Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Liber amicorum Michel Coipel

Wéry, Patrick; Wynants, Paul; Poullet, Yves

Publication date:
2004

Link to publication

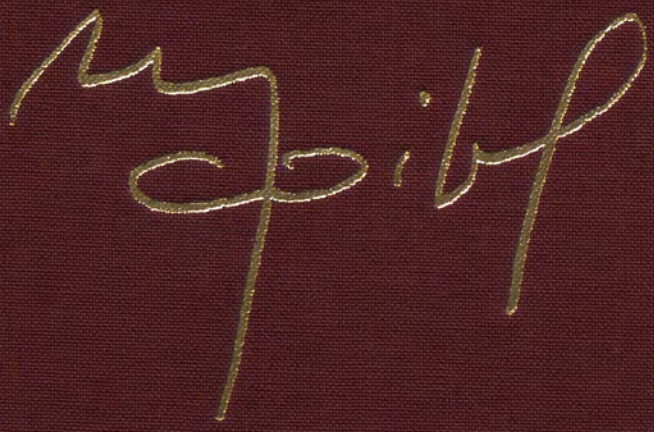
Citation for pulished version (HARVARD):
Wéry, P, Wynants, P & Poullet, Y 2004, *Liber amicorum Michel Coipel*. Kluwer, Bruxelles.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 03. Jul. 2025



LIBER AMICORUM MICHEL COIPEL

DROIT FISCAL
VOCABULAIRE JURIDIQUE
GUIDE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE
GUIDE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE
GUIDE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

Liber Amicorum

MICHEL COIPEL

Sous la coordination de

Yves POULLET

Patrick WÉRY

Paul WYNANTS

éditions kluwer

VTLS 20001192

Secrétariat d'édition, Nelly Somme-Marchal

Citation recommandée : *Liber Amicorum Michel Coipel*

D 2004 8868 265
ISBN 90 5938 376 1

© 2004 Wolters Kluwer Belgique
Hormis les exceptions expressément fixées par la loi, aucun extrait de cette publication ne peut être reproduit, introduit dans un fichier de données automatisé, ni diffusé, sous quelque forme que ce soit, sans l'autorisation expresse et préalable et écrite de l'éditeur.

Editeur responsable: Daniel Lefebvre
Avenue Louise 326 Boîte 56
B-1050 Bruxelles

COMITÉ ORGANISATEUR

- Yves POULLET, Doyen de la Faculté de Droit des FUNDP de Namur
- Paul WYNANTS, Doyen de la Faculté des Sciences économiques, sociales et de gestion des FUNDP de Namur
- Patrick WÉRY, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain

Les membres du comité organisateur remercient Madame Nelly SOMME-MARCHAL, qui a assumé avec compétence le secrétariat du présent ouvrage, ainsi que le professeur Stéphane GILCART, pour l'aide qu'il a apportée à la relecture des différentes contributions. Toute leur gratitude va aussi à Madame Valérie HERMAN, gestionnaire de publications des Editions KLUWER, en charge du Liber Amicorum.

Michel Coipel : sa biographie

Un hommage à un juriste d'exception

Stéphane GILCART
Chargé de cours à la Faculté des Sciences économiques,
sociales et de gestion des FUNDP

La vie et la carrière du Professeur Michel Coipel sont indissociables de deux villes universitaires.

Liège, tout d'abord, qui le voit naître, pendant la Libération, le 7 septembre 1944. Après de brillantes études secondaires, il s'inscrit à la Faculté de droit et s'y familiarise très tôt avec la pédagogie en devenant élève-assistant du Professeur Claude Renard pour le cours d'« *Encyclopédie du droit* ». Proclamé docteur en droit, avec la plus grande distinction, en 1967, il exerce la fonction d'assistant à la Faculté de droit de Liège de 1967 à 1968, puis d'octobre 1970 à février 1971, après un intermède, en cette même qualité, à la Faculté de droit de Lubumbashi (1968-1970).

Namur devient ensuite son port d'attache. Il s'établit dans la proche banlieue, à Bois-de-Villers, en compagnie de son épouse Danièle et d'une famille qui s'agrandira au fil des années pour compter quatre filles et un fils.

Son parcours professionnel témoigne d'une indéfectible fidélité aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix.

À la Faculté des sciences économiques et sociales, où il entre en février 1971 et où il sera successivement chargé de cours, puis professeur ordinaire, avant d'en assumer le décanat de septembre 1988 à septembre 1992.

Au gré de ses divers enseignements (Introduction générale au droit, droit privé de l'économie, droit des contrats et des sociétés, droit de la coopération internationale des entreprises), il formera, avec passion et conviction, nombre d'étudiants de candidature et de maîtrise, aux subtilités du savoir juridique, leur en faisant découvrir l'indéniable complémentarité avec l'économie et la gestion, et suscitant, chez certains, un intérêt accru qu'ils concrétiseront par le choix du « module droit » – concept dont Michel Coipel fut le promoteur –

regroupant plusieurs cours de nature juridique, ou à l'occasion de leur mémoire de fin d'études.

En 1996, Michel Coipel accepte de relever un nouveau défi et d'ajouter à un emploi du temps déjà bien rempli une nouvelle charge d'enseignement, à la Faculté de droit, cette fois : le cours de « sources et méthodologie du droit ».

Telles sont les lignes de force du cursus académique de ce juriste d'exception auquel ses amis rendent aujourd'hui hommage.

Des plumes averties[1] dépeindront, par ailleurs, les vertus pédagogiques et les qualités humaines d'un professeur respecté et admiré et d'un collègue estimé.

Pour ma part, je m'attacherai, pour démontrer que l'honneur qui lui est rendu est loin d'être usurpé, à l'œuvre scientifique de Michel Coipel. Ma démarche pourrait s'intituler « Michel Coipel par le texte » car je céderai, le plus souvent, la parole à l'intéressé lui-même.

L'exercice est certes un plaisir, parce qu'il est toujours agréable de citer les bons auteurs, mais il est aussi redoutable, s'apparentant presque à une gageure, tant la production se révèle abondante et diversifiée.

L'œuvre de Michel Coipel s'articule autour de trois thèmes majeurs qui justifient, pour l'essentiel, la répartition des contributions dans le présent ouvrage : *les sources et la méthodologie du droit ; le droit des obligations et des contrats ; les personnes morales.*

Encore cette présentation est-elle quelque peu artificielle car, pour notre auteur, la recherche approfondie des sources et l'utilisation d'une méthode d'interprétation efficace sont les outils indispensables pour l'analyse des règles de fond, tant en droit des contrats qu'en droit des groupements, ces deux matières participant d'ailleurs d'une même mouvance, où le droit commercial rejoint sa source première, le droit civil.

Ce qu'il est convenu d'appeler « la méthode Coipel » ne s'illustre pas seulement dans les auditoires, pour le grand bonheur des étudiants, elle s'exprime également au travers de ses écrits.

S'y dévoile une technique d'analyse alliant à la recherche du sens et de la finalité du texte une mise en parallèle des hypothèses auxquelles ce texte est susceptible

1. Voy., à ce propos, les portraits de Michel COIPEL par Marie Amélie DELVAUX, Jean DONNAY et Charles JAUMOTTE dans ce même ouvrage.

de s'appliquer, dans un souci, double mais non contradictoire, d'approfondissement d'une notion et d'élargissement de ses perspectives.

Le premier volet de la technique, celui de la recherche du sens véritable, traduit sans conteste l'influence de Claude Renard.

Comme Michel Coipel l'écrit en 1985, « *la solution qui se réfère à la volonté ultime du législateur a ma préférence. Ce choix est d'abord affaire de formation et de tempérament.*

L'enseignement que j'ai reçu à l'Université de Liège (...) et, particulièrement, celui de ce maître tant regretté que fut Claude Renard, a généralement privilégié une étude téléologique du droit : mise en évidence de la ratio legis *des textes, des objectifs du législateur. Cette formation – que d'aucuns jugent parfois trop théorique – visait autant à inculquer aux étudiants l'esprit des lois que la pure technique à des fins professionnelles immédiates : je m'en félicite quotidiennement.*

Côté tempérament, je confesse une répulsion instinctive et viscérale à l'observation de règles – de droit étatique ou, sur un autre plan, de morale religieuse – non éclairées par leur signification profonde. Tout cela prédispose à sacrifier, si nécessaire, la lettre des textes à leur esprit. »[2]

Sa seconde source d'inspiration, celle d'une étude transversale d'institutions différentes au travers d'un thème commun, Michel Coipel la trouve chez le Professeur Jan Ronse lequel, mettant son extraordinaire connaissance du droit civil au service du droit des sociétés, lui léguera un instrument d'analyse particulièrement original et performant : la méthode horizontale.

« *Cette démarche*, écrit Michel Coipel, *consiste à envisager des questions communes à un ensemble donné de groupements plutôt qu'à étudier chacun de ceux-ci séparément. Le périmètre retenu pour appliquer la méthode peut être plus ou moins étendu. Il peut s'agir de l'ensemble des groupements en droit privé ou de sous-ensembles comme les sociétés ou les sociétés à responsabilité limitée ou encore les trois formes régies ... par loi du 27 juin 1921 (ASBL, AISBL et fondations)* »[3].

Ce travail, fondé à la fois sur l'approfondissement des notions et l'élargissement du prisme de l'interprétation, porte ses fruits : Michel Coipel n'hésite pas à réinterpréter et à offrir un regard nouveau sur des concepts fondamentaux tels que l'engagement par volonté unilatérale, la collaboration égalitaire caractéris-

2. M. Coipel, « Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés et de la commercialité », p. 161, n° 165
3. M. Coipel, « Unité et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé », p. 23, n° 12.

tique de la société, la typologie des sociétés selon leur forme, leur nature ou leur objet, le but de lucre ... Il décloisonne, il réorganise, soulignant au passage, bien avant le législateur, que le groupement d'intérêt économique est une société et démontrant que le cloisonnement entre la société et l'association, fût-il qualifié de « *summa divisio* », ne résiste pas à la nouvelle conception du lucre sociétaire et à l'avènement de la société à finalité sociale. Au grand dam de certains, il prétend même – suprême hérésie, mais la réalité lui donnera raison – que la société anonyme, refuge du capitalisme, peut servir de véhicule aux activités marchandes de l'économie sociale.

Si la méthode horizontale qu'il applique avec assiduité lui fournit l'occasion d'identifier les obscurités et les lacunes d'un texte, parfois par la mise en évidence d'une disparité entre ses versions linguistiques, les publications de Michel Coipel attestent, en même temps, la volonté de l'auteur de secourir le législateur et les interprètes du texte en leur proposant une série de remèdes *de lege lata* ou en suggérant une liste de réformes *de lege ferenda*, dont certaines ont reçu une éclatante concrétisation parlementaire.

De même, après avoir identifié un problème (celui des ASBL faussement qualifiées ou faussement utilisées, par exemple), il ne laisse pas ses lecteurs dans le doute ou l'expectative, mais tire les conclusions des solutions qu'il préconise en termes de requalification et de sanctions possibles, leur proposant ainsi un panel d'hypothèses où ces solutions pourraient trouver application, illustrant le principe, qu'il affectionne, selon lequel l'analyse juridique se veut a-probabiliste et doit tenter, dans la mesure du possible, de rencontrer toutes les éventualités de la pratique.

Michel Coipel met son talent de chercheur et exploite la richesse de sa méthode dans le domaine du droit des obligations et des contrats et dans celui du droit des groupements.

En droit des contrats, son ouvrage « *Eléments de théorie générale des contrats* », élémentaire au sens noble du terme en ce qu'il rend accessibles à un vaste public les thèmes de la formation, des effets et de l'inexécution du contrat, retient en particulier l'attention par sa quatrième partie où sont exposés, de manière claire et pédagogique, les moyens d'action du créancier et les moyens de défense et les réponses du débiteur en cas d'inexécution du contrat, ainsi que les principales clauses liées aux conséquences de l'inexécution du contrat, dont la validité est examinée tant au regard du droit commun que de la réglementation particulière relative à la protection du consommateur.

Réminiscence sans doute de son intérêt pour l'adage « *Nul n'est censé ignorer la loi* », il écrit une contribution sur « *l'erreur de droit inexcusable* » qui, en 1978,

lui vaut, pour la première fois, l'honneur d'une publication à la *Revue critique de jurisprudence belge*.

Hostile au cloisonnement des matières et estimant que le droit commercial s'inscrit dans la lignée du droit civil et prend appui sur les règles civiles des obligations et des contrats, il s'attache à démontrer l'implication des notions de droit civil en droit des sociétés.

Adepte d'une vision contractuelle de la société, il a ainsi envisagé la dissolution de la société sous l'angle de l'extinction de la chose et, plus récemment, souligné l'importance de la contractualisation des causes de dissolution des sociétés.

De même, reprenant un sujet qui lui tient à cœur, la théorie de l'engagement par volonté unilatérale, il a, à l'occasion de *Mélanges* offerts au Professeur Van Ommeslaghe, démontré l'intérêt particulier de cette théorie en droit des sociétés.

Comment, enfin, ne pas mentionner le triptyque de la société léonine où l'auteur confronte les opérations de portage d'actions à une interprétation audacieuse de l'ancien article 1855 du Code civil (actuel article 32 du Code des sociétés), disposition qu'il considère comme une anticipation de la théorie civiliste de la lésion qualifiée.

C'est cependant dans le domaine des personnes morales et des groupements que la production scientifique du jubilaire se révèle la plus prolifique.

Deux ouvrages, publiés dans la collection du *Répertoire notarial*, se détachent du lot.

Les « *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales* » sont un modèle du genre et servent encore, plus de deux décennies après leur parution, de référence incontournable à nombre de chercheurs et de praticiens du droit des sociétés.

Quant aux fondateurs et gérants de SPRL, ils trouvent, dans son traité sur « *Les sociétés privées à responsabilité limitée* » – dont l'actualisation constitue, aux dires de l'intéressé lui-même, son prochain devoir de vacances de jeune retraité – les clés indispensables pour comprendre la constitution et le fonctionnement de ce type de société particulièrement répandu.

De nombreux articles, notes ou commentaires d'arrêts émaillent la bibliographie de Michel Coipel en droit des sociétés.

Les thèmes étudiés touchent aux notions les plus fondamentales.

Évoquant la typologie des sociétés, il invite à réduire la diversité des types de sociétes. Faut-il trois types de sociétés contractuelles sans personnalité morale, alors que les actuelles société momentanée et société interne peuvent se fondre dans la structure de la société de droit commun (l'ancienne société du Code civil) qui peut avoir une nature civile ou commerciale ? Quelle est l'utilité de la société agricole et du groupement d'intérêt économique dont l'apparition relève, selon lui, d'un malentendu ?

En sens inverse, ne convient-il pas de valoriser l'usage des sociétés unipersonnelles en autorisant les SA unipersonnelles, surmontant ainsi les inconvénients d'une pratique teintée d'hypocrisie selon laquelle, dans les groupes de sociétés, pour constituer des filiales à 100% sous forme de SA, il faut, note-t-il avec humour, faire intervenir un « *bloempot* » ?

En 1995, à l'occasion de la loi de réparation instaurant un nouveau régime de l'acquisition de la personnalité morale, il se réjouit de la disparition de la célèbre théorie des cadres légaux obligatoires et de son encombrant avatar : les sociétés en nom collectif irrégulières et préconise que, désormais, la société créée de fait à objet commercial emprunte le manteau de la société du Code civil, échappant ainsi à une personnalité morale imposée[4].

L'apport de Michel Coipel est également sensible lorsque l'on évoque la théorie de l'organe dont il a montré les limites au regard de la responsabilité civile et pénale, invitant à un réexamen complet des modalités de représentation de la personne morale.

Il saisit également l'opportunité de la création, en 1987, de la SPRL unipersonnelle pour analyser, entre autres, le problème crucial des conflits entre l'intérêt personnel de l'associé unique et l'intérêt social. À cette occasion, il suggère une distinction, à laquelle adhéreront plusieurs auteurs en doctrine, entre le conflit frontal (l'administrateur/gérant et la société étant parties à une même opération) et le conflit latéral (les intérêts de l'administrateur/gérant, d'une part, et ceux de la société, d'autre part, sont concurrents dans une opération à conclure avec un tiers).

Prenant appui sur la réalité sociale et le rôle actif qu'y jouent certaines entités dépourvues de la personnalité morale, il n'hésite pas à prôner la reconnaissance d'une capacité limitée et l'attribution ponctuelle de certains droits (le droit à la dénomination, par exemple) à semblables entités.

4. À la même époque, Michel Coipel, manifestant son intérêt pour la structuration des articles 1832 et suivants du Code civil, s'interroge sur la manière de dénouer l'écheveau de ces dispositions qui traitent, tout à la fois, du contrat de société, d'un type de société dit « du Code civil » et des dispositions communes applicables à l'ensemble des sociétés.

Last but not least, le nom de Michel Coipel est, comme beaucoup le savent, attaché à la création et à la familiarisation du grand public avec la société à finalité sociale, instrument au service de l'économie sociale et qui, comme il aime à le rappeler, n'est pas une nouvelle forme de société mais une variante offerte à des formes sociétaires existantes.

De la société à finalité sociale à l'association, il n'y a qu'un pas ...

Que Michel Coipel franchit allègrement, démontant, année après année, article après article, le casse-tête de la définition légale et les éléments caractéristiques de l'ASBL, parent pauvre des cours de droit consacrés aux groupements. Défenseur et conseiller écouté du monde associatif, il passera au crible toutes les associations, les vraies comme les fausses, celles qui sont faussement qualifiées ou mal utilisées, celles qui effectuent des activités commerciales, au risque de subir les foudres du droit de la faillite. Il en déduit la nécessité d'une définition du contrat d'association et incline au rapprochement de l'association et de la société.

Au contact de l'ensemble de l'œuvre publiée de Michel Coipel, le lecteur qui, comme moi, s'y est plongé, en ressort impressionné et, à l'instar de la société naguère, « *dans tous ses états* ».

Le tout est servi par un style clair et précis, agrémenté de traits d'humour[5] voire d'ironie[6], et où les images foisonnent.

La métaphore ou l'allégorie se veulent tour à tour, œnologique (« *Les sociétés à finalité sociale : du vin nouveau dans de vieilles outres* » ; *la société à finalité sociale est « une appellation contrôlée* »), horticole ou zoologique (« *Jean Scalais tirait sa révérence en secouant une dernière fois le cocotier du droit des sociétés. Plusieurs spécialistes de la matière sont encore étourdis par les noix tombées sur leur matière grise* »[7] ; la société à finalité sociale ... « *étrange créature que la loi du 13 avril 1995 a introduite dans le jardin extraordinaire du droit des sociétés* »[8]), médicale (*« un remède de cheval : la suppression pure et simple de l'ASBL* »), mythologique (« *la société coopérative, une société Janus* »), funéraire (« *l'enterrement des SNC irrégulières* »), poétique (évoquant la dissolution des socié-

5. Ainsi, à propos du changement d'appellation et d'abréviation de l'une des variantes de la coopérative, « on comprend moins le remplacement de S.C.R.I.S. par S.C.R.I. ; s'agit-il d'une participation aux campagnes contre le bruit ? » (M. A. DELVAUX et M. COIPEL, « Le Code des sociétés », *J.T.*, 2000, p. 551).
6. « *Crise des vocations oblige, les congrégations religieuses ont cessé de pulluler. Désormais, la mainmorte ne se loge plus dans les couvents mais peut-être dans les puissantes sociétés multinationales qui organisent des circuits financiers par dessus la tête des Etats* » (M. COIPEL, « Pour une nouvelle étape de la distinction entre association et société », p. 559, n° 15).
7. M. COIPEL, « La société dans tous ses états », p. 54, n° 1.
8. *Idem*, p. 116, n° 54.

tés : « *il reste à espérer que la Cendrillon du droit des sociétés trouvera sur sa route des princes charmants qui sauront la parer de nouveaux atours ...* »[9]), religieuse (l'associé unique, gérant de la SPRLU, ... « *un nouveau mystère de la trinité ...* »[10]), ...

J'en passe ... et des meilleures !

Chez Michel Coipel, le style fleuri ne le cède en rien à la structuration logique et rigoureuse du propos. Il le subdivise en catégories qu'il nomme clairement, afin de le rendre intelligible au lecteur[11].

Ce passionné de musique – la création littéraire ne se conçoit pas, pour lui, sans fond musical – aux goûts éclectiques (classique, bel canto, jazz) n'a-t-il pas conçu l'un de ces textes, à l'ampleur, il est vrai, toute wagnérienne (plus de cent cinquante pages) sur le modèle d'un opéra du maître de Bayreuth : l'introduction devient l'« *ouverture* », suivie d'un « *prologue* » et de deux parties intitulées « *Acte I ;* » et « *Acte II* » précédant eux-mêmes le « *final* » (... la conclusion).

Entre le passé et la modernité, il ne tranche pas. Au premier, il se réfère, investiguant les textes « *classiques* » de Pothier et de Troplong et réinterprétant le sens de l'Ordonnance française de 1673 sur le Commerce, pour démontrer l'inutilité du renvoi au régime de responsabilité des associés d'une société en nom collectif pour appréhender la situation d'une société créée de fait à objet commercial et faisant usage – le terme est, à présent, suranné – d'une raison sociale (art. 2, § 4, al. 2, C. soc. – art. 2, al. 3, L.C.S.C.).

Cependant, il concède que « lorsque les traditions se dessèchent par la disparition de leur raison d'être, il vaut mieux s'en détacher »[12], pour justifier une nouvelle définition de la société, débarrassée de tout but de lucre.

Ce fin juriste n'oublie pas davantage que, pendant de longues années, son entourage professionnel immédiat a été composé d'économistes.

Féru de littérature anglo-saxonne, dont il apprécie les intrigues policières et judiciaires, il fait état, dans ses écrits comme dans son cours de « *coopération*

9. M. Coipel, « La contractualisation des causes de dissolution des sociétés », p. 168, n° 33.
10. M. Coipel, « Introduction à l'étude de la loi du 14 juillet 1987 », p. 72, n° 142.
11. Voy., pour des exemples récents, « Unité et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé », où, pour démontrer les principales manifestations d'unité entre les différentes formes de groupements, il distingue les règles applicables en « formes matrices », « dispositions communes », « dispositions parallèles » et « dispositions modèles » (pp. 7-13, n^{os} 3-7).
12. M. Coipel, « Pour une nouvelle étape dans la distinction entre association et société », p. 561, n° 19.

internationale des entreprises », d'un intérêt croissant pour la « *law and economics* », comme le reflètent le fréquent usage du vocabulaire économique (« l'atomisation du droit des sociétés ; la « *race to the bottom* », liée à la création de la société européenne) ou le choix des sujets traités. Ainsi, trouve-t-on, à l'entame de ses « *Eléments de théorie générale des contrats* », une étude de la conception libérale du droit des contrats et de ses correctifs, où s'apprécient l'utile et le juste.

De même, « *le droit de propriété des associés dans les sociétés dotées de la personnalité morale* » ne se conçoit pas en dehors d'une approche économique de la propriété et de la copropriété et du sens de l'entreprise.

Tel est l'homme, telle est l'œuvre ...

Il me reste à en apprécier l'influence.

À coup sûr, cette influence est considérable.

Sur le *législateur*, tout d'abord, qui a souvent tiré profit de ses nombreuses propositions *de lege ferenda*. Ainsi peut-on lire, dans la loi du 2 mai 2002 réformant le régime des ASBL et les fondations, la trace de propositions formulées par Michel Coipel au milieu des années quatre-vingts.

De même, en 1992, il élabore une « suggestion de loi en vue de mettre fin à l'acquisition obligatoire de la personnalité morale par les sociétés à objet commercial ». On sait ce qu'il en est advenu, quelques années plus tard.

Pour les *magistrats*, la consultation des écrits de Michel Coipel constitue une source inépuisable d'informations et l'on ne compte plus les décisions qui, en jurisprudence, s'y réfèrent.

Magistrat lui-même à ses heures (il fut, de 1980 à 1989, juge suppléant au tribunal de commerce de Marche-en-Famenne), il est notamment l'auteur d'un jugement original et longtemps demeuré unique, où il se prononce en faveur du caractère résolutoire de la condition affectant l'engagement du promoteur d'une société en formation[13]. Son opinion a depuis lors été entérinée par la Cour de Cassation[14] et par l'article 60 du nouveau Code des sociétés.

À la *doctrine*, il lègue, bien entendu, ses nombreuses publications.

13. Comm. Marche-en-Famenne, 16 nov. 1981, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 157, obs. J. 't KINT, *R.R.D.*, 1982, p. 33 ; *J.D.S.C.*, 1ère édition, 1999, n° 20, obs. S. GILCART.
14. Cass., 14 sept. 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 804, *R.D.C.*, 2001, p. 717, note S. GILCART ; *Rev. not. belge*, 2001, p. 680, obs. J. SACE ; *T.R.V.*, 2001, p. 90, note R. TAS.

Membre et animateur de multiples associations ou revues scientifiques, belges et étrangères, il est également rédacteur en chef et directeur d'ouvrages collectifs où la réflexion théorique ne nuit en rien à l'intérêt pratique : le *Guide juridique de l'entreprise*, le *Droit des sociétés commerciales* et, depuis 1999, un « *Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales* » (*J.D.S.C.*) qui offre une synthèse commentée, en langue française, de la jurisprudence belge (et parfois de quelques décisions étrangères) publiée, en droit des sociétés, au cours de l'année écoulée.

Soucieux de la *pratique*, il a, lors des grandes réformes législatives des vingt dernières années (SPRLU, société coopérative, loi de réparation, Code des sociétés, réforme des ASBL et des fondations) répondu, à l'occasion de colloques, de recyclages et de journées d'information, aux questions des notaires, des acteurs de l'économie sociale, des milieux associatifs, ...

Je me fais enfin l'interprète de tous les *chercheurs et assistants* qui, dans leurs travaux, pour leurs publications et le suivi de leur thèse doctorale, ont bénéficié de sa bienveillante attention et tiré profit de dialogues constructifs.

Pour tout cela, pour ses qualités scientifiques, pédagogiques et humaines, Michel Coipel mérite l'hommage que lui rendent à présent ses amis.

Ceux-ci lui souhaitent une heureuse retraite qu'il saura, n'en doutons pas, partager entre l'écriture et les joies familiales, tantôt à Bois-de-Villers, tantôt au cœur des vignes du Médoc.

Félicitations, Monsieur le Professeur, Merci, cher Michel.

Michel Coipel : sa bibliographie

Publications

1. Livres

Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales, *Rép. not.*, T.XII, L.II, 1ère partie, Bruxelles, Larcier, 1982, 302 p.

La société privée à responsabilité limitée, *Rép. not.*, T. XII, L.IV et comme ouvrage séparé, Bruxelles, Larcier, 1993, 293 p.

Les sociétés privées à responsabilité limitée, 2e édition, *Rép. not.*, T. XII, L.IV et comme ouvrage séparé, Bruxelles, Larcier, 1997, 367 p.

Eléments de théorie générale des contrats, préface de P. VAN OMMESLAGHE, Collection « A la rencontre du droit », Diegem, Kluwer éditions juridiques Belgique et E. Story-Scientia, 1999, 205 p.

2. Contributions à des ouvrages collectifs

« Quelques réflexions sur la réforme des études de droit » in *La réforme des études de droit. Bilan et perspectives* Faculté de Droit-Namur, 1977, pp. 99-106.

« Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges » in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. XXXI, Paris, Economica, 1980, pp. 29-42.

« La signification de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi », in *Cahiers de la Faculté des Sciences Économiques et Sociales de Namur*, volume 47, 1982, pp. 1-32.

« Le rôle de la pratique dans la formation du droit en droit commercial et économique », en collaboration avec Yves POULLET, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. XXXIV, Paris, Economica, 1983, pp. 181-204.

« Introduction aux concepts juridiques » en collaboration avec Yves POULLET,

in *Le droit des contrats informatiques*, Bruxelles, Larcier et Namur, Société d'études morales, sociales et juridiques, 1983, pp. 29-118.

« Les clauses relatives à la responsabilité contractuelle », en collaboration avec Bernard HANOTIAU et Yves POULLET, in *Le droit des contrats informatiques*, Bruxelles-Namur, Larcier-Société d'études morales, sociales et juridiques, Namur, 1983, pp. 282-335.

« L'aspect moral des lettres de patronage » in *Les lettres de patronage*, Paris-Namur, FEDUCI-Travaux de la Faculté de Droit de Namur, n° 16, Société d'études morales sociales et juridiques, pp. 23-38.

« Les lettres de patronage font-elles naître un droit propre au profit de la filiale ? », en collaboration avec Yves POULLET, in *Les lettres de patronage*, Paris-Namur, FEDUCI-Travaux de la Faculté de Droit de Namur, n° 16, Société d'études morales sociales et juridiques, pp. 163-170.

« Lettres de patronage et droit des sociétés » in *Les lettres de patronage*, Paris-Namur, FEDUCI-Travaux de la Faculté de Droit de Namur, n° 16, Société d'études morales sociales et juridiques, pp. 199-266.

« Le rôle économique des A.S.B.L .au regard du droit des sociétés et de la commercialité », in *Les A.S.B.L.-Evaluation critique d'un succès*, XXXVII[e] Séminaire de la C.D.V.A.-Liège, Gand, E. Story-Scientia, 1985, pp. 93-248.

« Méthode horizontale et nouveau paradigme dans les personnes morales de droit privé » in *Liber Amicorum Jan RONSE*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, pp. 195-217.

« Introduction à la loi du 14 juillet 1987 » in *La S.P.R.L. unipersonnelle*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 3-89.

« Les freins dans l'accès à la S.P.R.L. unipersonnelle » in *La S.P.R.L. unipersonnelle,* Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 93-125.

« Le problème crucial des conflits entre l'intérêt personnel de l'associé unique et l'intérêt social » in *La S.P.R.L. unipersonnelle*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 185-218.

« Le fonctionnement de la S.P.R.L. unipersonnelle », en collaboration avec Hubert MICHEL in *La S.P.R.L. unipersonnelle*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 221-285.

« Evolution du paysage des personnes morales de droit privé » in *Chroniques à l'usage du Palais*, T.VII, Le droit des sociétés, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, pp. 1-78.

« La réforme de la société coopérative », in *Réforme du droit des sociétés*, Collection Patrimoine, vol. XIV, Bruxelles-Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 1992, pp. 19-44.

« Suggestion de loi en vue de mettre fin à l'acquisition obligatoire de la personnalité morale par les sociétés à objet commercial », in *Mélanges de suggestions de loi en hommage à Pierre HARMEL*, Faculté de Droit de Liège, 1992, pp. 47-57.

« Le choix de la forme juridique », in *Guide Juridique de l'entreprise*, 2e édition, L. 11, Bruxelles, Editions Kluwer, 1996, pp. 1-61.

« Le droit de propriété des associés dans les sociétés dotées de la personnalité morale » in *Eigendom-Propriété*, U.F.S.I.A.-Faculté de Droit de Namur, Bruges, La Charte, 1996, pp. 35-66.

« Les sociétés à finalité sociale » in *Pratique notariale et réforme du droit des sociétés*, Collection Patrimoine, vol. XX, Bruxelles-Louvain-la-Neuve, Bruylant-Académia, 1996, pp. 33-62.

« Théorie générale des contrats », vol. 1 et 2, in *Guide Juridique de l'entreprise*, 2e édition, L.29 et 30, Bruxelles, Editions Kluwer, 1996, pp.1-60 et pp. 1-58.

« La S.P.R.L.U. et les sociétés à finalité sociale » », in *Guide Juridique de l'entreprise, 2e édition*, L. 11*bis*, Bruxelles, Editions Kluwer, 1997, pp. 1-55.

« La société dans tous ses états », in *Le droit des sociétés. Aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 51-116.

« Théorie générale des contrats », vol. 3, in *Guide Juridique de l'entreprise*, 2e édition, L. 31.1, Bruxelles, Editions Kluwer, 1999, pp. 1-68.

« La contractualisation des causes de dissolution des sociétés », in *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 147-168.

« La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 21-51.

« Pour une nouvelle étape dans la distinction entre association et société », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 549-562.

« Introduction au droit des sociétés et autres groupements », in *Guide Juridique de l'entreprise*, 2e édition, L. 11.1, Bruxelles, Editions Kluwer, 2002, pp. 1-93.

« Unité et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé », in *Le nouveau droit des ASBL et des fondations*, Collection du Centre d'études Jean RENAULD, vol. 9, Bruxelles-Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2002, pp. 5-37.

Articles et notes

« Le divorce d'époux de nationalité différente en droit international privé congolais », *Revue juridique du Congo*, 1970, pp. 105-119.

« Répertoire de droit international privé zaïrois : 1890-1970 », *Revue juridique du Zaïre*, 1972, pp. 82-104.

Note sous Cass., 10 avril 1975, « L'erreur de droit inexcusable », *R.C.J.B.*, 1978, pp. 198-219.

Note sous Cass., 20 avril 1978, « Réticence ou fausse déclaration en assurance », *R.R.D.*, 1978, pp. 631-640.

Note sous J.P. Namur, 28 oct. 1977, « Abus de droit et résiliation du bail », *R.R.D.*, 1978, pp. 417-422.

Note sous J.P. Namur, 2 mars 1976, *R.R.D.*, 1979, pp. 917-918.

Note sous Civ. Charleroi, 1er févr. 1979, *R.R.D.*, 1979, pp 837-838.

Note sous Trib. Travail Namur, 4 sept. 1978, *R.R.D.*, 1979, pp. 770-776.

« Quelques réflexions sur le titre 1 du Livre 5 du projet de Code civil », *Thémis*, Université de Montréal, 1980, pp. 435-452.

Note sous Cass., 18 déc. 1974, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *R.C.J.B.*, 1980, pp. 65-92.

Note sous Civ. Tournai, 27 févr. 1980, *R.R.D.*, 1980, pp. 224-226.

Note sous Civ. Namur, 25 juin 1980, « Le décès d'abeilles pulvérisées et les troubles du voisinage », *R.R.D.*, 1981, pp. 41-43.

« L'extension de la faillite au maître de l'affaire », Groupe d'échange d'expériences en matière juridique, U.P.E.A., 11 mai 1982, 13 p.

Note sous Comm. Charleroi, 9 mars 1983, *R.R.D.*, 1983, pp. 228-233.

Note sous Bruxelles, 16 mai 1984, « Le déguisement d'une société commerciale en A.S.B.L. », *J.T.*, 1985, pp. 393-396.

Note sous Bruxelles, 3 déc. 1986, « Réflexions sur le portage d'actions au regard de l'article 1855 du Code civil-Le porteur et le lion », *R.C.J.B.*, 1989, pp. 553-587.

« La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », *Thémis*, Université de Montréal, 1990, pp. 487-494.

Note sous Civ. Liège, 17 janv. 1990, « De la qualification correcte et de l'existence d'une personne morale de droit privé », *J.L.M.B.*, 1990, pp. 1505-1512.

« La nature du groupement d'intérêt économique », *La vie judiciaire*, Paris, 1991, p. 1 et p. 13.

« Quelques réflexions sur l'exercice de la fonction notariale en société », *Rev. not. belge*, 1992, pp. 278-292.

Note sous Cass., 21 sept. 1989, « Réflexions sur la dissolution d'une société pour extinction de la chose et le pouvoir de déposer une requête en concordat par abandon d'actif », *R.C.J.B.*, 1993, pp. 5-48.

« Encore l'article 1855, alinéa 2 du Code civil : réflexions additionnelles en faveur d'une interprétation renouvelée d'un texte controversé », *R.C.J.B.*, 1995, pp. 132-149.

« Les sociétés à finalité sociale : du vin nouveau dans de vieilles outres », *Reflets et perspectives de la vie économique et sociale*, vol. XXXVII, 1998, pp. 43-59.

Note sous Cass., 7 nov. 1997, « Les limites de la théorie de l'organe », *Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales (JDSC)*, 2000, pp. 6-9.

Note sous Mons, 5 mai 1998, « Peut-on mettre une ASBL en faillite ? », *Recueil*

annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales (JDSC), 2000, pp.22-25.

« Le casse-tête de la définition légale de l'A.S.B.L. », *Non Marchand*, 1998, n° 1, pp.11-35.

Note sous Anvers, 25 oct. 1998, « L'acquisition de la qualité de commerçant par une société », », *Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales (JDSC)*, 2000, pp. 16-20.

« Ce qui devrait changer...en droit des sociétés », *J.T.*, 2000, p. 24.

« Le Code des sociétés », en collaboration avec Marie Amélie DELVAUX, *J.T.*, 2000, pp. 545-555.

Note sous Comm. Bruxelles, 21 décembre 1997 et Gand, 1er oct. 1999 : « L'enterrement des SNC irrégulières ne signifie pas la disparition du phénomène des sociétés créées de fait » *Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales (JDSC)*, 2001, pp. 19-20.

Note sous Bruxelles, 6 mars 1998, « Une lecture à déconseiller aux étudiants », *Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales (JDSC)*, 2001, pp.10-12.

Note sous Anvers, 10 mai 1999, « Le sort étrange des associés d'une SNC à objet commercial », *Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales (JDSC)*, 2001, pp. 22-23.

Note sous Liège, 27 mai 1999, « Les particularités discutables du régime des sociétés civiles à forme commerciale », *Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales (JDSC)*, 2001, pp. 15-16.

« Les sociétés à finalité sociale : des sociétés presque comme les autres », *Non Marchand*, 2001, n° 8, pp. 9-22.

Note sous Bruxelles, 18 févr. 1997, « Les systèmes d'attribution de la personnalité morale et la reconnaissance d'une certaine capacité à des groupements qui en sont dépourvus », *Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales (JDSC)*, 2001, pp. 6-8.

« Vers une validation des pactes léonins, », *R.G.D.C.*, 2002, pp. 4-14.

Note sous Civ. Charleroi, 26 janv. 1996, « A propos de *l'affectio societatis* »,

Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales (JDSC), 2002, pp. 12-13.

Note sous Cass., 3 oct. 1996, « Le critère de l'activité accessoire permise aux ASBL », *Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales (JDSC)*, 2002, pp. 16-19.

« Application dans le temps des nouvelles règles applicables aux associations sans but lucratif », *Non Marchand*, 2002, n° 9, pp. 95-105.

« A propos de la délégation des pouvoirs du conseil d'administration avant et après la loi du 2 mai 2002 », *Non Marchand*, 2002, n° 10, pp. 29-49.

Note sous Cass., 20 mars 2001, « Réalité économique ou réalité juridique ? La question de la société paravent », en collaboration avec Marie Amélie DELVAUX, *Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales (JDSC)*, 2002, pp. 5-7.

