lord Chancellor* [Eldon]. This application, whether granted or refused, is one of the most important with which I have lately had to deal. The motion is made in two causes, to neither of which is the widow of *Mr. Hall* a party. The first bill prays a declaration that the partnership is dissolved; the object of the second is to compel its continuance, omitting to advert to a fact which, in any view of the case, seems clear, that *Crawshay* could not be constrained to remain a partner, but had the same right to dispose of his interest, which was exercised by *Mr. Hall* over his own. I am perfectly satisfied that the relief sought by that bill cannot be given, that is, that the executors of *Mr. Hall* cannot bind *Crawshay* to them; whether he can compel dissolution, is quite another question. *Mr. Hall* having, by his will, disposed of his own share, and attempted to introduce new partners, there is obviously no equity to constrain these parties to continue in partnership, unless it arises from express or implied contract, or from directions in the will under which they all claim. In that will I find no such direction. [526] It is calculated only to render *Bailey* a partner in the trade, but imposes no conditions on *Crawshay*. On that point, however, it may be sufficient to say, that had any such conditions been imposed, yet when the interests of *Bailey* and *Crawshay* became united in one person, and the executor was dead, having made such a will as appears in these pleadings, it would be impossible to maintain that an obligation existed among the parties, to continue in partnership during the remainder of the leases.

I am also of opinion that, if this is to be considered as a partnership in trade, the utmost that can be made from the purchase of leases of longer or shorter duration, is to propose that as a circumstance of evidence, from which may be inferred an implied contract that the partnership should last as long as those leases; but I find nothing here to authorise the conclusion that such was the intention. The purchase of a lease by a partnership, is no more than the purchase of an article of stock, which, when the partnership is dissolved, must be sold. I lay aside the affidavit as to the nature of the undertaking, because there is sufficient in the wills of *Crawshay* and of *Hall*, to call on the Plaintiffs in the second cause, to shew that this was not a trading partnership, if they meant to insist on that proposition. At present, I think that this was a trade.

The next question is, what is the consequence of *Mrs. Hall* not being a party? It is said that the effect of *Crawshay's* codicil is not such as to deprive *Mrs. Hall* of her interest under the will. That argument, if correct, might raise a question somewhat difficult; for considering the nature of the property, including freehold, leasehold, and personal chattels, and the power of *Mr. Hall* as her husband, over her interest in many parts [527] of that property, by reducing them into possession, unless we hold that the codicil deprived her of all the benefit, which the residuary clause in the will conferred, it would not be easy to know what is become of her interest. *Mr. Hall* has taken on himself by his will to dispose of this property, and has given to his wife a provision which would put her to election, if she retains any interest in it; and should she elect to take against the will, it requires consideration, that she is not a

party. The infant also is not before the Court ; and some difficulty may arise from acting in their absence. On the other hand, it is impossible to call on *Crawshay* to continue a partner with the executors of *Hall*, and to say that, whether they are considered as having the legal estate only, or as trustees for the family of *Hall*, *Crawshay* is obliged to unite himself with them as a trustee carrying on the trade for the benefit of their *cestuis que trust* ; or that he has not at this moment the same right which *Hall* by his will supposed his executors would have at his death, and his eldest son at twenty-one.

That brings it again to the question, whether this is a partnership in trade, or a tenancy in common in land ; and, if a partnership in trade, whether the ordinary rule of the Court is, on dissolution by the death of a partner, to wait till a decree before disposing of the partnership property, if the concern is of such a nature that it cannot be wound up at once ? I consider it clear, that the general rule is not to wait for a decree ; but, at least if the parties differ as to the mode of carrying on the trade, the Court will, without reference to the objection for want of parties, appoint a manager. Whether they will give notice of a motion for that purpose, which they shall be at liberty to do, or call on the Court for its opinion, and a reference to the Master to state the [528] best mode of winding up the concern, is what the parties will determine.

Mr. *Crawshay* says what I think is not unreasonable, that he will not carry on the trade five-eighths for himself, and three-eighths for the benefit of others. I desire to be understood as not deciding against ordering a sale, if Mrs. *Hall* and the infant were before the Court. If Mr. *Crawshay* will not carry on the trade, it is for the benefit of all parties interested, absent as well as present, that a manager should be appointed ; and is it [? it is] clear that the Court possesses the power of making the order on motion, without waiting for a decree.

July 31. The Lord Chancellor [Eldon]. The first question that remains to be considered is, whether Mrs. *Hall* has any interest in this fund ? How does that stand in the opinion of other persons ? First, Mr. *Hall* disposed of the whole interest by his will ; and his executors have filed a bill on the supposition that she had no interest ; next, if the codicil had not the effect which I imagine, on the will, the nature of the property renders it extremely improbable that Mrs. *Hall* should retain any interest ; lastly, I think the codicil a revocation of the will so far as concerns the trade. The question follows, is it clear that the partnership was dissolved by the death of *Hall*, or am I to say that his executors, or any of them, are partners at this day in this concern ? After repeated consideration, I entertain no doubt, either that if this is to be regarded as a trading concern, the partnership was ended by his death or that it was a trading concern ; the consequence is, that being a trading concern, and the partnership being terminated by *Hall's* death, *Crawshay* would be justified in dealing with the property, since that event, as a person who is to wind up the con-[529]-cern. That introduces the question, whether I am to place a manager on the estate, or to leave *Crawshay* to deal with the property as surviving partner ? In that character he is at liberty to deal with it for the purpose of winding up the concern ; it is true that other parties are at liberty to deal with it in the same way, and in the event of differences between them, the Court can only appoint a manager to act under its direction. If application was made for a manager, it would be the duty of the Court, with regard to the infants, to consider whether that appointment is for their benefit, or whether there should be a reference to inquire the expediency of appointing a manager to wind up the business, or ordering a sale. The state of the market varies so much, that a sale, which might be beneficial at one moment and prejudicial at another, cannot be ordered without inquiry. I think that I shall not do wrong in directing a reference to the Master of the vacation to inquire whether it is for the advantage of all parties that this property should be sold, and, if so, on what terms ; without prejudice to any question.

“ His Lordship doth order, that it be referred to Mr. *Courtenay*, the Master of the vacation, to inquire and state to the Court, whether it will be for the benefit of all parties concerned in the works, that the same should be sold, and in what manner, as going works, or that they should be carried on for the purpose merely of winding up the concern ; and for the purpose of making such inquiries, the parties are to be examined upon interrogatories, if the Master should so think fit, and to produce all books, papers, and writings relating to the said works, the production of which the

said Master may think it proper to require; and it is ordered, that [530] the said Master do proceed *de die in diem*." 31st July 1818. Reg. Lib. A. 1817, fol. 1760.

By his report, dated 11th December 1818, the Master, after stating that it was admitted that it would be highly injurious to all parties interested, to stop the works, or to carry them on merely for the purpose of winding up the concern, or to put them up to sale otherwise than as going works, and that *William Crawshay* had offered to purchase the whole of Mr. *Hall's* share for £90,000, certified that it would be for the benefit of the infants, and of all other parties concerned in the works, that the whole of the shares and interests in the said leasehold and other estates, &c., vested in the executors of Mr. *Hall*, should be sold to Mr. *Crawshay* at that price. By an order of the *Vice Chancellor*, on the petition of Mr. *Crawshay*, the report was confirmed, and it was "ordered that the Defendants, *G. Maule*, *J. Llewellyn*, and *J. Kaye*, as executors of the said *B. Hall*, esq., the testator in the pleadings named, be at liberty to sell and dispose of, to the petitioner, by private contract, at the sum of £90,000, ascertained and apportioned as in the said report specified, all the estate, shares, right, and interest of them the said Defendants, as such executors as aforesaid, of and in the said iron-works, and the said late co-partnership of *Crawshay* and *Hall*, and in the leases, farms, lands, and buildings, wharf, machinery, &c." 24th December 1818. Reg. Lib. A. 1818, fol. 204.

(1) "There are various ways of dissolving a partnership: effluxion of time; the death of one partner; the bankruptcy of one, which operates like death; or a naked agreement that the partnership shall be dissolved. In no one of these cases can it be said, that to all intents and purposes the partnership is dissolved; for the connection still remains, until the affairs are wound up. The representatives of a deceased partner, or the assignees of a bankrupt partner, are not strictly partners with the survivor or the solvent partner; but still, in either of those cases, that community of interest remains that is necessary until the affairs are wound up." *Lord Eldon*, C. *Ex parte Williams*, 11 Ves. 5. And see *Peacock v. Peacock*, 16 Ves. 57. *Wood v. Braddick*, 1 Taunt. 104. *Wilson v. Greenwood*, 1 Swans. 480. *Hæres socii, quamvis socius non est, tamen ea quæ per defunctum inchoata sunt, per hæredem explicari debent. Dig. lib. 17, tit. 2, l. 40. Si, vivo Titio, negotia ejus administrare cœpi, intermittere mortuo eo non debeo, nova tamen inchoare necesse mihi non est, vetera explicare ac conservare necessarium est: ut accidit cum alter ex sociis mortuus est; nam quæcunque prioris negotii explicandi causa geruntur, nihilum refert quo tempore consummentur, sed quo tempore inchoarentur. Dig. lib. 3, tit. 5, l. 21, s. 2. [See 3 Swans. 627 (App.).]*

(2) "Although the partnership is entered into for a term of years, it is previously dissolved by the death of either of the partners, unless there be express stipulations to the contrary." *Crawford v. Hamilton*, 3 Madd. 251.

(3) The reasoning, on which the doctrines discussed in the text, rest (derived originally from the principle, that the contract of partnership is founded on a *delectus personæ*), has received a fuller illustration from the Civilians, than from any authorities in our domestic jurisprudence. According to the Roman law, a partnership was dissolved, by the death of either of the partners. "Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit." *Inst. lib. 3, t. 26, s. 5*, and see to the same effect; *Dig. lib. 3, t. 2, l. 6, s. 6; lib. 17, t. 2, l. 4; l. 63, s. 10*. So rigidly was this doctrine enforced, that a stipulation, for admitting the heir of the deceased, into the partnership, was declared void. "Nemo potest societatem hæredi suo sic parare ut ipse hæres socius sit." *Dig. lib. 17, t. 2, l. 35*. "Idem (Papinianus) respondit societatem non posse ultra mortem porrigi; et ideo nec libertatem de supremis judiciis constringere quis poterit, vel cognatum ulteriorem proximioribus inferre. *Dig. lib. 17, t. 2, l. 52, s. 9*. Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut hæres succedat societati. *Dig. lib. 17, t. 2, l. 59*. Societas quemadmodum ad hæredes socii non transit, ita nec ad adrogatorem; ne alioquin invitus quis socius efficiatur ei cui non vult. *Dig. lib. 17, t. 2, l. 65, s. 11*. Nulla societatis in æternum coitio est. *Dig. lib. 17, t. 2, l. 70*."

This restraint on the transactions of adults, without any purpose of public policy, is justly censured by *Pothier*. La raison de cette decision, etoit que la societe etant un Droit qui est fonde sur l'amitie que les parties ont l'une pour l'autre, sur la confiance reciproque que l'une a dans la fidelite et les bonnes qualites de l'autre, iletoit contre

la nature de la société, qu'elle put se contracter avec une personne incertaine et inconnue, et par conséquent avec les héritiers des parties contractantes, qui lors du contrat, étoient des personnes incertaines, l'associé ne pouvant pas même s'engager à se donner pour héritier une certaine personne. *L. 52, s. 9, d. tit.* Cette raison ne me paroît pas bien décisive, et je crois qu'elle a plus de subtilité que de solidité ; c'est pourquoy, je pense que dans notre droit, quoique régulièrement la société finisse par la mort de l'un des associés, et que son héritier ne lui succède pas aux droits de la société pour l'avenir ; néanmoins la convention qu'il y succédera est valable : c'est l'avis de l'ancien Praticien Masner, des associations, 28 a, 33. (*Traité du contrat de société, c. 8, s. 3, p. 139, 140.*)

The doctrine for which *Pothier* contends, though different from that of *Argou* (*Institution au droit François, livr. 3, ch. 32, p. 324*), and *Denisart* (voce société, p. 539) who adopt the principle of the Digest, is established by the *Code Napoleon* (*Code civ. art. 1868*). The law of *England* imposes no restraint on the period of partnership, or the description of persons to whom, on the death of the original partners, the benefit of the contract is reserved, *Stuart v. Earl of Bute*, 3 *Ves.* 212; 11 *Ves.* 657; 1 *Dow*, 73. *Balmain v. Shore*, 9 *Ves.* 500; and see *Warner v. Cunningham*, 3 *Dow*, 76; but according to the doctrine of the text, without express stipulation to the contrary, partnership is dissolved by the death of either partner; the contract not subsisting for the benefit of representatives; *Pearce v. Chamberlain*, 2 *Ves. Sen.* 33; *Godfrey v. Browning, ib.* 34, and other authorities cited in the notes to the present case.

When the number of partners exceeded two, the death of one, effected a dissolution among the survivors. Sed et si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint; nisi in coeunda societate aliter convenerit. *Inst. lib. 3, t. 26, s. 5.* Morte unius societas dissolvitur etsi consensu omniumcoita sit, plures vero supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit. *Dig. lib. 17, t. 2, l. 65, s. 9.* La raison est, que les qualités personnelles de chacun des associés entrent en considération dans le contrat de société; je ne dois donc pas être obligé lorsque l'un de mes associés est mort, à demeurer en société avec les autres, par ce qu'il se peut faire que ce ne soit que par la considération des qualités personnelles de celui qui est mort, que j'ai voulu contracter la société. *Pothier Traité du Contrat de Société, c. 8, s. 3, p. 141.*

A partnership, without express agreement for its continuance, might be dissolved by either party, provided that the renunciation was *bona fide*, and seasonable (tempestiva). Dissociamur renunciatione, &c. *Dig. lib. 17, t. 2, l. 4.* Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat. *Cod. lib. 4, t. 37, l. 5.* Manet autem societas eousque donec in eodem consensu perseveraverint. At cum aliquis renunciaverit societati, solvitur societas. Sed plane si quis callide, in hoc renunciaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renunciaverit societati, ut hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare. *Inst. lib. 3, t. 26, s. 5.* Labeo autem Posteriorum libris scripsit, si renunciaverit societati unus ex sociis eo tempore quo interfuit socii non dirimi societatem, committere eum in pro socio actione; nam si emimus mancipia, inita societate, deinde renuncies mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit, hoc casu quia deteriore causam meam facis, teneri te pro socio iudicio. Proculus hoc ita verum esse, si societatis non intersit dirimi societatem: semper enim non id quod privatim interest unius ex sociis servari solet, sed quod societati expedit. Hæc ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate convenit. *Dig. lib. 17, t. 2, l. 65, s. 5,* and see *Dig. lib. 17, t. 2, l. 14, l. 17, s. 2, l. 65, s. 3, 4.*

The Editor is not apprised of any direct authorities in the *English* law, on the distinction between seasonable and unseasonable dissolution; but in one instance, the Court of Chancery seems to have assumed jurisdiction to qualify the right of renunciation, by reference to that distinction. "An application was made, some years ago, to the Court of Chancery, for an injunction to inhibit the Defendants from dissolving a commercial partnership; the other side proposed to defer it, as not having had time to answer the affidavits; but it was insisted, that this was in the nature of an injunction to stay waste, and that irreparable damage might ensue. At length the Court deferred it, the Defendants undertaking not to do any thing prejudicial in the meantime. But no doubt arose concerning the general propriety of such an application. *Chavany against Van Sommer, in Chancery, M. T. 11 G. 3*"

(3 *Woodderson*, *Lect.* 416, n.). The register contains the following entry of the original application in this case. *Peter Chavany*, Plaintiff; *James Van Sommer*, and Others, Defendants. 14th November 1771. "Whereas Mr. Solicitor-General, of counsel with the Plaintiff, this day moved and offered divers reasons unto this Court, that an injunction may issue to restrain the said Defendants, *James Van Sommer*, &c., from dissolving or breaking up the co-partnership, now carrying on between the Plaintiff and the said Defendants, &c.; or from doing any act whatever tending thereto, and also to restrain the said Defendants, &c., from selling or disposing of, or joining in the sale, conveyance, or assignment of the leasehold estate, and interest belonging to the said co-partnership, or contracting for the sale thereof, or joining in such contract, in the presence of Mr. *John Cocks* and Mr. *Maddock*, of counsel with the Defendants, who prayed, that the said notice might be saved; whereupon, and upon hearing what was alleged by the counsel on both sides, it is ordered, that the benefit of the notice of the said motion be saved till the last day of this term, the Defendants consenting not to do any thing contrary to what the Plaintiff now prays, in the meantime, and it is further ordered, that the Defendants do file their affidavits two days before." (*Reg. Lib. A.* 1771, fol. 6.) The benefit of the notice was afterwards saved till the first general seal ensuing the term (*Id.* fol. 7), and on the 25th of November, the Defendants obtained an order for time to answer. (*Id.* fol. 147.) The register has been searched to the end of *Trinity* term 1775, without discovering any farther trace of this cause. In another case, the Court qualified the obligation to continue a partnership, by reference to the design of the contract; and directing an inquiry, whether the business could be carried on according to the true intent and meaning of the articles, expressed a determination to dissolve the partnership, if the Master reported in the negative. *Baring v. Dix*, 1 *Cox*, 213. *Montagu on Partnership*, v. i. p. 90; and in *Waters v. Taylor*, 2 *Ves. & Beam.* 299, Lord *Eldon* declared a partnership dissolved by the conduct of the parties, rendering it impossible to conduct the undertaking on the terms stipulated. See *Denisart voce Societe*, s. 12, p. 539.

It seems clear, that in general, the Court of Chancery, will compel specific performance of an agreement for a partnership, *Buxton v. Lister*, 3 *Atk.* 385; *Anon.* 2 *Ves. Sen.* 629; but Lord *Eldon* is represented to have held, that this doctrine is not applicable to partnerships, which may be immediately dissolved, *Hercy v. Birch*, 9 *Ves.* 360. See *Maddock's Princ. & Pract.* vol. i. p. 411, 2d edit. This distinction, however, must be received, it is presumed, not without qualification. In many such cases, though the partnership could be immediately dissolved, the performance of the agreement (like the execution of a lease after the expiration of the term, see *Nesbitt v. Meyer*, 1 *Swans.* 226) might be important, as investing the party with the legal rights, for which he contracted.

The effect of the lunacy of a partner, as a ground for a court of equity to decree a dissolution (for it seems clear, that lunacy does not, like death, *ipso facto* dissolve the partnership) is not yet settled by decision; *Hudleston's case*, *cit.* 2 *Ves. Sen.* 34, 35; *Sayer v. Bennet*, 1 *Cox*, 107, 1 *Montagu on Partnership*, notes p. 16 (in that case, the question was compromised before the trial of the issue; Mr. *Cox's MSS.*); the dictum of Lord *Thurlow* in *Adams v. Liardet*, *cit.* 2 *Ves. & Beam.* 300, 304. *Waters v. Taylor*, 2 *Ves. & Beam.* 303, 304. It seems principally a question of circumstances, to be decided by reference to the particular character of the disease, as permanent or temporary, the terms of the contract, and the nature of the undertaking, as imposing on the lunatic, an obligation of active interference, for the performance of which he is disqualified, or reserving to him a right of inspection, by the suspension of which the safety of his estate is hazarded.

The following note of *Hudleston's case*, no report of which has yet appeared in print, is extracted from a manuscript in the possession of Mr. *William Blackburn*, and agrees *verbatim* with the account of that case in Lord *Colchester's MSS.*, for access to which, the Editor is indebted to Mr. *Belt*.

Wrexham v. Hudleston.

(In Chancery, Nov. 25, 1734. *Reg. Lib. B.* 1734, fol. 57.)

"The case was, that the Plaintiff and Defendant, and one *Isaac Spiltimber*, in November 1716, by articles, entered into a partnership in the mercer's

The Queen v Arnaud (1846) 9 QB 806

Was the Judge obliged to decide the question of irregularity? He might say, "It is so doubtful that I will not make the order unless the defendant agrees to bring no action."

[805] Lord Denman C.J. I think we must assume on the statements that there was an irregularity. But the Judge set aside the proceedings without costs, and without deciding whether an irregularity had been committed or not. Then we find an order made that no action shall be brought, the defendant's attorney protesting against that restriction. But, notwithstanding his protest, he takes, and avails himself of, the order. We are then bound on principle to hold that he took it in its whole extent. There is no case which shews that when a party has acted upon such an order, and had the full benefit of it, he shall not be bound by all its terms.

Coleridge, Wightman, and Erle Js. concurred.

Rule discharged, without costs.

End of Michaelmas term.

[806] MICHAELMAS VACATION (a).

THE QUEEN *against* ARNAUD AND POWELL. Thursday, December 3d, 1846. Under stat. 8 & 9 Vict. c. 89, a corporation within the United Kingdom, some members of which are foreigners and persons residing abroad, may register ships which are the property of such corporation.

[S. C. 16 L. J. Q. B. 50.]

Mandamus, directed to Elias Arnaud, collector, and Thomas Powell, comptroller, of the Customs, in and for the port of Liverpool. The inducement suggested that the Queen, on 17th February, 3 Vict., by her letters patent under her Great Seal, did make, ordain, constitute, declare and appoint that George Brown, &c. (naming eight others), or such of them as should become subscribers of not less than 1000l. each towards the capital or joint stock in the said letters patent mentioned, in the manner thereafter provided, together with such and so many other persons or person, body or bodies politic or corporate, as should become subscribers of or towards the capital or joint stock thereafter mentioned, in manner thereafter provided, and such other person or persons, body or bodies politic or corporate, as should, from time to time, in the manner thereafter provided, become a proprietor or proprietors of any part of such capital or joint stock, not being a fractional part of 50l. of such stock, should be one body politic and corporate, in deed and in name, for the period of twenty-one years thereafter mentioned, by the name of the Pacific Steam Navigation Company, and by that name should [807] and might sue and be sued, &c., and should have, for the said period of twenty-one years, continual succession, with a common seal, which might be by them changed or varied at their pleasure. That the Queen did thereby declare that the said corporation should be established for the purpose of providing vessels, to be impelled by steam or any other motive power, together with all engines, &c., necessary for the same, and of employing the same, and sailing vessels, if need should be, upon such stations as might appear to be expedient, within the limits in the said letters patent mentioned; and which were, therein and thereby, declared to be along the shores of North and South America in the Pacific Ocean, and likewise from or between those shores and the coasts of China and New Holland, both or either of them, inclusive of all intermediate islands; and also from or between the ports of New Grenada, Central America, and Mexico, in the Atlantic Ocean, all or either of them, and those of the West Indies in the event of there being a default or cessation of, or intermission in, regular monthly British Government mail conveyances between those ports, or any of them. And that the capital or joint stock of the said corporation should consist of 250,000l. sterling, to be subscribed in five hundred shares of 50l. each; and that books should be opened for taking subscriptions to the said capital or joint stock; and that all and every person and persons, body and bodies politic or corporate, by and from any subscription, should be made and accepted, and any pay-

(a) The Court sat in Banc on the 30th of November and five following days, and on the 17th of December.

ment on account thereof made, pursuant to the provisions therein mentioned for that purpose, for or towards the raising of the said capital of 250,000l. sterling, as aforesaid: and his, her or their successors, executors, administrators and assigns, respectively (no such subscription being for less than 50l. sterling and being either the sum of 50l. or some multiple of 50l.), should have and be entitled to a share of and in the said capital or joint stock of the said corporation in proportion to the money which he, she or they should have so subscribed towards making up the same; and should have and be entitled to a proportionable share of the profits and advantages attending the capital stock of the said corporation, and should be admitted to be a proprietor or proprietors of and in the same. Power was then given to the several proprietors of the said corporation, their executors, &c., to sell and transfer their shares or any part thereof, not being less than 50l., &c. (as above); and it was directed that every such transfer should be in such form, and to such effect, as should be devised by the court of directors for the time being of the said corporation; and that every such transfer should be under the hand or hands, or hand and seal, or hands and seals, or the common seal, of the proprietor or proprietors so transferring such stock, or of some person or persons lawfully authorized, &c. (here followed further provisions as to making and registering the transfers); and that such transfer should convey the whole estate and interest therein of the proprietor or proprietors, so transferring, &c., to the person or persons, body politic or corporate, so taking or accepting the same; which person, &c., should thereby forthwith become in all respects proprietor or proprietors of the said corporation in respect of such stock, in place of such proprietor or proprietors so transferring the same; and that every such transfer should be subject to the approbation of the directors for the time being [809] of the said corporation, to be certified as in the letters patent was directed. That the Queen, by the said letters patent, granted to the company and their successors, and did thereby further will and direct, that it should be lawful for the said corporation, for the period of twenty-one years, commencing, &c., from time to time, out of the funds, &c. of the corporation, to build, purchase or hire such vessels, steam engines, &c. as might appear to them necessary for the purposes of the said corporation, and that they might build, &c., hire and provide such sailing vessels as might be necessary for carrying on the business of the said corporation: provided, &c. (restriction as to the purposes for which the vessels should be employed except within the limits aforesaid): and that it should be lawful for the said corporation, notwithstanding the Statutes of Mortmain, &c., to purchase, and hold to them and their successors, such wharfs, docks, &c., and such ships, &c., as should from time to time be actually and bonâ fide necessary and proper for the purpose of managing, conducting and carrying on their affairs, concerns and business. Other formal parts of the letters patent were then set out; and it was declared that they should be recognized as valid by all Courts, &c., and should be taken, construed and adjudged in the most favourable and beneficial sense, and for the best advantage of the said corporation, in the Courts of the United Kingdom and elsewhere.

The writ then suggested that, after the granting of the letters patent, the said George Brown, &c., did respectively become subscribers, of not less than 1000l. each, towards the capital or joint stock of the said corporation; and that divers other persons also became [810] subscribers of or towards the said capital or joint stock, in manner in the said letters patent provided; and that divers persons, from time to time, in the manner therein provided, became proprietors of part of such capital or joint stock, not being a fractional part of 50l. of such stock: and that afterwards, and whilst the said company therein mentioned was a corporate body in the said United Kingdom of Great Britain and Ireland, under and by virtue of the said letters patent, the said corporation did, under and in pursuance of the provisions therein contained, purchase, &c., out of the funds and property of the said corporation, a certain steam ship or vessel, which was wholly of the build of the said United Kingdom, called, &c. the "Ecuador," and which appeared to them, and was, necessary for the purposes of the corporation, and was so purchased for the purpose of being employed by the said corporation for the said purposes within the limits in the letters patent mentioned, and not otherwise. The writ then stated that, before any such employment of the said steam ship, the said corporation were desirous that the same should be duly registered; and averments then followed, shewing that the ship, at the time of the application after mentioned, belonged to the port of Liverpool, and to the said

corporation; and that, before such application, the conditions required by the Register Act, 8 & 9 Vict. c. 89, had been fulfilled. And that William Taggart, of, &c., then being secretary of the said corporation, on, &c., applied to and requested defendants, at the said port of Liverpool, to register, or concur in the registration at the said port of, the said steam ship, according to the Act, upon the said W. T. then taking and subscribing, as such secretary, the de-[811]claration prescribed by the said Act in cases where it shall become necessary to register any ship or vessel belonging to any corporate body in the United Kingdom: and that W. T., as such secretary, was then ready and willing to take and subscribe such declaration, but defendants then and there refused to register, or concur, &c., upon such declaration being taken, &c. In contempt, &c.

The writ then commanded them, the collector and comptroller of the Customs in and for the said port of Liverpool, to register, or concur in the registering, &c., according to the Act, or shew cause, &c.

Return. That, before and at the time of the application to us for the registration of the said ship, the said ship did not wholly belong to Her Majesty's subjects, duly entitled to be owners of ships or vessels registered by virtue of the said Act of Parliament, 8 & 9 Vict. c. 89; and that divers, to wit ten, persons, whose names are to defendants unknown, being foreigners, and divers, to wit ten, other persons, whose names, &c. (as before), being foreigners, and before then having taken the oath of allegiance to a certain foreign State, viz. the State of Mexico, not under the terms of any capitulation, and not having afterwards become denizens or naturalized subjects of the United Kingdom by Her Majesty's letters patent or by Act of Parliament, and divers, &c., other persons, whose names, &c., being persons usually residing in a certain country not under the dominion of Her Majesty, to wit in Mexico aforesaid, and not then being members of any British factory, or agents for or partners in any house, &c. actually carrying on trade in Great Britain or Ireland, before and at the time of the application to defendants for registration, were part owners of, and interested in, and had part [812] interest in, the said ship, and were entitled to share the profits and advantages attending the employment of the same. And therefore defendants could not register or concur in the registration of the ship, according to the provisions of the said Act of Parliament.

Plea. After protest that the return was insufficient in law: that the said ship did, before and at the time of the application to defendants for the registration thereof, wholly belong to a subject of Her Majesty duly entitled to be the owner of ships or vessels registered by virtue of the said Act of Parliament, to wit the said Pacific Steam Navigation Company, so then being such corporate body in the said United Kingdom as aforesaid: and that the said persons in the said return to the said writ mentioned were not, before or at the time of the said application to defendants for the registration of the said ship, part owners of, nor was any or either of them then part owner of, or interested in, nor had they or any or either of them part interest in, the said ship, otherwise than as being members and proprietors, or a member and proprietor, of the said corporation, to wit by the subscriptions for, or the purchase of, shares in the capital or joint stock thereof, under and in pursuance of and according to the said provisions so as aforesaid contained in the said letters patent. Verification.

General demurrer. Joinder.

Sir. F. Thesiger, for the defendants. The question is, whether a corporation aggregate, of which some of the members are foreigners, can claim to be registered in its corporate character. If, as the prosecutors contend, it can, any number of foreigners, by becoming members of a corporation, may evade the policy of the navigation laws. The object of the Legislature has always been to [813] exclude foreigners from the privileges of British shipowners. Stat. 12 C. 2, c. 18, s. 10, enacted that no foreign built ship should enjoy the privilege of a British ship until the persons claiming the property should satisfy the officer, by oath, that they were not aliens; and that all the part owners should be liable to take such oath. Stat. 7 & 8 W. 3, c. 22, s. 17, applies a similar provision to ships trading with the plantations; and the oath, there set forth, states "that no foreigner, directly or indirectly, hath any share, or part, or interest" in the vessel. The same appears in the oath imposed by stat. 26 G. 3, c. 60, s. 10; and sect. 15 of that Act provides for giving up the certificate of registry if any interest in the ship shall pass to a foreigner. Sect. 5 of stat. 27 G. 3, c. 19, prescribes an oath to be taken where a vessel is the property

of a body corporate within the kingdom: that oath is the same as the declaration required under stat. 8 & 9 Vict. c. 89, s. 13; and no variation of importance appears in the intermediate statutes 4 G. 4, c. 41 (see sect. 31), and 6 G. 4, c. 118 (see sect. 14). The declaration in stat. 8 & 9 Vict. c. 89, s. 13, must be interpreted by the other sections: and sect. 5 confines the registration to such ships as "shall wholly belong and continue wholly to belong to Her Majesty's subjects;" and sect. 12 expressly prohibits any "person who has taken the oath of allegiance to any foreign State, except under the terms of some capitulation," unless afterwards naturalized, and any person usually resident out of the Queen's dominions (except members of British factories, &c.), from being "the owner, in whole or part, directly or indirectly," of a vessel requiring to be registered. It will be argued, on the other side, that the [814] property is in the corporation. But that is a property which cannot exist legally where foreigners are part owners; and a charter of incorporation, on the face of which it appeared that foreigners were authorized to be partially interested in British registered ships, would be void. And sect. 23 provides, as in earlier statutes, for delivering up the certificate of registry when any foreigner becomes a part-owner. It cannot be supposed that the Legislature intended to prevent foreigners becoming owners after registration, yet allowed them to be so at the time of registration. Sect. 13, which, in the case of registering for a corporation, imposes the declaration there set forth, cannot be construed as repealing sects. 5 and 12. [Coleridge J. The registration on behalf of a corporation appears to have been, from the first, a case excepted from the ordinary course of the Legislature: the oath is taken by the secretary, and does not include the clause negating interest in foreigners.] The corporation "in the United Kingdom" is, in some sense, a British subject: the form of declaration cannot operate as a repeal of the earlier sections. In *Rex v. Hanger (a)* the following statement appears. "31 E. 1, Chart' Mercator," la ley fit tous estrangers a prendre par cest charter come un corporation, et ils come un corporation a regnanter al Roy, car a cest purpose enter le Roy et eux ils sont un corporation, mes nemy quant al subjects, Regist. 259, f. n. 227." On inspection of the register, it appears that this was a charter by which foreign merchants were made free of certain duties. If the charter had conferred on them the character of English merchants, it would have been void. If the corporation [815] now in question had sued for freight, the members could not have been witnesses before stat. 6 & 7 Vict. c. 85; perhaps, under the first proviso in sect. 1, they cannot even now. How then can it be said that each member is not, at least owner "indirectly?"

M. D. Hill, *contra*. It is not to be assumed that the Legislature intended absolutely to prohibit foreigners from holding any interest in a registered ship. By sects. 45 and 46 of stat. 8 & 9 Vict. c. 89, a mortgagee may appear, on the face of the registry, to be owner: and yet there is nothing to prevent a foreigner from being mortgagee. So a ship may be hypothecated to a foreigner; or a foreigner may take an indirect interest by a bottomry bond. The argument on the other side must go the length of maintaining that, if a single foreigner be a member of a corporation, the corporation cannot register, whereas stat. 27 G. 3, c. 19, s. 5, enacts that nothing in stat. 26 G. 3, c. 60, shall prevent registry of ships belonging to bodies corporate, though the statute last named excludes foreigners, as individuals, from being part owners of registered ships. Stock of the East India Company may be sold to a foreigner: but that surely could not have invalidated the registry of all the Company's ships. If the argument on the other side be correct, the certificate granted to a corporation consisting wholly of British subjects might become void, under sect. 12 of stat. 8 & 9 Vict. c. 89, if any member of the corporation were permanently to reside abroad. The registrar is only a ministerial officer: he has no power to enquire who the members of a corporation are, but must register on fulfilment of the requisites of sect. 13. Where power to inquire [816] is given, it is conferred by express words, as in sect. 15. If a corporation in the United Kingdom be not within the definition of a British subject, it is not true that registration is confined to British subjects: but, if such a corporation is, in the legal sense, a British subject, then, as such, it is entitled to register. The individual character of the partners disappears in corporations; they are "artificial persons;" 1 Blackst. Com. 467. The case is not like that of an ordinary partnership, where the

(a) 1 Rol. Rep. 138, 148. S. C. Moore, 832, and, more fully, 3 Bulst. 1. See pp. 15, 22, 25.

law looks to the several members, and will, for instance, take the partner's share in the goods for his individual debt. A member of a corporation could not indeed be a witness, formerly, on behalf of the corporation: but that was because he took an interest in the result, not because he was a party to the suit; this is the ground of the decision in *Doe dem. Mayor, &c. of Stafford v. Tooth* (3 Y. & J. 19). An alien may be a member of an English corporation: Co. Lit. 129 a. b.; even an alien enemy; Gilb. Hist. C. P. 206.

Sir F. Thesiger, in reply. The argument drawn from sects. 45, 46, assumes the point in dispute; if a foreigner became mortgagee the certificate would be void, under sect. 12. A mere trustee for sale is owner for that purpose only, and therefore not within the prohibition. In the case of a bottomry bond no interest in the vessel itself passes. [Coleridge J. The obligee must insure in that character; he does not insure an interest in the vessel.] That is clearly so. And the hypothecation of a ship gives only a lien or right of security, not a legal immediate ownership.

[817] Lord Denman C.J. The object of the present mandamus is to compel the Custom House officers to register a vessel, the property of the Pacific Steam Navigation Company. The company is a corporation, by charter of Her present Majesty, for the purpose of providing vessels and employing them in the Pacific Ocean.

It is admitted by the defendants that the company, as a British corporation might be owners of British built vessels, and *prima facie* would be, as such corporation entitled to register them under the provisions of stat. 8 & 9 Vict. c. 89, applicable to the registry of vessels by corporations. But it is said that some of the members of the corporation are not British subjects, but foreigners, and, consequently, that the vessel does not wholly belong to Her Majesty's subjects, as required by the fifth section of the Act, and is within the prohibition, contained in the twelfth section of the Act, against foreigners being entitled to be owners, in whole or in part, directly or indirectly, of any vessel requiring to be registered.

Now it appears to us that the British corporation is, as such, the sole owner of the ship, and a British subject within the meaning of the fifth section, as far as such a term can be applicable to a corporation, notwithstanding some foreigners may individually have shares in the company, and that such individual members of the corporation are not entitled, in whole or in part, directly or indirectly, to be owners of the vessel.

The individual members of the corporation, no doubt, are interested, in one sense, in the property of the corporation, as they may derive individual benefit from its increase, or loss from its destruction: but in [818] no legal sense are the individual members the owners. If all the individuals of the corporation were duly qualified British subjects, they could not register the vessel in their individual names as owners, but must register it as belonging wholly to the corporation as owner.

The terms of the 23d section, with respect to the condition of the bond to be given upon obtaining the registry, as to foreigners purchasing or becoming entitled to any part or share of, or interest in, any ship or vessel, would appear to be applicable to a case of purchase or transfer of property in the vessel itself, as it provides that the certificate shall be delivered up "within seven days after such purchase or transfer of property in such ship," and does not, as it seems to us, bear materially on the present question.

It was contended that the effect might be to defeat the object and policy of the navigation laws in this respect. The individual members of the British corporation might, either originally or by transfer, be all foreigners. Such does not appear to be contemplated or provided for by the Act in question. If it be *casus omissus*, and evil consequences arise, they may be remedied by the interference of the Legislature, or possibly, though I do not wish to be understood as giving any opinion upon this point, by repealing the letters patent as improvidently giving powers operating to defeat the law and public policy; and, in future patents, providing against the objection: but, as the case stands, it seems to us that the British corporation is to all intents the legal owner of the vessel, and entitled to the registry, and that we cannot notice any disqualification of an individual member which might disable him, if owner, from registering the vessel in his own name.

[819] And there will therefore be judgment for the prosecutors, and a peremptory mandamus.

Patteson, Coleridge, and Wightman Js. concurred.

Judgment accordingly.

Counsel then agreed that the registration should take place without a peremptory mandamus (see stat. 12 & 13 Vict. c. 29).

BAINBRIDGE against LAX, JOHN BOURNE, AND OTHERS. Friday, December 4th, 1846. In trespass, defendant pleaded that, disputes existing between plaintiff and defendant, including plaintiff's claim in respect of the alleged trespass, it was agreed by plaintiff and defendant that the claims should be mutually relinquished, and defendant should pay to plaintiff 5l. as a final settlement and full satisfaction and discharge of all plaintiff's claims against defendant, and, amongst other things, of all damages sustained by plaintiff by reason of the trespass; and defendant did, in pursuance of such agreement, before the commencement of the action pay plaintiff the said sum, as a final settlement and full satisfaction and discharge of all claims, &c., and, amongst other things, of all damages, &c. (as before); and plaintiff did, before commencement, &c., accept and receive from defendant, as such settlement, satisfaction and discharge, the said sum. Held, that a replication traversing the agreement, though not noticing the payment or acceptance, answered the plea.

Trespass for breaking and entering plaintiff's dwelling house, and taking his chattels, and converting.

Plea 2. That, after the committing, &c., and before the commencement of this suit, to wit on, &c., divers disputes and differences, and mutual claims and demands, existed between plaintiff and defendant John Bourne; and the same included, amongst other things, the claims, damages and rights of action of plaintiff in respect of the alleged trespasses in the declaration mentioned. And, for putting an end to the same, it was then agreed, by and between plaintiff and J. B., that the said disputes, differences, claims and demands [820] should be mutually relinquished and forgiven, and that J. B. should pay and deliver to plaintiff a certain sum of money, to wit 5l., as a final settlement and full satisfaction and discharge of all claims of plaintiff against defendant J. B., and, amongst other things, of all damages whatever sustained by plaintiff by reason of the trespasses in the declaration mentioned. That thereupon, afterwards, in pursuance of such agreement, to wit on, &c., and before the commencement of this suit, the said disputes, &c. were mutually relinquished and forgiven, and defendant J. B. did then, and before the commencement of this suit, pay and deliver to plaintiff the said sum of money, to wit 5l., as a final settlement and full satisfaction and discharge of all claims of plaintiff against defendant J. B., and, amongst other things, of all damages whatever sustained by plaintiff by reason of the trespasses in the declaration mentioned: and plaintiff did then, and before the commencement of this suit, accept and receive from defendant J. B., as such settlement, satisfaction and discharge as aforesaid, the said money so to plaintiff paid and delivered as aforesaid. Verification.

Replication to plea 2. That it was not agreed, by and between plaintiff and defendant J. B., that the said disputes, differences, claims and demands should be mutually relinquished and forgiven, and that defendant J. B. should pay and deliver to plaintiff a certain sum of money as a final settlement and full satisfaction and discharge of all claims of plaintiff against defendant J. B., and, amongst other things, of all damages whatever sustained by plaintiff by reason of the trespasses in the declaration mentioned, in manner and form, &c. Conclusion to the country. Issue thereon. There were other issues, not now material.

[821] On the trial, before Cresswell J., at the Yorkshire Summer Assizes, 1845, a verdict was found for the plaintiff on the issue first mentioned. In Michaelmas term, 1845, Knowles obtained a rule calling on the plaintiff to shew cause why a repleader on this issue should not be awarded, or why the judgment should not be arrested.

Watson (with whom was Bliss) now shewed cause. First, the issue is material: secondly, the defendants can neither have a repleader nor arrest the judgment. The agreement cannot be separated from the actual satisfaction, which becomes a satisfaction only by virtue of the agreement: a traverse of the agreement therefore answers the plea. The plea really sets up, in answer to the complaint, an agreement and performance: therefore it adds that the plaintiff accepted, "as such settlement," &c., "the said money." The ordinary plea of accord and satisfaction is here expanded:

ANNEXE 14

Salomon v. A Salomon & Co. Ltd [1897] A.C. 22, HL *per* Lord Halsbury LC & *per* Lord Herschell (extraits)

H. L. (E.) by an action for the purpose, but had no right virtute officii to
 1896 have any part of the New Zealand mortgages appropriated
 ~~~~~ to the estate of their testatrix in specie.  
 LORD  
 SUDELEY  
 v.  
 ATTORNEY-  
 GENERAL.

*Order appealed from affirmed and appeal  
 dismissed with costs.*

*Lords' Journals, November 13, 1896.*

Solicitor for appellants: *J. A. Bertram.*

Solicitor for respondent: *Solicitor of Inland Revenue.*

[HOUSE OF LORDS.]

H. L. (E.) ARON SALOMON (PAUPER) . . . . . APPELLANT ;  
 1896  
 ~~~~~  
 Nov. 16. A. SALOMON AND COMPANY, LIMITED RESPONDENTS.