Note sous Cass., 4 oct. 2001, « La prise en compte de l'activité réelle pour qualifier une société commerçante : inadéquation de la théorie de la simulation et solutions alternatives » *Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales (JDSC)*, 2003, pp. 5-7.

« Entrée en vigueur de la loi du 2 mai 2002 et délais d'adaptation pour les ASBL anciennes », *Non Marchand*, 2003, n° 12, pp. 9-37.

« Des statuts conformes aux nouvelles exigences légales », en collaboration avec Michel DAVAGLE, *Non Marchand*, 2003, n° 12, pp. 39-67.

« Quelques réflexions sur le droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale », *Cahiers du CRID*, n° 22, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 43-96.

Portraits

Portraits

Prélude à l'envol d'un mentor

Marie Amélie DELVAUX
Avocate,
Assistante à la Faculté de droit de Namur

Heureux qui com' Michel, reçoit un bel ouvrage
Réunissant collègues et amis de tous âges
Qui tous ont besogné, innové, réfléchi
Respectant les délais, remettant manuscrit.

Si j'ai l'insigne honneur d'écrire ces quelques mots
C'est que, avec bonheur, depuis huit ans bientôt
Je travaille pour Michel ; recherche, pédagogie
Sont nos dadas communs, nos communes folies.

Nous partageons beaucoup ; citons l'amour des livres
Qui bien mieux que le vin si souvent nous enivre
(Quoique certain « Château » paraisse exceptionnel...)
Théâtre, cinéma, plaisirs sempiternels.

Nous partageons surtout la sensibilité
Qui parfois peut nous nuire, extrême, exacerbée
Nous rend fragiles et tendres, attentifs à autrui
Amateurs (quoi, naïfs ?) de la psychologie.

Michel, tu es le Roi quasi incontesté
De ces alexandrins fréquemment pratiqués
Lors des heureuses unions de tes petits poussins.
Alors, quelle prétention de fouler ton chemin !

Tu m'as toujours promis si un jour je convole
De m'adresser des vers ; à bas le protocole !
Privilège émouvant, c'est à moi qu'il revient
De t'offrir en hommage l'un ou l'autre quatrain.

À la fin de l'envoi, pour ouvrir ces mélanges,
Je dirai simplement : surtout, jamais ne change
Mille MERCIS d'exister, entier dans ce que tu fais
Sincère en amitié. Oui, reste com' tu es !

La méthode Coipel

Propos recueillis par

Jean DONNAY
Professeur ordinaire,
Directeur du Département éducation et Technologie des FUNDP

Marie Amélie DELVAUX
Assistante à la Faculté de Droit des FUNDP,
Avocat au Barreau de Namur
– avril 2004 –

Michel COIPEL est unanimement salué comme un pédagogue hors pair. Longtemps après avoir quitté les bancs de l'université, des générations d'étudiants se souviennent encore de ses cours, de son enthousiasme communicatif et de la passion du droit qui l'anime et qu'il a partagée avec eux de nombreuses heures durant.

Nous avons souhaité percer le « mystère » de cet Enseigneur hors du commun et l'avons interrogé sur ses recettes magiques.

Quelle est la source de la « Méthode COIPEL » ?
Ou « De l'étudiant, de l'assistant ou du professeur, qui est le Maître de qui ? »

— J'ai découvert une véritable passion pour l'enseignement lorsque j'étais élève-assistant de Claude Renard à l'Université de Liège, pour le cours d'« Encyclopédie du droit ». En deuxième doctorat, je m'occupais des étudiants de première candi en Sciences politiques et sociales ; en troisième doctorat, des étudiants de seconde candi en Philo et lettres préparatoire au droit (c'était avant la réforme des études de droit en 1967). J'ai donc commencé mon activité pédagogique avec des étudiants de Sciences Po. Alors que ceux-ci étaient, dans la Faculté de Droit, un peu considérés comme des étudiants « de seconde zone », je me suis véritablement pris d'affection pour eux et je pense que c'était réciproque. D'ailleurs, il m'est arrivé à la fin de cette année-là quelque chose qui ne m'est plus jamais arrivé par la suite : ces étudiants m'ont fait un cadeau. Une très belle version cartonnée des *Possédés* de Dostoïevski, un de mes auteurs favoris à l'époque. Il faut également souligner que ce travail d'élève-assistant ne consistait pas à mener des TP sous forme de *casus*. Cela ne se concevait pas pour un cours d'introduction. En fait, il s'agissait de ré-expliquer la matière à des groupes d'environ 15 étudiants. C'est là que j'ai appris à répéter.

En quoi consistaient ces répétitions ?
Ou « Un métier qui se construit avec les autres »

— Mon maître, le Professeur Renard, pour qui j'ai toujours eu beaucoup d'admiration, donnait un cours d'« Encyclopédie » peu attirant pour les étudiants. Du reste, il ne disposait guère de temps pour le préparer car il était également Vice-Recteur. Il pouvait heureusement s'appuyer sur un bon syllabus, rédigé en grande partie par son assistant Jacques Hansenne, qui devint par la suite un professeur exceptionnel, malheureusement décédé voici un an. Jacques me guidait, mais c'est surtout avec un autre assistant que j'avais de passionnantes discussions sur le cours : Paul Delnoy. Il est devenu l'un de mes meilleurs amis et est encore en activité comme professeur à Liège.

Claude Renard était un juriste exceptionnel qui comprenait la signification profonde des institutions juridiques et possédait une fibre sociologique. Ce cours d'« Encyclopédie » contenait quelques pages extraordinaires sur le caractère dialectique de la pensée juridique : le droit est habité par des conflits de valeurs – par exemple entre les impératifs de l'ordre et ceux de la justice – et il tente de les concilier tant bien que mal. Cette vision m'a profondément marqué et tous mes anciens étudiants savent que cela a toujours été l'un de mes « dadas ». Ainsi donc, Claude Renard était un grand juriste, mais la pédagogie n'était pas sa préoccupation première. Il laissait en conséquence une grande latitude à ses élèves-assistants et j'en ai profité.

« La pédagogie : nature ou culture, en tout cas une passion »

— Résultat : peut-être parce que j'avais déjà la « bosse du prof », je consacrais mes répétitions à refaire le cours plus clairement, du moins je me l'imaginais. Et puisqu'il n'était pas concevable de refaire un cours ex-cathédra – je n'étais qu'un étudiant chargé d'un travail d'assistant – il paraissait évident, et les petits groupes étaient constitués pour cela, qu'il fallait faire participer les étudiants. Je préparais les questions à poser et j'essayais autant que possible de faire découvrir les principaux aspects de la matière de façon intuitive.

« Une clé : les étudiants participent à la construction du savoir »

— Lorsque je suis devenu prof quelques années après, j'ai en réalité donné cours selon une méthode fort semblable. J'avais découvert combien il est passionnant de faire participer les étudiants. De tenter de leur faire découvrir intuitivement, au départ de ce qu'ils savent déjà – la logique juridique contient une bonne part de déduction et d'implication – le contenu du cours. De s'exposer, aussi, à des questions parfois inattendues qui obligent à clarifier l'exposé ou à creuser tel aspect de la matière. Cela m'a d'ailleurs conduit, depuis longtemps, à dédoubler

les cours de première candidature, en Sciences éco puis en Droit, afin de favoriser l'interaction avec l'auditoire.

D'où viendrait, selon vous, cette « bosse du prof » que vous évoquez ?
Ou « Je suis tombé dedans comme Obélix »

— Mon père fut un excellent pédagogue. Je l'ai eu comme professeur de grec dans le secondaire. J'ai toujours vu mon père préparer ses cours, ce qui n'est pas forcément le cas à l'université. Il consacrait une partie de ses vacances à ces préparations, car il renouvelait chaque année certains des textes latins ou grecs qu'il enseignait. Il était aussi très clair.

Qu'entendez-vous maintenant par « préparer un cours » ?
Ou « Une improvisation qui se prépare et une création dans l'instant »

— En fait, cela a évidemment varié au cours de ma carrière. Dans les premières années, ou à l'occasion d'un nouveau cours comme celui de « Sources et méthodologie du droit » que je donne en première candi Droit depuis 1996, la préparation m'a pris un temps considérable. Deux constantes ressortent : même s'il y a un syllabus, je prépare toujours par écrit les questions que je vais poser aux étudiants pour essayer de les faire participer. Évidemment, une part est laissée à l'improvisation : certaines questions peuvent émerger quand je me rends compte que les étudiants ne voient pas où je veux en venir, ou encore lorsque je « rebondis » sur une réponse ou une intervention de l'un d'entre eux. Autre constante : même lorsque le contenu du cours est déjà préparé et ne change pas par rapport à l'année précédente, je dois toujours le relire la veille et, avant le cours, me concentrer pendant au moins une demi-heure pour m'imprégner de ce que je vais dire et me préparer à affronter l'auditoire.

— La préparation diffère selon qu'il y a ou non un syllabus. Lorsque je ne disposais pas d'un tel support, je préparais l'exposé du cours de façon très complète et reproduisais le plan au tableau : chapitres, sections, paragraphes, etc. Je n'ai jamais recouru aux transparents, ni au récent *PowerPoint*. J'ai toujours utilisé la bonne vieille craie, veillant à me procurer celles de l'ancienne génération : bien grasses, qui abîment les costumes mais facilitent la lecture du tableau. En mouillant ma chemise et me couvrant de poussière de craie, il me semblait que je communiquais mieux aux étudiants mon implication dans le processus du cours.

« Le syllabus, outil de libération de la parole... »

— L'idéal, bien sûr, est d'avoir un syllabus. C'est-à-dire, selon moi, non pas un schéma ou un texte en style télégraphique, mais un vrai livre, écrit avec de vraies

phrases. Cela offre aux étudiants un exposé rigoureux et précis de la matière et développe leur aptitude à la lecture. Surtout, cela ouvre d'infinies possibilités pour développer l'enseignement interactif. Inutile de répéter servilement le syllabus, puisque les étudiants peuvent le lire. Grâce à l'existence du support, on peut se consacrer à d'autres manières d'approcher la matière, avec des plans, des synthèses, des rapprochements, et utiliser diverses méthodes actives.

Pouvez-vous nous en donner quelques exemples ?
Ou « Du « problem solving » bien avant la mode »

— Cela varie selon le type de matière et le type d'auditoire.

Ainsi, la théorie générale des contrats, que j'ai enseignée durant toute ma carrière en candidature en Sciences économiques et de gestion, se prête fort bien à la méthode des *casus*. Il s'agit de cas élaborés le plus souvent à partir de décisions de jurisprudence : l'essentiel des faits est présenté, ainsi que la revendication d'une, voire des deux parties en litige. L'exercice consiste à qualifier ces prétentions du point de vue juridique, à dégager les arguments en faveur des thèses en présence et à proposer une solution argumentée. Cet exercice est généralement confié aux assistants, dans le cadre de séances de T.P. en groupes restreints. Mais malgré l'existence de telles séances en première candi, je faisais aussi des *casus* au cours et, en seconde candi, j'intégrais ces exercices sans faire appel à l'assistant. Les étudiants étaient invités à réfléchir au *casus* et à tenter de le résoudre à l'aide du Code et avec le support du cours ; je les incitais aussi à en parler avec leurs voisins dans l'auditoire (en insistant sur le fait que s'ils préféraient discuter de Kant ou de foot, c'était leur affaire !). Après un certain temps, nous résolvions le *casus* ensemble, les étudiants faisant état des éléments de réponse trouvés lors de la préparation ; je pouvais aussi les faire discuter les arguments ou solutions avancés par d'autres. Je notais au tableau la synthèse en train de se construire et ré-expliquais, au besoin, des aspects de la théorie dont le *casus* faisait application. En définitive, cette approche par *casus* permet, du moins je le crois, de mieux comprendre la matière et d'apercevoir la relativité de la vérité juridique : de temps à autre, on peut aller jusqu'à constater que deux solutions différentes pourraient être validement données au problème posé. En droit il n'y a pas *une* vérité.

Enfin, la démarche amène les étudiants à « intuitionner », à subodorer la réponse raisonnable et c'est souvent celle que le droit – la loi ou le juge – retient aussi ; les étudiants découvrent ainsi que le droit tend à donner des réponses de bon sens à des conflits dans les relations (en l'occurrence, contractuelles) entre les hommes vivant en société.*« S'approprier un texte en le faisant passer par ses propres mots »*

— Au contraire, le droit des sociétés se prête beaucoup moins à l'apprentissage

par *casus*, en raison du nombre d'heures de cours prévues (45h) mais aussi parce que la jurisprudence est moins copieuse (ou plus complexe) et que les règles légales sont souvent plus détaillées que dans le bon vieux Code civil. C'est pourquoi, outre les questions posées à l'auditoire pour découvrir ensemble la matière, j'ai souvent eu recours à une sorte de lecture cursive des textes légaux concernés. J'invitais alors les étudiants à lire, puis je leur demandais de reformuler l'essentiel de ce que disait le texte. Régulièrement, surtout au début des études, j'ai enregistré des remarques sur le caractère un peu hermétique des textes juridiques. Je pouvais alors confirmer à mes étudiants que la lecture de la loi sur les sociétés constitue une excellente alternative aux somnifères ou au comptage des moutons... Mais ils finissaient par s'habituer et je poursuivais ainsi l'objectif de familiariser ces étudiants en Sciences économiques et de gestion avec la langue juridique que beaucoup d'entre eux devraient affronter dans leur vie professionnelle, à travers la lecture de textes réglementaires ou de contrats, même s'ils ne se destinaient pas à devoir résoudre eux-mêmes des problèmes juridiques complexes.

« Enseigner c'est aussi céder la craie à l'étudiant »

— Je voudrais aussi évoquer une méthode mise au point pour des cours donnés à de petits groupes en maîtrise. J'ai enseigné pendant plusieurs années le « Droit de la coopération internationale des entreprises » comme cours à option en deuxième maîtrise en économie. Une partie de l'enseignement reposait sur des textes (tirés notamment de la *Harvard Business Review*) lus au préalable par les étudiants et exposés par eux au cours. Pour éviter les trop longs monologues souvent engendrés par ce type d'enseignement, j'ai imaginé la formule suivante : la veille du cours, avant telle heure, chaque étudiant doit me remettre sur une feuille (ou, ces dernières temps, par e-mail) une offre de présentation portant sur tel passage du texte ; de plus, mais facultativement cette fois, il peut ajouter des questions d'élucidation, des remarques ou des commentaires. Avec les offres de chacun, j'organise les échanges en veillant à ce que plusieurs étudiants prennent la parole et en utilisant les questions et remarques pour relancer la discussion. Il est à noter qu'une sorte de « main invisible » permet presque toujours que chaque aspect du texte ait fait l'objet d'au moins une offre. Le groupe doit idéalement avoir une taille de 10 à 15 étudiants pour que cela fonctionne et pour que je puisse aussi évaluer la participation active de chacun, laquelle intervient pour un certain pourcentage (je retenais 40%) dans la note de l'examen final.

Donnez-vous cours différemment selon que vous vous adressez aux étudiants de Sciences économiques ou à ceux de la faculté de Droit ?
Ou « Toujours interagir »

— Non, mais les matières sont différentes. En première candidature de Droit,

j'ai donné pendant huit ans un cours de « Sources et méthodologie du droit ». Il s'agit d'une introduction, subdivisée en trois volets : une analyse du phénomène normatif, une introduction aux juridictions et à leurs compétences et un volet proprement méthodologique consacré à la création de la loi et à son interprétation. Il y a trois volumes de syllabus et quatre volumes de documentation : textes de divers auteurs relatifs à la matière, exemples de régulations diverses, décisions de jurisprudence. Cette documentation, accompagnée du Code établi par un éditeur pour les candidatures, est disponible à l'examen écrit et sert à répondre à certaines des questions posées. Le cours oral, l'auditoire étant dédoublé comme je l'ai déjà dit, porte sur la mise en évidence de l'essentiel des notions du syllabus et de leur articulation. Ce support permet de pratiquer diverses formes d'interaction avec l'auditoire : questions visant à faire trouver des illustrations de la matière, lecture interactive et commentée de textes normatifs ou de décisions de jurisprudence, questions de compréhension sur des textes de la documentation lus au préalable,...

« Apprendre le Droit c'est apprendre à penser... en juriste »

— En Sciences économiques, la majorité de mes cours concernait les candidatures et portait sur l'introduction générale au droit, le droit des contrats et le droit des sociétés. J'ai enseigné ces matières comme je l'aurais fait pour des étudiants en Droit si l'occasion m'en avait été donnée : sans simplifier les choses, ni éviter les difficultés du raisonnement juridique. La seule particularité, non négligeable j'en conviens, était que je n'avais pas la même contrainte que si j'avais donné ces cours en Fac de Droit : je ne devais pas trop me tracasser si je ne voyais pas toute la matière, puisque les étudiants n'étaient pas de futurs juristes.

« ... c'est aussi apprendre un rapport au Savoir »

— J'ai donc pu consacrer plus de temps à appliquer la pédagogie interactive dont j'ai déjà parlé et à chercher à bien faire comprendre la complexité des questions abordées. Tout ceci en plein accord avec la Faculté des Sciences économiques et de gestion qui a toujours souhaité que la formation au raisonnement juridique soit prioritaire par rapport au volume de matière. Cela a permis d'éviter de faire des cours encyclopédiques, décrivant de nombreuses notions et étudiés avant tout par cœur... ce qui est assez fréquent pour les cours de droit donnés dans des facultés autres que celle de Droit.

Comment voyez-vous le rapport entre enseignement et recherche ? Est-ce un couple infernal comme le disent certains ?
Ou « La recherche est devenue un besoin »

— De ce point de vue, j'ai complètement viré ma cuti par rapport aux idées que j'avançais lors des événements de mai 1968. J'étais alors un tout jeune assistant et nous tenions d'interminables assemblées de discussion pour repenser l'université. Il y était notamment question de la disparition des chaires au profit des départements (ce qui s'est d'ailleurs réalisé dans la plupart des universités). À cette époque, j'étais convaincu que suite à la départementalisation, on pouvait imaginer que certains profs soient surtout affectés à la recherche et d'autres à l'enseignement. Mais l'expérience vécue au cours de ma carrière m'a fait complètement changer d'avis. Après avoir, dans les premières années, consacré l'essentiel de mon temps à la préparation des cours, j'ai beaucoup investi dans la recherche et je me suis rendu compte que mon enseignement s'en trouvait amélioré.

« Les étudiants, ces collaborateurs scientifiques »

— Inversement, les questions des étudiants, leurs réflexions, les difficultés rencontrées pour leur faire comprendre certains volets de la matière ont constitué un puissant stimulant pour approfondir, à l'occasion de mes publications, le droit des contrats, le droit des sociétés et, dans une moindre mesure, la méthodologie juridique.

« Les étudiants, ces amis critiques numéro 1 »

— Je vais même plus loin : je suis persuadé que ces publications ont été enrichies par mon enseignement. J'ai toujours tenté d'écrire clairement ; la recherche de la clarté dans les cours constitue un excellent exercice dans cette voie. En dialoguant avec l'auditoire, on sent tout de suite si un exposé « passe » mal. Les étudiants ne se privent pas de poser des questions et de manifester leur incompréhension. Bien plus : ils ont un flair extraordinaire pour sentir que le prof n'est pas trop sûr de ce qu'il dit, ce qui les incite, avec une innocente férocité, à poser des questions, à acculer le prof à s'expliquer et, ainsi, à réaliser lui-même qu'il ne s'était pas posé, dans sa préparation, toutes les questions nécessaires. Il m'est ainsi arrivé à plusieurs reprises dans ma carrière, surtout au début, de devoir rendre les armes et avouer aux étudiants que je devais réfléchir pour reprendre l'exposé de telle question au cours suivant. À mes débuts, je disais cela en rougissant. J'étais culpabilisé par mes lacunes et restais influencé par le modèle du prof qui, forcément, a réponse à tout. Par la suite, l'habitude aidant, j'ai compris qu'en me poussant dans mes derniers retranchements, les étudiants me rendaient un fier service. Lorsque, en 1999, j'ai publié sous forme

de livre une version améliorée de mon syllabus de théorie générale des contrats, élaboré au cours des nombreuses années antérieures, j'ai dédié ce livre aux générations d'étudiants de Sciences économiques et de gestion qui ont contribué, par leurs questions et leurs exigences, à la réalisation de cet ouvrage.

« Prendre le risque de se tromper, de ne pas savoir et donc d'apprendre »

— Je suis donc, depuis belle lurette, convaincu qu'il y a une fertilisation mutuelle entre enseignement et recherche. C'est avec horreur et des frissons rétrospectifs que je pense à ce que mon enseignement serait devenu s'il n'avait pas été soutenu par la recherche. Inévitablement, j'aurais simplifié la matière afin de me mettre à l'abri des questions gênantes. Mes cours seraient devenus superficiels. Pire : ils auraient été clairs car j'aurais évidemment voulu qu'ils « passent » dans les auditoires, mais cette clarté aurait été un gigantesque leurre. Pour les étudiants, qui n'auraient pas pris conscience de la complexité inhérente au raisonnement juridique et, pourtant, auraient probablement, ironie tragique, plébiscité des cours faciles à étudier. Et pour moi qui aurait trouvé, dans un enseignement apparemment pédagogique, un refuge et un alibi pour éviter les affres de la recherche...

« Finalement on a les étudiants qu'on mérite ! »

Michel Coipel, mon collègue

Charles JAUMOTTE
Professeur ordinaire à la Faculté des Sciences Economiques, Sociales et de Gestion des FUNDP

En février 1971, débarque à la Faculté des sciences économiques et sociales de Namur un valeureux liégeois, fier principautaire. Choisi parmi d'autres candidats sur la foi de son brillant curriculum de jeune juriste, il vient pour enseigner à de futurs économistes la matière juridique. Celle-ci est « veuve » de professeur depuis le départ à la fin de l'année académique précédente d'un autre titulaire liégeois rentré au bercail de l'Ulg. Je me souviens que lors des auditions de sélection des candidats, le révérend père C. J. Joset, fondateur et alors doyen de la faculté lui dit : « *Nous n'achetons pas un chat dans un sac.* » et lui pose la question piège : « *Que comptez-vous faire pendant vos deux prochaines années ?* ». Du tac au tac Michel répond : « *Préparer mes cours, Père* ». C'était « taper dans le mille » car il faisait ainsi vibrer chez le doyen la corde sensible de la *cura personnalis* et du souci de l'étudiant si ancrés dans la pédagogie jésuite.

Dès septembre 1971, Michel est nommé chargé de cours après un semestre d'essai prometteur. La montée en charge est rapide, couvrant les matières d'introduction générale au droit, de droit privé de l'économie, de droit de la famille, de droit économique, au travers des programmes de candidatures et de licences. Cette charge atteint bientôt les plus ou moins deux cents heures de cours. Dès l'origine, Michel adopte une méthode pédagogique active basée sur l'alternance de parties magistrales rigoureuses et de résolutions de « *casus* » qu'il construit en participation et en dialogue avec les étudiants. Ceux-ci apprécient beaucoup la méthode et le tonus des enseignements de Michel. Puis, comme dans l'université « on ne prête qu'aux riches », son succès comme professeur le désigne aux yeux des autorités de la faculté pour commencer à prendre la responsabilité de tâches administratives parallèlement à ses enseignements.

C'est ainsi qu'en mai 1972, il me succède comme secrétaire académique de la faculté. Devant ses succès pédagogiques qui lui valent la confiance amicale des étudiants, il est dès 1973 établi comme responsable pédagogique des candidatures et responsable du programme d'agrégation du secondaire supérieur. Sans doute là un zeste d'atavisme puisque son père avait été pendant de longues années directeur d'un institut d'enseignement secondaire.

Mais à cette époque se noue un tourment dans l'esprit de Michel. Brillant juriste, il souhaite établir des collaborations fructueuses avec la faculté de droit de Namur, et même assurer un enseignement à ces candidats juristes purs et durs, préparant l'accès à leur licence en droit. Les augures de la faculté de droit

restent toutefois insensibles à ses avances, craignant peut-être l'ombre qu'aurait pu leur faire un jeune collègue.

Par ailleurs, après avoir affirmé ses qualités pédagogiques et fort de son passé très prometteur de chercheur comme assistant à l'Ulg, Michel veut relancer sa recherche. Mais il s'est de ce point de vue précipité dans une impasse en ayant choisi comme thème de réflexion l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi ». Impasse car ce thème est bien trop large et trop flou pour un jeune chercheur. Devant ces deux obstacles, il lui faut prendre un tournant dans sa carrière. Il le fait : oubliant la faculté de droit, reportant à plus tard la suite de sa réflexion sur : « Nul n'est censé ignorer la loi », il réorganise sa vie. Toujours aussi présent aux étudiants et dans les débats de la vie facultaire il se ménage des espaces de recherche, retiré dans ses terres de Bois-de-Villers auprès de son poêle à bois.

Inspiré par une écoute permanente de la musique classique, il s'investit dans le droit des contrats et des sociétés dont il devient un spécialiste reconnu. Isolé au départ, il se crée rapidement dans son domaine un réseau d'amis et de relations qui fécondent sa recherche. Celle-ci aboutit à une production scientifique importante dont témoigne sa bibliographie, et lui confère un statut de spécialiste écouté et souvent consulté.

Depuis 1976, il dirige le département de droit.

C'est semble-t-il une direction à vie. Peut-être même a-t-il souhaité qu'elle fût héréditaire par primogéniture ! Mais hélas, sa fille aînée Nathalie, au demeurant brillante juriste elle-même, a déserté Namur, préférant les charmes du Bordelais et de ses châteaux où elle vit avec son mari et ses enfants.

Sa qualité de directeur du département de droit à vie lui confère aussi la qualité de membre à vie de la Commission de coordination, centre crucial des prises de décisions dans la faculté. C'est dire tout le pouvoir d'influence qu'exercera Michel. Ce pouvoir d'influence est devenu véritable pouvoir exécutif lorsque, de septembre 1988 à septembre 1992, Michel devient doyen de la faculté.

Il craint cette charge et proclame à qui veut l'entendre : « *Je serai un doyen en affaires courantes, je ne changerai jamais de place les statues des saints dans l'église* ». Pourtant, après quelques mois de « règne », à ma grande stupéfaction, il se lance dans un vaste tourbillon de réformes et d'innovations. Il fusionne les programmes des départements d'analyse économique et d'économie publique qui s'étaient fort rapprochés l'un de l'autre. Il crée ainsi une orientation économie dont il redessine l'architecture en un tronc commun d'enseignement prolongé par des modules spécialisés.

En même temps, il renforce la présence de l'orientation gestion dans les premières années et il s'emploie à donner à celle-ci une meilleure visibilité et une plus grande autonomie. Me direz-vous, ce juriste a-t-il été transformé par le virus de l'économie ? Non pas ! Mais s'appuyant sur sa capacité d'écoute et son

bon sens, il a compris les aspirations de la jeune génération d'économistes, et il met tout son poids à les concrétiser.

Par ailleurs, aiguillonné par un vieux démon, il relance une réflexion pédagogique générale au sein de la faculté. C'est la période des journées de travail et de discussion hors enceinte de la faculté. La vie de château quoi, notamment à Lavaux-Sainte-Anne. Il en ressortira la mise sur pied des monitorats, l'organisation des tests de novembre et de la journée d'accueil en première candidature. Enfin, il poursuit le développement de l'enseignement des sciences politiques et sociales, allégeant le poids des mathématiques et renforçant la visibilité de ce programme.

Au-delà de tout cependant, il établit au sein de la faculté des sciences économiques et sociales un climat de concertation et de consensus qui régit toujours bénéfiquement nos relations internes.

Et le droit dans tout cela ? Dès l'origine, le père C. J. Joset a voulu que les futurs économistes soient sensibilisés au droit, au raisonnement juridique et à la relativité de la vérité juridique.

Michel qui, malgré les barrières mathématiques parfois ludiques des raisonnements économiques, a toujours cherché à comprendre ses collègues, n'a pas oublié l'intention originelle du fondateur.

Par son enseignement, la direction de très nombreux mémoires et de thèses brillantes, Michel a toujours su imposer dans la faculté la composante juridique adéquate.

Il me faut enfin signaler sa participation généreuse en tant que juriste à la rédaction de tous les textes qui nous régissent dans la faculté, et même au niveau de l'institution dans son ensemble.

Maintenant, cher Collègue, que tu te retires sous ta tente, je te souhaite beaucoup d'années heureuses avec ta charmante épouse Danièle qui a du tant te supporter mais qui t'a surtout soutenu. Je voudrais que ton abondante production scientifique se poursuive et aboutisse en fin de compte, pourquoi pas, à un écrit de doctrine fondamental qui perpétue les acquis de ta longue expérience.

Regards croisés sur le droit

Regards croisés sur le droit

Napoléon et l'élaboration du Code de Commerce (1805-1807)

Bruno COLSON
Professeur ordinaire à la Faculté de droit des FUNDP

Le Consulat et l'Empire menèrent à bien l'œuvre de codification du droit initiée sous la Révolution pour consacrer la rupture avec l'Ancien Régime. En dix ans, le régime napoléonien procéda à un effort de synthèse et de rédaction sans précédent qui conduisit à la publication de cinq grands codes[1]. Pour l'essentiel, la France et beaucoup d'autres pays, dont la Belgique, vivraient avec ces codes jusque dans la seconde moitié du XX^{e} siècle. La Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), en ses articles 25 et 44, avait donné au seul gouvernement, confié à trois consuls, la proposition des lois. Elle avait également institué, sous la direction des consuls et composé de membres nommés par le Premier consul, un Conseil d'État, corps consultatif « chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique »[2]. Plusieurs équipes de juristes, généralement issus des parlements d'avant 1789, se mirent à l'œuvre et préparèrent des avant-projets pour le Conseil d'État, où se déroulèrent les discussions essentielles. On sait que Napoléon prit une part active à celles qui concernèrent le Code civil. Les bases du texte existaient déjà. Le second consul, Cambacérès, était un juriste de premier plan et il y avait déjà beaucoup travaillé. Mais c'est la fermeté et l'opiniâtreté du Premier consul qui permirent de surmonter les obstacles techniques et politiques pour finalement aboutir. Bonaparte participa à 57 séances sur les 102 que le Conseil d'État consacra à cette matière. Il ne fut ni l'inspirateur ni le rédacteur mais bien le catalyseur. S'il n'était pas capable de soutenir une discussion juridique, il s'imposait en revanche dans la direction des débats, empêchait ceux-ci de s'enliser, obligeait à trancher, à avancer. On ne retient souvent de ses interventions que celle où il convainquit le Conseil d'adopter un statut d'infériorité pour l'épouse, obligée d'obtenir l'autorisation de son mari pour de nombreux actes de sa vie civile. Mais Napoléon insista aussi pour que le fait d'être né en France donne automatiquement la nationalité française. Ce code fut le monument des monuments du « Grand Consulat », celui que même les adversaires de Napoléon ne lui

1. Le Code civil fut publié en 1804, le Code de procédure civile en 1806, le Code de commerce en 1807, le Code d'instruction criminelle en 1808 et le Code pénal en 1810.
2. S. RIALS, *Textes constitutionnels français*, 11e éd., Paris, PUF, 1995, pp. 33 et 35.

disputent pas[3]. Le rôle qu'il joua dans l'élaboration du Code de commerce est moins connu. Celui-ci, il est vrai, n'eut pas l'ampleur ni surtout la portée historique du Code civil.

Le projet d'un Code de commerce

Le XVIII[e] siècle vit plusieurs tentatives d'améliorer l'ordonnance de 1673 ou Code marchand dont les imperfections étaient nombreuses. En 1778, le garde des Sceaux Hue de Miromesnil nomma une commission pour rédiger un *Projet d'ordonnance relative au commerce*. Achevé à la fin de 1782, le projet fut transmis pour avis au parlement de Paris mais ce dernier ne s'était pas encore prononcé au moment où la Révolution éclata. Le texte devint sous le Consulat celui d'un *Projet de Code de commerce*. Un arrêté des consuls du 13 germinal an IX (3 avril 1801) établit une commission de sept juristes et négociants qui s'acquitta très vite de sa mission puisque le projet fut présenté au gouvernement le 13 frimaire an X (4 décembre 1801). Plusieurs solutions avaient été reprises au projet antérieur à la Révolution[4]. Une nouveauté résidait dans l'introduction de considérations sur le droit maritime, que régissait jusque-là une ordonnance de 1681. Lorsqu'il présenta le projet, le ministre de l'Intérieur Chaptal souligna que les commissaires avaient « circonscrit les lois commerciales aux objets pour lesquels la loi civile leur avait paru insuffisante et à ceux qui par leur nature et par les besoins du commerce exigeaient des dispositions particulières ». La codification du commerce apparaissait d'emblée comme soumise au cadre englobant du droit civil. Après sa présentation au gouvernement, le projet fut communiqué aux conseils et tribunaux de commerce, aux tribunaux d'appel et au Tribunal de cassation qui furent invités à émettre leurs observations dans les deux mois. Au vu de celles-ci, trois membres de la commission remanièrent le projet. Intitulé désormais *Révision du projet de Code de commerce*, le texte revu fut transmis en 1803 au Conseil d'État, section de l'Intérieur[5]. Il n'y eut point de hâte à l'examiner. La guerre reprit avec l'Angleterre et l'Empire fut proclamé que le Conseil d'État ne s'en était pas encore saisi.

Des préoccupations plus urgentes ralentissaient l'implication du chef de l'État dans l'œuvre de codification qui, si elle se poursuivait, n'était plus aussi rapide

3. J.-O. Boudon, *Histoire du Consulat et de l'Empire 1799-1815*, Paris, Perrin, 2003, pp. 212-213 ; J. Imbert, « Code civil », *Dictionnaire Napoléon*, sous la dir. de J. Tulard, 2[e] éd., 2 vol., Paris, Fayard, 1999, I, pp. 449-451 ; T. Lentz, *Le Grand Consulat 1799-1804*, Paris, Fayard, 1999, p. 436 ; Id., *Napoléon. Idées reçues*, Paris, Le Cavalier Bleu, 2001, pp. 21-22 ; R. Savatier, *L'art de faire les lois : Bonaparte et le Code civil*, Paris, Dalloz, 1927.
4. J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, P.U.F. « Droit fondamental », 1986.
5. M.-J. Tulard, « Code de commerce », *Dictionnaire Napoléon*, ..., I, pp. 451-452. Une section du commerce avait bien été prévue en l'an XII mais elle n'exista jamais, faute de nominations (Ch. Durand, « Conseil d'État », *Ibid.*, I, p. 501).

que sous le Consulat. En l'absence de Napoléon, l'ex-second consul Cambacérès, devenu archichancelier de l'Empire et « numéro deux » du régime, présidait les séances du Conseil d'État[6]. Au printemps 1805, Napoléon se rend en Italie pour y être couronné roi. Le 30 avril, dans une lettre à Cambacérès, il exprime sa satisfaction de voir avancer le travail sur le Code judiciaire. Il lui demande de faire imprimer tout ce qui concerne le Code de commerce, pour qu'il puisse être présenté à la prochaine législature. « Il ne paraît pas, ajoute-t-il, qu'il puisse y avoir des discussions telles que la confection en soit considérablement retardée. Je désirerais, à mon arrivée à Paris, pouvoir, en quatre ou cinq séances, présider à la discussion des points principaux. Faites donc préparer ce travail[7]. » L'archichancelier en chargea Michel-Louis-Etienne Regnaud de Saint-Jean d'Angély, président de la section de l'Intérieur au Conseil d'État[8]. Les textes avaient déjà été distribués aux membres de la section et plusieurs observations avaient déjà été faites par les cours d'appel et les tribunaux de commerce. La discussion pouvait commencer dès que certains membres en congé ou en service extérieur seraient rentrés. Cambacérès estimait que ce serait possible en messidor, peu après le retour de l'Empereur[9]. Dans la nuit du 11 au 12 juillet 1805 (22-23 messidor an XIII), celui-ci était de retour à Fontainebleau. Jusqu'à la fin du mois, il allait assister à plusieurs séances du Conseil d'État en son château de Saint-Cloud mais elles ne furent pas consacrées au projet de Code de commerce. Le 2 août, Napoléon partait pour Boulogne. Il y apprit le 13 que la flotte destinée à protéger le débarquement prévu en Angleterre ne pourrait pas remplir sa mission[10]. Comme l'Autriche se préparait à la guerre, il modifia ses plans et fit pivoter de 180° les 200.000 hommes rassemblés sur les côtes de l'Océan. Formant désormais la Grande Armée, ceux-ci marchèrent en direction du Rhin, d'Ulm et de Vienne. Le 2 décembre, ils étaient victorieux des Austro-Russes à Austerlitz. La plus célèbre des victoires napoléoniennes fut remportée

6. J.-O. Boudon, *Histoire du Consulat et de l'Empire* ..., p. 184 ; L. Chatel de Brancion, *Cambacérès, maître d'œuvre de Napoléon*, Paris, Perrin, 2001 ; *Éléments d'étude sur le Conseil d'État napoléonien*, Paris, Fondation Napoléon-Conseil d'Etat-Lamy, 2000. Cette excellente synthèse, publiée à l'occasion du bicentenaire de la vénérable institution, est désormais le point de départ obligé de toute investigation à son sujet. On relèvera d'emblée la synthèse de J. Tulard, « Le Conseil d'État napoléonien » (pp. 23-29) et, de N. Clot, « Le Conseil d'Etat de 1799 à 1815. Sources manuscrites et imprimées ; bibliographie sélective » (pp. 150-157).
7. Lettre de Napoléon à Cambacérès, Asti, 10 floréal an XIII, 30 avril 1805 ([Napoléon Ier], *Correspondance de Napoléon Ier publiée par ordre de l'Empereur Napoléon III*, 32 vol., Paris, Plon et Dumaine, 1858-1870, X, p. 359, n° 8657).
8. O. Blanc, *L'éminence grise de Napoléon, Regnaud de Saint-Jean d'Angély*, Paris, Pygmalion, 2002. Nous renvoyons au *Dictionnaire Napoléon* pour des notices biographiques sur les autres personnages évoqués dans cet article.
9. Lettre de Cambacérès à Napoléon, Paris, 18 floréal an XIII, 8 mai 1805 (J.-J.-R. de Cambacérès, *Lettres inédites à Napoléon 1802-1814*, présentation et notes de J. Tulard, 2 vol., Paris, Klincksieck, 1973, I, p. 224, n° 230).
10. J. Tulard et L. Garros, *Itinéraire de Napoléon au jour le jour 1769-1821*, Paris, Tallandier, 1992, pp. 232-234.

dans un contexte de crise financière et politique qui ne fut pas sans influencer les discussions sur le Code de commerce. « Tandis qu'après de longs ajournements on mettait la dernière main à la compilation du Code, il éclata à Paris une crise commerciale dans un moment de guerre active, de dépenses et d'embarras[11]. »

L'affaire des Négociants réunis (hiver 1805-1806)

Créée en 1800, la Banque de France devait stabiliser le réseau bancaire, jusque-là fragile, permettre d'éviter des faillites préjudiciables au crédit et faciliter ainsi la reprise économique, en aidant à la circulation de l'argent. Elle consentait par exemple des avances considérables aux négociants chargés de la fourniture aux armées. Bien que privée et en principe indépendante du pouvoir, elle jouait aussi un rôle de soupape de sécurité pour le Trésor en faisant des avances sur les rentrées futures[12]. Lorsque la guerre reprit avec l'Angleterre en 1803, le Trésor eut des difficultés pour payer, équiper et nourrir les troupes qui se rassemblèrent sur les côtes de l'Océan. Le Comité des receveurs généraux, créé en 1802 pour avancer des fonds à l'État, fut incapable, en 1804, d'assumer cette charge. Le ministre du Trésor fit donc appel à des négociants pour qu'ils lui avancent de l'argent, remboursable au moment du recouvrement de l'impôt, avec intérêt bien entendu. Comme les sommes étaient importantes, les négociants s'associèrent, emmenés par le financier François Ouvrard, et fondèrent en avril 1804 la compagnie des Négociants réunis. La situation se compliqua lorsqu'il apparut en 1805 que les impôts ne suffiraient pas au financement de la guerre. L'Espagne avait promis à la France, son alliée, plusieurs dizaines de millions de francs pour l'année 1805. Les Négociants réunis avancèrent une partie de ces sommes sous la forme de lettres de change escomptables auprès de la Banque de France. Mais ils eurent du mal à se rembourser en Espagne : le pays souffrait aussi d'une pénurie de numéraire et une disette y sévissait. Ouvrard imagina alors un savant montage qui devait lui permettre de recouvrer son argent et surtout de s'enrichir, tout en redressant la situation économique de l'Espagne. Il obtint le monopole du commerce avec les Amériques et, en échange, s'engagea à fournir du blé à l'Espagne. Le dossier avait été étudié par Charles-François Lebrun, architrésorier de l'Empire, et Napoléon avait accepté les exportations de blé. Celui-ci devait toucher lui-même une commission de quatre francs par quintal exporté, à concurrence de 1,7 millions de quintaux. Ouvrard voulait importer des piastres achetées au Mexique pour alimenter le marché européen en or et favoriser la croissance économique. Il contracta même avec des firmes anglaises pour transporter les piastres. Ces firmes avaient l'autorisation du Premier

11. E. VINCENS, *Exposition raisonnée de la législation commerciale, et examen critique du Code de commerce*, 3 vol., Paris, Barrois, 1821, I, p. 395.
12. J.-O. BOUDON, *Histoire du Consulat et de l'Empire* ..., pp. 73-74.

ministre William Pitt en personne. Le gouvernement anglais devait toucher lui aussi sa commission au passage ! Mais la guerre allait tout gâcher.