BY ORIGINAL APPEAL.

AND

A. SALOMON AND COMPANY, LIMITED APPELLANTS ;

AND

ARON SALOMON RESPONDENT.

BY CROSS APPEAL.

*Company—Private Company—One Man Company—Limited Liability—Wind-
 ing-up—Fraud upon Creditors—Liability to indemnify Company in
 respect of Debts—Rescission—Companies Act 1862 (25 & 26 Vict. c. 89)
 ss. 6, 8, 30, 43.*

It is not contrary to the true intent and meaning of the Companies Act 1862 for a trader, in order to limit his liability and obtain the preference of a debenture-holder over other creditors, to sell his business to a limited company consisting only of himself and six members of his own family, the business being then solvent, all the terms of sale being known to and approved by the shareholders, and all the requirements of the Act being complied with.

A trader sold a solvent business to a limited company with a nominal capital of 40,000 shares of 1*l.* each, the company consisting only of the vendor, his wife, a daughter and four sons, who subscribed for one share each, all the terms of sale being known to and approved by the shareholders.

In part payment of the purchase-money debentures forming a floating security were issued to the vendor. Twenty thousand shares were also issued to him and were paid for out of the purchase-money. These shares gave the vendor the power of outvoting the six other shareholders. No shares other than these 20,007 were ever issued. All the requirements of the Companies Act 1862 were complied with. The vendor was appointed managing director, bad times came, the company was wound up, and after satisfying the debentures there was not enough to pay the ordinary creditors:—

Held, that the proceedings were not contrary to the true intent and meaning of the Companies Act 1862; that the company was duly formed and registered and was not the mere “alias” or agent of or trustee for the vendor; that he was not liable to indemnify the company against the creditors’ claims; that there was no fraud upon creditors or shareholders; and that the company (or the liquidator suing in the name of the company) was not entitled to rescission of the contract for purchase.

The decisions of Vaughan Williams J. and the Court of Appeal ([1895] 2 Ch. 323) reversed.

THE following statement of the facts material to this report is taken from the judgment of Lord Watson:—

The appellant, Aron Salomon, for many years carried on business, on his own account, as a leather merchant and wholesale boot manufacturer. With the design of transferring his business to a joint stock company, which was to consist exclusively of himself and members of his own family, he, on July 20, 1892, entered into a preliminary agreement with one Adolph Anholt, as trustee for the future company, settling the terms upon which the transfer was to be made by him, one of its conditions being that part payment might be made to him in debentures of the company. A memorandum of association was then executed by the appellant, his wife, a daughter, and four sons, each of them subscribing for one share, in which the leading object for which the company was formed was stated to be the adoption and carrying into effect, with such modifications (if any) as might be agreed on, of the provisional agreement of July 20. The memorandum was registered on July 28, 1892; and the effect of registration, if otherwise valid, was to incorporate the company, under the name of “Aron Salomon and Company, Limited,” with liability limited by shares, and having a nominal capital of 40,000*l.*, divided into 40,000 shares of 1*l.* each. The company adopted

H. L. (E.)

1896

SALOMON
v.
SALOMON
& Co.SALOMON
& Co.v.
SALOMON.

He could pass any resolution, and he would receive all the profits—if any. Whether therefore the company is considered as his agent, or his nominee or his trustee, matters little. The business was solely his, conducted solely for him and by him, and the company was a mere sham and fraud, in effect entirely contrary to the intent and meaning of the Companies Act. The liquidator is therefore entitled to counter-claim against him for an indemnity. As to the cross-appeal and the claim for rescission the decision in *Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co.* (1) and the observations of Lord Cairns are precisely applicable and conclusive in favour of rescission. See also *Adam v. Newbigging.* (2)

[LORD WATSON referred to *Western Bank of Scotland v. Addie* (3), following *Clarke v. Dickson.* (4)]

[They also referred to *Ex parte Cowen* (5); *In re Smith.* (6)]

The House took time for consideration.

Nov. 16. LORD HALSBURY L.C. My Lords, the important question in this case, I am not certain it is not the only question, is whether the respondent company was a company at all—whether in truth that artificial creation of the Legislature had been validly constituted in this instance; and in order to determine that question it is necessary to look at what the statute itself has determined in that respect. I have no right to add to the requirements of the statute, nor to take from the requirements thus enacted. The sole guide must be the statute itself.

Now, that there were seven actual living persons who held shares in the company has not been doubted. As to the proportionate amounts held by each I will deal presently; but it is important to observe that this first condition of the statute is satisfied, and it follows as a consequence that it would not

- | | |
|---|------------------------------------|
| (1) (1878) 3 App. Cas. 1218, 1236,
1238. | (3) (1867) L. R. 1 H. L., Sc. 145. |
| (2) (1888) 13 App. Cas. 308. | (4) (1858) E. B. & E. 148. |
| | (5) (1867) L. R. 2 Ch. 563. |
| | (6) (1890) 25 Q. B. D. 536, 541. |

H. L. (E.)
1896
SALOMON
v.
SALOMON
& Co.
SALOMON
& Co.
v.
SALOMON.

H. L. (E.) be competent to any one—and certainly not to these persons themselves—to deny that they were shareholders.

1896
 SALOMON
 v.
 SALOMON
 & Co.

SALOMON
 & Co.
 v.
 SALOMON.

Lord Halsbury
 L.C.

I must pause here to point out that the statute enacts nothing as to the extent or degree of interest which may be held by each of the seven, or as to the proportion of interest or influence possessed by one or the majority of the shareholders over the others. One share is enough. Still less is it possible to contend that the motive of becoming shareholders or of making them shareholders is a field of inquiry which the statute itself recognises as legitimate. If they are shareholders, they are shareholders for all purposes; and even if the statute was silent as to the recognition of trusts, I should be prepared to hold that if six of them were the cestuis que trust of the seventh, whatever might be their rights inter se, the statute would have made them shareholders to all intents and purposes with their respective rights and liabilities, and, dealing with them in their relation to the company, the only relations which I believe the law would sanction would be that they were incorporators of the corporate body.

I am simply here dealing with the provisions of the statute, and it seems to me to be essential to the artificial creation that the law should recognise only that artificial existence—quite apart from the motives or conduct of individual incorporators. In saying this, I do not at all mean to suggest that if it could be established that this provision of the statute to which I am adverting had not been complied with, you could not go behind the certificate of incorporation to shew that a fraud had been committed upon the officer entrusted with the duty of giving the certificate, and that by some proceeding in the nature of scire facias you could not prove the fact that the company had no real legal existence. But short of such proof it seems to me impossible to dispute that once the company is legally incorporated it must be treated like any other independent person with its rights and liabilities appropriate to itself, and that the motives of those who took part in the promotion of the company are absolutely irrelevant in discussing what those rights and liabilities are.

I will for the sake of argument assume the proposition that

the Court of Appeal lays down—that the formation of the company was a mere scheme to enable Aron Salomon to carry on business in the name of the company. I am wholly unable to follow the proposition that this was contrary to the true intent and meaning of the Companies Act. I can only find the true intent and meaning of the Act from the Act itself; and the Act appears to me to give a company a legal existence with, as I have said, rights and liabilities of its own, whatever may have been the ideas or schemes of those who brought it into existence.

I observe that the learned judge (Vaughan Williams J.) held that the business was Mr. Salomon's business, and no one else's, and that he chose to employ as agent a limited company; and he proceeded to argue that he was employing that limited company as agent, and that he was bound to indemnify that agent (the company). I confess it seems to me that that very learned judge becomes involved by this argument in a very singular contradiction. Either the limited company was a legal entity or it was not. If it was, the business belonged to it and not to Mr. Salomon. If it was not, there was no person and no thing to be an agent at all; and it is impossible to say at the same time that there is a company and there is not.

Lindley L.J., on the other hand, affirms that there were seven members of the company; but he says it is manifest that six of them were members simply in order to enable the seventh himself to carry on business with limited liability. The object of the whole arrangement is to do the very thing which the Legislature intended not to be done.

It is obvious to inquire where is that intention of the Legislature manifested in the statute. Even if we were at liberty to insert words to manifest that intention, I should have great difficulty in ascertaining what the exact intention thus imputed to the Legislature is, or was. In this particular case it is the members of one family that represent all the shares; but if the supposed intention is not limited to so narrow a proposition as this, that the seven shareholders must not be members of one family, to what extent may influence or authority or intentional purchase of a majority among the shareholders be carried so as

H. L. (E.)

1896

SALOMON
v.
SALOMON
& Co.SALOMON
& Co.v.
SALOMON.Lord Halsbury
L.C.

H. L. (E.)

1896

SALOMON
v.
SALOMON
& Co.SALOMON
& Co.
v.

SALOMON.

Lord Halsbury
L.C.

to bring it within the supposed prohibition? It is, of course, easy to say that it was contrary to the intention of the Legislature—a proposition which, by reason of its generality, it is difficult to bring to the test; but when one seeks to put as an affirmative proposition what the thing is which the Legislature has prohibited, there is, as it appears to me, an insuperable difficulty in the way of those who seek to insert by construction such a prohibition into the statute.

As one mode of testing the proposition, it would be pertinent to ask whether two or three, or indeed all seven, may constitute the whole of the shareholders? Whether they must be all independent of each other in the sense of each having an independent beneficial interest? And this is a question that cannot be answered by the reply that it is a matter of degree. If the Legislature intended to prohibit something, you ought to know what that something is. All it has said is that one share is sufficient to constitute a shareholder, though the shares may be 100,000 in number. Where am I to get from the statute itself a limitation of that provision that that shareholder must be an independent and beneficially interested person?

My Lords, I find all through the judgment of the Court of Appeal a repetition of the same proposition to which I have already adverted—that the business was the business of Aron Salomon, and that the company is variously described as a myth and a fiction. Lopes L.J. says: “The Act contemplated the incorporation of seven independent *bonâ fide* members, who had a mind and a will of their own, and were not the mere puppets of an individual who, adopting the machinery of the Act, carried on his old business in the same way as before, when he was a sole trader.” The words “seven independent *bonâ fide* members with a mind and will of their own, and not the puppets of an individual,” are by construction to be read into the Act. Lopes L.J. also said that the company was a mere *nominis umbra*. Kay L.J. says: “The statutes were intended to allow seven or more persons, *bonâ fide* associated for the purpose of trade, to limit their liability under certain conditions and to become a corporation. But they were not intended to legalise a pretended association for the purpose of

enabling an individual to carry on his own business with limited liability in the name of a joint stock company.”

My Lords, the learned judges appear to me not to have been absolutely certain in their own minds whether to treat the company as a real thing or not. If it was a real thing; if it had a legal existence, and if consequently the law attributed to it certain rights and liabilities in its constitution as a company, it appears to me to follow as a consequence that it is impossible to deny the validity of the transactions into which it has entered.

Vaughan Williams J. appears to me to have disposed of the argument that the company (which for this purpose he assumed to be a legal entity) was defrauded into the purchase of Aron Salomon's business because, assuming that the price paid for the business was an exorbitant one, as to which I am myself not satisfied, but assuming that it was, the learned judge most cogently observes that when all the shareholders are perfectly cognisant of the conditions under which the company is formed and the conditions of the purchase, it is impossible to contend that the company is being defrauded.

The proposition laid down in *Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co.* (1), (I quote the head-note), is that “Persons who purchase property and then create a company to purchase from them the property they possess, stand in a fiduciary position towards that company, and must faithfully state to the company the facts which apply to the property, and would influence the company in deciding on the reasonableness of acquiring it.” But if every member of the company—every shareholder—knows exactly what is the true state of the facts (which for this purpose must be assumed to be the case here), Vaughan Williams J.'s conclusion seems to me to be inevitable that no case of fraud upon the company could here be established. If there was no fraud and no agency, and if the company was a real one and not a fiction or a myth, every one of the grounds upon which it is sought to support the judgment is disposed of.

My Lords, the truth is that the learned judges have never allowed in their own minds the proposition that the company

H. L. (E.)

1896

SALOMON

v.
SALOMON
& Co.SALOMON
& Co.v.
SALOMON.Lord Halsbury
L.C.

(1) 3 App. Cas. 1218.

H. L. (E.) has a real existence. They have been struck by what they
 1896 have considered the inexpediency of permitting one man to be
 SALOMON in influence and authority the whole company; and, assuming
 v. that such a thing could not have been intended by the Legis-
 SALOMON & Co. lature, they have sought various grounds upon which they
 SALOMON might insert into the Act some prohibition of such a result.
 & Co. Whether such a result be right or wrong, politic or impolitic,
 v. I say, with the utmost deference to the learned judges, that
 SALOMON. I we have nothing to do with that question if this company
 Lord Halsbury has been duly constituted by law; and, whatever may be the
 L.C. motives of those who constitute it, I must decline to insert
 into that Act of Parliament limitations which are not to be
 found there.

I have dealt with this matter upon the narrow hypothesis propounded by the learned judges below; but it is, I think, only justice to the appellant to say that I see nothing whatever to justify the imputations which are implied in some of the observations made by more than one of the learned judges. The appellant, in my opinion, is not shewn to have done or to have intended to do anything dishonest or unworthy, but to have suffered a great misfortune without any fault of his own.

The result is that I move your Lordships that the judgment appealed from be reversed, but as this is a pauper case, I regret to say it can only be with such costs in this House as are appropriate to that condition of things, and that the cross-appeal be dismissed with costs to the same extent.

LORD WATSON. My Lords, this appeal raises some questions of practical importance, depending upon the construction of the Companies Acts, which do not appear to have been settled by previous decisions. As I am not prepared to accept without reservation all the conclusions of fact which found favour with the Courts below, I shall, before adverting to the law, state what I conceive to be the material facts established by the evidence before us. [His Lordship stated the facts above set out.]

The allegations of the company, in so far as they have any relation to the amended claim, their pith consisting in the aver-

LORD HERSHELL. My Lords, by an order of the High Court, which was affirmed by the Court of Appeal, it was declared that the respondent company, or the liquidator of that company was entitled to be indemnified by the appellant against the sum of 7733*l.* 8*s.* 3*d.*, and it was ordered that the respondent company should recover that sum against the appellant.

On July 28, 1892, the respondent company was incorporated with a capital of 40,000*l.* divided into 40,000 shares of 1*l.* each. One of the objects for which the company was incorporated was to carry out an agreement, with such modifications therein as might be agreed to, of July 20, 1892, which had been entered into between the appellant and a trustee for a company intended to be formed, for the acquisition by the company of the business then carried on by the appellant. The company was, in fact, formed for the purpose of taking over the appellant's business of leather merchant and boot manufacturer, which he had carried on for many years. The business had been a prosperous one, and, as the learned judge who tried the action found, was solvent at the time when the company was incorporated. The memorandum of association of the company was subscribed by the appellant, his wife and daughter, and his four sons, each subscribing for one share. The appellant afterwards had 20,000 shares allotted to him. For these he paid 1*l.* per share out of the purchase-money which by agreement he was to receive for the transfer of his business to the company. The company afterwards became insolvent and went into liquidation.

In an action brought by a debenture-holder on behalf of himself and all the other debenture-holders, including the appellant, the respondent company set up by way of counter-claim that the company was formed by Aron Salomon, and the debentures were issued in order that he might carry on the said business, and take all the profits without risk to himself; that the company was the mere nominee and agent of Aron Salomon; and that the company or the liquidator thereof was entitled to be indemnified by Aron Salomon against all the debts owing by the company to creditors other than Aron Salomon. This counter-claim was not in the pleading as

H. L. (E.)

1896

SALOMON
v.
SALOMON
& Co.

SALOMON
& Co.

v.
SALOMON.

H. L. (E.)

1896

SALOMON
v.
SALOMON
& Co.

SALOMON
& Co.

v.
SALOMON.

Lord
Macnaghten.

One argument was addressed to your Lordships which ought perhaps to be noticed, although it was not the ground of decision in either of the Courts below. It was argued that the agreement for the transfer of the business to the company ought to be set aside, because there was no independent board of directors, and the property was transferred at an overvalue. There are, it seems to me, two answers to that argument. In the first place, the directors did just what they were authorized to do by the memorandum of association. There was no fraud or misrepresentation, and there was nobody deceived. In the second place, the company have put it out of their power to restore the property which was transferred to them. It was said that the assets were sold by an order made in the presence of Mr. Salomon, though not with his consent, which declared that the sale was to be without prejudice to the rights claimed by the company by their counter-claim. I cannot see what difference that makes. The reservation in the order seems to me to be simply nugatory.

I am of opinion that the appeal ought to be allowed, and the counter-claim of the company dismissed with costs, both here and below.

LORD MORRIS. My Lords, I quite concur in the judgment which has been announced, and in the reasons which have been so fully given for it.

LORD DAVEY. My Lords, it is possible, and (I think) probable, that the conclusion to which I feel constrained to come in this case may not have been contemplated by the Legislature, and may be due to some defect in the machinery of the Act. But, after all, the intention of the Legislature must be collected from the language of its enactments; and I do not see my way to holding that if there are seven registered members the association is not a company formed in compliance with the provisions of the Act and capable of carrying on business with limited liability, either because the bulk of the shares are held by some only, or even one of the members, and the others are what is called "dummies," holding, it may be, only one share

H. L. (E.)

1896

SALOMON
v.
SALOMON
& Co.

SALOMON
& Co.

v.
SALOMON.

Lord
Macnaghten.

One argument was addressed to your Lordships which ought perhaps to be noticed, although it was not the ground of decision in either of the Courts below. It was argued that the agreement for the transfer of the business to the company ought to be set aside, because there was no independent board of directors, and the property was transferred at an overvalue. There are, it seems to me, two answers to that argument. In the first place, the directors did just what they were authorized to do by the memorandum of association. There was no fraud or misrepresentation, and there was nobody deceived. In the second place, the company have put it out of their power to restore the property which was transferred to them. It was said that the assets were sold by an order made in the presence of Mr. Salomon, though not with his consent, which declared that the sale was to be without prejudice to the rights claimed by the company by their counter-claim. I cannot see what difference that makes. The reservation in the order seems to me to be simply nugatory.

I am of opinion that the appeal ought to be allowed, and the counter-claim of the company dismissed with costs, both here and below.

LORD MORRIS. My Lords, I quite concur in the judgment which has been announced, and in the reasons which have been so fully given for it.

LORD DAVEY. My Lords, it is possible, and (I think) probable, that the conclusion to which I feel constrained to come in this case may not have been contemplated by the Legislature, and may be due to some defect in the machinery of the Act. But, after all, the intention of the Legislature must be collected from the language of its enactments; and I do not see my way to holding that if there are seven registered members the association is not a company formed in compliance with the provisions of the Act and capable of carrying on business with limited liability, either because the bulk of the shares are held by some only, or even one of the members, and the others are what is called "dummies," holding, it may be, only one share

H. L. (E.)

1896

SALOMON
v.
SALOMON
& Co.

SALOMON
& Co.

v.
SALOMON.

Lord
Macnaghten.

One argument was addressed to your Lordships which ought perhaps to be noticed, although it was not the ground of decision in either of the Courts below. It was argued that the agreement for the transfer of the business to the company ought to be set aside, because there was no independent board of directors, and the property was transferred at an overvalue. There are, it seems to me, two answers to that argument. In the first place, the directors did just what they were authorized to do by the memorandum of association. There was no fraud or misrepresentation, and there was nobody deceived. In the second place, the company have put it out of their power to restore the property which was transferred to them. It was said that the assets were sold by an order made in the presence of Mr. Salomon, though not with his consent, which declared that the sale was to be without prejudice to the rights claimed by the company by their counter-claim. I cannot see what difference that makes. The reservation in the order seems to me to be simply nugatory.

I am of opinion that the appeal ought to be allowed, and the counter-claim of the company dismissed with costs, both here and below.

LORD MORRIS. My Lords, I quite concur in the judgment which has been announced, and in the reasons which have been so fully given for it.

LORD DAVEY. My Lords, it is possible, and (I think) probable, that the conclusion to which I feel constrained to come in this case may not have been contemplated by the Legislature, and may be due to some defect in the machinery of the Act. But, after all, the intention of the Legislature must be collected from the language of its enactments; and I do not see my way to holding that if there are seven registered members the association is not a company formed in compliance with the provisions of the Act and capable of carrying on business with limited liability, either because the bulk of the shares are held by some only, or even one of the members, and the others are what is called "dummies," holding, it may be, only one share

H. L. (E.)

1896

SALOMON
v.
SALOMON
& Co.

SALOMON
& Co.

v.
SALOMON.

Lord
Macnaghten.

One argument was addressed to your Lordships which ought perhaps to be noticed, although it was not the ground of decision in either of the Courts below. It was argued that the agreement for the transfer of the business to the company ought to be set aside, because there was no independent board of directors, and the property was transferred at an overvalue. There are, it seems to me, two answers to that argument. In the first place, the directors did just what they were authorized to do by the memorandum of association. There was no fraud or misrepresentation, and there was nobody deceived. In the second place, the company have put it out of their power to restore the property which was transferred to them. It was said that the assets were sold by an order made in the presence of Mr. Salomon, though not with his consent, which declared that the sale was to be without prejudice to the rights claimed by the company by their counter-claim. I cannot see what difference that makes. The reservation in the order seems to me to be simply nugatory.

I am of opinion that the appeal ought to be allowed, and the counter-claim of the company dismissed with costs, both here and below.

LORD MORRIS. My Lords, I quite concur in the judgment which has been announced, and in the reasons which have been so fully given for it.

LORD DAVEY. My Lords, it is possible, and (I think) probable, that the conclusion to which I feel constrained to come in this case may not have been contemplated by the Legislature, and may be due to some defect in the machinery of the Act. But, after all, the intention of the Legislature must be collected from the language of its enactments; and I do not see my way to holding that if there are seven registered members the association is not a company formed in compliance with the provisions of the Act and capable of carrying on business with limited liability, either because the bulk of the shares are held by some only, or even one of the members, and the others are what is called "dummies," holding, it may be, only one share

H. L. (E.) originally delivered; it was inserted by way of amendment at the suggestion of Vaughan Williams J., before whom the action came on for trial. The learned judge thought the liquidator entitled to the relief asked for, and made the order complained of. He was of opinion that the company was only an "alias" for Salomon; that, the intention being that he should take the profits without running the risk of the debts, the company was merely an agent for him, and, having incurred liabilities at his instance, was, like any other agent under such circumstances, entitled to be indemnified by him against them. On appeal the judgment of Vaughan Williams J. was affirmed by the Court of Appeal, that Court "being of opinion that the formation of the company, the agreement of August, 1892, and the issue of debentures to Aron Salomon pursuant to such agreement were a mere scheme to enable him to carry on business in the name of the company with limited liability contrary to the true intent and meaning of the Companies Act, 1862, and further to enable him to obtain a preference over other creditors of the company by procuring a first charge on the assets of the company by means of such debentures."

1896
 SALOMON
 v.
 SALOMON
 & Co.
 SALOMON
 & Co.
 v.
 SALOMON.
 Lord Herschell.

The learned judges in the Court of Appeal dissented from the view taken by Vaughan Williams J., that the company was to be regarded as the agent of the appellant. They considered the relation between them to be that of trustee and cestui que trust; but this difference of view, of course, did not affect the conclusion that the right to the indemnity claimed had been established.

It is to be observed that both Courts treated the company as a legal entity distinct from Salomon and the then members who composed it, and therefore as a validly constituted corporation. This is, indeed, necessarily involved in the judgment which declared that the company was entitled to certain rights as against Salomon. Under these circumstances, I am at a loss to understand what is meant by saying that A. Salomon & Co., Limited, is but an "alias" for A. Salomon. It is not another name for the same person; the company is *ex hypothesi* a distinct legal persona. As little am I able to adopt the view

that the company was the agent of Salomon to carry on his business for him. In a popular sense, a company may in every case be said to carry on business for and on behalf of its shareholders; but this certainly does not in point of law constitute the relation of principal and agent between them or render the shareholders liable to indemnify the company against the debts which it incurs. Here, it is true, Salomon owned all the shares except six, so that if the business were profitable he would be entitled, substantially, to the whole of the profits. The other shareholders, too, are said to have been "dummies," the nominees of Salomon. But when once it is conceded that they were individual members of the company distinct from Salomon, and sufficiently so to bring into existence in conjunction with him a validly constituted corporation, I am unable to see how the facts to which I have just referred can affect the legal position of the company, or give it rights as against its members which it would not otherwise possess.

The Court of Appeal based their judgment on the proposition that the formation of the company and all that followed on it were a mere scheme to enable the appellant to carry on business in the name of the company, with limited liability, contrary to the true intent and meaning of the Companies Act, 1862. The conclusion which they drew from this premiss was, that the company was a trustee and Salomon their cestui que trust. I cannot think that the conclusion follows even if the premiss be sound. It seems to me that the logical result would be that the company had not been validly constituted, and therefore had no legal existence. But, apart from this, it is necessary to examine the proposition on which the Court have rested their judgment, as its effect would be far reaching. Many industrial and banking concerns of the highest standing and credit have, in recent years, been, to use a common expression, converted into joint stock companies; and often into what are called "private" companies, where the whole of the shares are held by the former partners. It appears to me that all these might be pronounced "schemes to enable" them "to carry on business in the name of the company, with limited liability," in the very sense in which those words are used in

H. L. (E.)

1896

SALOMON
v.
SALOMON
& Co.SALOMON
& Co.
v.
SALOMON.

Lord Herschell.

H. L. (E.)
 1896
 SALOMON
 v.
 SALOMON
 & Co.
 SALOMON
 & Co.
 v.
 SALOMON.
 Lord Herschell.

the judgment of the Court of Appeal. The profits of the concern carried on by the company will go to the persons whose business it was before the transfer, and in the same proportions as before, the only difference being that the liability of those who take the profits will no longer be unlimited. The very object of the creation of the company and the transfer to it of the business is, that whereas the liability of the partners for debts incurred was without limit, the liability of the members for the debts incurred by the company shall be limited. In no other respect is it intended that there shall be any difference: the conduct of the business and the division of the profits are intended to be the same as before. If the judgment of the Court of Appeal be pushed to its logical conclusion, all these companies must, I think, be held to be trustees for the partners who transferred the business to them, and those partners must be declared liable without limit to discharge the debts of the company. For this is the effect of the judgment as regards the respondent company. The position of the members of a company is just the same whether they are declared liable to pay the debts incurred by the company, or by way of indemnity to furnish the company with the means of paying them. I do not think the learned judges in the Court below have contemplated the application of their judgment to such cases as I have been considering; but I can see no solid distinction between those cases and the present one.

It is said that the respondent company is a "one man" company, and that in this respect it differs from such companies as those to which I have alluded. But it has often happened that a business transferred to a joint stock company has been the property of three or four persons only, and that the other subscribers of the memorandum have been clerks or other persons who possessed little or no interest in the concern. I am unable to see how it can be lawful for three or four or six persons to form a company for the purpose of employing their capital in trading, with the benefit of limited liability, and not for one person to do so, provided, in each case, the requirements of the statute have been complied with and the company has been validly constituted. How does it concern the creditor

whether the capital of the company is owned by seven persons in equal shares, with the right to an equal share of the profits, or whether it is almost entirely owned by one person, who practically takes the whole of the profits? The creditor has notice that he is dealing with a company the liability of the members of which is limited, and the register of shareholders informs him how the shares are held, and that they are substantially in the hands of one person, if this be the fact. The creditors in the present case gave credit to and contracted with a limited company; the effect of the decision is to give them the benefit, as regards one of the shareholders, of unlimited liability. I have said that the liability of persons carrying on business can only be limited provided the requirements of the statute be complied with; and this leads naturally to the inquiry, What are those requirements?

The Court of Appeal has declared that the formation of the respondent company and the agreement to take over the business of the appellant were a scheme "contrary to the true intent and meaning of the Companies Act." I know of no means of ascertaining what is the intent and meaning of the Companies Act except by examining its provisions and finding what regulations it has imposed as a condition of trading with limited liability. The memorandum must state the amount of the capital of the company and the number of shares into which it is divided, and no subscriber is to take less than one share. The shares may, however, be of as small a nominal value as those who form the company please: the statute prescribes no minimum; and though there must be seven shareholders, it is enough if each of them holds one share, however small its denomination. The Legislature, therefore, clearly sanctions a scheme by which all the shares except six are owned by a single individual, and these six are of a value little more than nominal.

It was said that in the present case the six shareholders other than the appellant were mere dummies, his nominees, and held their shares in trust for him. I will assume that this was so. In my opinion, it makes no difference. The statute forbids the entry in the register of any trust; and it certainly

H. L. (E.)

1896

SALOMON
v.
SALOMON
& Co.

SALOMON
& Co.

v.
SALOMON.

Lord Herschell.

H. L. (E.) contains no enactment that each of the seven persons subscribing the memorandum must be beneficially entitled to the share or shares for which he subscribes. The persons who subscribe the memorandum, or who have agreed to become members of the company and whose names are on the register, are alone regarded as, and in fact are, the shareholders. They are subject to all the liability which attaches to the holding of the share. They can be compelled to make any payment which the ownership of a share involves. Whether they are beneficial owners or bare trustees is a matter with which neither the company nor creditors have anything to do: it concerns only them and their cestuis que trust if they have any. If, then, in the present case all the requirements of the statute were complied with, and a company was effectually constituted, and this is the hypothesis of the judgment appealed from, what warrant is there for saying that what was done was contrary to the true intent and meaning of the Companies Act?

1896
 SALOMON
 v.
 SALOMON
 & Co.
 SALOMON
 & Co.
 v.
 SALOMON.
 Lord Herschell.

It may be that a company constituted like that under consideration was not in the contemplation of the Legislature at the time when the Act authorizing limited liability was passed; that if what is possible under the enactments as they stand had been foreseen a minimum sum would have been fixed as the least denomination of share permissible; and that it would have been made a condition that each of the seven persons should have a substantial interest in the company. But we have to interpret the law, not to make it; and it must be remembered that no one need trust a limited liability company unless he so please, and that before he does so he can ascertain, if he so please, what is the capital of the company and how it is held.

I have hitherto made no reference to the debentures which the appellant received in part-payment of the purchase-money of the business which he transferred to the company. These are referred to in the judgment as part of the scheme which is pronounced contrary to the true intent and meaning of the Companies Act. But if apart from this the conclusion that the appellant is bound to indemnify the company against its debts cannot be sustained, I do not see how the circumstance

that he received these debentures can avail the respondent company. The issue of debentures to the vendor of a business as part of the price is certainly open to great abuse, and has often worked grave mischief. It may well be that some check should be placed upon the practice, and that, at all events, ample notice to all who may have dealings with the company should be secured. But as the law at present stands, there is certainly nothing unlawful in the creation of such debentures. For these reasons I have come to the conclusion that the appeal should be allowed.

H. L. (E.)

1896

SALOMON
v.
SALOMON
& Co.

SALOMON
& Co.
v.
SALOMON.

Lord Herschell.

It was contended on behalf of the company that the agreement between them and the appellant ought, at all events, to be set aside on the ground of fraud. In my opinion, no such case has been made out, and I do not think the respondent company are entitled to any such relief.

LORD MACNAGHTEN. My Lords, I cannot help thinking that the appellant, Aron Salomon, has been dealt with somewhat hardly in this case.

Mr. Salomon, who is now suing as a pauper, was a wealthy man in July, 1892. He was a boot and shoe manufacturer trading on his own sole account under the firm of "A. Salomon & Co.," in High Street, Whitechapel, where he had extensive warehouses and a large establishment. He had been in the trade over thirty years. He had lived in the same neighbourhood all along, and for many years past he had occupied the same premises. So far things had gone very well with him. Beginning with little or no capital, he had gradually built up a thriving business, and he was undoubtedly in good credit and repute.

It is impossible to say exactly what the value of the business was. But there was a substantial surplus of assets over liabilities. And it seems to me to be pretty clear that if Mr. Salomon had been minded to dispose of his business in the market as a going concern he might fairly have counted upon retiring with at least 10,000*l.* in his pocket.

Mr. Salomon, however, did not want to part with the business. He had a wife and a family consisting of five sons and a

H. L. (E.)

1896
 SALOMON
 v.
 SALOMON
 & Co.

SALOMON
 & Co.
 v.
 SALOMON.

Lord
 Macnaghten.

daughter. Four of the sons were working with their father. The eldest, who was about thirty years of age, was practically the manager. But the sons were not partners: they were only servants. Not unnaturally, perhaps, they were dissatisfied with their position. They kept pressing their father to give them a share in the concern. "They troubled me," says Mr. Salomon, "all the while." So at length Mr. Salomon did what hundreds of others have done under similar circumstances. He turned his business into a limited company. He wanted, he says, to extend the business and make provision for his family. In those words, I think, he fairly describes the principal motives which influenced his action.

All the usual formalities were gone through; all the requirements of the Companies Act, 1862, were duly observed. There was a contract with a trustee in the usual form for the sale of the business to a company about to be formed. There was a memorandum of association duly signed and registered, stating that the company was formed to carry that contract into effect, and fixing the capital at 40,000*l.* in 40,000 shares of 1*l.* each. There were articles of association providing the usual machinery for conducting the business. The first directors were to be nominated by the majority of the subscribers to the memorandum of association. The directors, when appointed, were authorized to exercise all such powers of the company as were not by statute or by the articles required to be exercised in general meeting; and there was express power to borrow on debentures, with the limitation that the borrowing was not to exceed 10,000*l.* without the sanction of a general meeting.

The company was intended from the first to be a private company; it remained a private company to the end. No prospectus was issued; no invitation to take shares was ever addressed to the public.

The subscribers to the memorandum were Mr. Salomon, his wife, and five of his children who were grown up. The subscribers met and appointed Mr. Salomon and his two elder sons directors. The directors then proceeded to carry out the proposed transfer. By an agreement dated August 2, 1892, the company adopted the preliminary contract, and in accord-

ance with it the business was taken over by the company as from June 1, 1892. The price fixed by the contract was duly paid. The price on paper was extravagant. It amounted to over 39,000*l.*—a sum which represented the sanguine expectations of a fond owner rather than anything that can be called a businesslike or reasonable estimate of value. That, no doubt, is a circumstance which at first sight calls for observation ; but when the facts of the case and the position of the parties are considered, it is difficult to see what bearing it has on the question before your Lordships. The purchase-money was paid in this way : as money came in, sums amounting in all to 30,000*l.* were paid to Mr. Salomon, and then immediately returned to the company in exchange for fully-paid shares. The sum of 10,000*l.* was paid in debentures for the like amount. The balance, with the exception of about 1000*l.* which Mr. Salomon seems to have received and retained, went in discharge of the debts and liabilities of the business at the time of the transfer, which were thus entirely wiped off. In the result, therefore, Mr. Salomon received for his business about 1000*l.* in cash, 10,000*l.* in debentures, and half the nominal capital of the company in fully paid shares for what they were worth. No other shares were issued except the seven shares taken by the subscribers to the memorandum, who, of course, knew all the circumstances, and had therefore no ground for complaint on the score of overvaluation.

The company had a brief career : it fell upon evil days. Shortly after it was started there seems to have come a period of great depression in the boot and shoe trade. There were strikes of workmen too ; and in view of that danger contracts with public bodies, which were the principal source of Mr. Salomon's profit, were split up and divided between different firms. The attempts made to push the business on behalf of the new company crammed its warehouses with unsaleable stock. Mr. Salomon seems to have done what he could : both he and his wife lent the company money ; and then he got his debentures cancelled and reissued to a Mr. Broderip, who advanced him 5000*l.*, which he immediately handed over to the company on loan. The temporary relief only hastened

A. C. 1897.

3 E

H. L. (E.)
 1896
 SALOMON
v.
 SALOMON
 & Co.
 SALOMON
 & Co.
v.
 SALOMON.
 Lord
 Macnaghten.

H. L. (E.)
 1896
 SALOMON
 v.
 SALOMON
 & Co.
 SALOMON
 & Co.
 v.
 SALOMON.
 Lord
 Macnaghten.

ruin. Mr. Broderip's interest was not paid when it became due. He took proceedings at once and got a receiver appointed. Then, of course, came liquidation and a forced sale of the company's assets. They realized enough to pay Mr. Broderip, but not enough to pay the debentures in full; and the unsecured creditors were consequently left out in the cold.

In this state of things the liquidator met Mr. Broderip's claim by a counter-claim, to which he made Mr. Salomon a defendant. He disputed the validity of the debentures on the ground of fraud. On the same ground he claimed rescission of the agreement for the transfer of the business, cancellation of the debentures, and repayment by Mr. Salomon of the balance of the purchase-money. In the alternative, he claimed payment of 20,000*l.* on Mr. Salomon's shares, alleging that nothing had been paid on them.

When the trial came on before Vaughan Williams J., the validity of Mr. Broderip's claim was admitted, and it was not disputed that the 20,000 shares were fully paid up. The case presented by the liquidator broke down completely; but the learned judge suggested that the company had a right of indemnity against Mr. Salomon. The signatories of the memorandum of association were, he said, mere nominees of Mr. Salomon—mere dummies. The company was Mr. Salomon in another form. He used the name of the company as an alias. He employed the company as his agent; so the company, he thought, was entitled to indemnity against its principal. The counter-claim was accordingly amended to raise this point; and on the amendment being made the learned judge pronounced an order in accordance with the view he had expressed.

The order of the learned judge appears to me to be founded on a misconception of the scope and effect of the Companies Act, 1862. In order to form a company limited by shares, the Act requires that a memorandum of association should be signed by seven persons, who are each to take one share at least. If those conditions are complied with, what can it matter whether the signatories are relations or strangers? There is nothing in the Act requiring that the subscribers to the memorandum should be independent or unconnected, or

that they or any one of them should take a substantial interest in the undertaking, or that they should have a mind and will of their own, as one of the learned Lords Justices seems to think, or that there should be anything like a balance of power in the constitution of the company. In almost every company that is formed the statutory number is eked out by clerks or friends, who sign their names at the request of the promoter or promoters without intending to take any further part or interest in the matter.

When the memorandum is duly signed and registered, though there be only seven shares taken, the subscribers are a body corporate "capable forthwith," to use the words of the enactment, "of exercising all the functions of an incorporated company." Those are strong words. The company attains maturity on its birth. There is no period of minority—no interval of incapacity. I cannot understand how a body corporate thus made "capable" by statute can lose its individuality by issuing the bulk of its capital to one person, whether he be a subscriber to the memorandum or not. The company is at law a different person altogether from the subscribers to the memorandum; and, though it may be that after incorporation the business is precisely the same as it was before, and the same persons are managers, and the same hands receive the profits, the company is not in law the agent of the subscribers or trustee for them. Nor are the subscribers as members liable, in any shape or form, except to the extent and in the manner provided by the Act. That is, I think, the declared intention of the enactment. If the view of the learned judge were sound, it would follow that no common law partnership could register as a company limited by shares without remaining subject to unlimited liability.

Mr. Salomon appealed; but his appeal was dismissed with costs, though the Appellate Court did not entirely accept the view of the Court below. The decision of the Court of Appeal proceeds on a declaration of opinion embodied in the order which has been already read.

I must say that I, too, have great difficulty in understanding this declaration. If it only means that Mr. Salomon availed

H. L. (E.)

1896

SALOMON
v.
SALOMON
& Co.

SALOMON
& Co.
v.
SALOMON.

Lord
Macnaghten.

H. L. (E.) himself to the full of the advantages offered by the Act of 1862, what is there wrong in that? Leave out the words "contrary to the true intent and meaning of the Companies Act, 1862," and bear in mind that "the creditors of the company" are not the creditors of Mr. Salomon, and the declaration is perfectly innocent: it has no sting in it.

1896
 SALOMON
 v.
 SALOMON
 & Co.
 SALOMON
 & Co.
 v.
 SALOMON.
 Lord
 Macnaghten.

In an early case, which in some of its aspects is not unlike the present, the owners of a colliery (to quote the language of Giffard L.J. in the Court of Appeal) "went on working the colliery not very successfully, and then determined to form a limited company in order to avoid incurring further personal liability." "It was," adds the Lord Justice, "the policy of the Companies Act to enable this to be done." And so he reversed the decision of Malins V.-C., who had expressed an opinion that if the laws of the country sanctioned such a proceeding they were "in a most lamentable state," and had fixed the former owners with liability for the amount of the shares they took in exchange for their property: *In re Baglan Hall Colliery Co.* (1)

Among the principal reasons which induce persons to form private companies, as is stated very clearly by Mr. Palmer in his treatise on the subject, are the desire to avoid the risk of bankruptcy, and the increased facility afforded for borrowing money. By means of a private company, as Mr. Palmer observes, a trade can be carried on with limited liability, and without exposing the persons interested in it in the event of failure to the harsh provisions of the bankruptcy law. A company, too, can raise money on debentures, which an ordinary trader cannot do. Any member of a company, acting in good faith, is as much entitled to take and hold the company's debentures as any outside creditor. Every creditor is entitled to get and to hold the best security the law allows him to take.

If, however, the declaration of the Court of Appeal means that Mr. Salomon acted fraudulently or dishonestly, I must say I can find nothing in the evidence to support such an imputation. The purpose for which Mr. Salomon and the other

(1) L. R. 5 Ch. 346.

subscribers to the memorandum were associated was "lawful." The fact that Mr. Salomon raised 5000*l.* for the company on debentures that belonged to him seems to me strong evidence of his good faith and of his confidence in the company. The unsecured creditors of A. Salomon and Company, Limited, may be entitled to sympathy, but they have only themselves to blame for their misfortunes. They trusted the company, I suppose, because they had long dealt with Mr. Salomon, and he had always paid his way; but they had full notice that they were no longer dealing with an individual, and they must be taken to have been cognisant of the memorandum and of the articles of association. For such a catastrophe as has occurred in this case some would blame the law that allows the creation of a floating charge. But a floating charge is too convenient a form of security to be lightly abolished. I have long thought, and I believe some of your Lordships also think, that the ordinary trade creditors of a trading company ought to have a preferential claim on the assets in liquidation in respect of debts incurred within a certain limited time before the winding-up. But that is not the law at present. Everybody knows that when there is a winding-up debenture-holders generally step in and sweep off everything; and a great scandal it is.