La défaite infligée à la flotte franco-espagnole par Nelson à Trafalgar le 21 octobre 1805 interrompit le commerce des piastres. Or non seulement Ouvrard n'avait pas encore versé au Trésor les sommes dues par l'Espagne mais il avait déjà obtenu de la France le remboursement de certaines de ses créances. En conséquence, deux des institutions financières les plus importantes de l'Empire furent ébranlées : la Banque de France qui avait escompté des billets dont le paiement se révélait impossible et le Trésor qui avait autorisé le remboursement de sommes qui n'avaient jamais été réellement versées, sinon sous forme de papier sans valeur. Les Négociants réunis avaient commencé à se rembourser avec intérêt, recevant au total 144 millions de francs, en n'ayant presque rien versé au Trésor. Dans le même temps, les incertitudes liées à l'état de guerre provoquaient la baisse du cours de la rente à Paris et la chute des actions de la Banque de France. La confiance était au plus bas. Les Négociants réunis déclarèrent alors au ministre du Trésor que leur compagnie était au bord de la faillite, faute d'avoir pu toucher les sommes attendues d'Espagne. Même le soleil d'Austerlitz ne parvint pas à dissiper de tels nuages. Les faillites se succédèrent. La crise touchait toute la France. Depuis Vienne, Napoléon fulmina contre son ministre du Trésor, Barbé-Marbois. À son retour à Paris, le 27 janvier 1806, il le congédia. On connaît le dialogue qui eut lieu à cette occasion. « J'ose espérer, Sire, dit humblement le ministre, que Votre Majesté ne m'accuse pas d'être un voleur. » L'Empereur répondit, cinglant : « Je le préférerais cent fois, la friponnerie a des bornes, la bêtise n'en a point ! » Le 6 février 1806, Napoléon exigeait d'Ouvrard la restitution de 87 millions de francs dus au Trésor. Celui-ci sortait libre du palais des Tuileries mais dix millions de piastres importées du Mexique, représentant 54 millions de francs, furent saisies par l'État. Napoléon s'efforça de rassurer l'opinion. Il fit entrer dans les caisses du Trésor une partie du tribut versé par l'Autriche et invita le nouveau ministre, Mollien, à constituer des réserves capables d'assurer le crédit public de l'État. Le 22 avril 1806, il plaçait la Banque de France sous un contrôle plus strict. Il en nomma désormais le gouverneur et deux sous-gouverneurs. La Banque obtint le prolongement de son monopole d'émission des billets et son capital fut doublé[13].

L'affaire ne fut pas sans conséquence pour le Code de commerce : « Le maître fut violemment courroucé : quelques-uns de ses courtisans eurent leurs fonds compromis dans les faillites ; les clameurs redoublèrent à la cour. La discussion

13. *Ibid.*, pp. 218-220 ; J. BOUVIER, « A propos de la crise dite de 1805. Les crises économiques sous l'Empire », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. XVII, juil.-sept. 1970, pp. 506-513 ; T. LENTZ, *Nouvelle histoire du Premier Empire*, I. *Napoléon et la conquête de l'Europe 1804-1810*, Paris, Fayard, 2002, pp. 134-142 et 196-203 ; J. WOLFF, *Le financier Ouvrard (1770-1846). L'argent et la politique*, Paris, Tallandier, 1992.

courante du Code fut interrompue pour minuter une loi de répression[14]. » Le prestige du négoce était au plus bas et les intérêts des commerçants n'étaient pratiquement pas représentés au Conseil d'État. À la section de l'Intérieur chargée de la discussion du projet de Code, seuls Corvetto, ancien avocat d'affaires spécialiste des causes commerciales, et Begouën, riche armateur du Havre, pouvaient faire écho aux préoccupations du monde du commerce et, grâce à leur expérience, faciliter la codification des usages[15]. Mais l'Empereur, une nouvelle fois, ne put prendre part aux discussions. La situation extérieure se tendit à nouveau à la fin de l'été 1806. Napoléon quittait Paris le 25 septembre. Restée pour l'essentiel en Allemagne, la Grande Armée allait régler son sort à la Prusse. Cambacérès se voyait confier une sorte d'intérim. Au Conseil d'État, il allait encore présider les séances. Chaque semaine, un auditeur au Conseil d'État nanti d'une bonne escorte allait galoper vers le grand quartier impérial pour y porter les ordres à signer, les rapports de l'archichancelier ou des ministres, les comptes rendus de toute nature et les procès-verbaux des conseils. Ainsi fonctionnait la machine du gouvernement impérial, même lorsque le souverain séjournait à des centaines de lieues de Paris[16].

La discussion au Conseil d'État en l'absence de l'Empereur (novembre 1806-juin 1807)

La discussion du livre 1^er^, « Du commerce en général », débuta le 4 novembre 1806. Regnaud de Saint-Jean-d'Angély en présenta le premier titre. Les sept autres furent présentés et discutés, titre par titre, dans seize autres séances qui s'échelonnèrent jusqu'au 26 février 1807[17]. Dès le 4 de ce mois, Cambacérès informait Napoléon que toute la première partie du Code était terminée. Après d'assez longs débats, il avait décidé que la deuxième partie, relative aux transactions maritimes, céderait le pas à la troisième où il était question des faillites.

14. E. VINCENS, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, ..., I, p. 396.
15. M.-J. TULARD, « Code de commerce », *Dictionnaire Napoléon*, ..., I, p. 452.
16. T. LENTZ, *Nouvelle histoire* ..., I, pp. 327-328.
17. J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle, ou commentaire et complément des Codes français*, ..., 16 vol., Bruxelles, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier et Société typographique belge, 1836-1837, XI, p. 39. Cette publication contient les procès-verbaux des séances du Conseil d'État consacrées à la discussion des codes. Jean-Guillaume Locré était le secrétaire général du Conseil d'État. Il dirigeait le personnel de bureau et de service et tenait la plume lors des séances. À propos des archives du Conseil d'État, dont l'essentiel pour l'époque napoléonienne a disparu dans l'incendie du palais d'Orsay en mai 1871, durant la Commune, voir la mise au point de S. BOUFFANGE, « Les archives du Conseil d'État napoléonien », *Éléments d'étude sur le Conseil d'État* ..., pp. 16-21. Les imprimés de travail qui servaient aux conseillers ont été conservés dans un certain nombre de collections (A. de MAUREPAS, « Les imprimés du Conseil d'État de la période napoléonienne », *Ibid.*, pp. 38-47). Les imprimés de la collection Gérando ont été mis en ligne par la Fondation Napoléon (http ://www.napoleonica.org). On y trouve 64 notices relatives aux discussions du Code de commerce.

L'Empereur avait précisé que ce n'était pas le moment de discuter du droit maritime et on le comprend : il venait de déclarer l'Angleterre en état de blocus par le décret de Berlin du 21 novembre 1806. Cambacérès avait bon espoir que toutes les lois afférentes au commerce intérieur pourraient être abordées dans la prochaine session du Corps législatif[18]. Le troisième livre, « Des faillites et des banqueroutes », fut donc présenté le 24 février par les conseillers Louis-Philippe de Ségur et Emmanuel Cretet. La discussion s'ouvrit, pour ne se refermer que le 26 mai suivant[19]. Entre-temps Napoléon, après avoir écrasé la Prusse à Iéna et Auerstaedt, s'était avancé en Pologne au-devant des Russes. Après la dure bataille d'Eylau, le 8 février 1807, il dut donner du repos à ses troupes avant de les relancer, au printemps, contre celles du tsar. Les opérations n'ont pas encore repris lorsque, le 6 mai, Cambacérès l'informe des projets de loi qui pourront être présentés devant le Corps législatif, que l'Empereur veut convoquer pour le 1er juin. Un officier d'ordonnance apporte à celui-ci l'état des projets prêts. Le deuxième livre du Code de commerce n'y figure pas mais l'archichancelier assure qu'il « sera terminé avant peu et en état d'être présenté ». Quant au troisième livre, son ajournement a été ordonné par Napoléon[20]. Depuis le château de Finkenstein en Pologne, celui-ci apprend avec plaisir que le Code pourra être présenté. Il demande à Cambacérès si l'on peut, sans inconvénient, présenter les deux premiers livres avant le troisième[21].

Loin d'y voir un inconvénient, l'archichancelier y trouve des avantages. Il n'y a point de connexité entre les matières des deux premiers livres et celles du troisième, qui concernent le droit maritime. Certains membres du Conseil désirent cependant aborder celui-ci[22]. La section de Législation pense que le droit relatif au commerce maritime trouverait mieux sa place dans un Code maritime, dont le ministre de la Marine a présenté un projet. La section de l'Intérieur, pour sa part, préfère l'inclure dans le Code de commerce. Cambacérès réduit les arguments des uns et des autres à trois considérations qui sont la nature de la matière, la commodité et la célérité. Pour la première, les uns estiment que le Code serait incomplet s'il ne concernait que le commerce de terre et ignorait celui de mer, « qui est une des parties les plus essentielles du commerce en général ». Les autres rétorquent que les lois maritimes concernent à la fois les intérêts privés des armateurs et des règles de police administrative. Un capitaine doit suivre de nombreuses règles d'administration publique pour la composition de son équipage, la police et la visite de son vaisseau, la

18. Lettre de Cambacérès à Napoléon, Paris, 4 février 1807 (J.-J.-R. de CAMBACÉRÈS, *Lettres inédites* ..., I, p. 443, n° 550).
19. J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale* ..., XII, p. 1.
20. Lettre de Cambacérès à Napoléon, Paris, 6 mai 1807 (J.-J.-R. de CAMBACÉRÈS, *Lettres inédites* ..., I, p. 516, n° 634).
21. Lettre de Napoléon à Cambacérès, Finkenstein, 15 mai 1807 ([NAPOLÉON Ier], *Correspondance* ..., XV, p. 224, n° 12583).
22. Lettre de Cambacérès à Napoléon, Paris, 25 mai 1807 (J.-J.-R. de CAMBACÉRÈS, *Lettres inédites* ..., I, p. 532, n° 652).

conservation des marchandises, la tenue des journaux de bord, l'affrètement, les relâches, les radoubs. S'ajoutent à cela les contrats maritimes, les assurances. Tout cela a conduit, sous Louis XIV, à ne pas placer les transactions maritimes dans l'ordonnance sur le commerce de 1673 et à les renvoyer à l'ordonnance de la marine de 1681. « Ce serait donc le Code de la marine qui se trouverait incomplet par le retranchement des dispositions relatives aux transactions maritimes et non le Code de commerce. » L'argument de la commodité est invoqué pour placer dans un seul code relatif au commerce sous toutes ses formes les règles qui le concernent. Mais la section de Législation répond que cette commodité n'arrangera qu'un petit nombre de personnes. Beaucoup plus de négociants commercent par voie de terre que par voie de mer. Enfin le travail est terminé à la section de l'Intérieur sur le projet de Code de commerce. Pourquoi différer l'avantage que le commerce en retirera ? Ce n'est guère le moment de s'occuper des liens avec les colonies. Le commerce maritime n'est pas dans une activité telle qu'il soit urgent de lui donner des règles. Cambacérès conclut en laissant le choix de la décision à l'Empereur et en lui confiant que la discussion s'améliorerait si elle pouvait avoir lieu devant lui[23].

Napoléon bat nettement les Russes à Friedland le 14 juin. Il répond le 20 à Cambacérès qu'il « faut tâcher de finir ce code, afin de le présenter tout entier à la prochaine session du Corps législatif »[24]. Il est à Tilsit. Il entame les premiers pourparlers en vue d'un armistice et n'a pas le temps d'entrer dans les détails de la lettre de l'archichancelier. Celui-ci en déduit que l'Empereur « décide implicitement qu'il faut s'occuper de la partie qui avait été ajournée » et il s'engage à faire reprendre la discussion[25]. L'entrevue avec le tsar, sur un radeau aménagé au milieu du Niémen, a lieu le 25 juin. La paix est signée avec la Russie et la Prusse. Napoléon ne rentre à Saint-Cloud que le 27 juillet. Son absence a duré dix mois. Il convoque le Conseil d'État dès le lendemain.

Le débat sur les faillites (28 juillet 1807)

Présidant la séance, il se fait rendre compte de la situation du travail. Il s'arrête sur les dispositions du livre III relatives aux faillis. Il prône la sévérité : tout failli commet un délit puisqu'il fait tort à ses créanciers. Il faut l'incarcérer : « Pourquoi en userait-on autrement pour la faillite que pour beaucoup d'autres sortes d'affaires ? Par exemple, un capitaine qui perd son vaisseau, fût-ce par un naufrage, se rend d'abord en prison. Si l'on reconnaît que la perte du navire est

23. Lettre de Cambacérès à Napoléon, Paris, 28 mai 1807 (*Ibid.*, I, pp. 535-537, n° 656).
24. Lettre de Napoléon à Cambacérès, Tilsit, 20 juin 1807 ([Napoléon Ier], *Correspondance* ..., XV, p. 350, n° 12776).
25. Lettre de Cambacérès à Napoléon, Paris, 3 juillet 1807 (J.-J.-R. de Cambacérès, *Lettres inédites* ..., I, pp. 560-561, n° 693).

l'effet d'un accident on met le capitaine en liberté[26]. » Tour à tour Cambacérès, Cretet, Ségur, Regnaud de Saint-Jean d'Angély s'efforcent de tempérer la sévérité impériale. Une faillite ne relève pas que de l'ordre public. L'intérêt même des créanciers pourrait se trouver compromis si toute faillite entraînait les formes de la procédure criminelle. Une règle trop générale et trop sévère pourrait être quelquefois injuste. Incarcérer un failli dans l'incertitude, n'est-ce pas sévir contre l'infortune ? Et si le même sort attend le failli et le banqueroutier, celui qui n'était obligé qu'à faire faillite ne sera-t-il pas tenté de faire banqueroute ? Le projet de Code envisage l'intervention du ministère public si la faillite vient d'inconduite : celui-ci se fait alors dénonciateur et il n'est plus permis au failli de faire un concordat ; et s'il y a banqueroute, on poursuit au criminel. Ce système vaut mieux que de faire peser une diffamation générale sur tous les faillis. Napoléon ne prétend pas que toute faillite soit frauduleuse. Mais il a toujours le droit civil en tête. Évoquant l'adultère, il ne veut pas nécessairement condamner tout failli mais tient à ce qu'il soit humilié : « La prison, ne dût-elle durer qu'une heure, opérerait cet effet. » Il met à part la simple suspension de payement. Quand un négociant fait perdre ses créanciers, il veut qu'il y ait une présomption de banqueroute et des premières mesures sévères. « Si un examen postérieur dissipe cette présomption, on fera justice à celui qu'elle atteint, et on donnera à l'affaire un titre moins odieux et moins grave. » L'article 151 du projet de Code se borne à donner la faculté de poursuivre au criminel. Il faut prendre la démarche inverse et n'adoucir la mesure que lorsque l'on acquiert la conviction que le failli n'est pas coupable.

Réintroduisant encore le droit civil, l'Empereur désire que l'épouse du failli partage le malheur de son mari. Elle devrait sacrifier tout ce qu'elle possède pour prévenir ou adoucir les torts causés par son époux. Il est scandaleux que la

26. J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale ...*, XII, p. 218. Les procès-verbaux de Locré ne font que résumer les propos tenus. La « tachygraphie », comme on disait alors, était dans l'enfance et Locré recomposait les propos pour leur donner une forme plus succincte, tout en conservant religieusement les pensées. Les notes qu'il prenait en séance n'ont pas été retrouvées. On peut présumer ses procès-verbaux exacts, sauf peut-être pour quelques questions juridiques complexes. Il a prêté à tous les intervenants le même style uniforme, correct et froid. Napoléon revoyait ses lettres mais il ne semble pas avoir relu ses déclarations dans la discussion des codes. Bien des lettres de Napoléon témoignent que ses secrétaires n'adoucissaient guère ses expressions mais Locré faisait parler Napoléon « presque comme tous les autres » (J. BOURDON [et J.-G. LOCRÉ], *Napoléon au Conseil d'État. Notes et procès-verbaux inédits de Jean-Guillaume Locré, secrétaire général du Conseil d'État*, Paris, Berger-Levrault, 1963, pp. 10-11 et 15 ; Ch. DURAND, « Conseil d'État », *Dictionnaire Napoléon*, ..., I, p. 506). Locré avait reçu l'ordre de publier les procès-verbaux en entier sous l'Empire, dans la première édition de son *Esprit du Code de commerce* mais il avait cru devoir éluder cet ordre « par une circonspection, dit-il, que me commandait le caractère de Napoléon, et que comprennent très bien ceux qui l'ont connu comme moi ». Il ne publia alors qu'une version très allégée des propos. Il les reprit de façon plus complète dans sa *Législation civile, commerciale...* qui parut sous la Restauration et la Monarchie de Juillet (J.-G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce ou commentaire de chacun des articles du Code*, ..., 2e éd., 4 vol., Paris, Garnery et Dufour, 1829, I, pp. V-VI).

femme d'un failli étale un luxe insolent quand les créanciers sont dans le malheur. Les conseillers d'État répondent qu'on ôte à la femme du failli sa part dans les acquêts et tous les avantages assurés par le contrat de mariage mais qu'on lui laisse les biens qui forment son propre patrimoine. Napoléon persiste à penser qu'il faut lui faire entièrement partager le malheur de son mari. Il concède que la femme reprenne les immeubles dont elle aura eu la propriété un an avant son mariage. Le conseiller Treilhard répond que si la dot est en argent, le projet de Code oblige tout négociant à l'inscrire sur son livre journal. Si on limite ce que peut garder la femme à une certaine somme, comme les 60.000 francs que propose l'Empereur, cela pourrait nuire à la prospérité du commerce. Celui-ci, en se développant, peut prétendre à de riches alliances. Elles n'auront pas lieu si les familles craignent que tout ce qui sera au-delà de 60.000 francs soit perdu pour la femme. Napoléon renvoie ces observations à la section et se contente finalement d'une disposition autorisant tout créancier et même la partie publique à faire arrêter un failli jusqu'à ce que le caractère de sa faillite soit fixé. Mais il n'ira pas en prison. Il sera assigné à résider dans un lieu plus décent ou à son propre domicile[27].

Le Conseil d'État était pratiquement le seul endroit où Napoléon acceptait d'être contredit publiquement. Il était son instrument gouvernemental de prédilection parce que c'était celui de l'utilité. Il n'avait aucun pouvoir mais constituait une véritable chambre de réflexion, un petit parlement que Napoléon considérait comme une réunion d'intimes qu'il peuplait à sa guise. Il y discourait en pleine liberté, se parlait à lui-même tout haut avec des éclats de voix, des sons coupés, des apostrophes, quelquefois même des larmes, déchaînait ses ressentiments, ses haines, ses colères, prodiguait son raisonnement précipité, bouillonnant, sans liaison ni méthode, mais plein de franchise, de vigueur, de saillies. Un jour qu'il avait été interrompu trois fois dans son discours, il adressa ces mots à celui qui lui avait coupé la parole : « Monsieur, je n'ai pas fini, je vous prie de me laisser continuer. Après tout, il me semble qu'ici chacun a bien le droit de dire son opinion. » Cette sortie provoqua une hilarité générale, y compris celle de l'Empereur. Treilhard en particulier était un logicien opiniâtre, qui ne cédait pas devant son impérial adversaire. Une victoire remportée sur lui donnait plus de mal parfois que le gain d'une bataille[28]. Les procès-verbaux de Locré ne rendent pas, malheureusement, les mots exacts avec lesquels Napoléon a défendu ses idées sur les faillites.

---

27. J.-G. Locré, *Législation civile, commerciale* ..., XII, pp. 218-221.
28. L. Chardigny, *L'homme Napoléon*, Paris, Librairie académique Perrin, 1987, pp. 74 et 98 ; A. Marquiset, *Napoléon sténographié au Conseil d'État 1804-1805*, Paris, Honoré Champion, 1913, pp. 9 et 19. Comme indiqué plus haut, le titre de cet ouvrage est anachronique, la sténographie n'existant pas à cette époque.

Le billet à ordre (28 et 29 juillet 1807)

La lettre de change ne peut être tirée que d'un lieu sur un autre, « au lieu que le billet à ordre, dit Locré citant Bégouën, est le plus souvent payable dans le lieu même où il a été souscrit ; de sorte qu'il n'y a pas, comme pour la lettre de change, remise d'argent de place en place »[29]. Le 28 juillet 1807, Napoléon voulut revenir sur les dispositions du titre 1^er^ du projet de Code, « Des actes de commerce », qui attachaient la contrainte par corps à la signature des billets à ordre. Le Conseil d'État avait d'abord limité l'éventualité de la contrainte par corps aux négociants. Mais le Tribunat fit admettre que ces billets rendissent contraignables, sans distinction de qualité, tous ceux qui y déclareraient qu'ils entendent s'obliger sous la loi du commerce. L'Empereur voudrait que ceux qui n'ont pas la qualité de négociant soient exempts de la contrainte : « Tout le monde ne connaîtra pas l'effet de la nouvelle formule, et dès lors on doit craindre les surprises[30]. » La question a été longtemps débattue : l'empire de la loi du commerce doit-il être mesuré sur la qualité des faits ou sur la qualité des personnes ? Pour Napoléon, il est impossible de confondre les engagements des commerçants avec ceux des autres citoyens. Cette distinction catégorique gêne Cretet. Les lettres de change ont toujours entraîné la contrainte par corps. Les billets à ordre doivent avoir le même effet puisqu'ils font l'office des lettres de change. Pour éviter au porteur du billet la nécessité d'en traduire le signataire et les endosseurs dans deux tribunaux différents, si les uns sont négociants et pas les autres, la section a proposé de les soumettre tous à la juridiction commerciale. La loi connue, personne ne serait surpris. La formule *sous la loi du commerce* indique clairement si le billet a pour cause le négoce ou des affaires d'un autre genre. Napoléon n'en démord pas. Il lui semble suffisant de déclarer qu'un négociant qui signe un billet à ordre est soumis à la contrainte, par le seul effet de sa qualité. La contrainte est nécessaire dans le commerce mais en dehors la mesure serait trop sévère quand il n'y a qu'un léger retard. « Pourquoi vouloir qu'un particulier qui a 300.000 francs de biens, et auquel il ne faut que quelques jours pour trouver des fonds, soit jeté jusque-là dans une prison ? » Cretet et Cambacérès répondent qu'un particulier qui signe une lettre de change est contraignable, sinon il conviendrait d'interdire la signature d'une lettre de change à quiconque n'est pas négociant. Le billet à ordre, reprend Jean-Claude Beugnot qui a présidé la chambre de commerce de Rouen, circule rapidement et passe très vite dans un grand nombre de mains. C'est un des principaux moyens des transactions commerciales. Il est presque uniquement employé dans le commerce. « C'est donc surtout sous le rapport de l'intérêt du commerce qu'il faut le considérer. Si au-delà quelques particuliers trouvent commode de s'en servir, qu'ils payent cette commodité, comme ils payent celle de la lettre de

29. J.-G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce ...*, I, p. 551.
30. J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale ...*, XII, p. 362.

change ; c'est-à-dire, en l'employant aux mêmes conditions que les négociants. Le billet à ordre perdrait tout son crédit, si les commerçants, faute de pouvoir vérifier la qualité des signataires, perdaient la principale des sûretés qu'il doit leur offrir, celle d'être certainement payés au moment précis de l'échéance[31]. »

La divergence de vues avec ses conseillers d'État pousse Napoléon à révéler le fond de sa pensée. Ce sont toujours les préoccupations civilistes qui dominent chez lui. Il regarde la facilité de se procurer de l'argent comme un malheur pour tous ceux qui ne sont pas négociants. C'est leur offrir un moyen de dissiper leur fortune. Ceux qui ne sont pas négociants n'ont pas besoin de signer des billets à ordre. Pour lui, ce qui est proposé doit alarmer tous les pères de famille. « Ils craindraient, dit-il, et avec raison, que leurs enfants, entraînés par la fougue de la jeunesse, ne contractassent des engagements indiscrets dont une prison humiliante serait la suite. Les billets à ordre n'ont pas toujours une cause juste et raisonnable. On les fait pour solder les dettes du jeu, les dettes de la débauche, les plus folles dépenses : et l'on prétendra gravement qu'il faut tout confondre, et soumettre à la contrainte par corps quiconque les a signés, sans prendre en considération la nature de la dette ? Ce système aurait des inconvénients immenses. Il ne faut pas, d'ailleurs, par une simple formule, et sous le prétexte de la faveur due au commerce, renverser à l'égard de tous ce principe salutaire du droit civil, que celui dont le patrimoine suffit pour satisfaire à ses engagements doit être exécuté dans ses biens, et ne peut pas être contraint dans sa personne[32]. » La société que veut édifier l'Empereur explique sa conception du droit. Ses conseillers, sans vouloir trop le contredire, sont davantage conscients des intérêts du commerce. Cambacérès essaie d'y ramener la discussion : le projet de Code dont il s'agit ne doit s'occuper que des billets à ordre souscrits ou endossés par des négociants, pas de ceux émanant de particuliers. Que ceux-ci se soustraignent à la contrainte par corps en exprimant leur qualité. Napoléon insiste. Dans le système projeté, une courtisane qui aurait arraché d'un jeune homme un billet à ordre pourrait le traîner devant un tribunal de commerce et le faire emprisonner sans que celui-ci puisse alléguer qu'il a été surpris et trompé. François Jaubert, un ancien avocat qui s'est fait remarquer par sa compétence dans les discussions sur le Code civil, abonde dans le sens de l'Empereur. Ce système « est subversif du droit civil » selon lui et les tribunaux de commerce ne devraient prononcer la contrainte par corps que contre des négociants. Revenant sur la question le 29 juillet, Napoléon dit que le problème est de savoir si l'on qualifie de fait de commerce la simple signature d'une lettre de change. Faire tout dépendre de la forme « anéantit une foule de dispositions du droit civil, qui sont cependant le fruit d'une longue méditation ». Le projet conduit à faire juger tous les citoyens par les tribunaux de commerce et dans des formes sommaires. Pour Regnaud de Saint-Jean d'Angély, la lettre de change est un

31. *Ibid.*, XII, p. 363.
32. *Ibid.*, XII, p. 364.

contrat qui, comme les autres, est à l'usage de tous les citoyens. En le signant, ceux-ci se soumettent à la juridiction commerciale. Napoléon finit par avoir gain de cause. Le Conseil d'État retranche la disposition qui soumettait à la juridiction des tribunaux de commerce et à la contrainte par corps indistinctement tous les signataires de billets à ordre. Le titre 1er du projet est reporté au livre IV, consacré à la compétence des tribunaux de commerce[33].

La revendication (1er et 8 août 1807)

Le 1er août 1807, Napoléon préside une séance consacrée à la revendication en matière de faillite. Celui qui a livré des marchandises et n'en a pas reçu le prix peut-il les reprendre s'il les trouve dans les mains de son débiteur, et à plus forte raison lorsqu'elles sont encore en route ? D'après Bégouën, ce principe de revendication « a pour lui l'assentiment des nations ». Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu, un des plus grands juristes de son temps, précise que la revendication n'est possible que lorsque le contrat de vente n'est pas encore consommé. Quand il y a doute sur l'identité du vendeur, elle ne peut avoir lieu. Jaubert souligne la difficulté de distinguer et préfère envisager l'intérêt de la masse entière des créanciers plutôt que celui de quelques isolés. La revendication peut faciliter les fraudes car le failli peut favoriser un créancier au préjudice des autres en ne dénaturant pas sa marchandise et en composant avec lui. Pour éviter cela, le projet de Code n'admet que la revendication des marchandises qui se trouvent encore en route et ne sont pas arrivées dans les magasins du failli. D'après Cretet, les principes du contrat de vente excluent la revendication. Le vendeur s'est dessaisi de sa propriété et n'a plus droit qu'au prix. Treilhard n'est pas d'accord : toute vente au comptant est conditionnelle et par conséquent devient nulle lorsque la condition d'être payé n'est pas accomplie. Devant le désaccord de ses conseillers, Napoléon joue le rôle qui fut le sien dans l'élaboration du Code civil. Il fait le point pour que le débat progresse. Il ne voit pas comment la justice obligerait d'admettre la revendication puisque la faculté de revendiquer ne serait pas accordée dans tous les cas. Elle ne doit donc être considérée que sous des rapports de convenance. Ségur précise qu'à la vérité plusieurs chambres de commerce la repoussent mais qu'elle est établie par la jurisprudence. Pour Théophile Berlier, qui fut avocat à Dijon et député, tout semble militer contre la revendication. Elle peut donner lieu à tous les abus possibles. « En effet, dit-il, suppose-t-on que, le même jour, ou à peu de jours d'intervalle, l'acheteur reçoive deux ballots, l'un de l'envoi de *Pierre*, l'autre de l'envoi de *Paul* ; il ouvre le premier et ne touche point au second : *Pierre* va perdre sa marchandise, et *Paul* reprendra la sienne, uniquement d'après le coup de ciseau qu'il aura plu à l'acheteur de donner ou de ne pas donner. Autre

33. *Ibid.*, XII, pp. 366-371 ; XI, p. 41.

hypothèse : deux livraisons de vin se font dans le même temps ; l'une est de mauvaise qualité et nul débit ne s'en fait ; l'autre est promptement enlevée en tout ou en partie ! Dans ce cas, le vendeur du vin défectueux sera de meilleure condition que l'autre, et précisément à cause du vice de la chose ; cela serait-il convenable ? »[34].

L'Empereur ramène la discussion à trois points sur lesquels il faut se fixer : « À quel moment commence la propriété de l'acheteur ? Si les marchandises périssent en route, périssent-elles pour le compte du vendeur ou pour celui de l'acheteur ? Le vendeur a-t-il dans tous les cas une créance pour le prix de la chose ? » Pour Jaubert, ces questions sont résolues par l'article 1583 du Code civil, qui stipule : « Si la chose a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire. » Pour Napoléon, cet article est décisif contre le vendeur. Mais il voudrait connaître les dispositions de la législation ancienne sur cette matière. Juriste du Midi, Cambacérès répond que l'usage de la revendication est établi par les lois romaines : « Il dérive de ce principe de justice, qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient. » Pour Boulay de la Meurthe, président de la section de Législation, abolir la revendication serait favoriser le vol : « En effet, on donne les marchandises ou au failli ou aux créanciers : or, ni ceux-ci ni l'autre ne les ayant payées, on les gratifie évidemment du bien d'autrui. » Napoléon réagit. Il ne s'agit pas de la vente d'un meuble isolé et d'un marché unique. « Il s'agit d'un négoce, c'est-à-dire d'un mélange et d'un courant d'affaires, d'un ensemble et d'une suite d'opérations dans lesquelles l'argent, les marchandises, le passé, le présent, les créances et les dettes, les temps et les choses se lient pour former un tout, et viennent se confondre. Si un ballot de marchandises est encore dans les magasins, c'est parce qu'un autre ballot a été vendu, et que son prix a servi à solder les engagements. La nature et la marche du commerce ne comportent donc pas la revendication. » Napoléon, avant que la section se fixe, souhaite bien connaître la législation antérieure et les souhaits du commerce. Il charge Jaubert de faire un rapport sur ces deux objets à la prochaine séance[35].

Celle-ci a lieu une semaine plus tard, le 8 août. Jaubert a fait une analyse approfondie des dispositions du droit romain, des coutumes, des ordonnances de l'Ancien Régime, des arrêts des parlements, des auteurs (Cujas, Dumoulin, Baquet, Savary, etc.) et de la législation étrangère. Il rappelle que les premiers auteurs du projet de Code de commerce ont d'abord proposé l'abolition de la revendication dans tous les cas. Les tribunaux, conseils, bureaux ou chambres de commerce ont été consultés et ont été invités à faire leurs observations. La grande majorité ne s'est pas expliquée sur l'article qui abolit la revendication dans tous les cas. On pourrait donc conclure qu'ils l'approuvent, souligne Jaubert. Mais il fait le relevé des opinions positives. L'Empereur lui demande

34. *Ibid.*, XII, pp. 222-226.
35. *Ibid.*, XII, pp. 227-228.

finalement de donner son opinion personnelle. Jaubert propose de persister dans l'avis émis par le Conseil, c'est-à-dire de n'admettre de revendication que pour les marchandises qui sont encore en route, et lorsqu'elles sont identiquement les mêmes en quantité et en qualité et d'excepter le cas où les marchandises auraient été vendues sans fraude depuis la sortie des magasins du vendeur. Il demande de plus que la revendication ne puisse avoir lieu que dans les ventes sans terme et que dans celles-ci, si les marchandises ont été vendues sans fraude, la préférence sur le prix soit accordée au vendeur. Maret expose que les souhaits exprimés du monde du commerce vont dans le sens du projet de Code. La revendication est en général plutôt considérée comme un fléau que comme un avantage. Mathieu-Louis Molé, maître des requêtes et grand ami de Chateaubriand, pense que la question est décidée par deux principes : aussitôt que la vente est consommée, l'acheteur devient propriétaire ; toutes les propriétés du failli sont le gage de ses créanciers. Le Conseil d'État finit par maintenir les dispositions consignées dans le projet[36].

« La perfection est hors du domaine de la triste humanité ! »

Revêtu de l'*imprimatur* impérial, le projet de Code de commerce tint compte des observations formulées par le Tribunat – qui exerçait pour la dernière fois sa vigilance puisqu'il fut supprimé le 19 août 1807 – et fut présenté devant le Corps législatif. Cela donna lieu à de beaux morceaux d'éloquence de Regnaud de Saint-Jean-d'Angély, Bégouën, Corvetto, Ségur et Maret. L'adoption définitive et la promulgation séparée de chacune des lois composant le Code s'échelonnèrent tout au long du mois de septembre[37]. Le monument de 648 articles n'eut pas la postérité escomptée. Il ne sortait pas du cadre trop étroit du droit des marchands et se situait dans une perspective trop strictement civiliste. En 1821, le haut fonctionnaire Émile Vincens y voyait de nombreux défauts, qui exigeraient une refonte générale. Le « vice », pour lui, venait de ce que le premier projet avait été dressé avant qu'il existât un code civil. On avait également trop suivi la vieille ordonnance de 1673[38]. De substantielles modifications durent être apportées au Code de commerce à partir de 1838 et surtout après 1850, vu les conditions nouvelles créées par la révolution industrielle. Pour Cambacérès, la commission qui avait préparé le projet comprenait des personnes qui ne

36. *Ibid.*, XII, pp. 228-241.
37. J.-O. Boudon, *Histoire du Consulat et de l'Empire* ..., pp. 185-186 ; M.-J. Tulard, « Code de commerce », *Dictionnaire Napoléon*, ..., I, p. 452.
38. E. Vincens, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, ..., I, pp. X-XIV. Ancien négociant, Vincens était chef de division adjoint et chef de bureau du commerce au ministère de l'Intérieur. Pour des visions critiques plus récentes, voir : B. Oppetit, *Essai sur la codification*, Paris, P.U.F., 1998, pp. 25-30 ; A. Jauffret, *Droit commercial*, 23e éd. par J. Mestre avec la collab. de M.-E. Tian-Pancrazi, Paris, L.G.D.J., 1997, pp. 3-4.

connaissaient pas assez les affaires commerciales. Au Conseil d'État, la discussion ne fut pas suffisamment prolongée et approfondie. « L'Empereur avait ordonné du camp de Tilsit que l'entier projet de Code fût présenté dans la session qu'il venait de convoquer. La nécessité d'obéir à cet ordre obligea le Conseil d'abréger l'examen du plus grand nombre de titres. Les dispositions que ces titres contenaient ne subirent que de très légers débats[39]. » Plus indulgent, Sébastien-Pierre Boulay-Paty, ancien député au Corps législatif, conseiller à la Cour royale de Rennes et auteur d'un cours de droit commercial maritime, écrit en 1825 que la critique est aisée et que « la perfection est hors du domaine de la triste humanité ! » Il reconnaît que le Code de commerce n'est pas exempt de lacunes et d'imperfections. Mais il fallait une loi sur les faillites et les banqueroutes. « Sans ces mesures de protection et de sévérité, écrit-il, notre système de législation commerciale, alors inutile bienfait de moyens incomplets, renfermerait en lui-même un principe de stérilité, et le commerce ne cesserait de porter dans son sein un germe de désorganisation. » Le Code a bien tracé selon lui « la ligne qui sépare le commerçant probe et malheureux de l'homme de mauvaise foi »[40].