It has become the fashion to call companies of this class "one man companies." That is a taking nickname, but it does not help one much in the way of argument. If it is intended to convey the meaning that a company which is under the absolute control of one person is not a company legally incorporated, although the requirements of the Act of 1862 may have been complied with, it is inaccurate and misleading: if it merely means that there is a predominant partner possessing an overwhelming influence and entitled practically to the whole of the profits, there is nothing in that that I can see contrary to the true intention of the Act of 1862, or against public policy, or detrimental to the interests of creditors. If the shares are fully paid up, it cannot matter whether they are in the hands of one or many. If the shares are not fully paid, it is as easy to gauge the solvency of an individual as to estimate the financial ability of a crowd.

H. L. (E.)

1896

SALOMON

v.

SALOMON
& Co.SALOMON
& Co.

v.

SALOMON.

Lord
Macnaghten.

H. L. (E.)

1896

SALOMON
v.
SALOMON
& Co.

SALOMON
& Co.

v.
SALOMON.

Lord
Macnaghten.

One argument was addressed to your Lordships which ought perhaps to be noticed, although it was not the ground of decision in either of the Courts below. It was argued that the agreement for the transfer of the business to the company ought to be set aside, because there was no independent board of directors, and the property was transferred at an overvalue. There are, it seems to me, two answers to that argument. In the first place, the directors did just what they were authorized to do by the memorandum of association. There was no fraud or misrepresentation, and there was nobody deceived. In the second place, the company have put it out of their power to restore the property which was transferred to them. It was said that the assets were sold by an order made in the presence of Mr. Salomon, though not with his consent, which declared that the sale was to be without prejudice to the rights claimed by the company by their counter-claim. I cannot see what difference that makes. The reservation in the order seems to me to be simply nugatory.

I am of opinion that the appeal ought to be allowed, and the counter-claim of the company dismissed with costs, both here and below.

LORD MORRIS. My Lords, I quite concur in the judgment which has been announced, and in the reasons which have been so fully given for it.

LORD DAVEY. My Lords, it is possible, and (I think) probable, that the conclusion to which I feel constrained to come in this case may not have been contemplated by the Legislature, and may be due to some defect in the machinery of the Act. But, after all, the intention of the Legislature must be collected from the language of its enactments; and I do not see my way to holding that if there are seven registered members the association is not a company formed in compliance with the provisions of the Act and capable of carrying on business with limited liability, either because the bulk of the shares are held by some only, or even one of the members, and the others are what is called "dummies," holding, it may be, only one share

Lee v Lee's Air Farming Ltd [1960] 3 WLR 758, PC

“Reproduced by permission of the Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales, Megarry House, 119 Chancery Lane, London WCA 1PP, England, publishers of the Law Reports and the Weekly Law Reports.”

Helen Yates (Mrs)
Permissions Secretary
28 Mai 2008

1960
 ROSS SMITH
 (ORSE.
 RADFORD)
 v.
 ROSS SMITH.
 Karminski J.

based on wilful refusal only. In my view the tests set out by Somervell L.J., and referred to above, state the English law as applicable to suits for nullity based on incapacity or wilful refusal. Though I appreciate that Bucknill L.J. and Cohen L.J. followed quite different lines of reasoning, I propose to follow Somervell L.J.'s view that the mere fact that the ceremony of marriage took place in England does not confer jurisdiction on our courts unless the validity of the ceremony in effecting a marriage is disputed. Capacity to consummate the marriage is an essential part of the marriage contract, but in my view cannot be said to affect the validity of the ceremony. Wilful refusal to consummate is even more remote from the validity of the ceremony. In the result, therefore, I find that this court has no jurisdiction to try this suit, either on the domicile of the parties or as the court of the place where the marriage was celebrated.

I have differed in this matter from Collingwood J. with hesitation and reluctance and with a full awareness that he may be right and that I may be wrong. Nearly two centuries ago, in *Evans v. Evans*,²⁵ Sir William Scott (the greatest of all consistorial lawyers) said: "if . . . I should have taken what may be deemed an undue impression of the case, the laws of this country have not been deficient in providing a mode by which the parties may be relieved against the infirmities of my judgment."

Order accordingly.

Solicitors: *Gibson & Weldon for Frederick Gowen & Stevens, Croydon; Smith & Hudson.*

²⁵ (1790) 1 Hag.Con. 35.

[PRIVY COUNCIL.]

J. C.* CATHERINE LEE APPELLANT;
 AND
 1960 LEE'S AIR FARMING LTD. RESPONDENTS.
 Oct. 11.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF NEW ZEALAND.

Company—Director—Managing director—Whether servant of company—Accident while working for company for wages—Whether company liable for compensation—"Worker"—Workers' Compensation Act, 1922 (No. 39) (New Zealand), ss. 2, 3 (1).

Master and Servant—Company director—Whether servant of company—Managing director employed as chief pilot.

New Zealand—Workers' compensation—Company—Accident to governing director while employed by company—Whether company liable

* *Present: VISCOUNT SIMONDS, LORD REID, LORD TUCKER, LORD DENNING, LORD MORRIS OF BORTH-Y-GEST.*

for compensation—"Worker"—*Workers' Compensation Act, 1922* (No. 39), ss. 2, 3 (1).

Workmen's Compensation—Managing director—Accident while working for company for wages—Liability of company for compensation—New Zealand.

J. C.

1960

LEE

v.

LEE'S AIR
FARMING
LTD.

Section 3 (1) of the *Workers' Compensation Act, 1922*, of New Zealand, provides that if "personal injury by accident arising out of and in the course of the employment is caused to a worker, "his employer shall be liable to pay compensation," and "worker" is defined in section 2 as "any person who has entered into or works under a contract of service . . . with an employer . . . whether remunerated by wages, salary, or otherwise."

The appellant's husband, who had formed the respondent company for the purpose of carrying on the business of aerial top-dressing, was the controlling shareholder of the company, and was by its articles of association appointed governing director and employed at a salary as its chief pilot. In his capacity as governing director and controlling shareholder he exercised full and unrestricted control over all the operations of the company. Pursuant to its statutory obligations the company had insured itself against liability to pay compensation in the case of accident to him. While piloting an aircraft belonging to the company in the course of aerial top-dressing operations the aircraft crashed and he was killed. On a claim by the appellant against the respondent company for compensation, alleging that at the time of the accident her husband was a "worker" employed by the respondent company within the meaning of the *Workers' Compensation Act, 1922*, as amended:—

Held, that the deceased was a "worker" within the meaning of the Act. His position as sole governing director did not make it impossible for him to be a servant of the company in the capacity of chief pilot, for he and the company were separate and distinct legal entities which could enter, and had entered, into a valid contractual relationship, which was not invalidated by the circumstances that the deceased was sole governing director in whom was vested the full government and control of the company and also the controlling shareholder. They were separate legal entities also so as to enable the company to give orders to the deceased. One person may function in dual capacities, and acting in one capacity give orders to himself in another capacity. The contractual relationship was that of master and servant, and a contract of service was entered into and operated and the deceased was a "worker" within the statutory definition.

Salomon v. Salomon & Co. [1897] A.C. 22; 13 T.L.R. 46, H.L.; *Inland Revenue Commissioners v. Sansom* [1921] 2 K.B. 492, C.A.; and *Fowler v. Commercial Timber Co. Ltd.* [1930] 2 K.B. 1, C.A. considered.

Brown v. Okiwi Farms Ltd. [1957] N.Z.L.R. 1073 must be regarded as turning on its own facts.

Judgment of the Court of Appeal of New Zealand [1959] N.Z.L.R. 393 reversed.

APPEAL (No. 18 of 1960) from a judgment of the Court of Appeal of New Zealand (December 18, 1958) holding on a case stated by the Compensation Court of New Zealand under the *Workers' Compensation Rules, 1939*, that on the facts set out in the case the appellant's deceased husband could not hold the

J. C.
1960

LEE
v.
LEE'S AIR
FARMING
LTD.

office of governing director of the respondent company and also be a servant of the company.

The following facts are taken from the judgment of the Judicial Committee: The judgment of the Court of Appeal of New Zealand from which this appeal was brought, was given as their opinion upon a case stated by the judge of the Compensation Court. It was provided by rule 5 of Chapter VIII of the Workers' Compensation Rules, 1939, that "In any action or other proceeding the court or a judge thereof may state a case for the opinion of the Court of Appeal on any point of law arising in the action or proceeding." This procedure was adopted by the judge of the Compensation Court in the action which was brought by the appellant in respect of the death of her husband. She claimed £2,430 compensation on behalf of herself and her four infant children and she also claimed a sum for funeral expenses. The claim was made in reliance upon the provisions of the Workers' Compensation Act, 1922, as amended by later statutes. The appellant's late husband died in an aircraft accident in Canterbury, New Zealand, on March 5, 1956, while engaged in the capacity of an aircraft pilot in aerial top-dressing operations. The claim of the appellant rested upon her allegation that at the time of his death her husband was a "worker" in that he was employed by the respondent company. The respondent company denied that the deceased was a "worker" within the meaning of the Workers' Compensation Act, 1922, and its amendments. It was provided by section 3 (1) of the Act as follows: "3.—(1) "If in any employment to which this Act applies personal injury "by accident arising out of and in the course of the employment "is caused to a worker, his employer shall be liable to pay "compensation in accordance with provisions of this Act."

Under the relevant part of the statutory definition the term "worker" meant "any person who has entered into or works "under a contract of service or apprenticeship with an employer, "whether by way of manual labour, clerical work, or otherwise, "and whether remunerated by wages, salary, or otherwise." The denial of the respondent company that the deceased was a "worker" was based on the fact that the deceased was at the time of the accident the controlling shareholder and governing director of the respondent company. In 1954 the deceased had instructed a firm of public accountants in Christchurch to form a company for the purpose of conducting an aerial top-dressing business. On August 5, 1954, "Lee's Air Farming Limited," the respondent company, was incorporated. The nominal capital of the company was £3,000 divided into three thousand shares of £1 each. The deceased was allotted 2,999 shares; the remaining share according to the memorandum of association was to be taken by a solicitor. The articles of association included the following:

"32. Subject as hereinafter provided Geoffrey Woodhouse Lee "shall be and he is hereby appointed governing director and

“ subject to the provisions of clause 34 hereof shall hold that
 “ office for life and the full government and control of the com-
 “ pany shall be vested in him and he may exercise all the powers
 “ and authorities and discretions vested in the directors gener-
 “ ally and that notwithstanding he is the sole director holding
 “ office and he may exercise all the powers of the company which
 “ are not by statute required to be exercised by the company in
 “ general meeting and any minute entered in the minute book of
 “ the company’s proceedings signed by the governing director
 “ shall, in any matter not expressly required by statute to be done
 “ by the company in general meeting have the effect of a resolu-
 “ tion of the company.

J. C.

1960

LEE
 v.
 LEE’S AIR
 FARMING
 LTD.

“ 33. The company shall employ the said Geoffrey Woodhouse
 “ Lee as the chief pilot of the company at a salary of £1,500 per
 “ annum from the date of incorporation of the company and in
 “ respect of such employment the rules of law applicable to the
 “ relationship of master and servant shall apply as between the
 “ company and the said Geoffrey Woodhouse Lee.

“ 34. The governing director may retire from office upon giving
 “ one month’s notice in writing of his intention so to do, and the
 “ office of governing director shall be vacated if the governing
 “ director (a) ceases to be a director by virtue of section 148 of
 “ the Act; or (b) becomes bankrupt or enters into a composition
 “ with his creditors; or (c) becomes prohibited from being a direc-
 “ tor by reason of any order made under section 216 or 268 of the
 “ Act; or (d) becomes of unsound mind or becomes a protected
 “ person under the Aged and Infirm Persons Protection Act,
 “ 1912; or (e) becomes incapable of carrying out the duties of a
 “ director.

“ 35. The governing director may at any time convene a
 “ general meeting of the company.

“ 36. The governing director shall not be disqualified by his
 “ office from holding any office or place of profit in the company
 “ or from contracting with the company whether as vendor, pur-
 “ chaser or otherwise, nor shall any such contract or arrangement
 “ or any contract or arrangement entered into by or on behalf
 “ of the company in which the governing director shall be
 “ interested be avoided nor shall the governing director be liable
 “ to account for any profit realised by any such contract or
 “ arrangement by reason of the governing director holding such
 “ office or of the fiduciary relations thereby established.

“ DIRECTORS

“ 37. If and whenever there shall cease to be a governing
 “ director the number of directors of the company shall not be
 “ more than four or less than two who shall forthwith be appointed
 “ or elected by the company in general meeting.

“ 38. A director need not hold any share qualification in the
 “ capital of the company.”

J. C.
1960
—
LEE
v.
LEE'S AIR
FARMING
LTD.
—

“ 43. No director shall be disqualified by his office from holding
“ any office or place of profit under the company or under any
“ company in which this company shall be a shareholder or
“ otherwise interested or from contracting with the company
“ either as vendor purchaser or otherwise nor shall any such
“ contract or any contract or arrangement entered into by or on
“ behalf of the company in which any director shall be in any way
“ interested be avoided nor shall any director be liable to account
“ to the company for any profit arising from any such office or
“ place of profit or realised by any such contract or arrangement
“ by reason only of such director holding that office or of the
“ fiduciary relations thereby established but it is declared that the
“ nature of his interest must be disclosed by him as provided by
“ section 155 of the Companies Act, 1933.”

The deceased was appointed governing director of the respondent company, and the secretary was Mr. Sugden, a public accountant and a member of the firm of public accountants who had been instructed by the deceased to form the company.

On August 16, 1954, article 33 was amended by deleting the words “ a salary of £1,500 per annum from the date of incorporation of the company ” and inserting the words “ a salary to be arranged by the governing director.” That resolution was effected by a minute signed by the deceased.

The case stated recorded that one of the assets of the respondent company was an “ Auster ” aircraft equipped for top-dressing and that the deceased was a duly-qualified pilot. The case further recorded that while the respondent company was in the course of being incorporated Mr. Sugden negotiated and obtained different forms of insurance cover for the benefit of the respondent company and its employees. Mr. Sugden supplied to the insurance brokers an employer's statement of wages relative to employer's liability insurance pursuant to section 8 of the Workers' Compensation Amendment Act, 1950, and duly received an assessment of premium. Certain personal accident policies were taken out in favour of the deceased: the premiums in respect of these were paid by the respondent company and were debited to the personal account of the deceased in the books of the company.

Under the provisions of the Workers' Compensation Amendment Act, 1950, every employer of a worker in any employment to which the Act of 1922 applied was (subject to certain exceptions) under obligation to insure with an authorised insurer against his liability to pay compensation and was required to deliver a statement of wages to such authorised insurer.

Certain other findings recorded in the case stated were as follows:

“ 10. Following its incorporation the defendant company
“ started operating its aerial top-dressing business and the
“ deceased worked for the defendant company as its pilot continuously thereafter until his death on 5th March, 1956.

“ 11. On the 8th day of July, 1955, the said Clyde Leslie Sugden forwarded to the said brokers an employers’ statement of wages for the year ended 31st March, 1955, and on the same date wrote a letter to the said brokers discussing the apportionment of the salary of the deceased. A copy of the said letter is annexed hereto. The relevance of the said letter was that a higher premium was payable on that part of the salary of the deceased attributable to his work as a pilot.

“ 14. In his capacity as governing director and controlling shareholder of the defendant company the deceased exercised full and unrestricted control of the affairs of the defendant company and he expressly or impliedly authorised the acts and conduct of any other employee or officer of the defendant company including the said Clyde Leslie Sugden.

“ 15. In his capacity as aforesaid the deceased made all decisions relating to contracts for aerial top-dressing, contract prices, the manner in which the defendant company’s aircraft was to be employed and the methods to be employed in carrying out the work of the defendant company, and in general he exercised complete and unfettered control over all the operations of the defendant company at all material times.

“ 16. On the 5th day of March, 1956, while the deceased was piloting the said ‘Auster’ aircraft during the course of aerial top-dressing operations in Canterbury the said aircraft stalled and crashed to the ground and burst into flames and was destroyed and the said deceased was killed as a result of the crash.

“ 17. The plaintiff and her said four infant children were totally dependent on the deceased and the salary payable to the deceased up to the time of his death was such that if the defendant company is liable in this action it must pay the said sums of £2,430 and £50 claimed by the plaintiff in the action.”

The question which was raised for the opinion of the Court of Appeal was whether at the time of his accident the deceased was employed by the respondent company “ as a ‘ worker ’ within the meaning of the Workers’ Compensation Act, 1922, and its amendments.” The case stated came on for hearing in the Court of Appeal of New Zealand (Gresson, North and Cleary JJ.) on November 27, 1958, and the reasons for judgment were delivered by North J. on December 18, 1958. In the course of his judgment the judge said¹: “ We interpret the question to mean whether on the admitted facts of this case the deceased could hold the office of governing director of the company and also be a servant of the company.” Their Honours answered: “ the question in its amended form ” in the negative. The formal judgment records the judgment in these words: “ This court doth answer in the negative the question raised in the case stated and as amended by this court, namely, whether on the admitted

J. C.

1960

LEE

v.

LEE'S AIR
FARMING
LTD.

¹ [1959] N.Z.L.R. 393, 397.

J. C. " facts of the case the deceased could hold the office of governing
1960 " director of the company and also be a servant of the company."
Mrs. Lee appealed.

LEE
v.
LEE'S AIR
FARMING
LTD.

1960. July 6, 7. *A. C. Perry* (New Zealand) and *J. G. Le Quesne* for the appellant.

Martin Jukes Q.C. and *J. H. C. Goldie* for the respondents.

The following cases, in addition to those referred to in the judgment, were cited in argument: *Cassidy v. Ministry of Health*²; *Stevenson Jordan and Harrison Ltd. v. MacDonald and Evans*³; *In re Beeton & Co. Ltd.*⁴; *Anderson v. James Sutherland (Peterhead) Ltd.*⁵; *E.B.M. Co. Ltd. v. Dominion Bank*⁶; *Wilson & Clyde Coal Co. v. English*⁷; *Allen v. Minister of Pensions and National Insurance*⁸; *Hanson v. Hansons Ltd.*⁹; *Ross v. Ross & Bowman Pty. Ltd.*¹⁰; *Kemp v. Northern Roof Tiles Pty. Ltd.*¹¹; *Blennerhassett v. Blennerhassett's Institute of Accountancy*¹²; *Dugan v. Wagga Publications Pty. Ltd.*¹³; *Gould v. Minister of National Insurance*¹⁴; *John Shaw & Sons (Salford) Ltd. v. Shaw*¹⁵; *Humberstone v. Northern Timber Mills*¹⁶; *Smith v. General Motor Cab Co. Ltd.*¹⁷; *Swabey v. Port Darwin Gold Mining Co.*¹⁸; *Kilboy v. South Eastern Fire Area Joint Committee.*¹⁹

Oct. 11. The judgment of their Lordships was delivered by LORD MORRIS OF BORTH-Y-GEST, who stated the facts set out above and continued: The Court of Appeal recognised that a director of a company may properly enter into a service agreement with his company, but they considered that, in the present case, inasmuch as the deceased was the governing director in whom was vested the full government and control of the company he could not also be a servant of the company. After referring in his judgment to the delegation to the deceased of substantially all the powers of the company, North J. said¹: "These powers were moreover delegated to him for life and there remained with the company no power of management whatsoever. One of his first acts was to appoint himself the only pilot of the company, for, although article 33 foreshadowed this appointment, yet a contract could only spring into existence after the company had

² [1951] 2 K.B. 343; [1951] 1 T.L.R. 539; [1951] 1 All E.R. 574, C.A.

³ [1952] 1 T.L.R. 101, C.A.

⁴ [1913] 2 Ch. 279.

⁵ 1941 S.C. 203.

⁶ [1937] 3 All E.R. 555, P.C.

⁷ [1938] A.C. 57; 53 T.L.R. 944;

[1937] 3 All E.R. 628, H.L.

⁸ The Times, March 29, 1956.

⁹ [1937] W.C.R.(N.S.W.) 165.

¹⁰ [1942] W.C.R.(N.S.W.) 37.

¹¹ [1949] W.C.R.(N.S.W.) 76.

¹² [1954] W.C.R.(N.S.W.) 50.

¹³ [1955] W.C.R.(N.S.W.) 219.

¹⁴ [1951] 1 K.B. 731; [1951] 1 T.L.R. 341; [1951] 1 All E.R. 368.

¹⁵ [1935] 2 K.B. 113, C.A.

¹⁶ (1949) 79 C.L.R. 389.

¹⁷ [1911] A.C. 188; 27 T.L.R. 370, H.L.

¹⁸ (1889) 1 Megone's Company Cases 385, C.A.

¹⁹ 1952 S.L.T. 332.

¹ [1959] N.Z.L.R. 393, 399.

“been incorporated. Therefore, he became in effect both employer and worker. True, the contract of employment was between himself and the company: see *Booth v. Helliwell*,² but on him lay the duty both of giving orders and obeying them. In our view, the two offices are clearly incompatible. There could exist no power of control and therefore the relationship of master-servant was not created.”

J. C.

1960

LEE
v.
LEE'S AIR
FARMING
LTD.

The substantial question which arises is, as their Lordships think, whether the deceased was a “worker” within the meaning of the Workers’ Compensation Act, 1922, and its amendments. Was he a person who had entered into or worked under a contract of service with an employer? The Court of Appeal thought that his special position as governing director precluded him from being a servant of the company. On this view it is difficult to know what his status and position was when he was performing the arduous and skilful duties of piloting an aeroplane which belonged to the company and when he was carrying out the operation of top-dressing farm lands from the air. He was paid wages for so doing. The company kept a wages book in which these were recorded. The work that was being done was being done at the request of farmers whose contractual rights and obligations were with the company alone. It cannot be suggested that when engaged in the activities above referred to the deceased was discharging his duties as governing director. Their Lordships find it impossible to resist the conclusion that the active aerial operations were performed because the deceased was in some contractual relationship with the company. That relationship came about because the deceased as one legal person was willing to work for and to make a contract with the company which was another legal entity. A contractual relationship could only exist on the basis that there was consensus between two contracting parties. It was never suggested (nor in their Lordships’ view could it reasonably have been suggested) that the company was a sham or a mere simulacrum. It is well established that the mere fact that someone is a director of a company is no impediment to his entering into a contract to serve the company. If, then, it be accepted that the respondent company was a legal entity their Lordships see no reason to challenge the validity of any contractual obligations which were created between the company and the deceased. In this connection reference may be made to a passage in the speech of Lord Halsbury L.C. in *Salomon v. Salomon & Co.*³: “My Lords, the learned judges appear to me not to have been absolutely certain in their own minds whether to treat the company as a real thing or not. If it was a real thing; if it had a legal existence, and if consequently the law attributed to it certain rights and liabilities in its constitution as a company, it appears to me to follow as a

² [1914] 3 K.B. 252; 30 T.L.R. 529.

³ [1897] A.C. 22, 33; 13 T.L.R. 46, H.L.

J. C.
1960
LEE
v.
LEE'S AIR
FARMING
LTD.

“ consequence that it is impossible to deny the validity of the transactions into which it has entered.” A similar approach was evidenced in the speech of Lord MacNaghten when he said⁴: “ It has become the fashion to call companies of this class ‘ one ‘ man companies.’ That is a taking nickname, but it does not help one much in the way of argument. If it is intended to convey the meaning that a company which is under the absolute control of one person is not a company legally incorporated, although the requirements of the Act of 1862 may have been complied with, it is inaccurate and misleading: if it merely means that there is a predominant partner possessing an overwhelming influence and entitled practically to the whole of the profits, there is nothing in that that I can see contrary to the true intention of the Act of 1862, or against public policy, or detrimental to the interests of creditors.”

Nor in their Lordships' view were any contractual obligations invalidated by the circumstance that the deceased was sole governing director in whom was vested the full government and control of the company. Always assuming that the company was not a sham then the capacity of the company to make a contract with the deceased could not be impugned merely because the deceased was the agent of the company in its negotiation. The deceased might have made a firm contract to serve the company for a fixed period of years. If within such period he had retired from the office of governing director and other directors had been appointed his contract would not have been affected. The circumstance that in his capacity as a shareholder he could control the course of events would not in itself affect the validity of his contractual relationship with the company. When, therefore, it is said that “ one of his first acts was to appoint himself the ‘ only pilot of the company,’ ” it must be recognised that the “ appointment was made by the company, and that it was none the less a valid appointment because it was the deceased himself who acted as the agent of the company in arranging it. In their Lordships' view it is a logical consequence of the decision in *Salomon's* case⁴ that one person may function in dual capacities. There is no reason, therefore, to deny the possibility of a contractual relationship being created as between the deceased and the company. If this stage is reached then their lordships see no reason why the range of possible contractual relationships should not include a contract for services, and if the deceased as agent for the company could negotiate a contract for services as between the company and himself there is no reason why a contract of service could not also be negotiated. It is said that therein lies the difficulty, because it is said that the deceased could not both be under the duty of giving orders and also be under the duty of obeying them. But this approach does not give effect to the circumstance that it would be the company and not the

⁴ [1897] A.C. 22, 53.

deceased that would be giving the orders. Control would remain with the company whoever might be the agent of the company to exercise it. The fact that so long as the deceased continued to be governing director, with amplitude of powers, it would be for him to act as the agent of the company to give the orders does not alter the fact that the company and the deceased were two separate and distinct legal persons. If the deceased had a contract of service with the company then the company had a right of control. The manner of its exercise would not affect or diminish the right to its exercise. But the existence of a right to control cannot be denied if once the reality of the legal existence of the company is recognised. Just as the company and the deceased were separate legal entities so as to permit of contractual relations being established between them, so also were they separate legal entities so as to enable the company to give an order to the deceased.

An illustration of the validity of transactions entered into between a company comparable to the respondent company and its sole governing director is found in the case of *Inland Revenue Commissioners v. Sansom*.⁵ Sansom sold his business as a going concern to a private company, John Sansom Ltd. He became the sole governing director of the company, and the whole direction, control and management of the business and affairs of the company were in his hands. The company made large profits but no dividends were ever declared. He was the only director. The capital of the company was £25,000 divided into 2,500 shares of £10 each. Sansom held 2,499 shares and had given one share to someone who had previously been employed by him. By its memorandum the company had power to lend money to such persons and on such terms as it should think fit. The company made what were described in the balance sheets as "loans or advances" to Sansom. They were made without interest and without any security. Sansom was assessed to super-tax on the loans; he was so assessed on the basis that the amounts received by him were in fact not "loans or advances" but constituted an income received by him from the company. Sansom appealed to the commissioners. They found that the company was a properly constituted legal entity: that it had power to make loans to such persons and upon such terms as it should think fit: that it did make such loans to Sansom, and that such loans did not form part of Sansom's income for the purposes of super-tax. On appeal by the Crown on a case stated the judge made an order remitting the case to the commissioners to find whether in point of truth and in fact the company did carry on the business or whether Sansom really carried it on to the exclusion of the company: whether if the company did carry on the business it carried it on as agent for Sansom who was to be regarded as a principal standing outside the company: whether the company

J. C.

1960

LEE
v.LEE'S AIR
FARMING
LTD.⁵ [1921] 2 K.B. 492, C.A.

J. C.
1960

LEE
v.
LEE'S AIR
FARMING
LTD.

carried on the business on its own behalf and for the benefit of the incorporators. On appeal to the Court of Appeal it was held that the findings of the commissioners being on questions of fact were conclusive and involved the negating of the questions which the judge had directed to be put to them: accordingly, the order remitting the case to the commissioners was discharged. In his judgment Younger L.J. said⁶: "It is conceded that the entire property in this business was bought and paid for by the company, that it passed to the company nearly ten years ago, that every transaction thereafter was carried out by and in the company's name, and has now been carried to completion in a liquidation regularly constituted. In those circumstances unless the company's legal status is to be denied to it—and this is expressly disclaimed by the learned judge—there appears to me to be no room on this case as stated for directing any such inquiry." He further said⁷: "In my judgment so long as such a company as this was is recognised by the legislature there can be no reason why the contracts and the engagements made in its name or entered into on its behalf, and themselves ex facie regular, should not everywhere until the contrary is alleged and proved be regarded as the company's. . . ."

An illustration of circumstances in which a person may possess dual roles is seen in *Fowler v. Commercial Timber Co. Ltd.*⁸ In that case the plaintiff was appointed managing director of the defendant company (which was not a so-called "one man company") for a period of years. The company did not prosper and the time came when it became clear that if it were not voluntarily wound up it would be compulsorily wound up. The directors, including the plaintiff, resolved that it was desirable to wind up the company voluntarily. An extraordinary general meeting was called at which the plaintiff was present and it was unanimously resolved to wind up the company voluntarily. The liquidators gave the plaintiff notice that his agreement was terminated and that his services were no longer required. He claimed damages for wrongful dismissal, and it was held that there was no implied term in his agreement that he should lose his right to recover damages for breach of his agreement if the company went into voluntary liquidation with his assent or approval. Scrutton L.J. said⁹: "Such a complicated term cannot be implied for this reason: the two positions of the plaintiff (1) as managing director, who claims damages for breach of the contract of employment, and (2) as a director and shareholder of the company who thinks that in its own interests the company ought to stop business are quite consistent."

In the present case their Lordships see no reason to doubt that a valid contractual relationship could be created between the respondent company and the deceased even though the deceased

⁶ [1921] 2 K.B. 492, 516, C.A.

⁷ Ibid.

⁸ [1930] 2 K.B. 1, C.A.

⁹ Ibid. 6.

would act as the agent of the company in its creation. If such a relationship could be established their Lordships see no reason why it should not take the form of a master and servant relationship. The facts of the present case lend no support for the contention that if a contract existed it was a contract for services. Article 33, recited above, shows that what was designed and contemplated was that after its incorporation the respondent company would, as a master, employ the deceased, as a servant, in the capacity of chief pilot of the company. All the facts and all the evidence as to what was actually done point to the conclusion that what purported to be a contract of service was entered into and was operated. Unless this was an impossibility in law, then the deceased was a worker within the statutory definition as referred to above. It is said that the deceased could not both give orders and obey them and that no power of control over the deceased was in existence. It is true that an inquiry as to whether a person is or is not employed upon the terms that he will, within the scope of his employment, obey his master's orders may constitute an important inquiry if it is being tested in a particular case whether there is a contract of service as opposed to a contract for services: see *Simmons v. Heath Laundry Co.*¹⁰ and *Short v. J. & W. Henderson Ltd.*¹¹ But in the present case their Lordships can find nothing to support the contention that there was or may have been a contract for services but not a contract of service.

Ex facie there was a contract of service. Their Lordships conclude, therefore, that the real issue in the case is whether the position of the deceased as sole governing director made it impossible for him to be the servant of the company in the capacity of chief pilot of the company. In their Lordships' view, for the reasons which have been indicated, there was no such impossibility. There appears to be no greater difficulty in holding that a man acting in one capacity can give orders to himself in another capacity than there is in holding that a man acting in one capacity can make a contract with himself in another capacity. The company and the deceased were separate legal entities. The company had the right to decide what contracts for aerial top-dressing it would enter into. The deceased was the agent of the company in making the necessary decisions. Any profits earned would belong to the company and not to the deceased. If the company entered into a contract with a farmer, then it lay within its right and power to direct its chief pilot to perform certain operations. The right to control existed even though it would be for the deceased in his capacity as agent for the company to decide what orders to give. The right to control existed in the company, and an application of the principles of *Salomon's case*¹² demonstrates that the company was distinct from the

J. C.

1960

 LEE
 v.
 LEE'S AIR
 FARMING
 LTD.

¹⁰ [1910] 1 K.B. 543; 26 T.L.R. 326, C.A.

¹¹ 1946 S.C.(H.L.) 24.

¹² [1897] A.C. 22.

J. C.
1960
—
LEE
v.
LEE'S AIR
FARMING
LTD.
—

deceased. As pointed out above, there might have come a time when the deceased would remain bound contractually to serve the company as chief pilot though he had retired from the office of sole governing director. Their Lordships consider, therefore, that the deceased was a worker and that the question posed in the case stated should be answered in the affirmative.

Their Lordships find it unnecessary, as did the Court of Appeal, to review the judgment of the Compensation Court in *Brown v. Okiwi Farms Ltd.*,¹³ though they agree with the Court of Appeal that the phrase "incorporated partnership" is not a happy one. That case must be regarded as turning upon its own facts.

Their Lordships were referred to and have considered certain reported decisions of cases in the Workers' Compensation Commission of New South Wales in which, under comparable legislative provisions, questions have arisen and with varying results have been decided as to whether persons were employed under contracts of service. As these cases have not been under review, and as they so largely depend upon a consideration of their own particular facts and circumstances, their Lordships do not include an analysis of them in this judgment.

Their Lordships will humbly advise Her Majesty that the appeal should be allowed and that the question in the case stated should be answered in the affirmative. The respondent company must pay the costs before their Lordships' Board and in the Court of Appeal and the Compensation Court.

Solicitors: *Blyth, Dutton, Wright & Bennett; Goldingham, Wellington & Co.*

C. C.

¹³ [1957] N.Z.L.R. 1073.

[PRIVY COUNCIL.]

J. C.*
1960
July 28;
Oct. 5.
—

PETER HAROLD RICHARD POOLE . . . APPELLANT;
AND
THE QUEEN RESPONDENT.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR EASTERN AFRICA.

Crime—Practice—Nolle prosequi—Accused discharged—Trial for same offence on new information without fresh inquiry and committal—Validity—Criminal Procedure Code (Laws of Kenya, 1948, c. 27), s. 82.

Crime—Indictment—Two indictments for same offence—Two informations in existence against same person for same offence on same facts—Whether inherently bad at common law.

* Present: LORD TUCKER, LORD DENNING and LORD MORRIS OF BORTH-Y-GEST.

Tesco Supermarkets Ltd v Natrass [1971] 2 WLR 1166, HL; [1972] AC 153 (extraits)

“Reproduced by permission of the Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales, Megarry House, 119 Chancery Lane, London WCA 1PP, England, publishers of the Law Reports and the Weekly Law Reports.”

Helen Yates (Mrs)
Permissions Secretary
28 Mai 2008

A.C. **Greenberg v. I.R.C. (H.L.(E.))**

Lord Simon
of Glaisdale

A Lord Morris of Borth-y-Gest and I agree with all that he says about this transaction.

I would dismiss both appeals.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors: *Slaughter & May; Solicitor of Inland Revenue.*

B

M. G.

C

[HOUSE OF LORDS]

TESCO SUPERMARKETS LTD. APPELLANTS
AND
NATTRASS RESPONDENT

D 1971 Feb. 3, 4, 8, 9; Lord Reid, Lord Morris of Borth-y-Gest,
March 31 Viscount Dilhorne, Lord Pearson and
Lord Diplock

E *Trade Description—" Act or default of another person"—Manager of supermarket—Offence at store due to manager's failure to supervise properly—System of supervision set up—Manager instructed on operation of system—Ladder of responsibility to ensure carrying out of system—Whether store manager "another person"—Whether "all reasonable precautions and . . . due diligence" exercised by company—Trade Descriptions Act 1968 (c. 29), ss. 20 (1), 24 (1) (a) (b) Company—Psyche—Intention—" Brains of company"—Responsible officer test—Criteria for determining responsibility of company for act or default of its servants*

F The defendants, a body corporate owning supermarket stores, were charged with an offence under the Trade Descriptions Act 1968.¹ They sought to raise a defence under section 24 (1) on the grounds that the commission of the offence was due to the act or default of another person, namely, the manager of the store at which it was committed, and that they had taken all reasonable precautions and exercised all due diligence to avoid the commission of such an offence.
G The manager was not a person within section 20 carrying out functions as a director, manager, secretary or other similar

¹ Trade Descriptions Act 1968, s. 20 (1): "Where an offence under this Act which has been committed by a body corporate is proved to have been committed with the consent and connivance of, . . . any director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate, . . . he as well as the body corporate shall be guilty of that offence . . ."

H S. 24 (1): "In any proceedings for an offence under this Act it shall, . . . be a defence for the person charged to prove—(a) that the commission of the offence was due to . . . the act or default of another person, . . . and (b) that he took all reasonable precautions and exercised all due diligence to avoid the commission of such an offence. . . ."

officer of the defendants, and they had properly instructed him in the operation at the store of a system for the avoidance of offences under the Act and had provided adequate and proper supervision to see that the system was followed and their instructions observed. The justices found that the defendants had set up a proper system so that they had complied with section 24 (1) (b), and that the manager had failed properly to carry out his part in the operation of the system, the commission of the offence being due to his act or default in failing in his duty of supervision. However, the justices were of the opinion that the defence failed because the manager could not be "another person" within section 24 (1) (a), and they convicted the defendants.

On appeal, the Divisional Court dismissed the appeal on the grounds that although the manager was "another person" within section 24 (1) (a) the defendants had not complied in the circumstances with the requirements of section 24 (1) (b).

The defendants appealed:—

Held, (1) that the manager was "another person" within section 24 (1) (a) since any person could come within that description in paragraph (a) provided that, where the defendant was an individual, the other person was someone apart from the defendant, and, where the defendant was a body corporate, he was not a person within section 20 carrying out functions as such a person.

(2) That the taking of precautions and exercise of due diligence by the defendants under section 24 (1) (b) involved the duty of setting up an efficient system for the avoidance of offences under the Act, and a proper operation of the system; that the defendants had adequately performed that duty and had not delegated to their store managers the functions of ensuring that the system was carried out, and that accordingly the defendants in the circumstances had satisfied the requirements of section 24 (1) (b) and the appeal would be allowed.

Observations of Viscount Haldane L.C. in *Lennard's Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd.* [1915] A.C. 705, 713, 714, H.L.(E.) and of Denning L.J. in *H. L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T. J. Graham & Sons Ltd.* [1957] 1 Q.B. 159, 172, C.A. considered.

R. C. Hammett Ltd. v. London County Council (1933) 49 T.L.R. 209; 97 J.P. 105, D.C. and *Series v. Poole* [1969] 1 Q.B. 676, D.C. overruled.

Decision of the Divisional Court [1971] 1 Q.B. 133; [1970] 3 W.L.R. 572; [1970] 3 All E.R. 357 reversed.

The following cases are referred to in their Lordships' opinions:

Beckett v. Kingston Bros. (Butchers) Ltd. [1970] 1 Q.B. 606; [1970] 2 W.L.R. 558; [1970] 1 All E.R. 715, D.C.

Bolton (H. L.) (Engineering) Co. Ltd. v. T. J. Graham & Sons Ltd. [1957] 1 Q.B. 159; [1956] 3 W.L.R. 804; [1956] 3 All E.R. 624, C.A.

Coppen v. Moore (No. 2) [1898] 2 Q.B. 306, D.C.

Director of Public Prosecutions v. Kent and Sussex Contractors Ltd. [1944] K.B. 146; [1944] 1 All E.R. 119, D.C.

Dumfries and Maxwelltown Co-operative Society v. Williamson, 1950 S.C.(J.) 76.

Hammett (R. C.) Ltd. v. Crabb (1931) 47 T.L.R. 623; 95 J.P. 180, D.C.

Hammett (R. C.) Ltd. v. London County Council (1933) 49 T.L.R. 209; 97 J.P. 105, D.C.

A.C. Tesco Ltd. v. Nattrass (H.L.(E.))

A In the context here of an offer the test of due diligence stops at the end of the chain of those exercising supervisory functions and therefore the default of Clement is the lack of due diligence on the part of the company. The most helpful case as to what is implied by the expression "due diligence" is *Dobell (G. E.) & Co. v. Steamship Rossmore Co. Ltd.* [1895] 2 Q.B. 408.

B If the criminal test is to be applied to this Act, it will erode the purpose of large parts of the statute. The purpose of the Act is to prevent articles being offered for sale at one price and sold at another. The individual customer is entitled to the same standard of care whether the shop be large or small or part of a small or large chain of shops. If the criminal test be applied, then the more remote the owner, the less likely is he to be convicted.

C No system of care can amount to the taking of due diligence unless it reaches down to those acts of offering to supply and of selling with which section 11 is concerned and it is those acts which must be supervised. If those acts are not supervised, then there is no nexus between the duty of care and the system of supervision.

D Clement is exercising here the totality of the company's managerial functions. Tesco are retail sellers and in respect of this shop Clement is king, albeit the empire extends beyond this one shop. The managing director of Tesco must have been at one time in the position of Clement, that is, managing one shop. Each manager of Tesco shops is standing in the shoes of the managing director in that shop. In that shop he still carries on the obligations of the owner. It makes no difference that eventually the owner forms a company. On the defendants' argument, the standard of care will be less in Piccadilly and Oxford Street than at the village shop. The public is entitled to the same duty of care whatever be the nature of the control of the shop in question. As a matter of law, an employer is liable in respect of his employee where he has delegated the whole responsibility for the running of the premises: *Vane v. Yiannopoulos* [1965] A.C. 486, 499, 500, 503, 507, 510, 511, *per* Lord Evershed, Lord Morris, Lord Hodgson and Lord Donovan. Clement was responsible for the whole running of this shop in Northwich. Dicta in *Coppen v. Moore (No. 2)* [1898] 2 Q.B. 306 support the respondent's contention on the policy of the Act of 1968.

E *Rankin Q.C.* was not called upon to reply.

Their Lordships took time for consideration.

G March 31, 1971. LORD REID. My Lords, the appellants own a large number of supermarkets in which they sell a wide variety of goods. The goods are put out for sale on shelves or stands, each article being marked with the price at which it is offered for sale. The customer selects the articles he wants, takes them to the cashier, and pays the price. From time to time the appellants, apparently by way of advertisement, sell "flash packs" at prices lower than the normal price. In September 1969 they were selling Radiant washing powder in this way. The normal price was 3s. 11d. but these packs were marked and sold at 2s. 11d. Posters were displayed in the shops drawing attention to this reduction in price.

H

These prices were displayed in the appellants' shop at Northwich on September 26. Mr. Coane, an old age pensioner, saw this and went to buy a pack. He could only find packs marked 3s. 11d. He took one to the cashier who told him that there were none in stock for sale at 2s. 11d. He paid 3s. 11d. and complained to an inspector of weights and measures. This resulted in a prosecution under the Trade Descriptions Act 1968 and the appellants were fined £25 and costs.