Pour Cambacérès, « le titre des faillites et banqueroutes porta l'empreinte des circonstances du temps ». Après l'affaire des Négociants réunis, Napoléon voulut des mesures sévères : « Dans la vue de prévenir désormais la fraude, on sacrifia plus d'une fois des droits qu'il est du devoir du législateur de conserver, particulièrement ceux qui ont pour objet de garantir la femme des abus que son mari peut faire à son préjudice, soit de l'autorité qu'il exerce sur elle, ou d'un sentiment plus actif qu'il a su lui inspirer[41]. » L'Empereur pourtant souhaitait des mesures plus sévères encore à l'encontre des faillis et il ne réussit pas à les faire adopter. Le Conseil d'État restait un lieu de discussion où il était possible de contredire Napoléon et de lui tenir tête. Malgré son génie de l'organisation, celui-ci n'était pas un spécialiste. Il était aussi très occupé. Des légistes adroits avaient donc les moyens de retarder, d'amoindrir, sinon de paralyser une mesure qui leur paraissait excessive[42]. La crise de 1805-1806 avait accentué une méfiance quasi viscérale de l'Empereur vis-à-vis des négociants et du monde du commerce. C'était un milieu qu'il ne fréquentait guère, en dehors des fournisseurs aux armées, dont l'honnêteté était souvent sujette à caution[43]. Fondamentalement, il opposait les commerçants, leurs intérêts cosmopolites, leur tendance à s'entendre avec l'étranger, aux industriels, rivaux de l'étranger et

39. J.-J.-R. de CAMBACÉRÈS, *Mémoires inédits : éclaircissements publiés par Cambacérès sur les principaux événements de sa vie politique*, prés. et notes de L. Chatel de Brancion, 2 vol., Paris, Perrin, 1999, II, p. 170.
40. S.-P. BOULAY-PATY, *Des faillites et banqueroutes, ...*, 2 vol., Paris, Charles-Béchet et Rennes, Molliex, 1825, I, pp. III-VII.
41. J.-J.-R. de CAMBACÉRÈS, *Mémoires inédits ...*, II, p. 170.
42. Ch. DURAND, « Conseil d'État », *Dictionnaire Napoléon, ...*, I, p. 507.
43. J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, 4e éd., Paris, PUF, 1989, p. 676.

qu'il entendait protéger par des droits de douane et même aider par des subsides. L'intérêt de la France était pour lui d'exporter beaucoup et d'importer peu. Il reprenait les idées de Colbert mais respectait davantage les principes du laisser-faire. Il avait aussi un plus grand souci de l'agriculture, qu'il partageait avec les physiocrates[44].

44. J. BOURDON [et J.-G. LOCRÉ], *Napoléon au Conseil d'État* ..., pp. 157-158 et 172-173 ; N. PETITEAU, *Napoléon, de la mythologie à l'histoire*, Paris, Seuil, 1999, pp. 342, 347 et 356 ; P. VERLEY, « Quelques remarques sur l'économie française à l'époque impériale », *Voies nouvelles pour l'histoire du Premier Empire. Territoires. Pouvoirs. Identités. Colloque d'Avignon 9-10 mai 2000*, textes réunis et présentés par N. Petiteau, Paris, La Boutique de l'Histoire, 2003, pp. 139-159.

L'encadrement éthique et juridique de l'expérimentation médicale sur l'humain : histoire d'une collaboration. Autour de la *Déclaration d'Helsinki*

Marie-Luce DELFOSSE
Docteur en philosophie et lettres,
Professeur aux FUNDP

L'encadrement des activités médicales d'expérimentation humaine est un exemple significatif de collaboration entre deux ensembles normatifs, l'éthique médicale et le droit. Cette collaboration a impliqué des échanges entre ceux-ci et s'est souvent manifestée sous la forme d'un appui réciproque. J'en évoquerai ici des moments importants, centrés sur la *Déclaration d'Helsinki* qui constitue une référence d'éthique médicale majeure en matière d'expérimentation humaine. On verra ainsi comment un texte d'éthique médicale, qui s'inspire de textes à portée juridique, eux-mêmes inspirés par l'éthique médicale, devient en définitive une norme juridiquement contraignante. Néanmoins, cette collaboration, longtemps harmonieuse, conduit parfois, aujourd'hui notamment, à des situations qui obligent à s'interroger sur la possibilité d'une complémentarité effective du droit et de l'éthique.

Je rappellerai d'abord quelques grandes étapes de la prise de conscience de la nécessité d'encadrer les activités d'expérimentation médicale sur les humains et les textes juridiques et éthiques auxquels elle a donné lieu. J'évoquerai ensuite l'élaboration de la *Déclaration d'Helsinki* par l'Association médicale mondiale (AMM) et ses révisions successives. J'examinerai enfin la situation actuelle qui a conduit à inscrire cette *Déclaration* dans le droit européen. Dans les deux dernières étapes de ce parcours, on verra surgir les problèmes qui conduisent à s'interroger aussi bien sur l'éthique médicale que sur le droit, et sur leur complémentarité.

Quelques antécédents historiques

La volonté de faire reposer les thérapeutiques médicales sur des bases scientifiques a été exprimée dès le début du XIX^{e} siècle. Les activités médicales d'expérimentation humaine ont bientôt fait l'objet de règles d'éthique professionnelle. Ainsi, en 1865, le médecin français Claude Bernard, qui se définissait lui-même comme le « fondateur » de la médecine expérimentale, assigna à ces

activités une limite morale fondamentale, directement inspirée d'Hippocrate : ne jamais nuire, ou, plus précisément, ne pas uniquement nuire.

> *« Le principe de la moralité médicale et chirurgicale consiste à ne jamais pratiquer sur un homme une expérience qui ne pourrait que lui être nuisible à un degré quelconque, bien que le résultat pût intéresser beaucoup la science, c'est-à-dire la santé des autres. »*[1].

Après des débuts contestés, les activités médicales d'expérimentation humaine connurent un important développement car elles sont apparues comme la condition nécessaire de validation des hypothèses thérapeutiques. Bien qu'on ne connaisse pas tous les jalons de leur encadrement normatif, on sait que, le 29 décembre 1900, le Ministère prussien des Affaires religieuses, éducatives et médicales formula une *Directive sur l'expérimentation humaine*. Selon M.A.Grodin, ce document est probablement le premier texte juridique qui reconnaisse spécifiquement la nécessité de protéger des catégories de populations vulnérables comme les mineurs et les incapables, et qui définisse non seulement des critères pour la conduite éthique des recherches, mais aussi des procédures et des mécanismes spécifiques pour garantir la responsabilité des expérimentations[2]. Le 28 février 1931, le Ministère de l'Intérieur du Reich allemand promulguait une circulaire intitulée *Directives concernant les nouveaux traitements médicaux et l'expérimentation scientifique sur l'être humain*[3]. À bien des égards, ce texte est remarquable. Il donne une définition précise de l'expérimentation qu'il lie judicieusement à la recherche et non au soin[4], atteignant ainsi d'emblée une clarté que les textes ultérieurs mettront longtemps à rejoindre[5]. En outre, tout en soulignant la nécessité de l'expérimentation sur l'homme pour le progrès de la médecine, il indique le conflit de valeurs devant lequel cette activité place le médecin, et la responsabilité accrue de celui-ci à l'égard de la vie et de la santé

1. Cl. BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale* (1865), Paris, Garnier-Flammarion, 1966, p. 152.
2. M. A. GRODIN, « Historical Origins of the Nuremberg Code », in G. J. ANNAS & M. A. GRODIN (eds), *The Nazi Doctors and the Nuremberg Code : Human Rights in Human Experimentation*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 121-144.
3. Pour ce texte, voir M.-L. DELFOSSE, *L'expérimentation médicale sur l'être humain. Construire les normes, construire l'éthique*, Bruxelles, De Boeck Université, 1993, pp. 299-300.
4. *Directives concernant les nouveaux traitements médicaux et l'expérimentation scientifique sur l'être humain*, 3 : « Au sens des présentes directives, il faut entendre par 'expérimentation scientifique' des interventions et des modes de traitement pratiqués sur l'homme aux fins de la recherche, qui ne servent pas au traitement d'un cas particulier et dont les effets et les conséquences ne peuvent être entièrement prévus en se basant sur l'expérience acquise. ».
5. Il faudra attendre le travail de la National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research (U.S.A., 1973-1978) tel qu'il ressort du *Belmont Report* publié en 1978 pour qu'une ligne de démarcation nette soit tracée entre les activités de soin et les activités de recherche. Pour le texte du *Belmont Report*, voir M.-L.DELFOSSE, *op. cit.*, pp. 311-321.

des personnes sur lesquelles est pratiquée une expérience scientifique[6]. À ces personnes, il assure une grande protection en définissant les obligations du médecin en ces circonstances : expérimentation animale préalable ; évaluation préalable des risques prévisibles et des bénéfices escomptés, et respect d'une proportion entre eux ; consentement libre et éclairé ; attention particulière aux catégories de populations vulnérables – telles les personnes en situation de détresse sociale – qui conduit à l'interdiction d'expérimenter dans certains cas, notamment sur les mineurs et sur les « moribonds » ; compétence des expérimentateurs ; définition claire des objectifs, rédaction d'un rapport précisant les motifs et les modalités de réalisation de l'expérimentation, et accord de cette dernière avec l'éthique médicale ainsi qu'avec les « règles de l'art et de la science de la médecine »[7] ; nécessaire information scientifique du chercheur préalablement à l'expérimentation ; qualité scientifique du plan d'expérimentation ; obligation de remplacer l'expérimentation humaine par une expérimentation animale chaque fois que possible ; respect des patients dans les publications. On le voit, ces *Directives* font abondamment référence à l'éthique médicale et plus largement à l'éthique générale, en invoquant le respect de la dignité des personnes et de leur humanité. Cependant, quelle qu'en soit la qualité, on est obligé de constater que ce texte n'a pas eu tout l'impact souhaité sur les médecins allemands.

On sait en effet quels excès les médecins nazis commirent en matière d'essais sur des êtres humains dans les camps de concentration. À ce propos, une question demeure d'ailleurs ouverte : les *Directives* du Ministère de l'Intérieur étaient-elles contraignantes ou non pour ces médecins ? De toutes manières, il est évident qu'à elles seules elles ne suffirent pas à éviter les abus. On sait aussi qu'à l'issue de la guerre, en 1946, les médecins qui avaient pratiqué des expérimentations dans les camps de concentration nazis furent jugés par un tribunal militaire américain à Nuremberg. Dans son jugement, ce tribunal énonça les dix règles en fonction desquelles il avait apprécié les actes commis par ces médecins[8]. Ce texte connut ensuite une existence autonome dans le monde médical sous le nom de *Code de Nuremberg*. Nombreux sont les critères de la circulaire du Ministère de l'Intérieur du Reich allemand qui s'y retrouvent : consentement libre et éclairé des sujets ; rigueur dans la conception de la recherche ; documentation scientifique et expérimentation animale préalables ; recours réservé à l'expérimentation humaine ; compétence des expérimentateurs ; interdiction des expériences sur des sujets mineurs. Les différences qui interviennent sont de deux types : soit une radicalisation d'exigences déjà posées dans les *Directives* de 1931, soit des exigences nouvelles. Parmi les radicalisations, on peut citer les suivantes : insistance sur le fait d'éviter aux sujets toute souffrance ou tout

6. *Directives concernant les nouveaux traitements médicaux et l'expérimentation scientifique sur l'être humain*, 1.
7. *Ibidem*, 4.
8. Pour ce texte, voir M.-L. DELFOSSE, *op.cit.*, pp. 301-302.

dommage physique ou mental non nécessaires, et même toute éventualité, fût-elle mince, de blessure ; le fait que l'expérience projetée doive être utile à la société ; l'interdiction des expériences dont on soupçonne *a priori* qu'elles risquent d'entraîner la mort ou l'invalidité, à moins que ces expériences ne soient pratiquées par des médecins sur eux-mêmes. Parmi les nouveautés, il faut souligner : la responsabilité qu'a celui qui initie ou réalise l'expérimentation d'apprécier les conditions dans lesquelles le consentement est donné et le caractère personnel, incessible de cette responsabilité ; le fait que la proportion des risques acceptables soit établie au regard de l'importance humanitaire du problème résolu par l'expérimentation ; la liberté pour le sujet d'interrompre à tout moment sa participation à l'expérimentation lorsqu'il estime avoir atteint les limites de sa résistance physique ou mentale ; l'obligation pour le médecin d'arrêter l'expérience s'il a une raison de croire que sa poursuite peut entraîner des blessures, la mort ou l'invalidité pour le sujet.

La Déclaration d'Helsinki

Bref historique

Dans le même temps, la profession médicale réagit aux atrocités commises dans les camps de concentration nazis. Ainsi, l'Association médicale mondiale (AMM), qui regroupe aujourd'hui la plupart des associations de médecins dans le monde, s'est intéressée à l'expérimentation humaine dès sa création, en 1946 : les résolutions adoptées lors de la première Assemblée générale, tenue à Paris du 17 au 20 septembre 1947, en témoignent[9]. Au départ, l'AMM se donnait entre autres pour mission de repérer et de dénoncer les crimes commis depuis 1933 par des médecins de tous pays, notamment d'Allemagne.

C'est en 1954 qu'un premier texte de principes relatifs à l'expérimentation humaine fut adopté à Rome[10]. Ce texte soulignait la nécessaire compétence des expérimentateurs et leur adhésion aux règles de respect des individus, la prudence et la discrétion à adopter lors de la publication des premiers résultats des recherches, la responsabilité de l'expérimentateur, l'exigence d'obtenir un consentement libre et pleinement éclairé de la part des volontaires sains comme des malades pour lesquels un consentement substitué pouvait également valoir, la limitation des opérations ou traitements risqués aux cas désespérés.

Dès 1961, le Comité d'éthique médicale de l'AMM formula un projet de Code sur l'éthique de l'expérimentation humaine qui fut discuté à l'Assemblée générale tenue à Rio de Janeiro la même année. Une version légèrement revue fut aussi discutée à la session du Conseil tenue à Chicago en mai 1962. Ce projet de

9. L'historique qui suit s'appuie sur : S.S. Fluss, « How the Declaration of Helsinki developed », in *Good Clinical Practice Journal*, vol. 6, n° 6, nov.-déc. 1999, pp. 18-22.
10. *Ibidem*, p. 19-20.

Code fut publié en octobre de la même année dans le *British Medical Journal* [11]. La structure de ce texte était la suivante : d'abord des principes généraux et des définitions, puis les critères pour les expérimentations susceptibles d'être bénéfiques aux patients, enfin les critères concernant les expérimentations conduites pour le seul progrès des connaissances. La définition de l'expérimentation qui y est proposée est la suivante : « une expérimentation sur l'être humain est un acte par lequel l'investigateur change délibérément l'environnement externe ou interne afin d'observer les effets d'un tel changement. ».

À la 18e Assemblée médicale mondiale tenue à Helsinki en juin 1964, la version finale de la première *Déclaration* dite d'Helsinki fut adoptée. Ce texte souligne la nécessité de l'expérimentation humaine, mais ne définit pas celle-ci. Il reprend la structure du projet de Code, mais certaines réserves formulées dans celui-ci sont supprimées[12]. On y retrouve un certain nombre de critères définis dans le *Code de Nuremberg* : la nécessité d'une expérimentation animale préalable, qui soit rigoureuse et approfondie ; la compétence des expérimentateurs ; l'obligation pour le médecin de ne pas entreprendre une expérience à seul but cognitif si celle-ci peut être préjudiciable pour le sujet. *Helsinki I* modifie aussi certaines des exigences du *Code de Nuremberg* : les bénéfices attendus doivent être proportionnels aux risques prévisibles pour le sujet, et leur évaluation doit être faite avant la recherche ; la personnalité des sujets ne peut être altérée, l'intégrité mentale des malades doit être respectée, de même que l'intégrité physique des volontaires sains ; le consentement libre et éclairé est maintenu, mais aucune précision n'est apportée en ce qui concerne l'information à donner ; néanmoins, dans la recherche combinée à un traitement le consentement n'est exigé que lorsque la psychologie du patient le permet ; le volontaire sain a la liberté d'interrompre à tout moment sa participation à l'expérimentation. Certains critères du *Code de Nuremberg* - sont abandonnés : insistance sur le fait que les bénéfices de l'expérimentation ne peuvent être obtenus par d'autres méthodes ; limitation des expérimentations admissibles aux seules personnes majeures ; responsabilité personnelle et incessible de celui qui initie ou réalise l'expérimentation d'apprécier les conditions dans lesquelles le consentement est donné. Enfin, *Helsinki I* modifie la perspective : alors que le *Code de Nuremberg* posait la société comme critère d'appréciation des expériences, c'est désormais le sujet qui devient le terme de référence.

La version initiale de la *Déclaration d'Helsinki*, qui se définit elle-même comme une esquisse de principes, sera suivie de cinq autres : en 1975, 1983, 1989, 1996 et 2000. Une révision périodique est prévue explicitement dès

11. « Draft Code of Ethics on Human Experimentation », in *British Medical Journal*, 1962, 2, p. 1169.
12. Voir à ce propos : J. KATZ, « The consent principle of the Nuremberg Code : its significance then and now », in G. J. ANNAS & M. A. GRODIN (eds), *The Nazi Doctors and the Nuremberg Code : Human Rights in Human Experimentation*, *op. cit.*, p. 227-239.

Helsinki II. En effet, chacun des textes successifs tente de répondre à des difficultés nouvelles. C'est ainsi que l'on constate des modifications de l'un à l'autre, ainsi qu'un changement progressif dans la manière dont le texte définit son statut. Je ne proposerai pas une lecture détaillée de ces modifications car celle-ci excéderait le cadre de cette contribution[13]. Je soulignerai plutôt quelques traits importants de l'évolution.

Évolution

Lorsqu'on lit les versions successives de la *Déclaration d'Helsinki,* on est d'abord frappé par les déplacements opérés. Ainsi l'exigence d'informer le sujet, qui avait reçu un traitement différencié dans *Helsinki I* selon le type d'expériences, devient un principe de base dans les versions ultérieures. Il en va de même pour le droit de revenir sur son consentement, qui était réservé à la recherche dite « non thérapeutique » dans *Helsinki I.*

En outre, on voit le sujet gagner progressivement en consistance. Dans *Helsinki I,* malgré les protections qui lui étaient garanties, le médecin disposait en définitive d'une grande marge de liberté. Comme le remarque Anne Fagot-Largeault à propos de ce texte, « le médecin expérimentateur, en même temps qu'il protège le sujet contre les dangers de l'expérience, est censé maximiser trois biens à la fois et n'en sacrifier aucun : bien de l'individu, bien collectif, bien de la science. »[14]. *Helsinki II* établit pour sa part une hiérarchie entre ces différents biens : « Les intérêts du sujet doivent toujours primer ceux de la science et de la société »[15]. Cette affirmation se maintient dans les versions suivantes[16].

Simultanément, la dimension collective de la recherche est soulignée : les protocoles de recherche doivent être appréciés par des comités indépendants[17]. Cette dernière affirmation – maintenue telle quelle dans *Helsinki III* et *IV* – se voit progressivement détaillée. Dans *Helsinki V*, l'indépendance est précisée : à l'égard « du chercheur et du sponsor », et référence est faite aux lois et règles régissant dans chaque pays la création des comités d'éthique[18]. *Helsinki VI* apporte pour sa part de nombreux compléments : alors que jusqu'à présent, la mission des comités se limitait à des « avis et conseils », il est envisagé maintenant que les comités aient à donner « le cas échéant » une « approbation ». De plus l'indépendance ne se limite plus aux rapports avec le chercheur ou le

13. Pour une analyse détaillée de l'évolution de ce texte jusque et y inclus la version de 1989, voir M.-L. DELFOSSE, *op. cit.*, pp. 137-158.
14. A.FAGOT-LARGEAULT, *L'homme bioéthique. Pour une déontologie de la recherche sur le vivant,* Paris, Maloine, 1985, p. 156.
15. *Helsinki II,* I, 5.
16. *Helsinki III,* I, 5 ; *Helsinki IV*, I,5 ; *Helsinki V,* I,5 ; *Helsinki VI,* A.5.
17. *Helsinki II,* I, 2.
18. *Helsinki V*, I, 2.

sponsor, mais elle s'étend à « toute autre forme d'influence indue ». Le respect des lois et des règlements en vigueur dans le pays où s'effectuent les recherches est exigé. Le comité se voit désormais reconnaître le droit de suivre le déroulement des études, et il doit être informé par l'investigateur de la « survenue d'effets indésirables d'une certaine gravité » lors de celles-ci. Il doit aussi être informé du financement, des promoteurs, de l'appartenance institutionnelle de l'investigateur, des conflits d'intérêt, et des « moyens d'inciter des personnes à participer à une recherche »[19].

Problèmes

Dès 1975, *Helsinki II* avait posé que : « Lors de toute étude clinique –avec ou sans groupe témoin- le malade devra disposer des meilleurs moyens diagnostiques et thérapeutiques disponibles »[20]. Cette recommandation est maintenue dans les versions ultérieures[21]. Prise à la lettre, elle exclut l'usage du placebo dans les essais cliniques de médicaments, et favorise au contraire la comparaison entre substances actives. Cette situation a créé des difficultés, notamment le fait qu'une comparaison entre substances actives donne une réponse moins tranchée et exige d'impliquer un nombre beaucoup plus important de personnes dans l'essai. Prenant acte de la difficulté, *Helsinki V* complète la recommandation des déclarations antérieures en ajoutant : « Ceci n'exclut pas l'usage d'un placebo inerte dans les études où il n'existe pas de diagnostic ni de méthodes thérapeutiques bien établies »[22].

Or, en 1997 une polémique extrêmement vive divise le monde médical : elle porte sur des expériences concernant la transmission verticale périnatale du virus HIV. Une thérapeutique avait été expérimentée avec succès aux États-Unis et en France en 1994. Mais elle était lourde et surtout coûteuse, inaccessible en tout cas pour les populations des pays en développement. Des essais de thérapies plus légères avaient été conçus pour ces pays, mais nombre d'entre eux procédaient par comparaison avec un placebo. Vu la gravité du virus, certains médecins ont estimé que ces essais sont contraires à l'éthique médicale, et ce d'autant plus qu'ils n'auraient eu aucune chance d'être acceptés par un comité d'éthique s'ils avaient dû se dérouler en Occident[23]. Aux États-Unis, les Instituts nationaux de santé (NIH) et le Center for Disease Control (CDC)

19. *Helsinki VI*, B.13.
20. *Helsinki II*, II, 3.
21. *Helsinki III*, II, 3 ; *Helsinki IV*, II, 3 ; *Helsinki V*, II, 3.
22. *Helsinki V*, II, 3.
23. Voir les articles de M. ANGELL, « The Ethics of Clinical Research in the Third World », et de P. LURIE & S. WOLFE « Unethical Trials of Interventions to Reduce Perinatal Transmission of Human Immunodeficiency Virus in Developing Countries » d'une part et de H. VARMUS & D. SATCHER, « Ethical Complexities of Conducting Research in Developing Countries » d'autre part, in *The New England Journal of Medicine*, 337 (1997) qui ont lancé le débat.

soutenaient les essais contre placebo[24], estimant que celui-ci est le seul à garantir la qualité scientifique des essais, quelles que soient les critiques formulées depuis plusieurs années à cet égard[25]. Un exemple significatif de cette opposition est la situation de Marc Lallemant, chercheur à la Harvard School of Public Health, qui avait conçu pour la Thaïlande plusieurs types d'essais destinés à comparer le régime de traitement mis au point en Occident avec divers régimes plus courts. Sollicitant pour ce faire le soutien financier des NIH en 1994, il fut soumis ainsi que la Harvard School of Public Health à des pressions répétées afin de procéder par comparaison par un placebo. Finalement, soutenu par son comité d'éthique, il obtint les financements demandés et, en 1997, les essais prévus initialement étaient en cours.

La dernière version de la *Déclaration d'Helsinki* ne porte d'abord que faiblement la trace de ce conflit. Elle se contente de reformuler la recommandation des déclarations antérieures en ces termes dans le principe 29 : « Les avantages, les risques, les contraintes et l'efficacité d'une nouvelle méthode doivent être évalués par comparaison avec les meilleures méthodes diagnostiques, thérapeutiques ou de prévention en usage. Cela n'exclut ni le recours au placebo, ni l'absence d'intervention dans les études pour lesquelles il n'existe pas de méthode diagnostique, thérapeutique ou de prévention éprouvée ». Mais cette formulation ne met pas fin à la polémique. En effet, des critiques extrêmement vives sont formulées. Ainsi, à la conférence organisée entre autres par l'AMM et l'European Forum for Good Clinical Practice (EFGCP) les 27 et 28 mars 2001 à Prétoria, G.Koski, directeur de l'Office for Human Research Protections (US Department of Health and Human Services), souligne le clivage entre les restrictions imposées par *Helsinki VI* au placebo et la procédure prévue dans le cadre des Bonnes pratiques cliniques par la Conférence internationale sur l'harmonisation (ICH)[26]. qui est favorable au placebo sauf si des risques vitaux ou des dommages irréversibles peuvent en résulter[27]. Par ailleurs, l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments (EMEA) prend position, elle aussi, le 28 juin 2001, en faveur du placebo pour des raisons de rigueur scientifique et de santé publique[28]. Par contre, outre les prises de position individuelles, plusieurs institutions ou groupes expriment, soit leur refus de la

24. Voir notamment : H. VARMUS & D. SATCHER, *article cité*.
25. K.J. ROTHMAN & K. B. MICHELS, « The Continuing Unethical Use of Placebo Controls », in *The New England Journal of Medicine*, 331 (1994), pp. 394-398 ; B. FREEDMAN, C. WEIJER & K. C. GLASS, « Placebo Orthodoxy in Clinical Research I : Empirical and Methodological Myths » et « Placebo Orthodoxy in Clinical Research II : Ethical, Legal and Regulatory and Myths », in *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 24 (1996), pp. 243-251 et 252-259.
26. International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use, *Choice of Control Group and related Issues in Clinical Trials*, Genève, 2000, p. 29.
27. B. KEATING, « L'éthique de la recherche et l'usage du placebo : un état de la question au Canada », in *Médecine/Sciences*, vol. 20, janvier 2004, p. 123.
28. EMEA/CPMP, « Position Statement on the Use of Placebo in Clinical Trials with regard to the →

comparaison contre placebo dans des situations de maladies graves, soit l'obligation d'une appréciation fine et nuancée de la situation[29]. Entre-temps, des institutions, notamment universitaires, ont, dans la ligne d'*Helsinki VI*, proposé des protocoles d'essais procédant par comparaison entre substances actives, courant ainsi le risque de recevoir un avis négatif de la part de leur Institutional Review Board (IRB) – l'équivalent aux États-Unis des comités d'éthique locaux en Belgique –, des NIH et de la Food and Drug Administration (FDA). Plusieurs études ont d'ailleurs été interrompues, tandis que d'autres n'ont pu être commencées. La guerre déclenchée au sein de l'éthique médicale de la recherche par le recours au placebo[30] n'est donc pas terminée[31].

Elle l'est d'autant moins que le principe 29 fait intervenir une expression peu

→ Revised Declaration of Helsinki », accessible à l'adresse internet suivante : http ://www.emea.eu.int/.

29. Il serait trop long ici d'énumérer les nombreuses prises de position individuelles et collectives. Parmi ces dernières, je ne signalerai ici que deux positions officielles. Aux États-Unis, le National Bioethics Advisory Council (NBAC), l'équivalent d'un comité national dans nos pays mais lié au Président en exercice, a rendu public en 2001 le document *Questions d'éthique et de politique en recherche internationale : essais cliniques dans les pays en voie de développement*, accessible en français à l'adresse internet suivante :http ://www.bioethics.gov. Ce document précise que « le gouvernement des États-Unis ne doit pas parrainer ou conduire les essais cliniques qui ne fournissent, au minimum, les protections éthiques » qu'il énumère, et que : « La Food and Drug Administration (FDA) ne doit pas accepter des données obtenues d'essais cliniques ne fournissant pas les protections d'éthique » énumérées. Il prend nettement position contre les essais contre placebo : « Les chercheurs et les parrains doivent créer des conceptions d'essais cliniques qui fournissent aux membres d'un quelconque groupe témoin un traitement effectif établi, qu'un tel traitement soit ou non disponible dans le pays hôte. » Il insiste également sur l'accès aux traitements dont les essais auront montré la supériorité. Pour sa part, le Nuffield Council on Boethics, institution privée et indépendante qui tend à jouer le rôle d'un comité national au Royaume-Uni en éclairant le public et en conseillant le gouvernement, a rendu public en avril 2002 le document suivant : *The Ethics of Research related to Healthcare in Developing Countries*, dont le résumé analytique, les conclusions et les recommandations sont accessibles en français à l'adresse internet http ://www.nuffieldbioethics.org/filelibrary/pdf/freport.pdf. Ce document prend position pour un traitement différencié des malades participant à un essai, à condition que la véritable raison de cette différence soit donnée. Il estime que la décision relative au niveau de soins approprié doit tenir compte entre autres de la gravité de la maladie. Il souligne la difficulté de déterminer le niveau de soins le plus approprié et recommande qu'une étude soigneuse du contexte soit faite dans chaque cas, en concertation avec le personnel local. Le niveau de soins choisi doit alors faire l'objet d'une justification devant les comités d'éthique pertinents, c'est-à-dire aussi bien dans les pays commanditaires que dans les pays hôtes.

30. Voir le titre suggestif de l'article de Ch. Weijer & J. A. Anderson, « The Ethics Wars. Disputes over International Research » in *The Hastings Center Report*, mai-juin 2001, pp. 18-20. Cet article débute par une phrase éclairante : « The effort to revise the Declaration of Helsinki and the CIOMS Guidelines has sparked a sometimes vitriolic debate centering on the use of placebo controls ».

31. La position du Groupe européen des conseillers pour l'éthique de la science et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne (EGE), « Ethical Aspects of Clinical Research in Developing Countries », du 4 février 2003, en laisse discerner la trace, sans vitriol cette →

claire : qu'entendre par « meilleures méthodes (...) en usage » ? S'agit-il des méthodes locales ? Ou de la meilleure méthode en usage où que ce soit sur le globe ? Les méthodes locales sont souvent inexistantes dans les pays en développement. Selon certains, la comparaison contre placebo ne poserait alors aucun problème. D'autres par contre refusent cette compréhension descriptive, et considèrent qu'il faut recourir aux meilleures méthodes disponibles où que ce soit. Dans cette perspective, d'un point de vue éthique, la comparaison contre placebo est inadmissible lorsqu'il s'agit de pathologies graves.

On le voit, dans ces tensions et polémiques, se joue en définitive l'opposition entre les intérêts des pays riches et des pays en développement. À cet égard, *Helsinki VI* formule aussi deux principes applicables aux recherches sponsorisées par les pays occidentaux et réalisées dans les pays en développement. Selon le principe 19 : « Une recherche sur des êtres humains n'est légitime que si les populations au sein desquelles elle est menée ont des chances réelles de bénéficier des résultats obtenus ». Quant au principe 30, il pose que : « Tous les patients ayant participé à une étude doivent être assurés de bénéficier à son terme des moyens diagnostiques, thérapeutiques et de prévention dont l'étude aura montré la supériorité ». On aurait pu espérer que ces principes aident à clarifier la situation évoquée plus haut. Malheureusement il n'en fut rien. En effet, bien qu'ils visent à éviter l'exploitation des populations de pays en développement par les industries occidentales, ces principes légitiment en définitive la conduite dans ces pays d'essais inacceptables en Occident puisqu'ils favorisent en quelque sorte ceux qui porteront sur des thérapeutiques ou des traitements moins chers.

Le principe 30, étroitement lié au principe 19, a lui aussi suscité une vive opposition. En effet, le respecter obligerait les entreprises pharmaceutiques, au terme d'une étude, à faire bénéficier les participants à celle-ci du traitement dont l'étude aurait montré la supériorité. L'industrie pharmaceutique a estimé que cela ne serait pas financièrement réalisable. Par ailleurs, elle a argumenté que la supériorité d'un traitement ne peut être déterminée à la fin d'une étude, mais que des comparaisons ultérieures avec d'autres traitements sont encore nécessaires, ce qui prend un temps certain[32].

La mise en question des principes 29 et 30 a conduit l'AMM à poser un geste sans précédent en proposant l'ajout de notes explicatives et éventuellement

---

→ fois. À côté de l'opinion majoritaire en faveur du placebo, une opinion divergente est présentée qui craint l'établissement d'un « double standard » conduisant à un cercle vicieux : la recherche réalisée dans les pays en développement permet la mise au point de nouveaux traitements qui seront brevetés dans les pays riches et dès lors inabordables pour les pays pauvres, la non-accessibilité des traitements dans les pays les plus pauvres est due en partie aux prix des brevets.

32. On peut trouver l'ensemble des diverses critiques formulées dans « Documentation for the Preparation of Note of Clarification on Paragraph 30 of the Revised Declaration of Helsinki », accessible à l'adresse internet http ://www.wma.net.

d'amendements, ce qui a été accepté par les pays opposants, notamment les États-Unis. Le 6 octobre 2002, une note explicative a ainsi été ajoutée au principe 29, qui fait désormais partie intégrante d'*Helsinki VI*. Cette note autorise la comparaison contre un placebo « avec de grandes précautions » lorsqu'il n'existe pas de traitement éprouvé. Toutefois, même s'il existe déjà un traitement éprouvé, elle l'autorise également aux conditions suivantes : si « des raisons méthodologiques impérieuses et scientifiquement solides » l'imposent ; si, pour une affection bénigne, ce type de contrôle « n'expose pas à des risques supplémentaires de dommages significatifs et durables » ; et dans tous les cas, après un « examen éthique et scientifique approfondi ». Les commentateurs jugent sévèrement cette note. Ils estiment qu'elle est en contradiction avec l'économie générale du texte qui place les intérêts du sujet au-dessus de ceux de la science et de la société[33], et qu'elle vide dès lors le principe 29 de sa substance. Certains considèrent aussi que les implications éthiques pour les pays en développement n'ont pas assez retenu l'attention[34].

La réflexion portant sur le principe 30 est en cours. Sur base de larges consultations et après de longues discussions au sein de son Comité d'éthique médicale, le Conseil de l'AMM a adopté la motion suivante. Le principe 30 de la *Déclaration d'Helsinki* ne serait pas modifié mais assorti d'une note explicative. Celle-ci préciserait qu'« il est important, pendant la phase de planification d'une étude, d'identifier l'accès après étude des patients impliqués aux traitement prophylactiques, diagnostiques et thérapeutiques, jugés comme bénéfiques au cours de l'étude ou bien à des soins adéquats. Le mode d'accès postétude ou les autres soins doivent être décrits dans le protocole de l'étude afin que le comité d'éthique puisse étudier ces dispositions ». Cette motion sera examinée en 2004 lors de l'Assemblée générale de l'AMM à Tokyo.

La *Déclaration d'Helsinki* et le droit

Entre-temps, la *Déclaration d'Helsinki* a été inscrite dans le droit européen puis belge. En effet, l'intensification et l'internationalisation des essais cliniques de médicaments a conduit l'Union européenne à promouvoir une législation commune aux États membres en cette matière. Je n'en retracerai pas ici l'évolution. Je signalerai seulement quelques textes éclairants pour mon propos.

Dès 1965, la Directive 65/65/CEE du Conseil du 26 janvier 1965 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques dispose que les demandes d'autorisation de mise sur le marché d'un médicament soient accompagnées d'un dossier contenant les renseignements et les documents relatifs aux résultats des tests et

33. Voir notamment en ce sens : B. KEATING, *art.cit.*, p. 124.
34. G. DE ROY, « Helsinki et la Déclaration d'Helsinki », in *Bulletin du Conseil national de l'Ordre des médecins*, n°102, décembre 2003, p. 10.

essais cliniques réalisés sur ce produit[35]. Pour sa part, Directive 75/318/CE du Conseil du 20 mai 1975 relative au rapprochement des législations des États membres concernant les normes et protocoles analytiques, toxico-pharmacologiques et cliniques en matière d'essais de médicaments énonce des règles uniformes concernant la constitution de ces dossiers et leur présentation[36]. Enfin, la Directive 91/507/CE de la Commission du 19 juillet 1991 modifiant l'annexe de la Directive 75/318/CE précitée exige dans l'Annexe, 4e partie, B.1. Bonnes pratiques cliniques, que les essais soient conformes « aux principes éthiques prévus par la version en vigueur de la *Déclaration d'Helsinki* »[37]. Un texte à portée éthique, sans valeur légale par lui-même, se trouve ainsi intégré dans un texte juridique, et devient dès lors juridiquement contraignant.

Quant à la Directive 2001/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, elle aussi fait d'entrée de jeu référence à la *Déclaration d'Helsinki* comme à l'un des textes définissant « les principes de base reconnus pour la conduite d'essais cliniques chez l'homme (...) fondés sur la protection des droits de l'homme et de la dignité humaine »[38]. Mais la version à laquelle il est fait référence est celle de 1996, c'est-à-dire une version antérieure à celle qui a suscité les discussions que je viens d'évoquer, alors même que la dernière version d'octobre 2000 était déjà officielle puisque la Directive date du 1er mai 2001. Comme le remarque G. De Roy : « La dernière version révisée et les restrictions qu'elle adresse à l'industrie pharmaceutique sont ainsi considérablement affaiblies. D'aucuns y voient la marque de puissants lobbies, car la directive ne concerne pas n'importe quelles expérimentations, mais bien les essais de médicaments »[39]. Si cette interprétation est exacte, force est de constater que l'intégration de normes éthiques dans le droit – dont on peut se réjouir- n'est cependant pas éthiquement rigoureuse, mais soumise au jeu des intérêts, en particulier financiers. Cette situation conduit à porter un regard critique sur l'évolution que l'on peut discerner dans *Helsinki VI* par rapport aux versions antérieures.