Section 11 (2) provides:

“ If any person offering to supply any goods gives, by whatever means, any indication likely to be taken as an indication that the goods are being offered at a price less than that at which they are in fact being offered he shall, subject to the provisions of this Act, be guilty of an offence.”

It is not disputed that that section applies to this case. The appellants relied on section 24 (1) which provides:

“ In any proceedings for an offence under this Act it shall, subject to subsection (2) of this section, be a defence for the person charged to prove—(a) that the commission of the offence was due to a mistake or to reliance on information supplied to him or to the act or default of another person, an accident or some other cause beyond his control; and (b) that he took all reasonable precautions and exercised all due diligence to avoid the commission of such an offence by himself or any person under his control.”

The relevant facts as found by the magistrates were that on the previous evening a shop assistant, Miss Rogers, whose duty it was to put out fresh stock found that there were no more of the specially marked packs in stock. There were a number of packs marked with the ordinary price so she put them out. She ought to have told the shop manager, Mr. Clement, about this, but she failed to do so. Mr. Clement was responsible for seeing that the proper packs were on sale, but he failed to see to this although he marked his daily return “ all special offers O.K.” The magistrates found that if he had known about this he would either have removed the poster advertising the reduced price or given instructions that only 2s. 11d. was to be charged for the packs marked 3s. 11d.

Section 24 (2) requires notice to be given to the prosecutor if the accused is blaming another person and such notice was duly given naming Mr. Clement.

In order to avoid conviction the appellants had to prove facts sufficient to satisfy both parts of section 24 (1) of the Act of 1968. The magistrates held that they

“ had exercised all due diligence in devising a proper system for the operation of the said store and by securing so far as was reasonably practicable that it was fully implemented and thus had fulfilled the requirements of section 24 (1) (b).”

But they convicted the appellants because in their view the requirements of section 24 (1) (a) had not been fulfilled: they held that Clement was not “ another person ” within the meaning of that provision.

A The Divisional Court held that the magistrates were wrong in holding that Clement was not "another person." The respondent did not challenge this finding of the Divisional Court so I need say no more about it than that I think that on this matter the Divisional Court was plainly right. But that court sustained the conviction on the ground that the magistrates had applied the wrong test in deciding that the requirements of section 24 (1) (b) had been fulfilled. In effect that court held that the words "he took all reasonable precautions . . ." do not mean what they say: "he" does not

B mean the accused, it means the accused and all his servants who were acting in a managerial or supervisory capacity. I think that earlier authorities virtually compelled the Divisional Court to reach this strange construction. So the real question in this appeal is whether these earlier authorities were rightly decided.

C But before examining those earlier cases I think it necessary to make some general observations.

Over a century ago the courts invented the idea of an absolute offence. The accepted doctrines of the common law put them in a difficulty. There was a presumption that when Parliament makes the commission of certain acts an offence it intends that mens rea shall be a constituent of that offence whether or not there is any reference to the knowledge or state of mind of the accused. And it was and is held to be an invariable rule that where

D mens rea is a constituent of any offence the burden of proving mens rea is on the prosecution. Some day this House may have to re-examine that rule, but that is another matter. For the protection of purchasers or consumers Parliament in many cases made it an offence for a trader to do certain things. Normally those things were done on his behalf by his servants and cases arose where the doing of the forbidden thing was solely

E the fault of a servant, the master having done all he could to prevent it and being entirely ignorant of its having been done. The just course would have been to hold that, once the facts constituting the offence had been proved, mens rea would be presumed unless the accused proved that he was blameless. The courts could not, or thought they could not, take that course. But they could and did hold in many such cases on a construction

F of the statutory provision that Parliament must be deemed to have intended to depart from the general rule and to make the offence absolute in the sense that mens rea was not to be a constituent of the offence.

This has led to great difficulties. If the offence is not held to be absolute the requirement that the prosecutor must prove mens rea makes it impossible to enforce the enactment in very many cases. If the offence is held to be absolute that leads to the conviction of persons who are entirely

G blameless: an injustice which brings the law into disrepute. So Parliament has found it necessary to devise a method of avoiding this difficulty. But instead of passing a general enactment that it shall always be a defence for the accused to prove that he was no party to the offence and had done all he could to prevent it, Parliament has chosen to deal with the problem piecemeal, and has in an increasing number of cases enacted

H in various forms with regard to particular offences that it shall be a defence to prove various exculpatory circumstances.

In my judgment the main object of these provisions must have been to distinguish between those who are in some degree blameworthy and those

who are not, and to enable the latter to escape from conviction if they can show that they were in no way to blame. I find it almost impossible to suppose that Parliament or any reasonable body of men would as a matter of policy think it right to make employers criminally liable for the acts of some of their servants but not for those of others and I find it incredible that a draftsman, aware of that intention, would fail to insert any words to express it. But in several cases the courts, for reasons which it is not easy to discover, have given a restricted meaning to such provisions. It has been held that such provisions afford a defence if the master proves that the servant at fault was the person who himself did the prohibited act, but that they afford no defence if the servant at fault was one who failed in his duty of supervision to see that his subordinates did not commit the prohibited act. Why Parliament should be thought to have intended this distinction or how as a matter of construction these provisions can reasonably be held to have that meaning is not apparent.

In some of these cases the employer charged with the offence was a limited company. But in others the employer was an individual and still it was held that he, though personally entirely blameless, could not rely on these provisions if the fault which led to the commission of the offence was the fault of a servant in failing to carry out his duty to instruct or supervise his subordinates.

Where a limited company is the employer difficult questions do arise in a wide variety of circumstances in deciding which of its officers or servants is to be identified with the company so that his guilt is the guilt of the company.

I must start by considering the nature of the personality which by a fiction the law attributes to a corporation. A living person has a mind which can have knowledge or intention or be negligent and he has hands to carry out his intentions. A corporation has none of these: it must act through living persons, though not always one or the same person. Then the person who acts is not speaking or acting for the company. He is acting as the company and his mind which directs his acts is the mind of the company. There is no question of the company being vicariously liable. He is not acting as a servant, representative, agent or delegate. He is an embodiment of the company or, one could say, he hears and speaks through the persona of the company, within his appropriate sphere, and his mind is the mind of the company. If it is a guilty mind then that guilt is the guilt of the company. It must be a question of law whether, once the facts have been ascertained, a person in doing particular things is to be regarded as the company or merely as the company's servant or agent. In that case any liability of the company can only be a statutory or vicarious liability.

In *Lennard's Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd.* [1915] A.C. 705 the question was whether damage had occurred without the "actual fault or privity" of the owner of a ship. The owners were a company. The fault was that of the registered managing owner who managed the ship on behalf of the owners and it was held that the company could not dissociate itself from him so as to say that there was no actual fault or privity on the part of the company. Viscount Haldane L.C. said, at pp. 713, 714:

A “For if Mr. Lennard was the directing mind of the company, then his action must, unless a corporation is not to be liable at all, have been an action which was the action of the company itself within the meaning of section 502 . . . It must be upon the true construction of that section in such a case as the present one that the fault or privity is the fault or privity of somebody who is not merely a servant or agent for whom the company is liable upon the footing respondeat superior, but somebody for whom the company is liable because his action is the very action of the company itself.”

B Reference is frequently made to the judgment of Denning L.J. in *H. L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T. J. Graham & Sons Ltd.* [1957] 1 Q.B. 159. He said, at p. 172:

C “A company may in many ways be likened to a human body. It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people in the company are mere servants and agents who are nothing more than hands to do the work and cannot be said to represent the mind or will. Others are directors and managers who represent the directing mind and will of the company, and control what it does. The state of mind of these managers is the state of mind of the company and is treated by the law as such.”

D In that case the directors of the company only met once a year: they left the management of the business to others, and it was the intention of those managers which was imputed to the company. I think that was right. There have been attempts to apply Lord Denning’s words to all servants of a company whose work is brain work, or who exercise some managerial discretion under the direction of superior officers of the company. I do not think that Lord Denning intended to refer to them. He only referred to those who “represent the directing mind and will of the company, and control what it does.”

E I think that is right for this reason. Normally the board of directors, F the managing director and perhaps other superior officers of a company carry out the functions of management and speak and act as the company. Their subordinates do not. They carry out orders from above and it can make no difference that they are given some measure of discretion. But the board of directors may delegate some part of their functions of management giving to their delegate full discretion to act independently of instructions from them. I see no difficulty in holding that they have thereby put G such a delegate in their place so that within the scope of the delegation he can act as the company. It may not always be easy to draw the line but there are cases in which the line must be drawn. *Lennard’s* case [1915] A.C. 705 was one of them.

H In some cases the phrase alter ego has been used. I think it is misleading. When dealing with a company the word alter is I think misleading. The person who speaks and acts as the company is not alter. He is identified with the company. And when dealing with an individual no other individual can be his alter ego. The other individual can be a servant, agent, delegate or representative but I know of neither principle

nor authority which warrants the confusion (in the literal or original sense) of two separate individuals. A

The earliest cases dealing with this matter which were cited were *R. C. Hammett Ltd. v. Crabb* (1931) 95 J.P. 180 and *R. C. Hammett Ltd. v. London County Council* (1933) 97 J.P. 105. In both a servant of the accused company had infringed the provisions of section 5 (2) of the Sale of Food (Weights and Measures) Act 1926. Section 12 (5) exempted the employer from penalty if he charged another person as the actual offender and could prove B

“to the satisfaction of the court that he had used due diligence to enforce the execution of this Act, and that the said other person had committed the offence in question without his consent, connivance or wilful default, . . .”

In the earlier case the offence was committed by the shop manager personally and he knew that he was committing an offence. A conviction was quashed on the ground that the magistrate had treated the question whether the employer had used due diligence as one of law, that it was really one of fact and that there was no evidence on which the magistrate could reach his decision. C

In the second case the offence was committed by a subordinate: the shop manager had warned him but had not exercised due diligence to see that his instructions were obeyed. Again the magistrates convicted on the ground that the owners were responsible for lack of due diligence in their manager. This time the conviction was upheld by the same court. It was argued for the respondents that the employer is responsible for the acts or omissions of all persons above the actual offender. It seems to me obvious that that is a matter of law depending on the proper construction of the statutory provision. But Lord Hewart C.J. did not so regard it. He said that there was evidence on which quarter sessions could arrive at their opinion and that they were entitled to come to the conclusion that the appellants were responsible for the manager's lack of due diligence. D

I find these cases most unsatisfactory. There is no explanation of how it could be a question of fact whether the provisions of section 12 (5) meant that what the employer had to prove was that he personally had used due diligence, or that he also had to prove that some or all of his servants had also done so. But the court did not deal with that. Nevertheless because the only difference between the two cases appears to have been that in the first the shop manager was himself the offender whereas in the second the fault was lack of supervision, these cases have been thought to afford authority for the proposition that an employer has a defence if the only fault was in the actual offender but not if there was fault of any of his servants superior to the actual offender. I can find no warrant for that proposition in the terms of section 12 (5). Both parts of the provision—that the employer had used due diligence and that the offence had been committed without his consent, connivance or wilful default—appear to me plainly to refer to the employer personally and to no one else. E F G

I agree with the view of Lord Justice-General Cooper in a case dealing with the same Act *Dumfries and Maxwelltown Co-operative Society v. Williamson*, 1950 S.C.(J.) 76, 80 that “The underlying idea manifestly is H

A that there should not be vicarious responsibility for an infringement of the Act committed without the consent or connivance of an employer . . .”

In the next two cases a company was accused and it was held liable for the fault of a superior officer. In *Director of Public Prosecutions v. Kent and Sussex Contractors Ltd.* [1944] K.B. 146 he was the transport manager. In *Rex v. I. C. R. Haulage Ltd.* [1944] K.B. 551 it was held that a company can be guilty of common law conspiracy. The act of the managing director was held to be the act of the company. I think that a passage in the judgment is too widely stated, at p. 559:

C “Where in any particular case there is evidence to go to a jury that the criminal act of an agent, including his state of mind, intention, knowledge or belief is the act of the company, and, in cases where the presiding judge so rules, whether the jury are satisfied that it has been proved, must depend on the nature of the charge, the relative position of the officer or agent, and the other relevant facts and circumstances of the case.”

This may have been influenced by the erroneous views expressed in the two *Hammett* cases. I think that the true view is that the judge must direct the jury that if they find certain facts proved then as a matter of law they must find that the criminal act of the officer, servant or agent including his state of mind, intention, knowledge or belief is the act of the company. I have already dealt with the considerations to be applied in deciding when such a person can and when he cannot be identified with the company. I do not see how the nature of the charge can make any difference. If the guilty man was in law identifiable with the company then whether his offence was serious or venial his act was the act of the company but if he was not so identifiable then no act of his, serious or otherwise, was the act of the company itself.

E In *John Henshall (Quarries) Ltd. v. Harvey* [1965] 2 Q.B. 233 a company was held not criminally responsible for the negligence of a servant in charge of a weighbridge. In *Magna Plant v. Mitchell* (unreported) April 27, 1966, the fault was that of a depot engineer and again the company was held not criminally responsible. I think these decisions were right. In the *Magna Plant* case Lord Parker C.J. said:

G “. . . knowledge of a servant cannot be imputed to the company unless he is a servant for whose actions the company are criminally responsible, and as the cases show, that only arises in the case of a company where one is considering the acts of responsible officers forming the brain, or in the case of an individual, a person to whom delegation in the true sense of the delegation of management has been passed.”

I agree with what he said with regard to a company. But delegation by an individual is another matter. It has been recognised in licensing cases but that is in my view anomalous (see *Vane v. Yiannopoulos* [1965] A.C. 486).

H The latest important authority is *Series v. Poole* [1969] 1 Q.B. 676. That was an appeal against the dismissal of an information that the holder of a carrier’s licence had failed to keep or cause to be kept records required by the Road Traffic Act 1960 with regard to the driver of a vehicle. That was

an absolute offence but that was amended by the Road Traffic Act 1962 which provided by section 20 that it should “be a defence to prove that he used all due diligence to secure compliance with those provisions.”
 The respondent proved that he had given proper instructions to the driver, that he employed a secretary to check the driver’s records and had to begin with supervised her work, but that thereafter she failed to make proper checks. The justices held, possibly wrongly, that the accused had used all due diligence as required by the Act. The court accepted that finding but nevertheless sent the case back with a direction to convict.

Lord Parker C.J. dealt with the case on the basis that the accused had done everything that was reasonable. He said, at p. 684:

“ He may . . . acting perfectly reasonably appoint somebody else to perform his duty, his alter ego, and in that case it seems to me if the alter ego fails in his duty the employer is liable. Equally, if the employer seeks to rely on the defence under section 20, he must show that the alter ego has observed due diligence.”

I have already said that the phrase alter ego is misleading. In my judgment this case was wrongly decided and should be overruled. When the second statute introduced a defence if the accused proved that “he used all due diligence” I think that it meant what it said. As a matter of construction I can see no ground for reading in “he and all persons to whom he has delegated responsibility.” And if I look to the purpose and apparent intention of Parliament in enacting this defence I think that it was plainly intended to make a just and reasonable distinction between the employer who is wholly blameless and ought to be acquitted and the employer who was in some way at fault, leaving it to the employer to prove that he was in no way to blame.

What good purpose could be served by making an employer criminally responsible for the misdeeds of some of his servants but not for those of others? It is sometimes argued—it was argued in the present case—that making an employer criminally responsible, even when he has done all that he could to prevent an offence, affords some additional protection to the public because this will induce him to do more. But if he has done all he can how can he do more? I think that what lies behind this argument is a suspicion that magistrates too readily accept evidence that an employer has done all he can to prevent offences. But if magistrates were to accept as sufficient a paper scheme and perfunctory efforts to enforce it they would not be doing their duty—that would not be “due diligence” on the part of the employer.

Then it is said that this would involve discrimination in favour of a large employer like the appellants against a small shopkeeper. But that is not so. Mr. Clement was the “opposite number” of the small shopkeeper and he was liable to prosecution in this case. The purpose of this Act must have been to penalise those at fault, not those who were in no way to blame.

The Divisional Court decided this case on a theory of delegation. In that they were following some earlier authorities. But they gave far too wide a meaning to delegation. I have said that a board of directors can delegate part of their functions of management so as to make their delegate an

A embodiment of the company within the sphere of the delegation. But here the board never delegated any part of their functions. They set up a chain of command through regional and district supervisors, but they remained in control. The shop managers had to obey their general directions and also take orders from their superiors. The acts or omissions of shop managers were not acts of the company itself.

B In my judgment the appellants established the statutory defence. I would therefore allow this appeal.

LORD MORRIS OF BORTH-Y-GEST. My Lords, the main question which is raised in this appeal is whether, on the findings of fact of the magistrates, the company Tesco Supermarkets Ltd. (Tesco) established a defence under the provisions of section 24 (1) of the Trade Descriptions Act 1968.

C The terms of section 24 (1) are as follows:

“24.—(1) In any proceedings for an offence under this Act it shall, subject to subsection (2) of this section, be a defence for the person charged to prove—(a) that the commission of the offence was due to a mistake or to reliance on information supplied to him or to the act or default of another person, an accident or some other cause beyond his control; and (b) that he took all reasonable precautions and exercised all due diligence to avoid the commission of such an offence by himself or any person under his control.”

D

There were “proceedings for an offence under” the Act. The company (Tesco) was the “person charged.” The case stated finds that Tesco is “a nationally known public company who own many hundred stores.” There are at least 230 such stores in the north. In one of these on September 26, 1969, there was in the window (and there had been for some days previously) a poster which proclaimed that a customer could purchase a certain package for 1s. less than its normal price of 3s. 11d. An advertisement so stating had appeared in local and national newspapers. For a number of days prior to September 26 there had been displayed in the particular store and upon a separate fixture a number of the packages upon each of which was the legend “1s. off recommended price.” But at 10 a.m. on September 26 there were no packages so marked. Packages of that variety were displayed for sale—but each had a price marking of 3s. 11d.: they were on a shelf which had a price marking of 3s. 11d. It was at 10 a.m. that a customer searched the store for one of the packages at the price of 2s. 11d. He had expected to find one at that reduced price. He could not. He could only find those at the marked price of 3s. 11d. He took one of those and asked its price of the cashier. Being informed that there were none of the packages in stock for sale at 2s. 11d. he was charged and paid the higher price.

E

F

G

A breakdown in the system had occurred. During the period of a special offer all packages marked with the normal price should have been removed from display. If any special offer stock was sold out the manager should have been so informed in order that he could remove any display notice that would be misleading. Actually on the evening of September 26 an assistant had noticed that none of the special offer packages remained on display: she had thereupon filled the appropriate fixture with packages

H

Index

A

ABGB 59

ADHGB 52, 58, 60-62, 86, 138, 178, 196, 257, 262, 263

- art. 85 **261**
- art. 150 **261**
- art. 150 – 172 **262**
- art. 173 **261**
- art. 173 – 206 **62, 262**
- art. 175, §1 **71**
- art. 185c et 239b **138**
- art. 208 **63**

AG 62, 64, 72, 80, 85, 109, 138-139, 228, 232

- acte notarié **63s.**
- *Aufsichtsrat* **64, 200, 210**
- *Abschlußprüfer* **64**
- *Eintragung* **85, 89**
- *Entstehung* **85, 86**
- *Errichtung* **85, 86**
- *Vorstand* **200, 210**
- *Satzung* **85, 86, 89**

AG & Co. 265

AHGB 60

Aislabie 177

AktG de 1937 52, 61, 72, 139, 196, 215, 263

AktG du 6 septembre 1965 52, 61, 63, 196, 263

- §2 **72**
- §23 **64**
- §41 **85**
- §§119 Abs. 1 Nr. 2, 174 Abs. 1 **139**
- §§148-176 **139**
- §278 **72, 263**

ALR 58, 59, 138, 262

- II 6 §81 **59**
- II 8 §§64s. **138**
- II 8 §§475s. **59**

Arndts von Arnesberg 181

Arthuis 75

Association d'avocats *Voir quasi-personne morale*

Association déclarée **184, 185, 189, 229, 291**

- “petite” personnalité morale **183, 269**
- “grande” personnalité morale **183, 269**
- imposition **22**

Association non déclarée *Voir quasi-personne morale*

Aubry et Rau 122, 183, 233

B

Batbie 32, 33s., 51

- section communale **34**

Bekker 190

Berle et Means 220s., 224

Beseler 186

BGB 58, 61, 70, 77, 257, 260, 261, 262, 266, 267, 268, 291

- §1 **27**
- §14 **293**
- §§21 et s. **22, 232**
- §54 **267, 268**
- §§ 705 et s. **70, 232, 268**
- § 727 I **100**

BGB Gesellschaft Voir quasi-personne morale

Boesebeck 264

Bornier et Toubeau 179

Bouvier 248s.

Bowen J 88

Blackstone 183

Brinz 186, 190

Broke 111s.