---

35. *J.O.C.E.*, n° 22 du 9 février 1965, p. 1/65, modifiée en dernier lieu par la directive 93/39/CEE du Conseil, *J.O.C.E.*, L 214 du 24 août 1993, p. 22.
36. *J.O.C.E.*, L 147 du 9 juin 1975, p. 1, modifiée en dernier lieu par la Directive 1999/83/CE de la Commission, *J.O.C.E.*, L 243 du 15 septembre 1999, p. 9.
37. *J.O.C.E.*, L 27/32 du 26 septembre 1991, transposée en droit belge par l'arrêté royal du 22 septembre 1992 modifiant l'arrêté royal du 16 septembre 1985 concernant les normes et protocoles applicables en matière d'essais de médicaments à usage humain, *M.B.*, 5 décembre 1992, 4e partie, B.1.2, p. 25235, modifié pour la dernière fois le 12 août 2000, *M.B.*, 29 août 2000 (éd. 1).
38. *J.O.C.E.*, L 121 du 1er mai 2001, pp. 34-44, transposée en droit belge par la loi-programme du 24 décembre 2002, *M.B.*, 31 décembre 2002.
39. G. De Roy, *article cité*, p.11.

En effet, à la lecture de la version d'octobre 2000, on est frappé par le changement de ton. Les cinq premières versions de la *Déclaration d'Helsinki* se définissaient comme des « recommandations » adressées aux médecins afin de les guider dans la conduite des recherches, sans pour autant les soustraire à leurs responsabilités civile, pénale et déontologique à l'égard des règles et des lois de leur propre pays. Or, d'entrée de jeu, *Helsinki VI* précise qu'elle définit des principes éthiques. Si elle rappelle, dans la foulée des versions antérieures, que : « L'investigateur doit être attentif aux dispositions éthiques, légales et réglementaires applicables à la recherche sur les humains dans son propre pays ainsi qu'aux règles internationales applicables », elle ajoute – et c'est neuf : « Aucune disposition nationale d'ordre éthique, légal et réglementaire ne doit conduire à affaiblir ou supprimer les mesures protectrices énoncées dans la présente déclaration » (Principe 9). La *Déclaration* semble ainsi prendre acte du rôle qu'on lui fait jouer dans les textes légaux et se poser comme un ensemble de principes éthiques que les déontologies et les législations nationales et internationales ont à respecter absolument. Lors des discussions préparatoires à la version de 2000, auxquelles la délégation belge a participé, il a été précisé qu'en cas de dispositions légales contraires, les responsables de la santé d'un pays pouvaient utiliser le texte de la *Déclaration* pour convaincre leurs dirigeants politiques d'adapter leur législation aux règles de l'éthique[40].

Or la référence à une version périmée de la *Déclaration d'Helsinki* dans la Directive 2001/20/CE illustre la tension, voire même l'opposition entre une éthique professionnelle, des intérêts en définitive largement financiers, et un droit qui ne prend pas le risque de la protection de toutes les personnes. Les intérêts ont souvent été présentés d'abord comme scientifiques : l'abondante littérature consacrée à la méthodologie des essais, et notamment aux essais controversés de traitement contre la transmission périnatale du virus HIV de la mère à l'enfant en témoigne. Mais ces arguments scientifiques, dont certains sont à prendre au sérieux, ne peuvent masquer qu'en définitive, c'est bien d'enjeux financiers qu'il s'agit, et à travers eux des rapports entre le Nord et le Sud. Que penser alors de cette frilosité du droit européen ?

On ne peut répondre qu'en se rappelant que la question des essais cliniques de médicaments ne peut être isolée de la question plus large de l'accès aux médicaments. En effet, entre la recherche mise en œuvre dans les essais et l'accès des pays du Sud aux médicaments conçus et développés par les firmes pharmaceutiques du Nord, le lien est étroit. Le Sida a été à cet égard un révélateur extrêmement puissant puisque les zones les plus touchées par la maladie sont aussi celles où l'accès aux thérapeutiques mises au point par la recherche est le plus limité. La frilosité du droit européen dans le domaine limité des essais

40. G. De Roy, F. Philippart, « L'éthique dans une perspective internationale. La Déclaration d'Helsinki. Commentaires », in *Bulletin du Conseil national de l'Ordre des Médecins*, décembre 2000, p. 28.

cliniques de médicaments apparaît alors comme étant dans le droit fil de l'attitude de l'Union face à la question de l'accès aux médicaments. Sans entrer ici dans les questions très complexes soulevées par cette question et qui obligeraient à scruter l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de l'Organisation mondiale du Commerce (OMC), rappelons que la question de l'accès aux médicaments a fait l'objet d'un pré-sommet de l'OMC à Genève fin août 2003, destiné à répondre aux questions laissées ouvertes à Doha en novembre 2001. Certains, tels l'actuel directeur général de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) se réjouissent de l'accord qui y a été conclu, tandis que d'autres, tels Oxfam ou MSF, le jugent administrativement fort lourd, et inéquitable en ce qu'il instaure « deux poids, deux mesures »[41]. Certains soulignent aussi que si l'importation de génériques par des pays pauvres est désormais facilitée, l'accès des pays en développement aux médicaments ne sera possible que si les législations nationales des pays dotés d'une capacité de production pharmaceutique sont amendées[42]. Les pays de l'UE suivront-ils à cet égard la voie inaugurée par le Canada[43] ? Rappelons aussi que dans cette « guerre des médicaments » comme la dénomme sans abus le Monde diplomatique[44], un Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme a été créé lors du G8 à Gènes, en juillet 2001. En juillet 2003, l'Union européenne a envisagé de porter à un milliard de dollars sa contribution annuelle à ce Fonds dont les besoins annuels sont estimés à 10,5 milliards de dollars. En décembre 2003, l'Union n'avait pas versé sa contribution[45]. Or, au cours de l'année 2003, trois millions de personnes sont mortes du sida et cinq millions ont été infectées par le virus[46]. Ces chiffres confrontés à la lenteur de l'Union sont parlants en eux-mêmes.

41. Voir notamment à ce propos : J.-M. WAREGNE, *L'OMC et la santé publique. L'après Doha,* Courrier hebdomadaire du CRISP, 2003, n°1810, p. 35, et R. MAYNE, « Le récent accord de l'OMC sur les brevets : un marché de dupes ? », in *Le Courrier ACP-UE,* n°201, novembre-décembre 2003, pp. 30-31.
42. L. SUND, « L'accord de l'OMC sur les licences obligatoires permettra-t-il d'améliorer l'accès aux médicaments des populations frappées par la maladie ? », in *Le Courrier ACP-UE,* n°201, novembre-décembre 2003, pp. 28-29.
43. Le Canada a proposé au Parlement un amendement à la loi canadienne sur les brevets de façon à rendre possible l'exportation de produits pharmaceutiques sous licence obligatoire. Il est le premier membre de l'OMC à avoir agi en ce sens.
44. « Guerre des médicaments », dans « Apartheid médical », *Manière de voir. Le Monde diplomatique,* n°73, février-mars 2004, pp. 61-93.
45. Ch. CABASSE, « Brevets : dix années sous la férule des laboratoires », dans « Apartheid médical », *Manière de voir, op.cit.,* p. 71.
46. Chiffres sont donnés par ONUSIDA/OMS pour la fin 2003.

Pour conclure

Rappelons ces quelques phrases de G.Velàsquez, coordinateur du Programme d'action sur l'accès aux médicaments des pays en développement de l'OMS, dans lesquelles il exprime son opinion personnelle peu avant les accords de Genève :

> *« Pendant deux ans, le processus de Doha a opposé la santé et le commerce ; il s'agissait de déterminer lequel vient en premier, et quelles exceptions sanitaires il fallait concéder. On s'aperçoit maintenant que le droit à la santé est une chose, et l'expansion du commerce une autre. La promotion du droit à la santé implique que soient garantis le droit de bénéficier des avancées technologiques et la reconnaissance de la valeur suprême de la dignité humaine, principes proclamés dans de nombreux traités internationaux et acceptés par l'immense majorité des États. Les règles du commerce, comme celles de l'économie en général, doivent contribuer au bien-être de la société. (...) L'accès au système de soins, perçu comme un droit fondamental, doit être protégé de façon active par les pouvoirs publics. Ne pas le faire, c'est accepter une société malade.(...)*
>
> *Se pourrait-il qu'un bien public à l'échelle mondiale soit brevetable, c'est-à-dire qu'il puisse y avoir un monopole de quelques-uns au détriment direct de millions de personnes ? L'objet (médicament) qui rend possible l'exercice d'un des droits fondamentaux peut-il être soumis à des règles qui font obstacle à l'accès à tous...pour une durée de vingt ans ? Sous quelle forme s'organiseront la recherche et le développement de nouveaux produits pharmaceutiques, de façon à ce que ceux-ci soient disponibles et immédiatement accessibles à tous ceux qui en ont besoin ? Comment réorienter l'industrie pharmaceutique vers des objectifs compatibles avec l'amélioration de la santé et la qualité de la vie plutôt qu'avec la seule expansion économique et le profit ? (...). Ces questions, nous aurons à y répondre dans les dix ans qui viennent (...).*
>
> *Nous sommes face à un problème particulièrement complexe, dans lequel interviennent des acteurs, des intérêts et des discours de nature et d'origine très diverses (...). Il faut une optique qui permette de concilier la légalité internationale en vigueur et les ordres juridiques internes respectifs ainsi que d'associer l'exercice du commerce au respect des droits humains. »*[47].

Bien que ce passage porte sur les négociations de l'OMC, il est aussi éclairant pour notre propos : l'articulation de l'éthique médicale et du droit. En effet,

47. G. VELASQUEZ, « Hold-up sur le médicament », in *Le Monde diplomatique*, juillet 2003, p. 27.

c'est l'affirmation de la dignité des personnes et du respect qui leur est dû qui fut le moteur des premières règles d'éthique médicale relatives à l'expérimentation humaine, comme d'ailleurs aussi des premières *Directives* en cette matière. On a vu le jeu complexe des mutations et des déplacements, au terme actuel duquel le texte éthique est inscrit dans les textes juridiques. Mais on a vu aussi que cette collaboration est actuellement problématique, et confrontée à des questions fondamentales qui obligent à s'interroger sur la finalité même de l'éthique médicale et du droit : s'agit-il pour eux de défendre des intérêts –la liberté de chercher, le profit- ou, dans une situation de déséquilibre mondial et à propos d'un objet complexe – le médicament, qui ne peut être considéré seulement comme une marchandise – de tracer des repères éthiques et juridiques qui, ensemble, chacun dans son ordre propre, permettront le « mieux-vivre » de tous ?

Le droit civil du mandat – Une analyse économique[1]

Ejan MACKAAY
Professeur à la Faculté de droit,
et au Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université de Montréal

Résumé

Cet article a pour but d'examiner quelle lumière l'analyse économique du droit peut jeter sur les règles du mandat en droit civil. Une première lecture de ce chapitre du Code civil donne l'impression d'une matière touffue dont la logique structurante ne saute pas aux yeux.

Pour effectuer cette analyse, il convient de la situer dans le cadre général de l'économie des contrats. Celle-ci paraît refléter le souci de réduire les coûts associés aux contrats, dits coûts de transaction. En dehors de modèles de contrat tout faits, de règles d'interprétation, de l'obligation de se ménager une preuve pour le cas de différends, cette logique implique notamment l'attribution des risques de perte à la partie qui peut les absorber au moindre coût, de même qu'un éventail de dispositions visant à contrer le risque d'opportunisme d'une partie à l'égard de l'autre.

L'article propose une lecture des règles du mandat qui fait appel notamment à cette dernière logique, compte tenu de ce que le mandat est un rapport tripartite. Cette lecture fait apparaître des formes d'opportunisme bilatéral entre mandant et mandataire, éventuellement tablant sur la présence du tiers, mais aussi des formes proprement tripartites, dans lesquelles l'une des trois parties est exposée au risque d'opportunisme de la part des deux autres. Le plus souvent c'est le tiers qui est potentiellement victime d'opportunisme du mandant, du mandataire ou des deux en collusion.

L'analyse économique paraît offrir une lecture cohérente et convaincante de l'essentiel des règles du mandat. Sur le plan de l'analyse économique du droit, elle fait ressortir une logique d'efficacité qui sous-tendrait une institution importante du droit civil. Si tant est que le droit reflète une certaine

1. Une version préliminaire de ce texte a été présentée, le 25 mars 2004, au colloque organisé par le groupe FORUM de l'Université de Paris X à Nanterre et, le 31 mars 2004, lors d'une conférence au Centre d'Études et de Recherches en Science Administrative de l'Université de Paris II ; je remercie les participants à ces événements pour leurs judicieux commentaires et suggestions. Je remercie également Violette LEBLANC et Marie-Claude RIGAUD, membres de mon équipe de recherche au CRDP, de leurs observations détaillées.

tendance à proposer des solutions efficaces aux conflits potentiels, cette tendance n'est pas exclusive aux institutions de common law, mais peut aussi être mise en évidence dans les systèmes de droit civil.

Michel Coipel s'est toujours efforcé dans ses écrits de faire apparaître la rationalité du droit à travers les principes et la structure. Il l'a fait pour le droit de la consommation, le droit des contrats, celui des contrats informatiques et le droit de l'entreprise. Sa perspective est résolument optimiste car elle présente le droit comme une structure accessible à notre raison plutôt que comme un langage hermétique.

Je voudrais suivre cette lecture optimiste du droit en présentant l'analyse d'une institution centrale du droit civil aussi bien que du droit commercial, le mandat. Une première prise de contact avec cette matière dans le code civil, même celui, récent, du Québec, que Michel Coipel a l'habitude de citer[2], laisse une impression de technicité difficilement pénétrable. Peut-on en faire apparaître la rationalité ? Nous proposons de la rechercher au moyen des outils de l'analyse économique du droit.

L'analyse économique du droit a commencé, depuis quelques années, à faire son entrée dans les écrits des juristes de la francophonie[3]. On avait formulé à son propos, au cours des années 1970 et 1980, des prétentions exagérées – laissant entendre que le savoir traditionnel du juriste serait à balayer au profit d'une logique d'inspiration économique[4] – qui ont été dénoncées avec autant d'exagération[5], avec le résultat que les juristes francophones se sont bien gardés jusqu'à récemment de prendre connaissance de ce que cette approche pouvait leur offrir.

Le civiliste doit rechercher dans l'analyse économique du droit un outil de doctrine qui lui permet d'approfondir sa compréhension des institutions juridiques et d'entamer la réflexion sur les réformes du droit, en dépassant les seules considérations de cohérence du système juridique[6]. Elle propose une analyse à partir de l'effet incitatif des règles juridiques. Les sujets de droit réagissent aux signaux qu'envoient les règles de droit en adaptant rationnellement leur comportement. On peut ainsi prévoir les principaux effets des règles juridiques. Parfois ils sont non prévus, voire non voulus des décideurs, ce qui donne un intérêt particulier à l'exercice prévisionnel que propose l'analyse économique du droit[7].

2. Voir par exemple son *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story Scientia Kluwer Belgique, 1999.
3. MACKAAY 2000 ; OGUS/FAURE 2002 ; DEFFAINS 2002.
4. ROSA/AFTALION 1977.
5. ANDREFF/COT 1982 ; plus récemment, à titre d'exemple, CADIET, 2001, 106 s. Voir aussi, pour le contraste, le bel article de JAMIN 2003.
6. Cette perspective est adoptée dans OPPETIT 1992 ; FABRE-MAGNAN 1992 ; on la retrouve dans une contribution américaine récente : CRASWELL 2003.
7. Voir par exemple PRESCOTT 2004.

Même s'il ne s'agit pas de se prémunir contre les effets indésirables, l'étude des effets incitatifs des règles peut être utile en ce qu'elle nous fait voir les développements que les institutions existantes ont pour but d'empêcher. La sagesse des âges, qu'incorporent souvent les règles du Code civil, nous a fait découvrir des verrous qu'il est opportun de mettre en place pour éviter des dérapages potentiels. Les verrous efficaces ont souvent été si bien intégrés dans le tissu du droit que l'on oublie les dérapages qu'ils ont mission d'éviter et, partant, la raison d'être de ces institutions. Cette ignorance pourrait alors inspirer des réformes mal conseillées. C'est pourquoi il importe de bien comprendre la raison d'être des institutions avant d'en proposer la réforme.

Dans ce qui suit nous proposons une telle analyse des règles du mandat, dont la spécificité est de gouverner un rapport tripartite : mandant-mandataire-tiers. Le sujet a été peu étudié du point de vue de l'analyse économique du droit. Il existe un texte non publié de George Cohen, qui l'analyse pour le droit américain (*agency*, mais dans un sens restreint)[8]. L'article propose un éclaircissement des règles du mandat sur la base d'une possible collusion de deux des trois joueurs contre le troisième. Il y a une part d'intuition juste dans cette thèse, mais elle est trop partielle. Pour aller plus loin, il faut, me semble-t-il, revenir à l'économie des contrats en général, qui anime aussi le mandat (I), pour s'attaquer ensuite à la spécificité de ce contrat, qui est le rapport tripartite mandat-mandataire-tiers, avec éventuellement le sous-mandataire comme quatrième joueur (II). Cette approche fournit une généralisation de l'analyse proposée par Cohen, adaptée au contexte du droit civil.

I. L'économie générale du contrat

Dans la littérature de l'analyse économique du droit, il y a étonnamment peu d'ouvrages sur l'économie générale des contrats, au contraire du droit des biens et du droit de la responsabilité civile. En langue française, bien que plutôt adressé aux économistes, on peut consulter le livre de Brousseau[9]. En langue anglaise, on lira le beau livre de Trebilcock[10]. En néerlandais, De Geest a produit une thèse qui fait toujours figure de livre phare[11]. Plusieurs collections d'articles touchant le droit américain ont vu le jour[12]. Il faut en outre attirer l'attention sur un ouvrage de droit comparé[13], qui n'est pas spécialement conçu pour souligner l'intérêt de l'analyse économique du droit, mais qui aboutit à ce résultat en mettant côte à côte des analyses françaises et anglaises de thèmes contractuels, les Français adoptant une approche de doctrine plutôt classique,

8. Cohen 2000.
9. Brousseau 1993.
10. Trebilcock 1993.
11. De Geest 1995.
12. Kronman/Posner 1979 ; Goldberg 1989 ; Craswell/Schwartz 1994 ; Buckley 1999.
13. Tallon/Harris 1987.

alors que les Anglais font tous intervenir, à côté d'arguments d'analyse juridique conventionnelle, des considérations d'analyse économique du droit. Les deux groupes arrivent pourtant souvent à des conclusions semblables.

En faisant la synthèse des différentes études s'attachant aux différents domaines de droit, les auteurs de l'analyse économique du droit ont mis au jour, pour chaque domaine, une mission centrale qui paraît sous-tendre l'ensemble de l'économie juridique du domaine. Pour la propriété, c'est l'incitation à la bonne gestion de ressources rares et à l'innovation. Pour la responsabilité civile extracontractuelle, c'est l'objectif jumelé d'inciter à la prudence à l'égard de la personne et du bien d'autrui, et de fournir indemnisation aux victimes d'atteintes fautives. La littérature sur le droit des contrats ne fait pas apparaître une mission aussi nette. Les grands traités de Posner[14] et de Cooter et Ulen[15]. proposent bien une série d'objectifs, mais l'esprit français de synthèse a du mal à s'y retrouver.

A. Mission générale : réduire les coûts de transaction

De façon générale, le droit des contrats nous semble refléter la mission, tout en assurant que seules passent la rampe les conventions promettant des gains pour les deux parties, d'en réduire les coûts de transaction, c'est-à-dire les coûts engagés pour trouver le cocontractant, mener à terme la négociation, formuler le contrat, le faire exécuter à la satisfaction des deux parties. Le droit s'efforce de réduire les coûts de transaction de diverses manières. Il propose des règles à importer au contrat pour les cas non spécifiquement envisagés par les parties, mais en continuité avec ce qu'elles ont prévu, ou pour interpréter les clauses sur lesquelles elles se sont entendues[16]. Le droit a alors une vocation supplétive en ce qu'il sert à remplir les lacunes laissées par les parties.

Le droit peut, en deuxième lieu, prémunir les parties contre des erreurs connues dans le processus de contracter, l'expérience accumulée servant ici de guide. Il fournit à cette fin une liste de points à envisager dans la conclusion du contrat. En troisième lieu, en amenant les parties à préconstituer des preuves, le droit réduit le coût de résoudre un éventuel différend ou litige.

Parmi les arrangements que le droit propose aux parties à défaut de convention contraire, ceux qui concernent l'attribution des risques méritent quelques remarques distinctes. Les parties contractantes sont souvent inégalement aptes à prévenir, à réduire ou à assumer les pertes résultant d'un événement fortuit. Cela peut tenir au contrôle que l'une ou l'autre peut exercer sur l'objet du contrat, ou à la possibilité qu'elle a de s'assurer contre la perte. Si elles devaient

14. Posner 2003, 98.
15. Cooter/Ulen 2003.
16. Posner 2003, 98.

expressément envisager la question en négociant le contrat, les parties placeraient normalement ce fardeau sur celle d'entre elles qui est la mieux habilitée à l'assumer. La littérature de l'analyse économique la désigne comme le *cheapest cost avoider*[17].

À défaut de stipulation, le Code fait cette attribution à la place des parties. On retrouve cette logique à travers le Code. À titre d'exemple, le Code prévoit, au chapitre de la vente, que les risques de perte de l'objet vendu sont transférés à l'acheteur lors du transfert de la possession[18]. La personne en possession de l'objet est en effet mieux placée que son cocontractant pour contrôler les risques de perte.

Les coûts relevés ci-dessus ont un caractère plutôt technique. Mais les coûts de transaction peuvent aussi avoir un caractère stratégique : une partie profite d'une asymétrie dans le rapport aux dépens de l'autre. L'économiste parle alors d'opportunisme, dont nous traitons dans une section distincte.

B. Mission particulière : combattre l'opportunisme

Une partie contractante agit de manière opportuniste lorsqu'elle tente, par des moyens détournés ou par la force, d'obtenir plus que sa part convenue des gains conjoints qui résultent de l'entente. La littérature économique analyse de manière précise plusieurs cas de figure : le resquillage, le bastion, le risque moral, l'anti-sélection, l'agent qui agit dans son propre intérêt au détriment de celui du principal[19].

Laissées à elles-mêmes, les potentielles victimes de comportements opportunistes réagissent en prenant plus de précautions avant de s'engager. Cela augmente les coûts de transaction. Dans certains cas, le législateur, tablant sur l'expérience acquise, a un avantage comparatif pour fournir ces mesures préventives à moindre coût et ainsi réduire le fardeau que les citoyens eux-mêmes doivent assumer. C'est une façon de réduire globalement les coûts de transaction et d'encourager la conclusion de contrats.

Pour aider le juriste, il aurait été intéressant de trouver dans la littérature économique une théorie générale du comportement stratégique. Le détour par cette littérature nous laisse cependant les mains presque vides[20]. La plus intéressante formule vient d'un juriste-économiste, pour qui est opportuniste « tout comportement, d'une des parties au contrat qui va à l'encontre des attentes

17. CALABRESI 1970, 136 S. ; CALABRESI/MELAMED 1972, 1118, 1119, 1127.
18. 1456, al. 2 Code civil du Québec, (ci-dessous : CCQ) en exception au principe du *res perit domino*, exprimé à l'article 950 CCQ.
19. MACKAAY 2000, p. 87 s.
20. COHEN 1992, 954 ; WILLIAMSON 1975, 26. La formule est reprise dans ses ouvrages subséquents, comme WILLIAMSON 1985 et WILLIAMSON 1996 ; la terminologie française est empruntée à GOMEZ 1996, à la p. 73, et à LEBRETON 2002, 4 et 57. Voir aussi BROUSSEAU 1993, 66-71, 87-89.

raisonnables que l'autre a formées sur la foi de l'entente, des normes contractuelles ou de la morale conventionnelle »[21].

L'opportunisme peut prendre une infinité de formes. Ses variantes sont à la mesure de l'intéressement humain[22]. Chaque avance importante des techniques de communication — dernièrement l'Internet — apporte son lot de nouvelles possibilités d'opportunisme. Pour le contrer, il faut un arsenal potentiellement aussi grand de réponses, développées à mesure que les nouvelles formes d'opportunisme apparaissent.

L'intérêt de ces considérations est que le comportement stratégique paraît être l'exact contraire de la bonne foi. La bonne foi serait alors le fait de s'abstenir de comportements opportunistes dans des circonstances qui s'y prêtent[23]. En assurant, de diverses façons, la conformité des arrangements contractuels aux exigences de la bonne foi, le droit combat l'opportunisme. Cet objectif général laisserait, cependant, place à une trop grande marge de discrétion des juges et créerait une trop grande incertitude pour les justiciables. Pour cette raison, il faut « institutionnaliser » la notion. La bonne foi, notion générale, s'est cristallisée dans un éventail d'institutions plus spécifiques, pour lesquelles des régimes particuliers se sont développés[24]. C'est le cas, entre autres, du dol et de l'erreur, des vices cachés, des devoirs de coopération et de loyauté en matière de mandat. On devrait retrouver, dans le régime de ces concepts, les caractéristiques générales de la notion de bonne foi dont ils sont issus, ce qui fait dire à certains que la bonne foi *irrigue* le droit privé[25].

Pour opérationnaliser le concept de bonne foi, ou plutôt son contraire, la mauvaise foi, l'analyse économique conduit à formuler un ensemble de trois tests, eux-mêmes relativement ouverts[26] : une asymétrie entre les parties ; que l'une d'elles tourne aux dépens de l'autre pour en tirer un avantage indu ; avantage indu dont l'importance dépasse une certaine gravité, au point où, en l'absence de sanction, la victime, et d'autres comme elles, seraient amenées, à l'avenir, à augmenter substantiellement les mesures d'autoprotection avant de conclure un contrat, au risque de provoquer une cascade de méfiance[27].

Même si l'opportunisme est en général combattu au moyen d'institutions plus spécifiques que la mauvaise foi, ayant leur régime propre, on peut néanmoins

21. COHEN 1992, 957 (traduction). « any contractual conduct by one party contrary to the other party's reasonable expectations based on the parties' agreement, contractual norms, or conventional morality ».
22. JAMET-LE GAC 2002, texte ad nt. 244.
23. MACKAAY/LEBLANC 2003.
24. Par ex. CORDEIRO 1996, 240 s. ; SCHOORDIJK 2003, 42 (traduction) : « la bonne foi constitue et en Allemagne, et aux Pays-Bas le moteur de la formation du nouveau droit... ».
25. La littérature juridique sur la bonne foi est plus longuement analysée dans Mackaay/Leblanc 2003.
26. MACKAAY/LEBLANC 2003.
27. KURAN/SUNSTEIN, 1999 et 2000, 374-397 ; aussi SUNSTEIN 2003, chap. 3, renvoyant à une série de contributions récentes sur le sujet.

faire quelques observations générales sur l'ensemble de ces institutions issues de la bonne foi. La nature même du problème de l'asymétrie exploitée dicte que la définition du rapport contractuel ne peut pas être entièrement laissée aux parties sans garde-fou. Les garde-fou prennent souvent la forme de mesures d'information, comme il en est prévu, par exemple, pour la vente d'objets complexes ou, dans le droit des entreprises, pour informer les investisseurs potentiels lorsque l'on fait appel à l'épargne pour financer une entreprise commerciale. Parfois les garde-fou permettent d'intervenir sur le fond. Ainsi le contractant lésé peut-il faire annuler un rapport conclu sous l'influence d'une tromperie (dol), de menaces ou de l'exploitation des circonstances[28].

La nature du problème de l'opportunisme interdit de laisser les parties librement mettre de côté ces dispositions protectrices, car il faudrait alors craindre que la partie avantagée veuille le faire systématiquement sous forme d'une clause contractuelle standard. Les règles visant à contrer les comportements opportunistes ont donc souvent un caractère d'ordre public ou de droit *impératif*. On ne peut y déroger par convention. À titre d'exemple, le Code civil du Québec prévoit l'interdiction d'exclure ou de limiter conventionnellement sa responsabilité pour le préjudice matériel causé par une faute intentionnelle ou une faute lourde, de même que pour tout dommage corporel ou moral causé à autrui[29]. Il est de même interdit au vendeur de se dégager de ses faits personnels[30].

La thèse que nous voulons mettre de l'avant dans la deuxième partie est que les règles du mandat s'éclairent singulièrement si on les lit comme reflétant la mission de réduire les coûts de transaction dans leur volet de combattre l'opportunisme.

II. L'économie du mandat

L'opportunisme peut se présenter dans le mandat de deux façons. Dans le rapport bilatéral, le mandataire peut être tenté de jouer un tour au mandant, l'engageant dans des contrats non désirés ; en sens inverse, le mandant peut rendre la tâche impossible au mandataire, tout en lui soutirant les informations dont il a besoin, mais en essayant de le priver de sa commission. Ces agissements sont comparables à ceux qu'on trouve dans d'autres rapports bilatéraux, comme la vente, le bail, le contrat d'entreprise ou de service, ou encore le contrat de transport. Ce qui distingue le mandat est la présence d'une troisième personne.

La présence d'une tierce personne ouvre la porte à des formes plus subtiles d'opportunisme. L'une des trois personnes peut se faire jouer un tour par l'une des deux autres, qui agit soit en collusion avec la troisième, comme l'a envisagé

28. 1109, 1112 et 1116 Code civil belge et Code civil français ; 1399, 1401 et 1402 CCQ.
29. 1474 CCQ.
30. 1732 CCQ.

Cohen[31], soit simplement en profitant de la présence de celle-ci pour mieux réussir son stratagème. La présence de trois personnes permet théoriquement d'envisager six scénarios possibles d'opportunisme, pour lesquels le droit doit articuler des règles protectrices. Souvent ils sont difficiles à prouver devant les tribunaux. Cela explique pourquoi le droit, afin de les combattre, formule, en tablant sur des indices imparfaits, des présomptions en faveur de l'éventuelle victime.

Il paraît utile d'examiner les différents schémas d'abord dans le rapport bilatéral, du point de vue de la personne opportuniste, puis dans le rapport tripartite, du point de vue du tiers.

A. L'opportunisme bilatéral entre mandataire et mandant

1. L'opportunisme du mandataire

Dès les premiers articles consacrés au mandat, le Code civil prévoit que le mandat est gratuit, sauf convention expresse contraire ou contrat conclu avec un professionnel[32]. La règle est souvent expliquée par son origine romaine d'un service entre amis. Il n'empêche que, de nos jours alors que le mandat est le plus souvent conclu dans des rapports autres, elle a pour effet de protéger le mandant contre une mauvaise surprise de la part du mandataire qui lui facture par exemple des honoraires sur la foi d'un accord ambivalent sur le sujet.

Dans la même veine, le mandat général, englobant toutes les affaires du mandant[33], ne confère que des pouvoirs d'administration ; tout acte de disposition présuppose un mandat exprès[34]. Cette présomption protège le mandant contre une éventuelle ambition opportuniste du mandataire.

Le mandataire ne peut rien faire au-delà du mandat accordé, précisent encore les codes belge et français[35]. Le Code du Québec, de facture plus récente, précise cependant que le mandat s'étend, au-delà de ce qui est exprimé, à tout ce qui peut s'en déduire. Cela constitue un correctif mineur pour empêcher l'opportunisme du mandant qui prétexterait un léger dépassement pour se soustraire à ses obligations à l'égard du mandataire[36]. De la même façon, le mandat accordé à un professionnel en droit québécois englobe, sans qu'il soit nécessaire de l'exprimer, les actes qui ne sont pas étrangers à la profession ou aux fonctions[37].

En même temps, ces dispositions constituent des avertissements aux tiers de

31. COHEN 2000.
32. 2133 CCQ ; 1986 Code civil belge et Code civil français.
33. 2135 CCQ ; 1987 Code civil belge et Code civil français.
34. 2135 CCQ ; 1987 et 1988 Code civil belge et Code civil français.
35. 1989 Code civil belge et Code civil français.
36. 2136 CCQ.
37. 2137 CCQ.

bien vérifier l'étendue du mandat s'agissant d'un acte de disposition. Le tiers qui omet en pareilles circonstances de vérifier le mandat ne sera vraisemblablement pas de bonne foi et ne bénéficiera donc pas de la protection accordée aux tiers au titre du mandat apparent.

Le mandataire qui dépasse ses pouvoirs est en principe personnellement tenu à l'égard du tiers[38]. La règle pénalise un opportunisme potentiel du mandataire. Il est intéressant de considérer les modes de régularisation. Le mandant peut le faire par la ratification[39]. En outre, si le tiers a eu connaissance suffisante du mandat, le mandataire n'est pas personnellement tenu. L'information désamorce l'opportunisme potentiel du mandataire. Le tiers, informé, mesure ses risques. Si, informé, il agit de concert avec le mandataire, le mandant est protégé contre leur collusion opportuniste du fait qu'il peut ignorer l'acte accompli en dépassement de mandat.

Une fois le mandat accordé, le mandataire est tenu de l'accomplir, aux termes du Code du Québec, « avec prudence et diligence » et « avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant », en évitant de se placer « dans une situation de conflit entre son intérêt et celui de son mandant »[40]. On lit ici, mais dans des formules toujours assez générales qui ont besoin d'être précisées par la jurisprudence, une spécification de la bonne foi renforcée qui doit animer le mandataire. Les Codes belge et français, plus anciens, ne comportent pas de formules semblables, se limitant à rappeler la responsabilité du mandataire pour dol et pour faute[41].

La deuxième obligation qu'évoquent tous les codes examinés est celle de tenir le mandant informé, de rendre compte[42]. L'information constituant normalement un antidote aux agissements opportunistes, cette règle s'explique d'emblée par l'objectif de contrer l'opportunisme.

Normalement le mandataire doit personnellement accomplir le mandat[43]. Lorsqu'il fait appel à d'autres personnes pour l'exécution du mandat, il répond des actes de celles-ci comme s'il les avait accomplis lui-même. Cela vaut pour la substitution de mandataire, si elle n'était pas spécialement autorisée, de même que pour les sous-mandataires par lesquels il se fait assister[44]. La règle contraire exposerait le mandant au risque de voir le mandat accompli par une personne dont il estime les garanties (en matière de talent ou de solvabilité) insuffisantes. Le mandant peut répudier les actes accomplis par le substitut dont il ne veut pas et dont les actes ne sont pas autrement justifiés[45].

38. 2158 CCQ ; 1998 Code civil belge et Code civil français.
39. 2158 et 2153 CCQ.
40. 2138 CCQ.
41. 1992 Code civil belge et Code civil français.
42. 2139 CCQ ; 1993 Code civil belge et Code civil français.
43. 2140 CCQ.
44. 2141, 2142 CCQ.
45. 2161 CCQ.

Dans la pratique, il peut cependant être commode d'autoriser la substitution ; même dans ce cas, le mandataire demeure tenu de la qualité de son choix et des instructions données au substitué[46]. Le Code du Québec prévoit en outre l'autorisation de substitution dans les cas où le mandataire ne peut accomplir le mandat par suite de circonstances imprévues, dont il ne peut aviser le mandant en temps opportun. La règle contraire ouvrirait la voie à un refus opportuniste de la part du mandant. Bien entendu, il incombe au mandataire de justifier les circonstances qu'il invoque.

Le Code civil du Québec comporte plusieurs règles relatives aux conflits d'intérêt potentiels. Le mandataire ne peut accepter un double mandat[47] ; il ne peut utiliser des informations privilégiées auxquelles il a accès grâce au mandat ni utiliser les biens qui en font l'objet[48] ; il ne peut se constituer contrepartie de l'acte qu'il a reçu mandat d'accomplir[49]. Dans tous ces cas, le fait d'en informer le mandant ou même la connaissance qu'en a celui-ci est de nature à lever l'interdiction. Ces règles s'expliquent par le souci de contrer l'opportunisme. Leur forme précise, de présomptions d'irrégularités pouvant être couvertes par de l'information, répond sans doute aux difficultés de preuve. Elles protègent le mandant et avertissent le mandataire d'assurer la communication nécessaire. Toutefois, en prévoyant que la seule information suffit pour régulariser, elles contrent un éventuel opportunisme inverse du mandant, qui nierait trop facilement avoir autorisé les actes en question.

2. L'opportunisme du mandant

La première obligation du mandant est de coopérer avec le mandataire[50]. Cette formule, qui ne paraît pas expressément dans les Codes belge et français, traduit l'obligation générale de bonne foi. Elle aura besoin d'être précisée, mais traduit l'intention de contrer les agissements du mandant qui rendrait l'accomplissement du mandat impossible, tout en en tirant des avantages.

Elle est précisée, entre autres, dans une disposition qui l'oblige à rémunérer le mandataire à titre onéreux, quand bien même l'affaire n'aurait pas réussi[51]. Cette obligation disparaît cependant s'il y a faute du mandataire – un correctif mineur sanctionnant l'opportunisme du mandataire. La rémunération, elle-même source de conflit potentiel, n'a pas besoin d'être fixée dans la convention, mais peut être déterminée suivant les usages ou la loi, ou encore d'après la valeur des services rendus[52]. Ces dispositions renforcent la tendance déjà tracée par les

46. 2140 CCQ ; 1994 Code civil belge et Code civil français.
47. 2143 CCQ. Dans le double mandat, il y a risque de collusion entre le mandataire et le tiers.
48. 2146 CCQ.
49. 2147 CCQ.
50. 2149 CCQ.
51. 2155 CCQ ; 1999 Code civil belge et Code civil français.
52. 2134 CCQ.

règles plus anciennes des Codes belge et français[53]. Ces règles sont dangereuses pour le mandant, mais protègent le mandataire contre son opportunisme. Il faut se rappeler qu'elles s'inscrivent dans le décor de présomption de gratuité, sauf mandat professionnel.

Une deuxième spécification a trait à la ratification. Pour contrer l'opportunisme du mandant qui retient sa ratification dans le cas d'un dépassement des pouvoirs qui paraît justifié, le Code prévoit une présomption de ratification lorsque le mandat est accompli de manière plus avantageuse que prévu[54].

Lorsque le mandat est correctement exécuté, c'est le mandant qui est tenu et le mandataire est libéré[55]. Le mandant est ainsi empêché d'exercer de manière opportuniste une pression sur le mandataire, en le menaçant de ne pas le libérer.

B. L'opportunisme à l'égard du tiers

L'opportunisme peut aussi viser le tiers. Cette hypothèse se présente dans le cas du mandat semi-clandestin ou entièrement clandestin. Dans le mandat semi-clandestin, le mandataire révèle au tiers qu'il agit pour un autre, mais sans en donner le nom, en s'engageant toutefois à le faire à l'intérieur d'un délai convenu. Le tiers s'expose alors au risque qu'il n'y ait pas de mandant du tout (ou que son nom ne lui soit jamais divulgué) ou que le mandant indiqué est insolvable. Ces situations peuvent refléter un opportunisme du (faux) mandataire mais aussi être mises en scène en collusion avec le mandant. Dans tous les cas, le mandataire est alors tenu[56]. Selon les circonstances, le tiers peut en outre agir directement contre le mandant caché[57].

Lorsque le mandataire contracte avec le tiers sans même évoquer le mandat – mandat clandestin – il est normalement lui-même tenu au contrat[58] ; le tiers se fie à l'apparence. Il est cependant loisible au tiers d'écarter cette apparence et de poursuivre directement le mandant. L'opportunisme est ici contré en offrant au tiers le choix de l'option qui lui est la plus favorable.

Le mandant peut s'adresser au tiers en divulguant le mandat donné, afin de reprendre le contrat à son compte, comme s'il s'agissait d'un mandat classique. Compte tenu de l'éventualité d'opportunisme, le tiers conserve l'option de lui opposer l'incompatibilité du mandat avec les stipulations ou la nature du contrat[59]. Le tiers peut donc contrer un éventuel opportunisme en tablant sur l'information qui lui était accessible, ou, au contraire, accepter la lecture proposée par le mandant, si elle lui est plus favorable.

---

53. 1999 Code civil belge et Code civil français.
54. 2153 CCQ.
55. 2160 CCQ.
56. 2159 CCQ.
57. Hypothèse évoquée à l'art. 2157, al. 2 CCQ.
58. 2157 CCQ.
59. 2165 CCQ.

Cette logique est renforcée par la disposition qui vise le mandat apparent. Le mandant est tenu, comme s'il y avait mandat, à l'égard du tiers qui a contracté de bonne foi avec une personne dont le mandant a laissé croire qu'elle était son mandataire[60]. Cette apparence ne peut être écartée que par la preuve que le mandant a pris « des mesures appropriées pour prévenir cette erreur dans les circonstances qui la rendaient prévisible ». La présomption est ici tournée contre le mandant, laissant sous-entendre un opportunisme dont la preuve serait trop difficile à rapporter pour le tiers. L'opportunisme peut être le fait du mandant seul ou résulter d'un concert entre le mandant et le mandataire. Les mesures visées se situeraient sans doute au niveau de l'information et des moyens du (faux) mandataire de créer l'apparence. L'information divulguée est un excellent moyen de combattre l'opportunisme. Le tiers doit cependant être de bonne foi. Cette réserve donne au tiers l'intérêt de s'informer dans les cas où cela constitue le moyen le moins onéreux de dissiper l'ambivalence. Son omission de le faire constituerait un risque moral, qui est une forme d'opportunisme.

Le mandant répond à l'égard du tiers de toute faute commise par le mandataire dans l'exécution de son mandat[61]. Cela interdit l'opportunisme du mandant qui se cacherait derrière un mandataire fautif mais insolvable. Cette obligation n'est écartée que par la preuve que le mandant n'aurait pu empêcher le dommage, libération qui lui est cependant interdite lorsque le mandataire est son préposé[62].

Conclusion

Cet article avait pour but d'examiner quelle lumière l'analyse économique du droit pouvait jeter sur les règles du mandat. Une première lecture donne l'impression d'une matière touffue dont la logique structurante ne saute pas aux yeux.

Pour effectuer l'analyse, il a paru opportun de la situer dans le cadre général de l'économie des contrats. Celle-ci paraît refléter le souci de réduire les coûts associés aux contrats, dits coûts de transaction. En dehors des modèles de contrat tout faits, de règles d'interprétation, de l'obligation de se ménager une preuve pour le cas d'un différend, cette logique implique notamment l'attribution des risques de perte à la partie qui peut les absorber au moindre coût, de même qu'un éventail de dispositions visant à contrer un possible opportunisme d'une partie à l'égard de l'autre.

En abordant l'analyse des règles du mandat, nous avons proposé une lecture qui table notamment sur cette dernière logique, compte tenu de ce que le mandat est un rapport tripartite. Cette lecture nous a fait découvrir des formes

60. 2163 CCQ.
61. 2164 CCQ.
62. 2164 CCQ.

d'opportunisme entre mandant et mandataire, qui profitent éventuellement de la présence du tiers, mais aussi des formes proprement tripartites, dans lesquelles l'un des trois est exposé au risque de l'opportunisme d'un ou des deux autres. Le plus souvent, il s'agit du tiers victime du mandant, du mandataire ou des deux en collusion.

L'analyse proposée nous paraît offrir une lecture cohérente et convaincante de l'essentiel des règles du mandat. Sur le plan de l'analyse économique du droit, elle fait ressortir une logique d'efficacité qui sous-tendrait une institution importante du droit civil. Si tant est que le droit reflète une certaine tendance à proposer des solutions efficaces aux conflits potentiels, cette tendance n'est pas exclusive aux institutions de common law, mais peut aussi être mise en évidence dans les systèmes de droit civil.

Bibliographie

ANDREFF, Wladimir, Annie L. COT et al. (dir.), *L'économie fiction - Contre les nouveaux économistes*, Paris, François Maspero, 1982 ;

BUCKLEY, F.H. (dir.), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Durham, BNC, Duke University Press, 1999

CADIET, Loïc, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française - Mythe et réalité », (2001) 45 *Archives de philosophie du droit* 89-115, aux pp. 106 et s.

CALABRESI, Guido et Douglas MELAMED, « Property Rules, Liability Rules, and Inalienability : One View of the Cathedral », (1972) 85 *Harvard Law Review* 1089-1128

CALABRESI,, Guido, *The Cost of Accidents – A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970

COHEN, George M., « The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law », (1992) 20 *Hofstra Law Review* 941-1016, à la p. 954 ;

COHEN, George M., *The Collusion Problem in Agency Law*, rapport, University Of Virginia School of Law- Legal Studies Working Papers Series, 2000 ; http ://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm ?abstract_id = 198909

COOTER, Robert D. et Thomas ULEN, *Law and Economics*, New York, Pearson Addison Wesley, 2003, (4e éd.)

CORDEIRO, Menezez, « La bonne foi à la fin du vingtième siècle », (1996) 26 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 223-245

CRASWELL, Richard and Alan SCHWARTZ (dir.), *Foundations of Contract Law*, New York, Oxford University Press, 1994

CRASWELL, Richard, « Response – In that Case, What is the Question ? Economics and the Demands of Contract Theory », (2003) 112 *Yale Law Journal* 903-924

DE GEEST, Gerrit, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contracten-*

recht - Een onderzoek naar de wetenschappelijke waarde van de rechtseconomie, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1995

DEFFAINS, Bruno (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002

FABRE-MAGNAN, Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992

GOLDBERG, Victor P. (dir.), *Readings in the Economics of Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989

GOMEZ, Pierre-Yves, *Le gouvernement de l'entreprise - Modèles économiques de l'entreprise et pratiques de gestion*, Paris, InterÉditions/Masson, 1996

JAMET-LE GAC, Sabine, *De l'utilité de la bonne foi. Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats*, thèse non publiée - Université de Lille II - École doctorale, 2002, http ://www.glose.org/doctrine.htm#J,

JAMIN, Christophe, Économie et droit, dans : *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), Paris, Lamy-PUF, 2003, pp. 578-581

KRONMAN, Anthony T. and Richard A. POSNER (dir.), *The Economics of Contract Law*, Boston, Little, Brown and Cy, 1979

KURAN, Timur et Cas R. SUNSTEIN, « Availability Cascades and Risk Regulation », (1999) 51 *Stanford Law Review* 683-768

KURAN, Timur et Cas R. SUNSTEIN, Controlling Availability Cascades, dans : *Behavioral Law and Economics*, Cass R. SUNSTEIN (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 374-397

LEBRETON, Sylvie, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes : étude particulière aux contrats de distribution*, Paris, Litec, 2002

MACKAAY, Ejan, *Analyse économique du droit — I. Fondements*, Montréal/Bruxelles, Éditions Thémis/Bruylant, 2000

MACKAAY, Ejan, Violette LEBLANC et al., L'économie de la bonne foi contractuelle, dans : *Mélanges Jean Pineau*, Benoît MOORE (dir.), Montréal, Éditions Thémis, 2003, pp. 421-459

OGUS, Anthony I. et Michael FAURE, *Économie du droit : le cas français*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2002 ;

OPPETIT, Bruno, « Droit et économie », (1992) 37 *Archives de philosophie du droit* 17-26

POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Law & Business, 2003, (6e éd.)

PRESCOTT, Edward C., Why Do Americans Work So Much More Than Europeans ? 2004, National Bureau of Economic Research ; NBER Working Paper 10316 ; http ://www.nber.org/papers/w10316

ROSA, Jean-Jacques et Florin AFTALION (dir.), *L'économie retrouvée - Vieilles critiques et nouvelles méthodes*, Paris, Economica, 1977

SCHOORDIJK, H.C.F., *De privaatrechtelijke rechtscultuur van de twintigste eeuw in context*, Amsterdam, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, 2003

SUNSTEIN, Cass R., *Why Societies Need Dissent*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003

TALLON, Denis et Donald HARRIS, *Le contrat aujourd'hu : Comparaisons franco-anglaises* [*Bibliothèque de droit privé*], Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987

TREBILCOCK, Michael J., *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1993

WILLIAMSON, Oliver E., *Markets and Hierarchies : Analysis and Antitrust Implications*, New York., Free Press, 1975

WILLIAMSON, Oliver E., *The Economic Institutions of Capitalism - Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, The Free Press, 1985

WILLIAMSON, Oliver E., *The Mechanisms of Governance*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

Droits de propriété et gestion efficace des ressources naturelles

Jean-Philippe PLATTEAU et Jean-Marie BALAND
Professeurs ordinaires à la Faculté des Sciences économiques, sociales et de gestion des FUNDP,
Centre de recherche en économie du développement (CRED)

1. Introduction

Au cœur de la philosophie dite éclairée du 18e siècle se trouve l'idée que la prospérité économique d'une nation dépend étroitement de la mesure dans laquelle les citoyens respectent les lois naturelles qui sont censées gouverner toute société humaine. Ces lois étaient conçues comme traduisant l'action de mécanismes automatiques susceptibles d'assurer l'auto-reproduction harmonieuse et le progrès régulier du corps social. Ces mécanismes auto-régulateurs supposent l'existence d'institutions adéquates qui apparaissent dès lors comme des institutions 'naturelles', sacro-saintes, sans lesquelles le progrès matériel est impossible. La propriété privée figurait au premier plan de ces institutions providentielles et, puisque l'agriculture était une activité dominante à l'époque, la propriété privée de la terre apparaissait comme une condition essentielle du développement agricole et de la sécurité alimentaire d'un pays.

En France, François Quesnay et ses disciples de l'école physiocratique, la première véritable école de pensée en science économique, ont fortement insisté sur l'importance de cette relation. En cela, ils seront suivis par Adam Smith et les autres membres de l'École classique au Royaume-Uni, pour qui la sécurité de la propriété privée sur toute forme de richesse constituait un incitant majeur à l'accumulation du capital. James Mill, en particulier, voyait dans l'existence de la tenure communautaire un obstacle majeur à la croissance agricole dans les Indes orientales. Thomas-Robert Malthus proposait le même diagnostic à l'endroit de l'Afrique Subsaharienne et d'autres sociétés de type tribal. Comme James Mill, il considérait toute forme collective de propriété foncière comme un symptôme-clé d'arriération alors que la propriété privée complète était le signe indubitable d'un degré élevé de civilisation (pour plus de détails, voir Platteau, 1978, 1983).

Avec le développement de la théorie des jeux et l'émergence du concept de coûts de transaction – définis comme les coûts que des agents doivent encourir pour conclure entre eux des échanges –, la question des droits de propriété retient à nouveau l'attention des économistes, en particulier celle des écono-

mistes du développement. Comme au 19e siècle, la profession tend à souligner que là où les droits de propriété (privée) sont imparfaitement développés, les incitants à l'investissement sont insuffisants. Ceci dit, l'analyse économique moderne des droits de propriété, lorsqu'elle est bien comprise, permet de remettre en cause l'idée de la supériorité absolue de la propriété privée. En effet, une analyse coûts-bénéfices qui prend en compte différentes formes de coûts de transaction conduit à la conclusion que la comparaison entre différents types de propriété de la terre et des ressources naturelles n'est pas nécessairement en faveur du système de la propriété privée. La discussion qui suit présente et élabore les arguments sous-jacents à cette idée que la supériorité de la propriété privée n'est pas absolue mais dépend des circonstances qui prévalent dans une société à un moment donné du temps.

2. L'efficacité comparative des différents systèmes de propriété

2. 1. Absence de propriété versus propriété

Un enseignement de base de la théorie économique est qu'une chose – bien, service, actif quelconques – dont l'offre est abondante par rapport à la demande qui en est faite ne doit avoir qu'une faible valeur. À la limite, cette valeur est nulle lorsque la chose est tellement abondante que n'existe aucune concurrence entre les acquéreurs potentiels pour s'en approprier une portion. À cela, il faut ajouter que, si une chose possède une valeur nulle, les agents ne doivent avoir aucun incitant à établir sur elle des droits de propriété qui leur en assureraient l'usage exclusif et la libre disposition. Ces principes s'appliquent parfaitement à la terre et autres ressources naturelles (forêt, lac, pâturage, ...). Ainsi, dans un environnement caractérisé par une faible densité de population, l'accès à la terre et aux ressources naturelles est à ce point aisé qu'il n'est nul besoin de défendre l'occupation d'une partie de celles-ci ou de celle-là contre une éventuelle intrusion étrangère.

Les difficultés surgissent lorsqu'un nombre grandissant d'individus souhaitent utiliser une ressource qui n'est protégée par aucun droit de propriété exclusif agissant comme une barrière à l'entrée. Plus exactement, le régime d'absence de propriété (*res nullius*) commence à poser problème dès que l'entrée d'une personne supplémentaire dans le domaine de la ressource provoque des dommages à celles qui l'utilisaient déjà auparavant, sans que le nouvel entrant soit en aucune manière pénalisé pour les dégâts ainsi causés. Ces dommages, appelés externalités négatives dans le vocabulaire des économistes, sont de deux types.

D'abord, il y a les externalités de congestion. Elles se manifestent dans les cas où l'usage d'une ressource naturelle implique son découpage en portions distinctes individuellement exploitées par les familles occupantes. Lorsque la

pression sur de telles ressources s'accroît, il est inévitable que l'activité d'un occupant entraîne des coûts pour les autres occupants, en particulier ceux situés dans son voisinage immédiat, et *vice-versa*. Quelques exemples peuvent faciliter la compréhension. Un agriculteur qui a enlevé les arbres dans la partie supérieure d'une colline ou d'un bassin versant afin de s'ouvrir un champ peut provoquer des phénomènes d'érosion qui résulteront dans l'envasement des terres situées en contrebas. Un groupe de pêcheurs de saumon qui installe des filets sous forme de barrages traversant une rivière peut priver de poisson un autre groupe situé plus en aval. Ou encore, des agriculteurs qui pompent de l'eau en bordure d'un fleuve pour irriguer leurs champs côtoyant celle-ci peuvent priver d'eau ceux qui cultivent des champs situés à une certaine distance du fleuve faute d'avoir pu trouver de la place aux abords de la source d'eau. Enfin, en l'absence de coordination des activités de production et de leur déroulement dans le temps, des individus qui pratiquent des systèmes mixtes d'agriculture et d'élevage peuvent se causer mutuellement des dégâts importants. Ceux-ci se produisent lorsque les animaux appartenant à un occupant qui a terminé de couper et d'engranger sa récolte pénètrent dans les champs d'un occupant voisin, attirés par la récolte de ce dernier qui est encore sur pied.

Ensuite, il y a les externalités dissipatrices de rente. Elles s'observent dans les situations où l'exploitation d'une ressource naturelle s'effectue de manière conjointe et ne s'accompagne dès lors d'aucun phénomène d'occupation individualisée de celle-ci. Ici, le problème naît de ce que la production est sujette à des rendements décroissants de telle sorte qu'un nouvel occupant qui s'efforce d'extraire des flux de produit de la ressource (disons, des poissons de la mer, du bois de chauffe ou de construction de la forêt, ou de l'herbe de pâturage transformée par du bétail en des produits consommables, tels que lait, fromage et viande) cause une baisse de la production moyenne obtenue par les occupants présents avant l'entrée du nouvel utilisateur.

Ce problème n'est pas aisé à résoudre dans la mesure où la logique de rationalité économique conduit un occupant à entrer dans le domaine d'une ressource aussi longtemps que le produit moyen qu'il en obtient excède les coûts qu'il doit encourir pour mener à bien son activité d'extraction. Et ceci même si le revenu ou une partie du revenu ainsi gagné l'est au détriment des autres utilisateurs de la ressource qui voient leurs revenus diminuer du fait de l'activité de ce nouvel exploitant. À la limite, il se pourrait que le déploiement d'efforts supplémentaires de la part de ce dernier n'ait aucun effet productif (il ne génère aucun output additionnel) mais qu'il juge malgré tout intéressant de déployer de tels efforts. Du point du vue collectif, cette décision est évidemment regrettable puisque des coûts de production sont encourus qui ne donnent lieu à aucun accroissement d'output. Un gaspillage social se produit et, dans le vocabulaire des économistes, on dit que la situation est inefficace. L'inefficacité se manifeste dans le fait que la même quantité de produit aurait pu être obtenue à partir d'un volume d'effort et de dépenses moindres. Si de tels efforts ou de telles dépenses

sont néanmoins consentis, c'est précisément parce qu'ils permettent à un individu d'obtenir le revenu correspondant au produit moyen, lequel diminue au fur et à mesure que le nombre d'utilisateurs de la ressource grandit.

Quel est le nombre d'utilisateurs qui exerceront finalement leur activité sur le territoire de la ressource ? Le raisonnement ci-dessus suggère la réponse : ce nombre sera tel que le produit moyen obtenu soit exactement égal aux coûts encourus. Au-delà de ce point, personne ne sera incité à entrer dans le territoire en question puisqu'une telle décision entraînerait des pertes. La conséquence immédiate de ce résultat qui caractérise ce qu'on appelle l'équilibre en accès ouvert est que la rente, c'est-à-dire le revenu spécifique de la ressource naturelle, est entièrement dissipée. Ceci traduit à nouveau l'inefficience des décisions individuelles puisque, la ressource étant rare (elle est sujette à des rendements décroissants), elle devrait avoir une valeur positive reflétée dans sa rente.

En fait, la cause véritable de cette situation inefficace réside dans l'absence de droits de propriété. En effet, si de tels droits avaient existé, l'addition d'une unité d'effort appliquée à la ressource n'aurait été décidée par le propriétaire que dans le cas où l'accroissement de production attendu de cet effort supplémentaire aurait été supérieur aux coûts. En d'autres termes, c'est la production marginale et non plus la production moyenne qui se trouve comparée aux coûts pour décider de l'application ou non d'une unité d'effort additionnelle. Cette règle marginaliste assure en fait l'efficience et la maximisation de la rente produite par la ressource naturelle, une propriété qui découle du fait qu'elle permet d'internaliser parfaitement les externalités (voir Demsetz, 1967 ; Alchian and Demsetz, 1973, pour de premières formulations). En effet, les gains de revenu obtenus par la nouvelle unité d'effort ne sont plus pris en compte dans l'analyse coût-bénéfice lorsqu'ils sont effectués au détriment des unités déjà appliquées.

L'exemple suivant permet d'illustrer l'argument logique. Nous supposons que le coût en capital et en travail d'une unité d'effort est constant et égal à 20 Euros. L'évolution de la quantité totale du produit extraite à partir de la ressource naturelle en fonction du nombre d'unités d'effort est décrite dans le tableau ci-dessous. Le prix du produit est normalisé à l'Euro. Les troisième et quatrième lignes du tableau reprennent l'évolution du produit moyen et du produit marginal, respectivement, toujours en fonction du volume d'effort consenti. Enfin, on trouve en dernière ligne la valeur du surplus ou de la rente obtenue en soustrayant de la valeur agrégée extraite de la ressource les coûts totaux de production (le nombre d'unités d'effort multiplié par le coût unitaire de production).

Tableau 1 : Exemple de sur-exploitation d'une ressource naturelle villageoise en accès ouvert

Nombre d'unités d'effort	1	2	3	**4**	5	6	7	8	9	**10**
Produit total	80	130	164	184	200	200	200	200	200	200
Produit moyen	80	65,5	54,7	46	40	33,3	28,6	25	22,2	**20**
Produit marginal	80	50	34	**20**	16	0	0	0	0	0
Valeur de la rente	60	90	104	**104**	100	80	60	40	20	**0**

L'équilibre en accès libre ou ouvert se situe au niveau d'effort de 10 unités : à ce niveau, en effet, le produit moyen est identique au coût de production unitaire (20 Euros). En ce point, la rente a été totalement dissipée. Le gaspillage est manifeste puisqu'au-delà de cinq unités d'effort la production totale n'augmente plus (le produit marginal est nul). Pour déterminer le degré de surexploitation de la ressource naturelle, il convient d'identifier le niveau d'effort socialement efficient qui correspond, comme on le sait, au point où le produit marginal est égal au coût unitaire de production (ou, ce qui revient au même, au point où la rente est maximisée). Ce niveau optimal est de quatre unités d'effort. L'absence de droits de propriété entraîne donc une application de six unités d'effort excédentaires : du point de vue social, chaque unité d'effort appliquée au-delà de quatre unités est à l'origine d'un supplément de coût qui excède le supplément de valeur extraite.

Les pertes d'efficience dont il a été question ci-dessus sont des pertes statiques. D'autres pertes, de nature dynamique, sont également à prendre en considération. Ainsi, de la même manière qu'il n'a aucun intérêt à se préoccuper des dommages qu'il cause aux autres exploitants en provoquant une baisse de leurs revenus, un individu n'est pas incité à renoncer à des gains présents en vue de la conservation future de la ressource. Par exemple, un pêcheur n'est pas intéressé à rejeter des poissons juvéniles à la mer de manière à leur permettre de grandir jusqu'à leur taille de maturité. En effet, s'il ne les prend pas lui-même dans son filet lorsque l'occasion se présente, un autre pêcheur ne s'en privera pas sur la base d'un raisonnement identique. Autre exemple : un villageois n'est pas incité à se priver de couper de jeunes arbustes dans la forêt voisine afin de les laisser croître davantage puisqu'il sait que, s'il laisse en place les arbustes, d'autres villageois s'en empareront à sa place.

Comme on le voit dans ces exemples, les investissements de conservation ne sont pas effectués ou les mesures de conservation ne sont pas suivies parce que les bénéfices futurs qui devraient en résulter ne peuvent pas être appropriés par la personne qui consent les sacrifices présents en limitant ses efforts d'extraction. À nouveau, le facteur responsable de cette logique auto-destructrice – la rationalité individuelle des agents conduit à produire un résultat collectif

irrationnel – réside dans l'absence de droits de propriété. En effet, l'existence de tels droits aurait garanti à l'utilisateur-propriétaire le gain futur des sacrifices présents et, partant, celui-ci aurait été incité à les consentir. Au niveau dynamique, la propriété permet au détenteur de droits d'internaliser parfaitement les effets externes positifs que des actions de conservation peuvent produire dans l'avenir. Il est donc encouragé à entreprendre de telles actions. Au niveau statique, la propriété permet d'internaliser parfaitement les effets externes négatifs résultant d'une sur-exploitation de la ressource. L'utilisateur-propriétaire est alors découragé d'adopter de tels comportements.

2.2. Propriété privée versus propriété communautaire : considérations générales

En l'absence de coûts de transaction, la propriété communautaire permet d'internaliser les externalités aussi efficacement que la propriété privée. Sous cette condition, les deux régimes de propriété sont donc équivalents du point de vue de l'efficience (Platteau, 2000 : Chap. 3). En effet, un groupe qui possède en pleine propriété un domaine de terre ou de ressource naturelle prendra exactement les mêmes décisions qu'un propriétaire individuel en ce qui concerne la quantité d'efforts à appliquer. Ceci résulte du fait que, comme l'individu, le collectif cherchera à maximiser le surplus de la valeur des produits extraits de la ressource par rapport aux coûts en capital et en travail, c'est-à-dire la rente attachée à la ressource. La règle marginaliste de décision est clairement d'application dans les deux cas.

L'hypothèse d'absence de coûts de transaction est toutefois complètement irréaliste. L'école des droits de propriété de Chicago, la plus connue dans le domaine d'étude qui nous concerne ici, défend précisément l'idée qu'une fois pris en compte les coûts de transaction, le régime de la propriété privée apparaît nettement supérieur au régime de la propriété communautaire ou collective. L'argument qui sous-tend cette thèse peut être résumé de la manière suivante : alors qu'un propriétaire individuel forme une unité de décision organiquement intégrée, – le propriétaire ne doit discuter avec personne d'autre que lui-même pour arriver à des décisions concernant l'utilisation de sa ressource –, un groupe doit s'efforcer de parvenir à un accord entre ses membres. Or, d'abord, rien ne dit qu'un accord va nécessairement émerger. Ensuite, même si un accord peut finalement être trouvé, des coûts devront inévitablement être encourus dans le procès de négociation conduisant à un tel accord (déplacements, temps de réunion, etc). Et, enfin, même si un accord est mis en place, on peut craindre que son application soit loin d'être parfaite, entraînant des inefficiences dont la propriété privée permet de faire l'économie. On désignera par « coûts de gouvernance » l'ensemble des coûts qui pèsent ainsi sur toutes les formes collectives de propriété. Ceux-ci appellent un certain nombre de commentaires.

La première chose à noter est que, si une communauté ne parvient pas à définir et faire respecter des règles d'usage concernant des ressources locales

rares, la propriété communautaire se réduira vraisemblablement à un mécanisme définissant des droits d'accès, c'est-à-dire à des critères permettant d'identifier les membres autorisés à pénétrer dans le domaine de la ressource et à y extraire des produits. En réalité, de telles règles d'accès existent généralement dans toutes les communautés rurales, même lorsque les ressources naturelles sont abondantes. Dans ce dernier cas, elles servent non pas à gérer la ressource mais à assurer l'intégration sociale et politique des individus et ménages en conditionnant leurs droits à l'approbation des autorités villageoises locales. En réalité, tant que les ressources sont abondantes, il est relativement aisé pour un étranger de se faire 'adopter' d'une manière ou d'une autre au sein d'une communauté villageoise. Par contre, lorsque les ressources se font rares, des tensions naissent inévitablement entre résidents de vieille souche et immigrants d'origine plus ou moins récente. Ces tensions résultent du fait que les premiers tendent à remettre en question, ou à interpréter, de façon de plus en plus dure, les droits d'accès des seconds au terroir villageois.

Par ailleurs, on peut aisément démontrer que, si les ressources communes sont rares alors que des règles d'usage n'ont pas été adoptées (seules des règles d'accès sont en vigueur), le régime de propriété communautaire tend à dégénérer en système d'accès ouvert lorsque le nombre de membres devient très grand (Baland and Platteau, 1996). En d'autres termes, un régime de propriété communautaire non régulé tend à produire les mêmes inefficiences qu'un régime de propriété en accès libre si le nombre d'ayant droit composant la communauté est très élevé.

2.3. Propriété privée versus propriété communautaire : le rôle des coûts de gouvernance

La possibilité de parvenir à un accord pour la réglementation de l'usage d'une ressource naturelle villageoise est elle-même dépendante d'un certain nombre de facteurs parmi lesquels on compte la taille du groupe et le degré d'homogénéité de ses membres. Concernant le premier de ces facteurs, il est assez évident que, plus le nombre d'ayant droit est restreint, plus faibles seront les coûts de négociation à encourir pour mettre un accord au point. Si leur nombre est trop élevé, par contre, on peut craindre qu'ils ne parviennent à aucune entente faute de pouvoir délibérer ensemble de la régulation.

Quant à l'impact de l'hétérogénéité, il est également assez clair. Ainsi, il est facile de comprendre que des divergences dans les objectifs poursuivis concernant l'utilisation d'une ressource tendront à rendre un accord de régulation de celle-ci plus malaisé. Les exemples sont ici nombreux. Que l'on songe aux conflits interminables entre éleveurs et agriculteurs à propos de la manière d'utiliser la terre et de la gérer. Les premiers défendent le maintien des droits de parcours traditionnels pour leurs troupeaux alors que les seconds veulent obtenir une délimitation nette des terres en vue d'une appropriation plus ou

moins exclusive. Autre exemple : hommes et femmes peuvent se heurter sur les modes d'usage de la forêt villageoise dans la mesure où les deux groupes extraient des produits différents (terres agricoles ou bois de chauffe pour les hommes, plantes médicinales pour les femmes) de celle-ci.

Par ailleurs, l'inégalité des revenus est une autre source d'hétérogénéité qui rend les accords de régulation difficiles. On peut ainsi montrer (voir Baland and Platteau, 1998a) que, plus la distribution des revenus est inégale entre les membres d'une communauté villageoise ou d'un quelconque groupe d'utilisateurs, plus il est compliqué de trouver une formule de régulation qui satisfasse l'ensemble des personnes concernées. Si cette formule existe néanmoins, les gains d'efficience qu'elle permettra d'obtenir par rapport à une situation d'où toute régulation est absente seront d'autant plus faibles que l'inégalité des revenus est plus grande. L'intuition derrière ce genre de résultats est simple : lorsqu'un contrôle de l'usage d'une ressource est nécessaire, se pose immédiatement la question de savoir non seulement dans quelle mesure l'intensité d'utilisation doit diminuer, mais aussi comment l'effort de restriction doit être réparti entre les utilisateurs. Si ces derniers connaissent des fortunes relativement similaires, un mode de répartition plus ou moins uniforme de cet effort paraît assez naturel. Par contre, lorsque les situations de richesse diffèrent fortement d'un utilisateur à l'autre, le problème de la répartition devient vite épineux. D'autant plus épineux que la solution efficiente peut recommander de faire porter l'essentiel de l'effort par les utilisateurs les moins productifs, ou les plus impatients (ceux dont l'horizon temporel est le plus court parce qu'ils sont uniquement préoccupés par des considérations de subsistance à court terme), qui sont souvent les membres les plus pauvres de la communauté.

Admettons néanmoins qu'un accord puisse être trouvé qui comporte des gains d'efficience et permette d'améliorer la situation de chaque utilisateur de la ressource. Reste la question non moins complexe de l'application de l'accord. En effet, une fois l'accord voté ou décidé, chaque utilisateur a intérêt à le violer. Ceci résulte du fait que l'effort de restriction, en rendant la ressource plus productive qu'avant, a pour effet d'accroître les gains qui peuvent être obtenus en excédant son quota d'effort alors que tous les autres se limitent. En d'autres termes, l'effet de l'accord est d'augmenter la tentation qui existe de profiter des sacrifices consentis par les autres utilisateurs pour augmenter ses propres profits. En amont, il y a aussi le problème de savoir, dans le cas où un accord est possible entre les participants, qui va supporter les coûts et les efforts qu'entraîne inévitablement le processus même de création des mécanismes collectifs de décision et d'exécution des décisions, c'est-à-dire les coûts de formation de l'action collective.

À nouveau, on doit reconnaître ici que les caractéristiques du groupe d'utilisateurs de la ressource, – en particulier, la taille et le degré d'hétérogénéité de celui-ci –, vont largement déterminer dans quelle mesure ces deux derniers problèmes peuvent être surmontés. L'effet de la taille, pour commencer, est le

même que dans le cas où nous envisagions la possibilité d'un accord de régulation : plus faible est la taille de la communauté, plus il est probable que les coûts de formation de l'action collective seront effectivement encourus et que les accords atteints seront effectivement mis en oeuvre. Le principal argument en appui de cette conclusion est connu sous le nom que lui a donné Mancur Olson, à savoir celui de la dilution des incitants. L'argument part de l'idée simple selon laquelle chaque individu fait un calcul individuel lorsqu'il décide d'apporter ou non sa part à l'effort de création d'un bien public (ici, la création de mécanismes collectifs, d'une part, et la mise en œuvre d'accords de régulation, d'autre part). En fait, il compare les bénéfices qu'il recueillerait en s'abstenant de fournir sa contribution à l'effort collectif au coût qu'une telle abstention entraînerait pour lui. Or, il est évident que, plus un groupe est grand, plus ce coût est faible dans la mesure où plus nombreux sont les autres qui font l'effort résultant dans la production d'un bien dont il ou elle bénéficie (souvenons-nous qu'il s'agit de biens publics). En d'autres mots, plus le groupe est grand, plus faible sera la part non produite du bien public considéré du fait de l'abstention opportuniste d'un membre particulier à l'effort collectif. Comme le bénéfice de l'abstention est, quant à lui, indépendant de la taille du groupe, on peut conclure que la tentation à profiter de l'effort des autres est d'autant plus forte que la taille du groupe est élevée. Et vice-versa, les incitants à la participation à l'effort collectif sont d'autant plus puissants que la taille du groupe est plus faible.

En outre, lorsqu'un groupe est plus petit, les membres se connaissent mieux et les effets de réputation sont plus importants. Plus précisément, le membre d'un petit groupe fera davantage attention aux conséquences futures d'une action présente par laquelle il exploite les autres. En effet, ces derniers pourront le punir à l'avenir pour ses manquements présents, par exemple, en l'excluant du groupe ou, au moins, en le privant de ses droits d'accès à la ressource – d'abord temporairement puis, si les manquements se répètent, de façon définitive. En outre, non seulement la communication est plus aisée au sein de petits groupes mais aussi la formation de sentiments d'identité collective y est plus probable et de tels sentiments ont pour effet attendu d'amener les individus à mieux prendre en compte les effets de leurs actions sur les autres.

L'effet de l'hétérogénéité est plus ambigu que celui de la taille du groupe d'utilisateurs et ne peut en fait être prédit *a priori* (Baland and Platteau, 1997). Considérons l'impact de l'inégalité des revenus ou des richesses entre les membres sur l'efficience dans la production d'un bien public tel que la constitution d'une instance régulatrice. Deux effets s'exercent dans des directions contraires. D'un côté, une forte inégalité fait qu'un riche utilisateur internalise une grande partie des externalités produites par sa contribution particulière au bien public, l'incitant dès lors à consentir l'effort correspondant. Mais, de l'autre côté, ceux qui se trouvent en bas de l'échelle des revenus sont dans la situation opposée : ils ne retireront que peu de bénéfices du bien public et seront peu incités à participer à sa formation.

Par exemple, un pêcheur richement doté en équipements de pêche recueillera de nombreux bénéfices d'une meilleure régulation de l'effort de pêche et, par conséquent, il sera incité à supporter des dépenses (en temps ou en argent) en vue de rendre cette régulation possible. Il n'en ira pas de même pour un petit pêcheur dont le faible capital ne lui permet d'exploiter qu'une infime partie de la ressource. Il n'est donc pas possible de dire d'une manière générale si une inégalité plus forte de la distribution des richesses (dans notre exemple, les actifs de pêche) aura pour effet d'accroître ou de réduire le montant agrégé des efforts consentis pour produire le bien public (dans l'exemple, une meilleure restriction de l'effort de pêche) : le montant agrégé augmentera seulement dans le cas où l'accroissement de l'effort de la part de l'élite (laquelle internalise mieux qu'avant les externalités) excède la réduction de l'effort de la part des utilisateurs pauvres (qui internalisent moins bien les externalités). Ce qui est certain, par contre, c'est qu'une inégalité extrême correspondant à une concentration totale de l'ensemble de la richesse dans les mains d'un seul individu, en provoquant une internalisation parfaite des externalités, permettra de produire le bien public de la manière la plus efficiente. Par exemple, il sera disposé à supporter l'entièreté des coûts requis pour créer une instance régulatrice.

Comme on peut le comprendre à présent, la propriété communautaire avec régulation des ressources naturelles locales soulève d'épineux problèmes dits d'incitants et il serait naïf de supposer que ceux-ci sont automatiquement et parfaitement résolus (Baland and Platteau, 1998b). Plus réaliste est la position qui consiste à dire que des inefficiences sont inévitables sous ce régime de propriété, qu'elles prennent la forme de pertes statiques (la dissipation d'une partie de la rente attachée à la ressource) ou dynamiques (le manque d'investissements pour la conservation de celle-ci, en ce compris la lutte contre les comportements prédateurs qui menacent la reproduction future du stock existant). Une conséquence directe de ce qui vient d'être dit est la suivante : c'est la capacité des individus d'une communauté à coopérer en vue d'une bonne gestion collective d'une ressource naturelle locale qui détermine l'efficacité relative d'un régime de propriété communautaire par rapport à un régime de propriété privée. Comme cette capacité de coopération varie d'une région à l'autre, on ne doit pas s'étonner que la proportion des ressources locales qui sont gérées collectivement ou qui sont privatisées varie fortement entre différentes zones.

Par ailleurs, il est évident que les pertes d'efficience résultant d'une gestion communautaire des ressources naturelles locales augmentent avec la valeur de ces ressources. C'est pourquoi, la valeur unitaire d'une ressource naturelle apparaît comme un des principaux déterminants de sa privatisation : plus cette valeur est élevée, plus la ressource a tendance à être privatisée. Ainsi, dans les zones montagneuses (par exemple, dans les Alpes), les terres situées dans les creux des vallées sont généralement la propriété privée de fermiers particuliers car elles sont bien irriguées et fertiles. Au contraire, les terres d'alpage sur les

flancs des montagnes étant plus arides, elles sont la plupart du temps demeurées des pâturages communaux sous la responsabilité de l'autorité communale locale.

En fait, la pression démographique influence de deux manières les gains d'efficience résultant de la privatisation d'une ressource naturelle. D'abord, en accroissant le nombre d'utilisateurs par unité de surface, la croissance de la population provoque davantage d'effets externes et, par conséquent, elle accroît les coûts de gouvernance et les inefficiences qui résultent de l'exploitation jointe de la ressource. Ensuite, en rendant la ressource de plus en plus rare, elle lui confère une valeur plus élevée et, partant, elle est à l'origine de pertes d'efficience agrégées accrues lorsque cette ressource est exploitée collectivement. En d'autres termes, le montant des rentes perdues du fait de la non division de la ressource tend à s'élever avec la population.

La pénétration du marché et la commercialisation de la production qui s'ensuit constituent un autre déterminant critique de l'efficacité relative de la propriété privée. C'est en augmentant la valeur réalisable des ressources naturelles que l'intégration croissante des communautés rurales dans l'économie de marché gonfle les bénéfices de la privatisation de ces ressources. Ainsi, dans de nombreux pays en développement, des hausses sensibles des prix du poisson frais ou du bois de chauffe suite à une rapide expansion des marchés urbains ont poussé les habitants des campagnes à intensifier l'exploitation de nombreuses forêts et espaces aquatiques. Des pertes d'efficience considérables ont résulté de la pression grandissante exercée sur ces ressources et de l'ampleur de plus en plus grande des effets externes négatifs qui l'ont accompagnée.