Bubble Act 19, 176s., 184, 248

Buckley J 247

Buckmaster et Wrenbury 126

Bund allemand 19, 59-60, 178

Bundesgerichtshof 140, 150, 152, 289

Bundestag 81

Bund Nord allemand 60, 62, 150

C

CA 1862 33, 72, 117s., 144, 145s., 196, 271

- s. 46 **145**

CA 1985 76, 92, 165, 247

- s. 1(3A) **76**
- s. 36 **88**
- s. 36C **88**

CA 2006 73, 76, 77, 92, 137, 165, 200, 243, 248, 288

- s. 43 **88**
- s. 51 **88**

“Cercle français” **252s.**

CHSCT 45, 46s.

CIC 270, 271s.

- règles spéciales applicables **271s.**

- *CIC non déclarée* **271, 273**
- Code civil de 1804 **19, 32, 36, 38, 58, 59, 70, 120, 121s., 195, 257**
 - art. 102 **127**
 - art. 529 **121s.**
 - art. 1109 et 1116 **223**
 - art. 1167 **223**
 - art. 1832 **70**
 - art. 1834 **101**
 - art. 1843 **37**
 - art. 1844 **99**
 - art. 1866 **100**
 - art. 1873 **38**
- Code civil depuis 1978 **50, 55, 77, 122, 195**
 - art. 1109 et 1116 **223**
 - art. 1167 **223**
 - art. 1832 **70**
 - art. 1842 **39, 53, 202s.**
 - art. 1843 **83**
 - art. 1844-6 **101**
 - art. 1858 **202**
 - art. 1871 **56**
 - art. 1871 à 1872-2 **282s.**
- Code de commerce de 1807 **19, 32, 36, 59, 62, 106, 108, 197, 257, 280, 282, 283**
 - art. 19 et 47 **36**
 - art. 20, 23, 29, 38 et 50 **106**
 - art. 37 **35**
 - art. 39 et 40 **101**
 - art. 47, 48, 49 et 50 **50s., 280s.**
- Code de commerce depuis 2000 **52, 71, 196, 204**
 - art. L210-2 **200**
 - art. L210-6 **198**
 - art. L221-1 **26**
 - art. L225-1 **72**
 - art. L225-51 **201**
 - art. L225-56, I **201**
 - art. L226-1 **71**
 - art. L237-1 **198**
 - art. L237-2 **199**
 - art. L251-4 **205**
 - art. L526-6 **124, 287**
 - art. L612-1 et s. **293**
- Code pénal **155s.**
 - art. 121-2 **158s.**
 - art. 131-39 **165, 166s.**
- Cohen Committee* **97**
- comité d'établissement **45s.**
- comité de groupe **45, 46, 48**
- confusion des patrimoines **116, 123, 223**
- common law* **18, 38, 97, 111, 127, 156, 235, 251**
- Compagnie des commissaires-priseurs de Paris **46**
- Companies House / Registrar* **52, 65, 67, 71, 91-94, 97, 102, 125, 129-131, 136-137, 144-145, 241-243, 246, 248, 253, 289**
- Company* **30, 31, 65, 90s., 92s., 97, 108, 125s., 135, 137, 228**
 - *articles of association* **87s., 89, 93, 243**
 - *chartered companies* **65s.**
 - *director* **90s.**
 - *faillite* **117s.**
 - *joint stock company* **92, 117, 135-136, 178, 182, 228, 247, 248**
 - *letters patent* **66s.**
 - *manager* **90, 221**
 - *members* **137-138**
 - *memorandum of association* **76, 93, 97**
 - *officer* **90, 92, 97, 138, 144, 221**
 - *public officer* **66**
 - *public company* **94, 103, 135**
 - *private company* **61, 94, 103**
 - *secretary* **90, 92s.**
 - *special Act* **65, 67, 68**
 - *Table A* **243**
- Convention EDH
 - art. 2 **28**
 - art. 8 **131s.**
 - protocole n°1 **77, 133**
- Cooper **237**
- Cujas et Favre **179**
- D**
- Davies, Edmund LJ **238**
- Deutscher Anwaltsverein* **213**
- Deutsch Reich / Reich allemand* **58, 60, 62, 81, 149, 150, 178, 182, 231, 257, 261**
- Digeste de Justinien **180, 254**
- directive société n°68/151/CEE codifiée par la directive n°2009/101/CE **53s.**
- Denning LJ **92, 220**
- Denman CJ **125**
- Dernburg **27, 29**
- Dewey **220**
- DuBois et Scott **19**

Ducolone **198**
Ducrocq **183**
Duguit **183**

E

eG **57, 110, 186, 229**
EG BGB (§10) **268**
EIRL **119, 124s., 287**
Eldon **100, 254**
Enneccerus et Nipperdey **191**
Equity **127, 235, 251**
Erzberger **114**
Etre moral nouveau **49, 50**
EURL / SARL unipersonnelle **74, 119, 124, 125, 199**

- associé unique **74**
- travaux parlementaires **74s.**

EWIV Voir Quasi-personne morale

F

Farwell J **241**
Feuerbach **149**
fiducie / trust **24, 123s., 234, 252, 253, 295**
Finlay J **146s.**
Fleury-Ravarin **50s.**
Flume, Werner **260**
fondation **23**
Fuzier-Herman **21**

G

GbR Voir quasi-personne morale
GenG **60**

- § 13 **57**

GEIE **206, 230**

- *EEIG* **228, 230**
- *EWIV Voir Quasi-personne morale*

GIE **205s., 230**

- Ordonnance du 23 sept. 1967 (art. 3) **205**

Gierke, Otto von **109, 110s., 180, 186s., 194, 210s., 213, 219, 224, 258s., 264, 267**
Gladstone **67**
GmbH **60, 78, 80, 81, 139, 207, 228, 232**

- acte notarié **63s.**
- *Einmann GmbH* **75**
- *Entstehung* **85s.**
- *Errichtung* **85s.**
- *Eintragung* **85s.**
- *Geschäftsführer / gérant* **78, 95**
- *Gesellschafter / associé* **85s.**

- *Gesellschaftsvertrag* **86**
- *Gründer / fondateur* **85s.**
- objet **108**

GmbH & Co. **78, 86, 192, 228, 264s.**
GmbHG **52, 58, 63, 73s.**

- §1 **73s.**
- §2 **63**
- §47 a.F. **139**

Gouzes **74, 76**
Grundgesetz (Art. 13) **128**

H

Haldane LC (Viscount) **148**
Halsbury LC **103**
Harris, Ron **19, 253**
Hauriou **187**
Hedemann **109**
Heise **15**
HGB **52, 58, 61, 64, 71, 196, 257, 260, 261, 262, 263, 264**

- §§105-160 **264, 268**
- §105 Abs. 2 **231**
- §122 **139**
- §161 **72, 232**
- §§ 161-229 **264**
- §161 Abs. 2
- §§238 ff. **140**
- §252 a.F. **213**
- §§262a ff. a.F. **139**
- §§264 ff. **140**

Hill, MD **183**
Hoelscher **27**
Hoffmann **148**
HRV (§3) **87, 264**

I

Ihering **109**
immatriculation **31, 39, 40, 41s., 42s., 44s., 53, 54, 55s., 83s., 89, 167, 198, 202s., 291**
indivision **23, 42, 44, 185, 202, 282s.**

J

James LJ **251, 255, 271**
Jenkins **222**
Jessel, M. R. **255**
JSCA 1844 **19, 52, 63, 67s., 117, 135, 136, 144, 145, 248**

- s. 2 **247**
- s. 3 **88**

- s. 35 **137**
 - s. 57 **144**
 - s. 58 **144**
- JSCA 1856* **97**

K

- KG Voir Quasi-personne morale*
KGaA **62s., 71-72, 262, 263s.**
 Klein, Franz **96, 134, 171, 211**
Körperschaften **22, 140, 189, 231, 258, 259, 260, 265, 289, 290, 296**

L

- Laski, Harold J. **216, 217s., 220, 224**
 Laurent **183**
 Le Douarec **202**
Lee v Lee's Air Farming Ltd (1960) **105**
Limited Partnership Voir quasi-personne morale
 Lindley **64, 253**
LLP **107, 131, 228, 246, 249, 274, 277, 279, 288s.**
LLPA 2000 **80, 107, 274**
 Loi sur les sociétés par actions du 24 juillet 1867
32, 49, 63, 197
 - art. 23 **72**
 - fin de la théorie de la concession **37, 182**
 Loi du 25 septembre 1919 **49s.**
 Loi du 24 juin 1921 **50s.**
 Loi Reynaud 1948 **114**
 Loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération (art. 1 et 20) **56**
 Loi du 24 juillet 1966 **49, 50, 52, 53, 57, 72, 195, 196s., 203, 204**
 - art. 1 **108**
 - art. 2 **200**
 - art. 5 **197, 198, 203**
 - art. 10 **26**
 - art. 34 **75**
 - art. 115 **200**
 - art. 390 **198**
 - art. 391 **199**
 - art. 419 à 422 **281s.**
 Loi du 29 novembre 1966 **57, 204s.**
 - art. 1 **204**
 - art. 6 **205**
 Loi du 4 janvier 1978 **39, 41, 50, 53, 55, 56, 77, 99, 101, 122, 195, 201s., 269, 280, 282**
 - art. 4 **40**
 - projet de loi et travaux parlementaires

201s.

- systématisation **203s.**
- Loi NRE 2001 **201**
 - art. 44 **40, 41, 55, 202, 290**
 Loi LME du 4 août 2008 **95, 114**
LPA 1907 **71, 119, 236, 241s., 253, 279**
 Lyon-Caen **122**

M

- Macaura v Northern Assurance Co Ltd (1925)* **125, 126s.**
 Macnaghten **104**
 Macnaghten J **130**
 Maitland **15, 97, 111, 142, 143, 216, 219, 224**
 Managérialisme **110, 216s., 220s.**
 - analyse **221**
 - critiques **221**
 - influence **222**
 Mann J **294**
 Marchand **157**
 Messmer **201**
 Michoud, Léon **26, 179, 187**

N

- Nasmith **146, 216**

O

- OHG Voir quasi-personne morale*
OwiG 1968 (§26) **153**
OwiG 1987 (§30) **153**
 - *Bußgeld / Geldbuße / amende administrative* **153, 154s., 164, 165, 171**

P

- PA 1890* **64, 80, 235, 236s., 239s.**
 - s. 1 **236**
 - s. 4 **236, 237**
 - s. 9 **253**
 - s. 24 **135**
 - s. 33 **256s.**
 - s. 46 **235***PartG Voir quasi-personne morale*
PartGG **61**
Partnership Voir quasi-personne morale
Personengesellschaften Voir quasi-personne morale
 Planiol **190**
 Pleven **201**
 Portalis **297**

Posner **295**
Pothier **254**
Pollock, Frederick **235**
propriété collective **185**

Q

Quasi-personne morale **70, 112, 114, 116, 119, 138, 153, 154, 159, 226s., 236, 242, 243, 245s., 247, 251, 253, 256, 258, 259, 260s., 264, 265, 270, 274s., 276, 278, 279, 281, 284, 286, 287, 288, 289, 290, 293, 294, 295, 296, 297, 298**

- Association non déclarée **229, 233, 266s.**
modalité d'affectation d'un legs **270**
- Association d'avocats **55, 156, 229, 233, 274s.**
AARPI **278, 279**
Associés **278**
Comparaison avec *PartG* allemande et *partnership* anglais **278s.**
Comparaison avec *LLP* anglais **277**
Société de personnes (fiscalité) **277**
- *Partnership* **228, 233s.**
dissolution **239s.**
Firm **135, 234, 236s., 240, 247, 249, 250s., 253, 284**
Partner **100, 119, 135, 240, 251, 253, 284**
Partnership property **234**
- *Limited partnership* **71, 119, 228, 233s.**
General partner **71, 239**
Limited partner **71, 241, 244, 253, 279, 289**
- *Personengesellschaften* **62, 70, 116, 138, 140, 189, 228, 231, 232, 233, 257s., 258, 262, 264, 265, 276, 289, 290, 295**
BGB-Gesellschaft / GbR **38, 56, 70, 100, 195, 228, 232, 267**
Außen-GbR **232, 289**
Grundtyp **228, 260**
Innen-GbR **297**
EWIV **61, 189, 229, 230s.**
KG **62, 86, 189, 264, 228, 262**
OHG **86, 228, 264, 268**
PartG **61, 229, 274, 278s.**
- *Société en participation des professions libérales* **229, 266, 280s.**

Queen v Arnaud (1846) **125s.**

R

RabgO, §357 **151s., 152**

Renaud, Achilles **262**
Renault **122**
Responsabilité civile des personnes morales **101**
Responsabilité pénale des personnes morales **142s.**

- *societas deliquere non potest* **145, 149, 155, 157, 163**
- hésitation en Allemagne **149s.**
- acceptation tardive en France **155s.**
- précurseur anglais **145s.**

Richter **112**

Rigby LJ **256s.**

Rudloff **156s.**

S

SA **33, 49, 76, 101, 230**

- autorisation gouvernementale **35, 37, 81, 181, 205**
- concession **36, 178, 181, 187**
- dénomination sociale **106**
- dirigeants
administrateur **95, 105s.**
conseil de surveillance **201**
directeur général **78, 200s.**
directoire **201**
président / P-DG **78, 200s.**
- nombre d'actionnaires **69, 72s., 76**
- personne morale **51, 280s.**
- société commerciale **36s., 197**
- société de personnes (régime fiscal) **114s.**

Saïlles, Raymond **187, 217, 267**

Salomon v A Salomon & Co Ltd (1897) **77, 103s., 107, 125, 126**

- faits **103**
- analyse **103s.**

Savigny, Friedrich Carl von **77, 109, 110, 179, 180, 184, 186, 194,**

SAS **76, 95, 189, 230**

- associé unique **73**
- capital social minimum **80**
- personnalité morale **189**
- pouvoir du dirigeant **95**
- président **73**
- société de personnes (régime fiscal) **114s.**
- société unipersonnelle **73, 200**

SARL **61, 81, 197, 229**

- capital social minimum **80**
- cumul contrat de travail et gérance **105**

- pouvoir du dirigeant **95**
 - société de personnes (régime fiscal) **114s.**
 - société unipersonnelle *Voir EURL*
 - SCE **61, 228, 229, 290, 293**
 - SE **61, 228, 230, 290, 293**
 - section syndicale **45, 46, 47s.**
 - SEL **72, 230, 273, 274, 277**
 - SELAFA **72**
 - SELAS **277**
 - siège social
 - en Allemagne **128s.**
 - en Angleterre **129s.**
 - en France **127s.**
 - *Gesellschaftsstatut* **129**
 - *Gründungstheorie* / siège social statutaire **113, 128, 129, 130, 137**
 - au niveau communautaire et européen **131s..**
 - *Sitztheorie* / siège social réel **128, 129**
 - Société civile **37s., 229**
 - personnalité morale légale **269, 290**
 - personnalité morale jurisprudentielle **268, 290**
 - pouvoir du dirigeant **95**
 - Société civile professionnelle **204s., 205**
 - Société de fait **156**
 - Société en commandite par actions **81, 230**
 - nombre minimum d'associés commandités **71**
 - nombre minimum d'associés commanditaires **71**
 - pouvoir du dirigeant **95**
 - Société en commandite simple **78, 229**
 - pouvoir du dirigeant **95**
 - Société / association en participation **36, 55s., 106, 156, 280s.**
 - exclusion jurisprudentielle de la personnalité morale **56, 104s.**
 - exclusion légale de la personnalité morale **56**
 - occulte **297**
 - ostensible **55, 281, 284**
 - Société en participation des professions libérales
Voir Quasi-personne morale
 - Société de participation financière de profession libérale **230**
 - Société en formation anglaise
 - *promoters* **30, 87s., 90**
 - *incorporation* **130, 177, 218, 219, 242, 243, 246, 273, 288**
 - Société en formation allemande
 - *Entstehung* **85, 86**
 - *Errichtung* **85, 86**
 - *Registereintragung* **85**
 - *Vorgesellschaft* **30, 85s.**
 - *Vorgründungsgesellschaft* **85s.**
 - Société en formation française **82s.**
 - Société en nom collectif **36, 51, 106, 117, 229, 234, 257, 281**
 - pouvoir du dirigeant **95**
 - poursuite des associés par les créanciers de la société **26**
 - Stoiber, Edmund **154**
 - StG **297**
- T**
- Théories de la personnalité morale **175s.**
 - but **191**
 - droit des entreprises **191s.**
 - fiction **176s.**
 - négation **190s.**
 - réalité **186s.**
 - Thomson **135**
- U**
- Unternehmen an sich* **206s.**
 - évolution :
 - Origine doctrinale **207s.**
 - Epoque République de Weimar **209s.**
 - Epoque Allemagne nazie **214s.**
 - Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale **215s.**
 - Ballerstedt, Kurt **215**
 - Bott-Bodenhausen, Manfred **210**
 - Delmont, Edmund **212**
 - Fehr, Hans **210**
 - Geiler, Karl **213**
 - Haussmann, Fritz **206, 207, 208s., 210, 212**
 - Hayum, Heinz **211**
 - Heiser, Hans **215**
 - Landsberger, Herbert **213**
 - Marx, Franz **211**
 - Matsuda, Firo **211, 213**
 - Netter, Oskar **211, 212**
 - Potthoff, Erich **215**

- Rathenau, Walther **206, 207s., 212, 213**
- Riechers, Arndt **206**
- Schäffle, Albert et Wagner, Adolph **209**
- Schlegelberger **211**
- Schmidts, Ludwig H. **213**
- Spengers, Oswald **210**
- Wiethöler, Rudolf **216**
- Zahn, Johannes CD **214**

Ultra vires rule **97s.**

V

Vareilles-Sommières **189**

Vedel **174**

Verein **194, 228, 267**

- *Grundtyp* **22, 228, 231, 232**

- *nichtwirtschaftlicher Verein* **22**
 - *wirtschaftlicher Verein* **22, 291**
- Voile social
- en France **222s.**
 - en Angleterre **68, 103, 104**
- Vorstand* **94, 95s., 110, 200, 210, 231**

W

Warren **107**

Windbichler, Christine **63**

Windscheid **180s., 186, 194**

Wirtschaftsstrafgesetz - WiStG 1949

- §23 **152**
- §24 **152**
- *Verbandgeldbuße* **152**

VU: le Président du jury

Monsieur Jean-Bernard BLAISE, Professeur émérite à Paris II

VU: Les membres du jury

Monsieur André CASTALDO

Professeur à l'Université de Paris II et Doyen honoraire de l'Université Paris XIII

Directeur de thèse

Monsieur René-Marie RAMPELBERG, Professeur émérite à Paris V

Madame Sophie SCHILLER, Professeur à Lille II

Monsieur Anthony CHAMBOREDON, Maître de conférences à Paris V

VU et permis d'imprimer: le Président de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Droit,
Économie et Sciences sociales

Louis VOGEL

Résumé

Depuis le XIXe siècle, la personnalité morale des sociétés en France, en Allemagne et en Angleterre est un thème polémique et dynamique.

La polémique née en Allemagne a reçu des échos en France et en Angleterre. Il existe sur ces territoires des sociétés sans personnalité morale et d'autres dotées de celle-ci. Aujourd'hui, les droits français, allemand et anglais des sociétés nécessitent toujours d'être comparés entre eux. Toutefois, les différents droits n'utilisent pas les mêmes critères pour déterminer si une société doit bénéficier ou non de la personnalité morale.

La dynamique exprimée dans l'existence des personnes morales sur ces territoires rend d'autant plus difficile aujourd'hui la détermination du critère adéquat. Simplement, en mettant en parallèle sur une longue période les trois droits, il semble qu'au moins deux tendances principales se dessinent en droit positif. D'une part, un dialogue permanent existe entre le législateur, la jurisprudence et la doctrine sur cette question. D'autre part, un nouveau type de sociétés révélé aux tiers appelé les « quasi-personnes morales » peut être mis en évidence.

La thèse se découpe alors en deux grands titres. Il est étudié dans le premier titre la création et la vie de la personnalité morale des sociétés en France, en Allemagne et en Angleterre, puis, en second titre, les limites de la personnalité morale des sociétés dans ces mêmes territoires.

Descripteurs : Personne morale – France – 1800-... ; Personne morale – Allemagne – 1800-... ; Personne morale – Angleterre (GB) – 1800-... ; Quasi-personne morale.

Title and Abstract :

The legal entities in France, Germany and England since the 19th century

Since the 19th Century in France, Germany and England the concept of a 'legal entity' has given rise to a polemic and dynamic discussion.

Born in Germany, this discussion has subsequently been exported, firstly to France and then to England. There are companies and partnerships in France, Germany and England. Using comparative corporate law presentation for those three countries is still very interesting. In fact, each country uses different criteria in order to distinguish between a legal entity and a partnership.

The dynamic of the effects of separate corporate personality in those three countries complicates the matter. Such a dynamic does not help to give a clear distinction between a corporate body and other bodies. However, the three Company Laws of France, Germany and England give two main ideas when we observe them for a long time. Firstly, the Statutes, the Case Law and the doctrine tried to have a clue for that distinction. Secondly, we may recognise a new type of entities named 'quasi-legal entities' and known by third parties.

The thesis divides in two main titles. The first title focuses on the constitution and the effects of a separate corporate personality in France, Germany and England. The second title concentrates on the limits between companies and partnerships in those countries.

Keywords : Legal entity – France – 1800-... ; Legal entity – Germany – 1800-... ; Legal entity – England (UK) – 1800-...; quasi-legal entity.