À ce stade, nous avons vu que deux séries de facteurs influencent l'efficacité relative de la propriété communautaire régulée d'une ressource naturelle par rapport à son appropriation privée. Il y a, d'une part, la capacité d'action collective des utilisateurs telle qu'elle est déterminée (1°) par la taille et le degré d'homogénéité de la communauté qu'ils forment, ainsi que (2°) par des circonstances historiques particulières qui ont contribué à façonner la structure sociale de celle-ci dans une direction plus ou moins favorable à la coopération. D'autre part, comme nous venons de le voir, on trouve le degré de rareté ou la valeur d'une ressource telle qu'elle est déterminée par l'intensité de la pression démographique environnante et de l'exposition aux forces du marché. Une troisième série de facteurs influencent l'étendue des pertes d'efficience résultant de l'exploitation collective d'une ressource naturelle ou, ce qui revient au même, l'étendue des gains d'efficience potentiels de sa privatisation. Il s'agit de certaines caractéristiques propres des ressources elles-mêmes vers lesquelles nous tournons à présent notre attention.

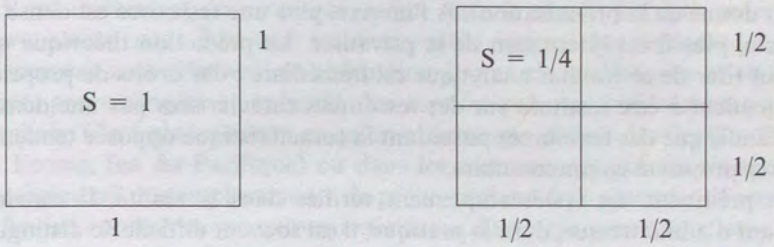
2.4. Propriété privée versus propriété communautaire : le rôle des coûts directs de transaction

Lorsqu'on regarde le problème du choix du régime de propriété du seul point de vue des coûts de gouvernance, le bilan est manifestement favorable à la division et l'appropriation privée des ressources naturelles. Mais ce n'est là considérer qu'un côté du bilan. En effet, nous avons supposé implicitement jusqu'ici que l'établissement et la protection de droits de propriété étaient sans coût, ce qui est manifestement une hypothèse irréaliste qu'il nous faut à présent lever. Ce que l'on constate alors, c'est que, par rapport à la propriété communautaire, la propriété privée est plus coûteuse du point de vue des frais d'établissement et de protection que l'on peut qualifier de coûts directs de transaction. Il existe donc un arbitrage à faire entre des considérations de coûts qui vont dans des directions opposées : les coûts de gouvernance qui pèsent sur la propriété communautaire mais pas sur la propriété privée (puisque, dans la propriété privée, il y a internalisation parfaite des externalités), d'une part, et les coûts d'établissement et de protection de la propriété qui sont plus faibles dans le cas du premier type de régime, d'autre part.

Un simple exemple peut aider à comprendre facilement pourquoi les coûts directs de transaction jouent contre la propriété privée. Imaginons un domaine de ressource naturelle couvrant l'espace d'un carré de superficie égale à 1 unité (par exemple, 100 hectares de pâturage villageois). Les quatre côtés du domaine ont donc chacun une longueur égale à 1 unité et la longueur totale de la frontière bordant celui-ci est donc de 4 unités. Supposant que le coût unitaire de la protection d'une unité de longueur, comportant les frais d'érection d'une barrière de délimitation de la propriété (par exemple, des fils de fer barbelés) ainsi que des frais de protection et de surveillance, soit standardisé à 1 unité monétaire, on peut conclure que les coûts directs de transaction afférents à la propriété communautaire de ce domaine s'élèvent à 4 unités monétaires. Si le collectif est formé de 4 membres, le coût direct de transaction moyen par personne est de 1 unité.

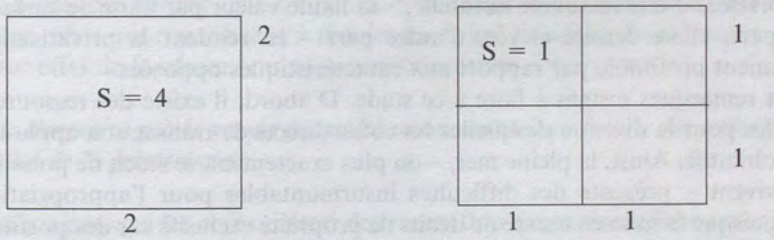
Voyons à présent ce qui se passe dans le cas où le domaine est divisé en parts égales entre les 4 membres du groupe. Il est facile de voir à partir du schéma ci-dessous que le coût total de transaction direct atteint à présent 6 unités, puisqu'il y a à présent six frontières mesurant chacune une unité qui bordent les différentes portions du domaine. Ceci représente une dépense moyenne de 1,5 unités monétaires par personne. La privatisation de la ressource a donc entraîné une hausse de 1/2 unité du coût individuel de transaction direct (soit une augmentation de 2 unités au total). Remarquons que nous n'avons pas postulé l'existence d'économies d'échelle dans les dépenses de protection de la propriété, une hypothèse fort naturelle qui aurait eu pour effet d'accroître la hausse des coûts de transaction directs causés par le passage de la propriété communautaire à la propriété individuelle privée.

Schéma 1 : L'impact de la privatisation d'une ressource sur les coûts directs de transaction (supposant une surface totale de 1 unité)



Un résultat intéressant peut être dégagé en faisant varier la superficie totale du domaine de la ressource considérée, par exemple, en supposant que celle-ci est de 4 unités au lieu d'une unité (voir le schéma 2 ci-dessous). La frontière totale de la ressource non divisée atteint alors 4x2 = 8 unités de longueur. Le coût de transaction direct total s'élève donc à 8 unités monétaires, soit un coût moyen de 2 unités par personne. En cas de division de la ressource, ce coût augmente à 6x2 = 12 unités monétaires, soit 3 unités par personne. L'accroissement de frais de transaction directs provoqué par le passage à la propriété privée est ainsi égal à 1 unité par personne alors qu'il n'était que de 1/2 unité lorsque la superficie de la ressource était de 1 unité. Cet accroissement a par conséquent doublé.

Schéma 2 : L'impact de la privatisation d'une ressource sur les coûts directs de transaction (supposant une surface totale de 4 unités)



Ce résultat est tout à fait généralisable. Si l'on désigne par n le nombre de membres de la communauté et par S la superficie totale du domaine de la ressource, on peut montrer que l'accroissement des coûts de transaction directs par personne causé par la division/privatisation de la ressource est donné par la formule suivante :

$$\Delta = 2\left[\frac{\sqrt{n-1}}{n}\right]\sqrt{S}$$

Avec quatre utilisateurs de la ressource, on a que $\sqrt{S}/4$. L'interprétation peut s'énoncer de la manière suivante : plus une ressource s'étend sur un large

domaine, plus le coût individuel de la partition de celle-ci est élevé et, par conséquent, moins il est profitable de la privatiser (pour un bénéfice individuel attendu donné de la privatisation). À l'inverse, plus une ressource est dense ou compacte, plus il est intéressant de la privatiser. La prédiction théorique que l'on peut tirer de ce résultat analytique est immédiate : des droits de propriété privée tendent à être institués sur des ressources caractérisées par une densité élevée tandis que des ressources possédant la caractéristique opposée tendent à demeurer propriété communautaire.

Cette prédiction est systématiquement vérifiée dans la réalité. Il convient cependant d'admettre que, dans la pratique, il est souvent difficile de distinguer l'impact de la densité d'une ressource de celui de sa valeur sur sa probabilité à être privatisée. En effet, les ressources à haute valeur, – par exemple, des terres fertiles facilement irrigables en raison de leur bonne localisation – ont tendance à être divisées beaucoup plus que des ressources à faible valeur – par exemple, des terres semi-arides qui ne se prêtent qu'au pâturage extensif. En d'autres termes, il existe une forte corrélation entre la densité d'une ressource et sa valeur[1]. En fait, la seconde caractéristique tend fréquemment à déterminer causalement la première. Ce que l'observation empirique révèle, c'est que les ressources compactes et à haute valeur (par exemple, les terres soumises à des modes d'exploitation intensive ou les terres fertiles situées non loin d'un marché important) sont généralement privatisées alors que les ressources étendues et à faible valeur (par exemple, les immenses zones de pâturage extensif de Mongolie ou du Masaï Mara au Kenya) demeurent propriété collective ou communautaire. Notre argument analytique montre simplement que ces deux caractéristiques corrélées d'une ressource naturelle, – sa haute valeur par unité de surface, d'une part, et sa densité élevée, d'autre part – en rendent la privatisation relativement profitable par rapport aux caractéristiques opposées.

Deux remarques restent à faire à ce stade. D'abord, il existe des ressources naturelles pour la division desquelles les coûts directs de transaction apparaissent prohibitifs. Ainsi, la pleine mer, – ou plus exactement, le stock de poissons qui y vivent – présente des difficultés insurmontables pour l'appropriation privée puisque la mise en œuvre de droits de propriété exclusifs sur des portions individuelles de mer ou d'océan entraînerait des coûts infiniment élevés. Ceci est particulièrement évident lorsque les espèces de poisson sont mobiles et se déplacent sur de grandes distances. Dans ces conditions, en effet, il est impossible d'établir et de faire respecter des droits de propriété individuels, que ce soit

1. Le sens exact de la causalité entre ces deux variables n'est pas facile à déterminer. D'un côté, lorsqu'un groupe s'installe sur un domaine de ressource dont la valeur est élevée, il peut se contenter d'une portion plus restreinte de l'espace disponible. La causalité irait donc dans le sens de la valeur vers la densité. Mais, de l'autre côté, un groupe qui est confiné à une portion restreinte d'une ressource est davantage incité à effectuer des investissements destinés à en accroître la productivité. Ici, la causalité va dans le sens inverse, c'est-à-dire de la densité vers la valeur.

sur la ressource elle-même (le poisson) ou sur le territoire à l'intérieur duquel elle se meut. L'exemple des réserves de chasse vient également à l'esprit.

Il est intéressant de noter que, même dans le cas de la pêche maritime, la privatisation peut être une solution viable lorsque les espèces de poisson concernées sont relativement sédentaires (homards, mollusques et algues marines, par exemple) et habitent des espaces relativement compacts et bien localisés. C'est généralement ce qu'on observe aux abords des îles (îles Shetland en Écosse, îles du Pacifique) ou dans les zones aquatiques relativement bien protégées où des emplacements de pêche peuvent être aisément démarqués et défendus contre des incursions extérieures. Dans ces conditions, en effet, les emplacements de pêche sont fréquemment attribués à des individus ou des familles pour leur usage exclusif et ces droits privés sont transmissibles aux générations suivantes par voie d'héritage.

Ensuite, il est important de savoir que les coûts directs de transaction causés par la division d'une ressource naturelle ne sont pas donnés une fois pour toutes mais peuvent diminuer suite à des innovations technologiques. Ainsi, l'invention du fil de fer barbelé a été une étape décisive dans l'abaissement des coûts d'établissement et de protection de la propriété privée. L'introduction d'équipements modernes pour le forage de puits et l'exhaure de l'eau a, par ailleurs, permis l'appropriation privée de zones de pâturage dans des pays (comme le Botswana, par exemple) où l'eau est le facteur rare le plus critique pour l'activité d'élevage. Avant ces innovations, les infrastructures d'extraction de l'eau étant sujettes à d'importantes économies d'échelle, elles étaient généralement la propriété collective d'une communauté d'éleveurs. Ce ne sont donc pas seulement les forces qui contribuent à augmenter la valeur des ressources naturelles mais aussi celles qui contribuent à réduire les coûts directs de leur division qui ont pour effet de favoriser leur appropriation privée.

2.5. Propriété privée versus propriété communautaire : le rôle des coûts d'opportunité de la privatisation

Il n'y a pas que les coûts directs de transaction qui peuvent faire peser le bilan dans une direction défavorable à la propriété privée d'une ressource naturelle. Deux types de coûts d'opportunité peuvent avoir le même effet : les économies d'échelle et les bénéfices d'assurance résultant de la propriété collective. Comme nous allons le voir, toutefois, à bien y regarder, l'argument des bénéfices d'assurance se réduit à des considérations de coûts directs de transaction.

Le meilleur exemple illustrant l'importance potentielle des économies d'échelle vient de l'élevage extensif. Dans ce cas, il faut le remarquer, ces économies existent non pas dans la ressource elle-même (la terre de pâturage) mais dans un facteur complémentaire, à savoir le personnel de surveillance (les bergers). Il existe un avantage évident à coordonner les activités de surveillance des animaux de manière à économiser le nombre de bergers nécessaire pour ces

activités. Cet avantage que comporte la surveillance collective des troupeaux détermine une préférence pour la propriété communautaire des terres de pâturage elles-mêmes. En effet, dans la mesure où les troupeaux individuels des éleveurs[2] ont intérêt à être mis en commun dans la pâture, on ne voit pas très bien l'intérêt qu'il pourrait y avoir à instaurer la propriété privée de portions individualisées de cette pâture. Lorsque l'élevage devient intensif et les animaux passent une grande partie de leur temps dans des étables, nourris à partir de fourrage, l'avantage des économies d'échelle disparaît et la propriété privée des étables et des fourrages se combine à celle des animaux pour déterminer un régime de propriété privée complet (sur l'ensemble des facteurs de production).

Le second type de coût d'opportunité vient du besoin d'assurance. L'exemple de l'élevage extensif, à nouveau, mais également celui de la pêche maritime, apparaissent comme de très bonnes illustrations de l'argument que nous voulons développer ici. Lorsque les rendements d'une ressource varient fortement dans le temps et d'un endroit à l'autre du domaine de celle-ci, le besoin de s'assurer contre une telle variabilité ne peut pas être rencontré par le régime de propriété privée alors qu'il peut l'être par le régime de propriété communautaire. En effet, la possibilité de se mouvoir librement à travers un vaste espace en fonction des conditions climatiques ou naturelles est un avantage qui peut s'avérer décisif lorsque les personnes concernées sont pauvres ou n'ont guère de moyen de se garantir contre des fluctuations de revenus.

C'est pourquoi, les pêcheurs maritimes attachent beaucoup d'importance au fait d'avoir accès à de vastes eaux : si le poisson est rare en un endroit aujourd'hui, ils doivent pouvoir se déplacer vers d'autres emplacements où ils auront plus de chances d'en trouver. Il en va de même pour les éleveurs traditionnels qui savent très bien que des zones de pâturage verdoyantes aujourd'hui peuvent très bien être arides demain faute de pluies suffisantes. Comme les chutes pluviométriques sont faiblement corrélées d'un endroit à l'autre (de la même manière que l'abondance de poisson ne peut être généralisée dans la mesure où le poisson est mobile), l'accès à un vaste domaine de ressource offre une bonne garantie contre les variations brutales de revenus.

On pourrait cependant objecter que l'instauration de droits de propriété privée sur un portefeuille diversifié de portions de la ressource constitue une solution adéquate au problème de la variabilité des rendements localisés de celle-ci. De la même façon que les agriculteurs des régions tropicales possèdent un ensemble de lopins de terre ayant des caractéristiques de risques différentes, les pêcheurs ou les éleveurs pourraient posséder des portions de ressource suffisamment différentes pour leur permettre de stabiliser leurs revenus d'une

2. Comme les animaux d'élevage sont très vulnérables au risque de mauvais soins de la part du personnel de maintenance, la propriété collective de ces animaux n'est presque jamais observée dans les sociétés où le choix des formules de propriété n'est pas contraint par un État central. Dans les sociétés d'éleveurs, les animaux sont mis ensemble dans la pâture mais ils sont traités et soignés individuellement par leurs propriétaires privés.

période à l'autre. Le problème est que, dans le cas de la pêche ou de l'élevage, les portions de ressource doivent être beaucoup plus éloignées les unes des autres que dans le cas de l'agriculture pour avoir des rendements faiblement corrélés en raison des fluctuations des conditions naturelles. La conséquence de cette situation est que les coûts de transaction directs qui devraient être encourus pour protéger les droits de propriété privée sur ces portions éloignées seraient prohibitifs.

Il est intéressant de remarquer que, pour des raisons immédiatement intuitives, les coûts de transaction (directs) supplémentaires dus à la nécessité de se garantir contre les fluctuations de revenus en cas de division/privatisation d'une ressource seront d'autant plus élevés que la variabilité des rendements de celle-ci est plus forte et que sa superficie est plus grande (ou que sa densité est plus faible). En effet, plus grande est la variabilité de la ressource, plus élevé est le nombre de portions de ressource dont un utilisateur a besoin pour se prémunir contre le risque de fluctuation de revenu et, partant, plus important seront les coûts d'instauration et de protection de la propriété privée dans ces conditions d'essaimage. Par ailleurs, plus étendu est le domaine de la ressource, plus élevés seront les coûts de transaction directs causés par la délimitation et la protection d'une portion donnée de ressource. Dans l'exemple d'un domaine de forme carrée tel qu'envisagé plus haut, l'accroissement des coûts de transaction dû à la nécessité de s'assurer contre les risques de fluctuation de revenu est donné par la formule :

$$\Delta' = 2\sqrt{S}(\sqrt{m} - 1)(\frac{\sqrt{n}}{n}),$$

où m désigne le nombre de portions de ressource qu'un individu doit détenir de manière privée exclusive dans un objectif d'assurance. Lorsque le nombre d'utilisateurs concernés est égal à 4 ($n=4$), on a simplement :

$$\Delta' = \sqrt{3}(\sqrt{m} - 1).$$

3. Considérations finales

Deux conclusions centrales ressortent de l'analyse menée dans cet article. Premièrement, on doit s'attendre à ce que de nombreuses ressources villageoises soient progressivement divisées et privatisées au fur et à mesure qu'elles acquièrent davantage de valeur sous la double pression de la croissance démographique et de la pénétration des forces du marché. L'importance des coûts de gouvernance associés à la propriété communautaire ou collective explique largement pourquoi ce mouvement de privatisation est inévitable. Deuxièmement, et à l'inverse de ce qui vient d'être dit, certaines ressources possèdent des caractéristiques telles que leur partition et leur appropriation privée entraîne-

raient des coûts très élevés. Ces coûts consistent soit en coûts d'établissement et de protection de la propriété privée (coûts de transaction directs), soit en coûts d'opportunité liés à la perte d'économies d'échelle dans des facteurs complémentaires ou à la perte de gains d'assurance contre la variabilité des rendements localisés de la ressource.

Cette deuxième conclusion fait surgir une question difficile. En effet, pour que la propriété communautaire soit viable dans des conditions où la propriété privée s'avère impraticable en raison de coûts de transaction directs prohibitifs ou indésirable en raison de coûts d'opportunité élevés, il faut que les coûts de gouvernance ne dépassent pas une limite raisonnable. Si cette condition est violée, la ressource naturelle concernée ne pourra pas être régulée de manière suffisamment efficace et soit elle fera l'objet d'une propriété communautaire non-régulée (caractérisée par l'application de droits d'accès mais l'absence de règles d'usage), soit elle tombera sous le régime de l'accès ouvert ou libre. Si le nombre de membres dans la communauté d'utilisateurs est élevé, les deux derniers régimes produiront des résultats à peu près équivalents, c'est-à-dire de graves inefficiences à la fois statiques (dissipation de la rente) et dynamiques (destruction de la ressource faute d'investissements de conservation ou de contrôle de l'effort d'extraction).

Certains auteurs pensent néanmoins que des forces évolutionnistes sont à l'œuvre au sein des sociétés qui poussent leurs membres à adopter des formes d'organisation adaptées aux nouveaux défis qu'elles rencontrent : ce sont des innovations institutionnelles induites par le changement des conditions environnantes. Par exemple, s'inspirant de l'expérience des communautés villageoises japonaises durant l'ère Tokugawa, Yujiro Hayami et Masao Kikuchi (1981) estiment que, lorsque la privatisation d'une ressource naturelle est trop coûteuse, la structure sociale de la société villageoise concernée tend à devenir plus dense et plus cohésive en réponse au besoin plus grand de coordination et de contrôle de l'usage de cette ressource. Plus précisément, des règles définissant des droits et des obligations concernant l'utilisation de la ressource, ainsi que des sanctions visant à punir les contrevenants et des procédures de règlement de conflits, tendent à faire leur apparition. Au fur et à mesure que la ressource devient plus rare et que la concurrence autour d'elle s'intensifie, de telles règles, sanctions et procédures sont définies de manière de plus en plus claire et appliquées de manière de plus en plus stricte. En bref, dans la mesure où ce sont elles qui déterminent quelles ressources sont rares, lesquelles sont difficiles à privatiser, et lesquelles sont relativement aisées à gérer au niveau du village, les conditions environnementales constituent une variable critique dans la formation des structures et institutions villageoises.

Dans la même ligne de pensée, Robert Wade (1988), se basant sur des études de terrain menées dans un État du sud de l'Inde, pense que « les villageois concerteront délibérément leurs actions mais uniquement pour répondre à des besoins essentiels qui ne peuvent être satisfaits à partir de réactions

individuelles », c'est-à-dire qu'« ils mettront leurs efforts ensemble pour adopter et respecter des arrangements collectifs chaque fois que les bénéfices matériels nets qui en résulteront pour l'ensemble ou la plupart d'entre eux sont élevés ». Comme Hayami et Kikuchi, Wade est donc confiant qu'en l'absence de toute alternative institutionnelle viable, les villageois réussiront, d'une manière ou l'autre, à surmonter les problèmes d'incitants qui entravent potentiellement toute action collective, que ce soit au niveau du leadership nécessaire pour la prise de l'initiative, ou de l'établissement et de l'application des règles d'usage relatives à la ressource. En d'autres termes encore, lorsque la bonne gestion d'une ressource naturelle vitale pour leur survie exige qu'une régulation communautaire de celle-ci soit instaurée et maintenue, – une transformation qui sera normalement facilité par l'adoption de groupes d'utilisateurs plus petits et plus homogènes –, les membres des communautés villageoises entreprendront les actions collectives requises. Nécessité fait loi, en quelque sorte.

Seule l'évidence empirique permettra de trancher la question de savoir dans quelle mesure l'optimisme de cette vision de la transformation des sociétés rurales est justifié ou non. L'état de nos connaissances est présentement trop imparfait pour qu'on puisse prendre une position nette dans ce débat. Deux observations doivent pourtant servir à qualifier tout optimisme excessif en la matière. D'abord, les exemples de ressources sur-exploitées ou détruites (que l'on songe aux forêts villageoises de la zone sahélienne) existent en nombre suffisant pour montrer que les utilisateurs ne parviennent pas toujours à réglementer de manière efficace leurs ressources alors que d'autres solutions n'existent pas. À cet égard, on peut penser que le rythme d'accroissement de la pression démographique ou la vitesse de la pénétration du marché tels qu'ils se sont produits durant les dernières décennies dans certaines régions du monde (en Afrique Sub-saharienne, en particulier) rendent la tâche beaucoup plus ardue qu'elle ne pouvait l'être dans le passé.

Ensuite, l'hypothèse de l'innovation institutionnelle induite fait totalement l'impasse sur les interventions de l'État (voir Baland and Platteau, 1996, Chap. 11). Ainsi, l'État central peut, comme il l'a fait depuis plusieurs siècles au Japon, soutenir le droit des communautés rurales à posséder et protéger des ressources locales placées sous leur responsabilité collective. Alternativement, il peut prendre des mesures, légales et autres, qui ont pour effet de miner les prérogatives coutumières de ces communautés. Par exemple, la nationalisation des forêts ou des espaces aquatiques villageois est une mesure légale qui a fréquemment eu pour conséquence pratique de transformer des domaines de ressources localement régulés en domaines d'accès ouvert. Par ailleurs, en subsidiant l'entrée d'intérêts économiques puissants dans des domaines de ressources villageoises, l'État adopte une politique économique qui prive généralement les habitants locaux de leurs droits d'accès traditionnels et émascule les institutions indigènes ayant pour fonction de réglementer l'usage de telles ressources.

Bibliographie

Alchian, A., and H. Demsetz, 1973, « The Property Right Paradigm », *Journal of Economic History,* Vol. 33, No.1, 16-27.

Baland, J.M., and J.P. Platteau, 1996, *Halting Degradation of Natural Resources – Is There a Role for Rural Communities ?,* Oxford : Clarendon Press.

Baland, J.M., and J.P. Platteau, 1997, « Wealth Inequality and Efficiency in the Commons – Part I : The Unregulated Case », Vol. 49, N° 4, pp. 451-482.

Baland, J.M., and J.P. Platteau, 1998a, « Wealth Inequality and Efficiency in the Commons – Part I : The Regulated Case », *Oxford Economic Papers,* Vol. 50, N° 1, pp. 1-22.

Baland, J.M., and J.P. Platteau, 1998b, « Dividing the Commons – A Partial Assessment of the New Institutional Economics of Property Rights », *American Journal of Agricultural Economics,* Vol. 80, August, pp. 644-650.

Demsetz, H., 1967, « Toward a Theory of Property Rights », *American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, pp. 347-359.

Hayami, Y., and M. Kikuchi, 1981, *Asian Village Economy at the Crossroads,* Tokyo : University of Tokyo Press, and Baltimore : Johns Hopkins University Press.

Platteau, J.P., 1978, *Les économistes classiques et le sous-développement,* Presses Universitaires de France, Paris, 2 Vols.

Platteau, J.P., 1983, « Classical Economics and Agrarian Reforms in Overpopulated Areas : The Radical Views of the two Mills », *Journal of Development Studies,* Vol. 19, N° 4, pp. 453-60.

Platteau, J.P., 2000, *Institutions, Social Norms and Economic Development,* London : Harwood Academic Publishers.

Wade, R., 1988, *Village Republics - Economic Conditions for Collective Action in South India*, Cambridge : Cambridge University Press.

Sources et méthodologie du droit

Quelques réflexions à propos de la rédaction de lois dans l'espace communautaire, plus spécialement inspirées par l'avènement de la société européenne

Isabelle CORBISIER
Chargée de cours à l'Université de Luxembourg,
Professeur aux HEC à Liège et à l'ICHEC de Bruxelles,
Membre du Centre de recherche public Gabriel Lippmann à Luxembourg

« *Les actes législatifs communautaires sont formulés de manière claire, simple et précise* »[1]

Le Professeur Coipel, outre son inestimable apport aux activités d'enseignement et de recherche, a toujours eu à cœur de mettre son expertise en partage dans la sphère sociale. Son engagement dans le monde associatif (combien furent-ils à bénéficier de ses conseils gracieux ?) et, plus généralement, son implication dans ce vaste secteur dit de « l'économie sociale » en témoignent.

En droit des sociétés, M. Coipel a, à diverses reprises, conseillé, incité, corrigé nombre de rédacteurs de projets ou autres propositions de lois, souvent dans l'ombre ; l'orgueil n'est pas le trait de caractère dominant de M. Michel Coipel, ce que je connais de lui se résume en trois mots : sensibilité, générosité, érudition. Le Professeur Coipel s'est fréquemment préoccupé du « paysage », plus ou moins harmonieux, qu'offrait la panoplie de nos personnes morales de droit privé. Il a ainsi appelé de ses vœux, par l'utilisation d'une méthode dite « horizontale », la construction d'un tronc commun du droit des personnes morales de droit privé (lucratives et non lucratives) sans toutefois ignorer la diversité des phénomènes sociaux qu'elles sont amenées à encadrer[2].

L'Union européenne ouvre au spécialiste du droit des sociétés des perspectives à la fois d'harmonisation, par les directives portant sur le droit des sociétés, et d'ouverture, transparaissant dans la jurisprudence récente de la Cour de

1. Principe général n° 1 de l'Accord interinstitutionnel du 22 décembre 1998 sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire (*J.O.C.E.*, n° C 73/1 du 17 mars 1999) adopté sur la base de la déclaration (n° 39) relative à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire adoptée le 2 octobre 1997 par la conférence intergouvernementale et annexée à l'acte final du traité d'Amsterdam.
2. Récemment : M. COIPEL, « Unité et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé », *Le nouveau droit des ASBL et des fondations – La loi du 2 mai 2002*, Bruxelles/Louvain-la-Neuve, Academia/Bruylant, 2002, pp. 5 et s.

justice des Communautés européennes[3], à une certaine mise en concurrence des droits des États membres quant aux particularités de leurs droits des sociétés et de l'environnement (notamment fiscal) qui les entoure. Aussi, l'Union européenne est à l'origine de personnalités juridiques de dimension véritablement communautaire : le groupement européen d'intérêt économique[4]. et, très bientôt, la société européenne[5]. Quant aux techniques législatives utilisées, l'Union européenne s'est le plus souvent engagée dans la voie de la souplesse en s'exprimant par la voie de directives, laissant aux États membres le soin d'en intégrer au mieux les prescriptions dans leur ordre juridique interne. D'ailleurs, même lorsque l'Union s'est exprimée par la voie du règlement, directement applicable dans les ordres juridiques des États membres, elle construit dans une très large mesure sur les soubassements que lui offrent les infrastructures juridiques nationales. De fait, tant le règlement (précité) visant le GEIE que le règlement relatif à la SE se réfèrent très substantiellement au droit national de l'État du siège (siège *statutaire* s'agissant de la SE) en vue de désigner les dispositions régissant le fonctionnement et l'organisation de ces personnes juridiques[6], cette particularité permettant encore de mettre en avant cette idée

3. Voy. notamment les décisions *Centros* (C.J.C.E., 9 mars 1999, *Rec.*, p. I-1459) et *Inspire Art* (C.J.C.E., 30 septembre 2003, aff. C 167/01) de la C.J.C.E.
4. Règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE), *J.O.C.E.*, n° L 199 du 31 juillet 1985.
5. Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *J.O.C.E.*, n° L. 294/1 du 10 novembre 2001 et 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, *J.O.C.E.*, n° L. 294/22 du 10 novembre 2001. Le règlement précité entrera en vigueur le 8 octobre 2004.
6. Ainsi l'article 2, § 1er du règlement (précité) relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique dispose que « Sous réserve des dispositions du présent règlement, la loi applicable, d'une part au contrat de groupement, sauf pour les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes physiques et à la capacité des personnes morales, d'autre part au fonctionnement interne du groupement, est la loi interne de l'État du siège fixé par le contrat de groupement ».
   Par ailleurs, l'art. 9 du règlement (précité) relatif au statut de la société européenne prévoit que :
   « 1. La SE est régie :
   a) par les dispositions du présent règlement ;
   b) lorsque le présent règlement l'autorise expressément, par les dispositions des statuts de la SE, ou
   c) *pour les matières non réglées par le présent règlement* ou, lorsqu'une matière l'est partiellement, pour les aspects non couverts par le présent règlement par :
   i) les dispositions de loi adoptées par les États membres en application de mesures communautaires visant spécifiquement les SE ;
   ii) *les dispositions de loi des États membres qui s'appliqueraient à une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire* ;
   iii) les dispositions des statuts de la SE, dans les mêmes conditions que pour une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire.
   2. Les dispositions de loi adoptées par les États membres spécifiquement pour la SE doivent être conformes aux directives applicables aux sociétés anonymes figurant à l'annexe I.
   →

de concurrence interétatique portant sur les droits respectifs des États membres – le *legal shopping*, pour reprendre une expression à connotation plutôt péjorative – puisque, par la mobilité intra-communautaire que leur confère la dimension territoriale – s'étendant aux frontières de l'UE voire de l'Espace Économique Européen[7] – de leur personnalité juridique, ces personnes morales communautaires se voient investies de la faculté de changer de droit applicable sans que se produise une rupture dans la continuité de leur existence juridique[8].

S'agissant plus spécifiquement de la société européenne (SE), laquelle a retenu notre attention au cours de ces derniers mois, l'apparente souplesse communautaire s'est néanmoins doublée d'une complexité redoutable puisque :

a) le règlement (précité) formant le statut de la SE, s'il renvoie effectivement, comme nous l'avons vu plus haut et dans une large mesure, au droit des États membres applicable à leur société anonyme, formule par ailleurs une série de dispositions – le règlement ne comporte pas moins que 70 articles – touchant à la constitution, l'organisation ou le fonctionnement interne de la SE, en telle manière qu'il semble impossible de se faire une idée claire du statut de celle-ci sans avoir constamment à disposition les textes tant du règlement communautaire que de la législation nationale applicable à la SA ayant vocation à s'appliquer également à la SE en qualité de législation du lieu de son siège statutaire :

→ 3. Si la nature des activités exercées par une SE est régie par des dispositions spécifiques de la législation nationale, celles-ci s'appliquent intégralement à la SE. » (souligné par nous).

7. Ainsi, en vertu de la décision n° 93/2002 du 25 juin 2002 (*J.O.C.E.*, n° L 266/69 du 3 octobre 2002) modifiant l'annexe XXII (Droit des sociétés) de l'accord EEE (art. 1er), le règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société anonyme européenne (SE) est applicable aux États membres de l'Espace économique européen. Par conséquent, les États faisant partie de l'EEE qui ne sont pas membres de l'Union Européenne, à savoir l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein, sont également concernés par la réglementation relative à la SE et doivent mettre en œuvre les dispositions du règlement et transposer la directive « implication des travailleurs » (précitée) qui l'accompagne.

8. S'agissant de la SE, l'effectivité du *legal shopping* (qui semble pourtant à première vue garanti dans la mesure où le règlement se réfère au siège statutaire – et non au siège réel ou à l'administration centrale – en vue de déterminer le droit applicable à la SE (voy. note *supra*) se trouve toutefois actuellement limitée par l'exigence, posée à l'article 7 du dit règlement, que la SE ait son siège statutaire et son administration centrale dans le même État membre. Néanmoins, l'article 69 du règlement permet une éventuelle levée à terme de cette contrainte puisqu'il précise que :

Au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur du présent règlement, la Commission présente au Conseil et au Parlement européen un rapport sur l'application du règlement et, le cas échéant, des propositions de modifications. Le rapport *examine* en particulier s'il convient : a) *de permettre à une SE d'avoir son administration centrale et son siège statutaire dans des États membres différents* ; (...) » (souligné par nous).

Illustrations :

- il faut tenir compte de ce que l'implication des travailleurs dans la SE est régie par la directive (précitée) 2001/86, laquelle nécessite des mesures de transposition spécifiques de la part de chacun des États membres (voy. notamment art. 1er, § 4 ; 12 ; 23 ; 43 ; 45 ; 50 du règlement et voy. *infra*) ;
- la SE ne peut être constituée *ab initio* mais uniquement selon l'un des modes prévus à l'article 2 du règlement (fusion, constitution d'une holding ou d'une filiale, transformation) ;
- le capital minimum de la SE (120.000 euros : art. 4 du règlement) ne correspond pas nécessairement au montant retenu par le droit interne applicable à la SA relevant de l'État de son siège statutaire ;
- le règlement impose, du moins dans un premier temps (art. 7 mais voy. art. 69), que le siège statutaire (déterminant le droit applicable à la SE, ce qui ne correspond d'ailleurs pas nécessairement au système retenu par le droit international privé de l'État membre concerné en vue de désigner la loi applicable aux sociétés) et l'administration centrale (siège réel) de la SE figurent dans le même État membre (à peine de dissolution judiciaire de la SE : art. 64). Il s'agit d'une particularité du règlement certainement issue d'un compromis entre États tenants de la localisation du siège statutaire et les tenants de la localisation du siège réel en vue de déterminer la loi applicable à la société mais qui ne se traduit, dans les droits internes des États membres, par aucune obligation similaire qui serait imposée aux SA locales ;
- le règlement se penche évidemment de manière précise et détaillée sur la procédure de transfert du siège statutaire de la SE à l'intérieur de l'espace où celle-ci continue à bénéficier de la continuité de sa personnalité juridique (ce qui constitue l'intérêt essentiel de cet instrument : art. 8, § 1er). Les États concernés sont sollicités en vue d'organiser la publicité de l'opération, la protection des actionnaires éventuellement minoritaires, et des créanciers ; ils doivent en outre désigner une autorité appelée à attester du déroulement des formalités inhérentes au transfert, décider s'il y a lieu de désigner une autorité qui pourrait s'opposer au transfert et organiser un recours contre une telle décision ;
- en cas de constitution d'une SE par la voie d'une fusion, une autorité d'un État membre pourrait s'opposer à la constitution d'une SE et, dans tel cas, l'État concerné doit également organiser le recours contre cette décision (art. 19). En outre, il faut désigner l'autorité appelée à attester de l'accomplissement des formalités dans le cadre de la fusion (art. 25) ;
- la constitution d'une SE holding est soumise à des exigences spécifiques (art. 32 et 33 du règlement) ;
- la transformation d'une SA (nationale) en SE (art. 37) ou, à l'inverse, d'une SE en SA (art. 66) sont également soumises à des règles particulières ;

- quant à la gestion de la SE, les États membres qui ne connaissent qu'un seul mode de gestion (moniste – cas de la Belgique - ou dualiste – cas de l'Allemagne) pour leur SA nationale, s'ils souhaitent offrir à une SE établissant chez eux son siège statutaire la liberté, ouverte par le règlement (art. 38), d'opter entre l'un ou l'autre système de gestion, se doivent de créer de toutes pièces, dans le cadre de leur droit interne, le système de gestion qui leur manque,
- pour les États qui, comme la Belgique, connaissent déjà un système moniste de gestion, le règlement impose une périodicité minimale de réunion et un droit à l'information clairement établi pour les membres de l'organe de gestion (art. 44) ;
- le règlement impose des normes précises s'agissant des quorum et règle de majorité s'imposant pour la prise de décision par les organes de la SE (art. 50) ;
- quant à la tenue de l'assemblée générale de la SE, le règlement impose notamment qu'une convocation de celle-ci et la fixation de son ordre du jour puissent être requis par des actionnaires ne possédant que 10% du capital souscrit (voy. art. 55 et 56) ;

b) d'autre part, le règlement comprend également des règles ou prescriptions dont l'interprétation s'avère particulièrement malaisée pour le juriste émoyené de l'État membre concerné par le statut de la SE, à tel point qu'une sorte d'adaptation ou de « mise en œuvre » du règlement en droit interne s'impose, laquelle ne peut se borner aux « dispositions nécessaires pour (lui) assurer une exécution correcte, telles que des mesures de contrôle ou des sanctions pénales »[9] :
Illustrations :
- que faut-il entendre par « protection des créanciers » dans le cadre d'une SE à l'occasion du transfert de son siège statutaire (voy. art. 8, § 2, e du règlement) sachant que, contrairement à l'hypothèse (déjà visée par le droit européen) d'une fusion ou d'une scission, aucune personne juridique ne cesse ici d'exister, le patrimoine demeurant par ailleurs appartenir toujours à la même personne (seul le droit lui étant applicable changeant). Des concepts nouveaux doivent donc ici être envisagés comme, par exemple, la « menace sur le gage » ou « l'entrave à l'exécution de la créance » :
- dans le cas de la constitution d'une SE holding, l'article 33, § 1er, pose question quant au point de départ du délai durant lequel les associés peuvent apporter leurs actions ou parts. Le règlement évoque « la date à

9. C.E., *Légistique formelle – Recommandations et formules*, Bureau de coordination du Conseil d'État, novembre 2001, p. 17 (disponible sur le site du Conseil d'État : http ://www.raadvst-consetat.be/pdf/Lforf1.pdf.

laquelle l'acte de constitution de la SE a été établi conformément à l'article 32 ». S'agit-il de la date de publication du projet de constitution contenant les statuts de la SE ou s'agit-il de la date de l'approbation du projet de constitution ?

- L'article 48, § 1er du règlement communautaire[10]. soulève une difficulté d'interprétation au regard des dispositions de la première directive (68/151/CEE), laquelle dispose (art. 9, § 2) que « Les limitations aux pouvoirs des organes de la société, qui résultent des statuts ou d'une décision des organes compétents, sont toujours inopposables aux tiers, même si elles sont publiées ».

  La question se pose en effet de savoir si l'exigence que les statuts de la SE énumèrent les catégories d'opérations qui donnent lieu à décision expresse du conseil d'administration emporte une limitation des pouvoirs qui serait opposable aux tiers. À première vue, cette disposition du règlement apparaît inutile dans la mesure où le conseil d'administration dispose déjà du pouvoir résiduel à l'exception des actes que la loi réserve à l'assemblée générale.

  Il semble que l'article 48, § 1er doive être interprété en ce sens que les actes donnant lieu à énumération ne peuvent faire l'objet d'une délégation, soit du chef de « gestion journalière » soit selon les termes d'un mandat de droit commun. Néanmoins, dans la mesure où il n'apparaît pas que le législateur communautaire ait par cela voulu une moindre protection des tiers lorsque des actes auront été posés en violation de cette disposition statutaire réservant ces actes au conseil d'administration, il ne semble pas qu'il faille donner à cette précision une portée dépassant l'ordre interne de la société.

Par conséquent, il est permis de se demander si les considérations et recommandations formulées par le Conseil d'État à propos de la transposition ou de la mise en œuvre des dispositions communautaires, si conformes soient-elles au principe de la hiérarchie des normes, résistent à l'épreuve redoutable de la confrontation entre la complexité du droit communautaire et la nécessité d'assurer une mise en œuvre effective de celui-ci dans les ordres juridiques nationaux.

Le Conseil d'État rappelle que, s'agissant des directives communautaires, « La section de législation du Conseil d'État condamne (...) le procédé par référence consistant à déclarer simplement applicable telle ou telle directive, sans intégrer effectivement ses dispositions, en tous ses éléments, dans le droit interne. Ce n'est en effet pas la directive elle-même, mais les prescrip-

10. Lequel dispose que : « 1. Les statuts de la SE énumèrent les catégories d'opérations qui donnent lieu à autorisation de l'organe de direction par l'organe de surveillance, dans le système dualiste, ou à décision expresse de l'organe d'administration, dans le système moniste.
Toutefois, un État membre peut prévoir que, dans le système dualiste, l'organe de surveillance peut soumettre lui-même à autorisation certaines catégories d'opérations. »

tions de droit interne qui en transposent les dispositions dans l'ordre juridique national qui seront applicables dans cet ordre juridique ».

Par ailleurs, le Conseil d'État relève que le problème de « transposition » « ne se pose que pour les directives, *puisqu'il est exclu de reproduire des règlements, qui sont directement applicables, dans l'ordre interne* ». Développant sa pensée, le Conseil d'État poursuit : « Dans un texte de nature législative ou réglementaire, il y a lieu d'omettre les dispositions qui n'ont d'autre objet que de rappeler une disposition de force obligatoire supérieure, soit en les reproduisant, soit en les paraphrasant. L'on ne peut dès lors, dans quelque texte que ce soit, reproduire une disposition de la Constitution ou d'un *règlement européen* (....) De telles mentions sont certes superflues, mais davantage que celui du double emploi, c'est le reproche de dénaturation de la norme qui doit être adressé à de telles pratiques. L'auteur du texte doit en effet rester dans sa sphère de compétence (...) »[11].

On observera d'ailleurs que le Conseil d'État reconnaît lui-même les limites de son argumentation dont la logique est, on le répète, imparable selon la perspective de la hiérarchie des normes :

« La reproduction de textes de force obligatoire supérieure résulte souvent de la volonté de l'auteur de mettre à disposition un texte compréhensible en tous ses éléments (...) *Ceci cependant ne justifie pas cela (...) Si l'incorporation d'une norme supérieure apparaît malgré tout nécessaire*, il y aura lieu de l'identifier expressément comme telle, afin d'éviter toute confusion (...) »[12].

On a pu, par ailleurs, observer, toujours à l'occasion de l'élaboration du statut de la SE mais cette fois plus spécifiquement en ce qui concerne l'implication des travailleurs, que la directive formulée à cet égard peinait parfois, étant le fruit d'innombrables compromis entre les points de vue parfois radicalement contradictoires (cas de l'Allemagne et du Royaume-Uni) de certains États membres, à se montrer suffisamment... directive quant aux résultats à atteindre par les États membres. De fait, si l'on devait établir un palmarès des directives communautaires les plus malaisées à transposer au sein des États membres, sans nul doute la directive (précitée) 2001/86 concernant l'implication des travailleurs dans la SE figurerait-elle en bonne place des candidates à la palme finale. Ainsi, il est rapidement apparu aux divers législateurs nationaux en charge de transposer la dite directive qu'ils ne pourraient, ce faisant, se limiter à une simple traduction sur le plan national des exigences formulées par le législateur communautaire mais qu'ils se voient en réalité confier un véritable rôle créateur de normes en ce sens que ce serait à eux de révéler au législateur communautaire le sens d'un texte que celui-ci n'aurait pu dégager en raison des tensions extrêmes ayant animé la négociation de ce texte !

11. Voy. C.E., *op. cit.*, pp. 17-19 et p. 49 (souligné par nous). Cons. également D. BATSELE, *Initiation à la rédaction des textes législatifs, réglementaires et administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2001, spéc. pp. 78-83.
12. C.E., *op. cit.*, p. 50 (souligné par nous).

Quelques illustrations :

- en ce qui concerne la notion de « filiale » visée à l'art. 2, c) de la directive[13], la question se pose de savoir si seules les filiales directes d'une société participante ou d'une filiale d'une société participante relevant du droit d'un des États membres doivent être prises en compte pour l'application de la directive ou faut-il également prendre en compte les filiales dites « indirectes » d'une société participante ou d'une de ses filiales relevant du droit d'un État membre, lorsque les liens de contrôle s'établissent par le biais d'une filiale intermédiaire située dans un État tiers ? Force est à cet égard de constater que la directive ne le précise pas. Par conséquent, il convient d'introduire dans les dispositions nationales de transposition une précision si l'on souhaite dissiper l'obscurité à cet égard ;
- contrairement à la directive 94/45/CE (relative aux comités d'entreprise européens), la directive « implication des travailleurs » ne comporte aucune précision sur la façon dont doivent être calculés les effectifs des différentes entités (la SE, ses filiales et établissements, les sociétés participantes et les filiales et établissements concernés de celles-ci). Bien entendu, il est toujours possible de s'inspirer des acquis issus de l'élaboration et de l'application de la directive 94/45/CE mais l'implication des travailleurs dans le cadre d'une SE pose des problèmes distincts, notamment celui du moment où doit s'opérer le calcul permettant de fixer le poids relatif de la main d'œuvre employée (en termes géographiques ou en termes de couverture ou non-couverture par un système de participation) et savoir si le résultat de ce calcul demeurera d'application tout au long de la période de fonctionnement du groupe spécial de négociations ou en fonction d'une recomposition possible de celui-ci en cours de route en raison d'un changement important survenu dans les effectifs des sociétés participantes et de leurs filiales et établissements. Là aussi, il revient aux dispositions nationales de « transposition » d'apporter ces importantes précisions ;
- en ce qui concerne les dispositions de référence pour la participation (partie 3 de l'annexe à la directive « implication des travailleurs »), la directive ne précise rien quant à la manière dont seront sélectionnés les membres représentant les travailleurs qui figureront au sein de l'organe concerné (conseil d'administration ou conseil de surveillance) : élection ou désignation ? Aux États membres de décider... etc. etc.

  Et l'on fera grâce au lecteur d'énumérer les nombreuses dispositions de la directive qui, même analysées par des experts, ont été estimées obscures,

13. Aux fins de la directive, on entend par « c) 'filiale' d'une société, une entreprise sur laquelle ladite société exerce une influence dominante au sens de l'article 3, paragraphes 2 à 7, de la directive 94/45/CE. »

alambiquées ou chargées des traces d'un compromis politique[14] rendant malaisée leur utilisation proprement juridique, surtout lorsqu'il s'agit d'encadrer un processus complexe de négociations.

À la lecture des quelques considérations qui précèdent, on constate que le rôle dévolu aux États membres, qu'il s'agisse de mettre en œuvre de manière efficace les dispositions du règlement relatif au statut de la SE sur leur territoire ou encore de « transposer » la directive « implication des travailleurs », dépasse de loin le rôle soit largement inexistant (cas du règlement) soit de simple transcripteur (directive) que lui reconnaît le Conseil d'État et que nous avons eu l'occasion de rappeler ci-avant. L'avènement de la société européenne, attendu depuis des dizaines d'années, est perçu par les États membres dans une sorte de sentiment d'urgence aujourd'hui sans doute renforcé par un environnement, également évoqué plus haut, marqué par une certaine concurrence entre les États membres dans leur souhait d'accueillir des entreprises de dimension communautaire. Par ailleurs, nombreux sont les États membres qui, dans des buts de simplification ou de clarification, tendent à (re)codifier des pans entiers de leur droit (privé), comme ce fut le cas en Belgique par la loi du 7 mai 1999 contenant le Code des sociétés que le Professeur Coipel souhaiterait voir viser d'autres personnes morales encore que celles qui y sont actuellement visées. Or il est apparu clairement et immédiatement aux experts nationaux que la réglementation communautaire visant la SE réclamait de nombreuses mesures de mise en œuvre tant en droit des sociétés qu'en droit du travail en sorte d'être rendue véritablement opérationnelle dans l'État membre concerné : non seulement des procédures devaient-elles être développées et des autorités à désigner mais encore fallait-il lever l'obscurité – souvent issue de compromis malaisément atteints – affectant nombre de dispositions, de manière à les insérer le plus harmonieusement possible dans l'arsenal législatif national ; en outre, il fallait compléter les mécanismes juridiques développés par le législateur communautaire, voire même carrément faire le tri dans ces dispositions entre ce qui relève de la déclaration politique et de l'expression d'un principe juridique. C'est à ce prix que l'Union européenne a pu se doter d'une SE dont certains pensaient qu'elle ne verrait jamais le jour. On est cependant frappé d'observer que,

14. Ainsi en est-il de l'article 7, § 1er, b), premier tiret, énonçant que « l'organe compétent de chacune des sociétés participantes décide d'accepter l'application des dispositions de référence relatives à la SE et de poursuivre ainsi l'immatriculation de la SE (...) », formulation qui donne abusivement à penser que les organes seraient en mesure de décider en dernier ressort si oui ou non la SE aura un système de participation et ce même dans des situations où l'application de l'article 7 l'imposerait par ailleurs. En réalité il semblerait que les sociétés participantes ne pourraient refuser la participation qu'en renonçant à la constitution de la SE. Il s'agirait par conséquent que, dans la disposition précitée, le bout de phrase « décide d'accepter l'application des dispositions de référence relatives à la SE » devrait être purement et simplement ignoré lors de la transposition de la directive puisque, de toute façon, il revient toujours aux organes de la société, en dernière instance, de décider de la création de la SE (le bout de phrase incriminé n'étant qu'un message politique destiné à renforcer un consensus).

l'accent étant inlassablement mis sur des principes de subsidiarité et de proportionnalité[15], les États membres en viennent à jouer un rôle de quasi « corégulation »[16]. auprès des autorités communautaires puisque celles-ci attendent désormais de ceux-ci non seulement qu'ils appliquent ou transposent mais aussi qu'ils parachèvent et rendent véritablement opérationnelles des règles qui leur sont en quelque sorte livrées « pré-montées », en tout cas pas tout à fait achevées[17]. À cet égard, le principe général n° 1 de l'Accord interinstitutionnel du 22 décembre 1998 sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire, énoncé en tête de cette contribution et stipulant que « Les actes législatifs communautaires sont formulés de manière claire, simple et précise » semble relever davantage d'un vœu pieux que d'une réalité de terrain, à moins que l'on ne reconnaisse que, par l'effet d'une sorte de retour de la base vers un sommet de plus en plus complexe ou en tout cas d'une interaction plutôt que d'une hiérarchisation de ces deux niveaux, les États membres aient également leur rôle à jouer de bonne foi dans la construction du moins d'une clarté, sinon d'une cohésion communautaire.

15. Voy. encore l'Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » (Parlement européen, Conseil et Commission) du 16 décembre 2003, *J.O.C.E.*, n° C 312/1 du 31 décembre 2003, point 2 : « (...) les trois institutions conviennent de respecter les principes généraux, tels que la légitimité démocratique, la subsidiarité et la proportionnalité ainsi que la sécurité juridique. Elles conviennent également de promouvoir la simplicité, la clarté et la cohérence dans la rédaction des textes législatifs, ainsi que la plus grande transparence du processus législatif ».
16. Comp. la définition donnée à la « corégulation » dans le cadre de l'Accord interinstitutionnel (précité) du 16 décembre 2003, point 18 : « On entend par corégulation le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales et les associations). Un tel mécanisme peut être utilisé sur la base de critères définis dans l'acte législatif pour assurer l'adaptation de la législation aux problèmes et aux secteurs concernés, alléger le travail législatif en se concentrant sur les aspects essentiels, et profiter de l'expérience des parties concernées ».
17. Faudra-t-il un jour évoquer la « législation en kit » communautaire ? A cette évocation, les bricoleurs de meubles livrés pré-montés se souviendront avec effroi, ou ravissement, que, s'agissant de « kits », une partie des outils ou quelques-unes des pièces nécessaires au montage manquent régulièrement à l'appel dans le paquet qui leur est livré.

Le traducteur et l'interprète, ou le double sens de la loi

Pierre-André Côté
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

Les juristes belges et canadiens ont notamment en commun une expérience de la vie du droit en contexte bilingue et même multilingue. Ce contexte favorise la réflexion sur les rapports entre le droit et la langue. Il a paru intéressant, à cet égard, de mettre en relation l'activité de traduction des lois et l'activité d'interprétation des lois[1], dans la mesure où cette comparaison peut enrichir la réflexion sur une notion fondamentale et qui fait partie aussi bien de l'univers conceptuel du traducteur de la loi que de celui de son interprète, soit la notion de « sens de la loi ». Quand un traducteur, devant un texte, se demande : « quel est le sens de cette disposition ? », la question qu'il pose a-t-elle le même signification que lorsqu'un juge, par exemple, formule la même interrogation ? Quel est le sens du « sens de la loi » ?

On peut, de prime abord, être tenté d'affirmer que le traducteur et l'interprète de la loi doivent relever essentiellement le même défi. Dans le monde des juristes canadiens, en tout cas dans le monde des juges, règne ce que l'on peut appeler une conception binaire ou bidimensionnelle de la loi. La loi se décomposerait en deux éléments fondamentaux. D'un côté, le texte, adopté ou pris (puis éventuellement modifié et abrogé) par le Parlement ou par l'Administration. De l'autre, le sens de ce texte, c'est-à-dire l'objet de pensée qu'il exprime, soit, selon la conception dominante, la règle[2] que son auteur a voulu édicter. Selon cette conception, la question que l'interprète se pose devant une disposition législative est simplement « Qu'ont-ils voulu dire ? », le mot « ils » désignant les personnes qui ont contribué à faire que le texte de la loi a effectivement la teneur qu'il a, personnes qu'on désigne souvent de façon collective et figurative par l'expression « le législateur ».

Cette question, « Qu'ont-ils voulu dire ? », n'est-ce pas très exactement celle que le traducteur se pose devant le texte de loi qu'il doit traduire ? Dans l'affirmative, n'est-ce pas à bon droit qu'une traductrice me confiait récemment : « Vous savez, nous sommes les premiers interprètes de la loi » ?

L'idée que le « sens de la loi pour le traducteur » et le « sens de la loi pour l'interprète » sont une seule et même chose repose pour une bonne part sur une

1. Il sera ici question uniquement d'interprétation pratique ou opérative, c'est-à-dire orientée vers la solution de problèmes concrets.
2. Pour plus de simplicité, on utilisera tout au long de ce texte le terme « règle », que l'on devra entendre comme faisant référence aussi bien aux règles proprement dites qu'aux normes individuelles et qu'aux morceaux de norme construits sur la base de textes législatifs.

conception de l'interprétation qui ne voit dans cette activité qu'un processus de mise au jour des idées que l'auteur a voulu confier au texte. Lorsque, à cette conception traditionnelle de l'interprétation en tant *qu'activité déclarative du sens des textes* est substituée une conception de l'interprétation comme *activité constitutive du contenu des règles*, certaines différences fondamentales entre le « sens de la loi pour le traducteur » et le « sens de la loi pour l'interprète » ont tôt fait d'apparaître nettement.

Pour qu'il en soit ainsi, il suffit de substituer à la conception traditionnelle de la loi qui consacre la dichotomie texte/sens du texte (1) une conception tridimensionnelle de la loi fondée sur la trichotomie texte/sens du texte/contenu de la règle (2).

1. La conception traditionnelle de la loi : la dichotomie texte/sens du texte

L'idée que la loi se décompose en deux éléments essentiels, soit d'une part le texte et d'autre part, le sens du texte, repose sur trois distinctions : la distinction de la forme et du fond, la distinction de l'idée et de son expression et la distinction de l'intention du législateur et du texte qui en est le vecteur.

La distinction forme/fond occupe une place fondamentale dans la façon d'appréhender le monde en Occident. Dans la dogmatique juridique, de façon plus spécifique, elle est omniprésente et se traduit, en rapport avec les textes normatifs, dans les oppositions entre le texte (la forme) et l'idée dont il est porteur (le fond, la substance), entre le texte et l'intention dont il est l'expression, entre l'*instrumentum* (l'écrit qui constate le contrat) et le *negotium* (l'opération contractuelle). S'y rattache également l'opposition classique entre la lettre et l'esprit, entre les *verba* et l'*intentio*[3].

Prenant appui sur la distinction fond/forme et sur ses avatars opposant, dans l'ordre juridique, les aspects formels et substantiels des textes normatifs, la théorie officielle de l'interprétation des lois, celle en tout cas qui prévaut en droit canadien, définit celle-ci comme une activité de mise au jour du sens confié au texte par le législateur. La recherche de cette intention polarise tout le processus d'interprétation, si bien que l'interprète voit sa fonction réduite à trouver réponse à la question de savoir ce que les auteurs de la loi ont voulu exprimer au moyen du texte[4]. En principe, le sens de la loi, le sens voulu par le législateur, vaut règle. La règle, c'est le sens du texte et le sens du texte, c'est la règle. La distinction texte/sens du texte équivaut donc à la distinction texte/règle.

3. V. la maxime *Non intentio verbis, sed verba intentioni inservire debent.*
4. Dans un arrêt récent, la Cour suprême du Canada s'exprime ainsi : « *Il est facile de décrire la méthode d'interprétation : il faut déterminer l'intention du législateur et, à cette fin, lire les termes de la loi dans leur contexte, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la loi* ». *R.* c. *Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, 799.

Dès lors que l'on adopte cette façon de concevoir l'interprétation de la loi, la conclusion que la fonction d'interpréter la loi et celle de la traduire partagent un même questionnement face au texte paraît s'imposer. Aussi bien le traducteur que l'interprète chercheraient à reconstituer la pensée dont le texte est porteur, à reconstruire les idées que leur auteur a voulu exprimer, l'un en vue de produire en nouveau texte qui exprimera les mêmes idées, mais dans une autre langue et l'autre en vue de cerner la règle qui servira de guide à une conduite future ou encore d'outil permettant de porter un jugement sur une conduite passée.

La conception de l'interprétation comme activité déclarative du sens du texte, si on peut encore la trouver sous la plume de certains juges, est cependant rejetée par la majorité des auteurs. On peut en effet, comme le proposent, entre autres, François Ost et Michel van de Kerchove, lui opposer une théorie qui voit dans l'interprétation une activité de production ou de création de règles n'impliquant ni une simple reproduction du sens du texte, ni une pure invention du contenu de la règle[5]. L'interprète est au cœur de cette production normative et de même que l'on ne peut sous-estimer son apport à la construction de la règle, on ne peut ignorer les contraintes textuelles, systémiques et pragmatiques avec lesquelles il doit composer[6].

Dans l'interprétation pratique, la question que se pose l'interprète n'est pas simplement « Qu'ont-ils voulu dire ? ». Face au cas, le juge, notamment, se demande d'abord et avant tout « Que faire ? » et cherche donc à déterminer la règle qui indiquera ce qu'il est permis de faire ou ce qu'il est obligatoire de faire ou de ne pas faire. Pour répondre à la question « Que faire ? », il va évidemment se demander « Qu'ont-ils voulu dire ? », mais cette question ne rend compte que du contexte sémantique de l'interprétation et néglige les aspects systémiques et pragmatiques de l'opération de construction normative. Le juge, dépassant les considérations purement sémantiques[7], va en effet se demander quelle lecture de la règle assurera sa meilleure intégration dans le système juridique (contexte systémique) en même temps que la meilleure réponse aux « besoins de la vie » (contexte pragmatique).

Même lorsque l'interprétation pratique ou opérative est envisagée uniquement dans son rapport avec les aspects sémantiques de la loi, des différences fondamentales entre le sens pour le traducteur et le sens pour l'interprète apparaissent. Le sens du texte ne peut effectivement jamais être autre chose

5. Fr. Ost et M. Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 391 et s.
6. On doit à Jerzy Wroblewski cette classification des contraintes qui encadrent la construction du contenu des normes : « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », (1972) 17 *Arch. philo. dr.* 51, 60.
7. Le juge, s'il est limité *par* le texte, ne se limite pas *au* texte. Felix Frankfurter, « Some Reflections on the Reading of Statutes », (1947) 47 *Col. L. Rev.* 527, 543 : « While courts are no longer confined to the language, they are still confined by it. »

qu'une esquisse de ce que peut être le sens de la règle, c'est-à-dire de son contenu.

Prenons un exemple. Le *Code de la sécurité routière* du Québec[8] contient la disposition suivante :

> *« art. 7. Le propriétaire d'un véhicule routier doit en demander l'immatriculation à la Société [de l'assurance-automobile du Québec] dès la prise de possession de celui-ci ».*

Selon la Constitution canadienne, les lois du Québec doivent être rédigées en français et en anglais ; la version anglaise est, au Québec, produite par traduction. Voici comment le traducteur a rendu le sens de l'article 7 :

> *« art. 7. The owner of a road vehicle must apply to the Society for its registration upon taking possession of it ».*

Cette traduction semble irréprochable : le traducteur a bien saisi le sens du texte. Pourtant, le juriste y verra nombre de difficultés dont le traducteur ne s'est pas soucié et dont il n'avait d'ailleurs pas à se soucier. Ces difficultés sont liées à la nécessité pour le juriste d'appliquer, non pas le texte ou le sens du texte, mais la règle construite sur la base du texte.

Par exemple, la portée temporelle de la règle n'est pas précisée, non plus que sa portée territoriale. L'interprète, sur la base des principes de la non-rétroactivité des lois et de l'effet territorial des lois, va présumer que la règle ne s'applique qu'au propriétaire qui prend possession de son véhicule au Québec après l'entrée en vigueur de la disposition. Le traducteur, c'est une évidence, ne traduit que ce qui est écrit. Or, certains éléments de la communication législative sont objet de conventions non écrites, qui n'intéressent donc au premier chef que l'interprète.

Puis, le texte emploie des termes qui renvoient à des concepts plus ou moins précis. Par exemple, quand peut-on dire qu'une personne a « pris possession » d'un véhicule ? Devant un texte imprécis, la travail du traducteur n'est pas plus ardu que devant un terme qui ne l'est pas : le terme français « possession » est parfaitement rendu par le terme anglais « *possession* ». Par contre, l'imprécision du langage est source d'incertitudes pour l'interprète, dont le travail consiste notamment à spécifier la règle jusqu'à ce qu'elle soit susceptible d'application.

La situation est la même pour le texte ambigu : le traducteur fidèle peut fort bien simplement reproduire l'ambiguïté présente dans le texte de départ. La tâche de l'interprète n'est pas aussi simple, car il doit dissiper l'équivoque, pour deux raisons bien distinctes. Premièrement, l'univocité de la règle est une condition préalable à son application. Deuxièmement, sa tâche de systématisation du droit lui interdit de conclure qu'une seule et même disposition puisse

8. L.R.Q., c. 24.2.

donner lieu à la construction de deux règles différentes et toutes deux également valides.

À cet égard, la rédaction multilingue des lois fait apparaître bien nettement la différence entre le sens du texte et le contenu de la règle. Par exemple, dans le cas d'une rédaction bilingue, il peut se présenter des divergences entre les versions. On a alors affaire à une ambiguïté résultant de la pluralité de « sens du texte » : les idées que le texte exprime seront perçues différemment selon que l'on tient compte de la version A ou de la version B. Si le sens du texte peut ainsi être pluriel, il en va tout autrement du contenu de la règle : quel que soit le nombre de versions linguistiques, les exigences de systématicité du droit interdisent à l'interprète de construire deux règles incompatibles sur le fondement d'une seule et même disposition rédigée en plusieurs langues.

Même dans le cas de textes non équivoques, le contenu des règles juridiques se construit en ayant à l'esprit les autres éléments de l'ordre juridique, qui forment le contexte systémique. Si par exemple, le sens d'une disposition suggère une règle qui se trouve en conflit avec la règle que paraît fonder une autre disposition, il faut que l'interprète concilie les prescriptions contradictoires. La cohérence constitue sans doute une préoccupation du rédacteur législatif, et, à ce titre, le traducteur doit, dans une certaine mesure, en tenir compte, mais elle est aussi fréquemment une valeur ajoutée à la loi par l'interprétation tant il est vrai que, comme l'a fait observer le juge Jean Beetz, de la Cour suprême du Canada, « l'interprète des lois doit tendre à leur intégration en un système cohérent plutôt qu'à leur morcellement et leur discontinuité »[9].

C'est ce que Jacques Chevallier appelle la « fonction de systématisation » de l'interprète[10], fonction que n'exerce d'aucune manière le traducteur, qui, confronté à deux dispositions incompatibles, par exemple, se bornera à reproduire la contradiction présente dans le texte de départ. Les contraintes systémiques ne se limitent pas aux cas d'incohérences ou de contradictions. Elles peuvent découler de l'obligation faite à l'interprète de tenir compte des précédents. Elle peut être aussi liée au fait que la construction d'une règle fait souvent appel à la conjugaison de plusieurs dispositions, la règle nous étant donnée en « kit », en pièces détachées qu'il faut assembler soi-même, en s'assurant qu'à la fin, il ne reste ni ne manque aucun morceau.

Par exemple, le *Code de la sécurité routière* du Québec prévoit (art. 14) que la machinerie agricole est, à certaines conditions, exempte d'immatriculation. La disposition qui impose l'obligation de demander l'immatriculation d'« un véhicule routier » (l'article 7 cité plus haut) est rédigée de façon très générale, mais elle ne peut être lue sans tenir compte de la disposition qui prévoit l'exemption d'immatriculation : l'expression complète de la règle relative à l'obligation

9. *R.* c. *Nabis*, [1975] 2 R.C.S. 485, 494.
10. J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », dans Paul AMSELEK, dir., *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 115, 125.

de demander l'immatriculation doit tenir compte aussi bien du principe que des exceptions. Est-ce vraiment le sens des mots « véhicule routier » à l'article 7 qui est modifié par la présence de l'exemption prévue à l'article 14 ? C'est là la façon traditionnelle de voir les choses. Mais ne pourrait-on pas plutôt considérer que le sens des mots « véhicule routier » à l'article 7 n'est pas modifié par la présence d'une exemption à l'article 14, mais que c'est le *contenu de la règle* énoncée à l'article 7 qui doit être configuré de manière à faire place à l'exception ?

Jacques Chevallier identifie une autre fonction de l'interprète, qui distingue son activité de celle du traducteur, c'est sa « fonction d'adaptation » du droit[11]. Cette fonction implique notamment la confrontation de la règle construite à partir du sens du texte à la réalité des situations concrètes. C'est le contexte pragmatique de l'interprétation. Le traducteur n'a pas à se demander si la règle que suggère le sens du texte entraînera dans la réalité des effets satisfaisants, alors que l'interprète a constamment à l'esprit les conséquences que comporterait le fait de donner à la règle tel ou tel contenu.

Ainsi, l'article 7 du *Code de la sécurité routière* impose une obligation d'immatriculation au **propriétaire** d'un véhicule routier qui prend possession de celui-ci. Le traducteur a rendu le terme « propriétaire » par « *owner* ». Sa tâche est accomplie. Pourtant, la règle suggérée par le texte entraîne des résultats surprenants, sinon absurdes. En raison des techniques juridiques utilisées de nos jours en matière de crédit (crédit-bail, vente à tempérament), la personne qui prend possession d'un véhicule routier n'en est pas nécessairement propriétaire et celle qui en est propriétaire n'en prend pas nécessairement possession. Si le sens de la règle était construit sur la base du seul sens du texte, il y aurait de très nombreux cas où, sans raisons valables, il n'y aurait aucune obligation d'immatriculer. Il faut donc, pour assurer à la règle sa pleine effectivité, écarter le sens courant du mot « propriétaire » et construire la règle sur la base d'une notion hybride de « propriété-possession » spécifique à cette disposition, de façon à assurer la réalisation de ses objectifs[12].

Le « sens de la loi pour le traducteur » et le « sens de la loi pour l'interprète » constituent en somme des notions fort différentes. Alors que l'interprète doit identifier les objets de pensée que les auteurs du texte ont voulu exprimer, c'est-à-dire le sens du texte, l'interprète recherche dans la loi une réponse à la question de savoir ce qu'il faut faire devant une situation concrète, il cherche à définir le contenu d'une règle[13]. Le traducteur ne traduit que l'élément exprès du message législatif, alors que l'interprète tient compte de certains principes non écrits qui

11. *Ibid.*, 126.
12. Dans les faits, la difficulté évoquée ici est réglée par une disposition particulière du *Code de la sécurité routière*, soit l'article 2 du Code.
13. Selon Pierre PESCATORE, ancien juge à la Cour européenne de Justice, « *[...] l'interprétation englobe l'ensemble des opérations nécessaires pour rendre les règles de droit susceptibles d'application dans le concret* ». *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, 326.

influent sur le contenu de la règle. Devant une imprécision ou une ambiguïté, la tâche du traducteur consiste à rendre dans une autre langue l'imprécision ou l'ambiguïté, alors que, pour l'interprète, l'imprécision et l'ambiguïté constituent des sources d'incertitudes qu'il devra surmonter. Enfin, l'interprète assume des tâches de systématisation et d'adaptation du droit qui n'incombent aucunement au traducteur.

Les mots « sens de la loi » se révèlent donc foncièrement ambigus, ils ont un double sens et, pour lever l'équivoque, il est suggéré de penser autrement la loi en y distinguant trois dimensions : celle du texte, celle du sens du texte et celle du contenu de la règle.

2. Pour une conception tridimensionnelle de la loi : le texte/le sens du texte/le contenu de la règle

Le fait que l'on puisse distinguer nettement entre le sens de la loi pour le traducteur et le sens de la loi pour l'interprète milite en faveur d'une reconsidération de la conception binaire de la loi qui a généralement cours, celle qui oppose le texte au sens du texte. Il conviendrait de lui substituer une conception trichotomique ou tridimensionnelle de la loi distinguant texte, sens du texte et contenu de la règle.

La notion de texte de la loi ne semble pas poser de sérieuses difficultés de définition. Le texte, c'est le produit de l'activité législative, des mots sur du papier ou sur un écran d'ordinateur, un objet qui a une consistance matérielle, qui nous fait face objectivement. Le texte se distingue aussi bien du sens du texte que du contenu de la règle, qui ont une consistance purement idéelle, qui n'existent que dans notre univers mental.

Ce que nous appelons le sens du texte, c'est la signification que lui attribue un lecteur qui cherche à déterminer les objets de pensée, les idées que le texte veut communiquer, l'intention de son auteur. L'établissement du sens du texte, constitue une étape décisive dans le processus de traduction, car c'est bien le sens du texte de départ que le traducteur doit établir pour pouvoir rédiger adéquatement le texte d'arrivée.

Le traducteur est ainsi d'une certaine façon un interprète, c'est-à-dire qu'il construit un sens à partir du texte de départ, en vue de produire un nouveau texte qui comportera le même sens. Ce sens qu'il construit, il n'y a pas lieu, me semble-t-il, de le qualifier de sens littéral[14], car rien ne confine le traducteur à

14. Paul AMSELEK oppose le sens pour l'interprète traducteur, qu'il qualifie de « sens littéral », au sens que recherche l'interprétation juridique pratique, qui « a besoin d'approfondir le sens littéral obtenu par le décodage du dire législatif, de le mettre en perspective, c'est-à-dire d'analyser tout ce que recouvre le contenu de pensée qui forme la substance de la règle : l'on déborde nécessairement par là le terrain du langage et de ses règles ; [...] ». Paul AMSELEK, « La teneur indécise du droit », (1991) 107 *Arch. Phil. Dr.* 1199, 1205.

une perspective purement textuelle : une bonne traduction tient compte notamment du contexte dans lequel les mots sont employés et sans doute aussi des objectifs que visaient ceux qui les ont employés. Ce qui caractérise le sens construit par l'interprète-traducteur, ce n'est pas qu'il soit spécialement « littéral » ; c'est plutôt qu'il se résume à chercher réponse à la question « Qu'ont-ils voulu dire ? », qu'il tend uniquement à déterminer les idées dont le texte est l'expression.

Le sens du texte intéresse aussi au plus haut point l'interprète, car la règle qu'il construit doit tenir compte des contraintes sémantiques que le texte établit. La conception dominante de la loi comme expression de la volonté du législateur influe ainsi nécessairement sur le travail de l'interprète. Il se pose lui aussi la question « Qu'ont-ils voulu dire ? », mais, à la différence du traducteur, ce n'est pas la seule question qu'il pose et il se la pose, non pas en vue de produire un autre texte, mais en vue de répondre à une autre question, plus fondamentale : « Devant telle situation concrète, que faire ? ».

La conception tridimensionnelle de la loi qui est ici préconisée, outre les éclaircissements théoriques qu'elle offre, permet de jeter un autre regard sur certaines notions courantes en matières d'interprétation législative. On s'en tiendra ici à deux d'entre elles : la notion de clarté législative et celle d'interprétation restrictive ou extensive.

Malgré toutes les critiques dont elle a pu faire l'objet, la « doctrine du sens clair des textes » est toujours vivante en Belgique, semble-t-il[15], tout comme au Canada. Dans un arrêt de 1995, le juge en chef du Canada, s'exprimant pour la majorité des membres de la Cour, a écrit : « [l]orsque la législature adopte un texte législatif qui emploie des termes clairs, non équivoques et susceptibles d'avoir un seul sens, ce texte doit être appliqué même s'il donne lieu à des résultats rigides ou absurdes ou contraires à la logique [...] »[16].

Au sujet de ce passage, notons d'abord qu'il y est question d'appliquer un texte. Évidemment, on a ici affaire à une métonymie : on dit « appliquer un texte » comme on dit « boire un verre » : ce n'est en réalité pas le verre que l'on boit, ni le texte que l'on applique, mais leur « contenu ». Notons ensuite qu'il est question d'un texte clair, et non pas d'une règle claire. La clarté du texte, c'est à dire de son sens, condamnerait l'interprète à construire la règle sur le seul fondement du sens du texte, indépendamment des conséquences aux plans systémiques ou pragmatiques. Il y aurait, dans ce cas, équivalence du sens du texte et du contenu de la règle.

Michel van de Kerchove a fait valoir il y a longtemps déjà que les sources de doute en matière d'interprétation des lois ne se rapportent pas uniquement à l'ambiguïté ou à l'imprécision du sens des textes, si bien que l'on peut très bien rencontrer des textes dont le sens est clair qui suggèrent des règles dont le

15. F. Ost et M. Van De Kerchove, *loc. cit.*, note 5, 386, note 2.
16. *R.* c. *McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, 704 (j. Lamer).

contenu ne l'est pas du tout, en raison, notamment des résultats auxquels leur application pourrait conduire[17].

Il y a quelques années, la Cour suprême du Canada a dû interpréter un texte octroyant aux agents des douanes le pouvoir de procéder à des fouilles sur des personnes qui entrent au Canada[18]. Le texte autorisait un agent à procéder à une fouille sur une personne « *[s]'il la soupçonne, pour des motifs raisonnables, de dissimuler sur elle ou près d'elle, tout objet d'infraction, effective ou éventuelle, à la présente loi [...]* »[19]. La version anglaise autorisait la fouille : « *[...] if the officer suspects on reasonable grounds that the person has secreted on or about his person anything in respect of which this Act has been or might be contravened [...]* ». Si tant est que l'une des versions ait été une traduction de l'autre[20], il semble que le traducteur ait bien fait son travail : le sens du texte de départ a été bien compris. Il est à noter que le texte de la disposition ne permet pas de procéder à une fouille lorsque l'on soupçonne une personne d'avoir dissimulé un objet d'infraction à l'intérieur de son corps. Selon toute vraisemblance, le rédacteur a jugé que, dans ce cas, la fouille porterait atteinte au droit fondamental à l'intégrité de la personne.

Les circonstances de l'affaire sont les suivantes. Monney est poursuivi pour importation illégale de stupéfiants. Effectivement, la preuve démontre que peu de temps avant l'atterrissage de son avion à Toronto, il a ingéré 84 boulettes d'héroïne. Soupçonné de transporter de la drogue, les agents des douanes vont, à son arrivée à l'aéroport, le placer dans une « salle d'évacuation des drogues » jusqu'à ce que le temps et la nature aient fait leur œuvre. À son procès, son avocat demande l'exclusion de la preuve ainsi obtenue, alléguant que son obtention était illégale et donc contraire à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui énonce : « *Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives* »[21]. Effectivement, la loi ne prévoyait pas que l'on puisse fouiller une personne lorsqu'on la soupçonne de dissimuler un objet d'infraction à l'intérieur d'elle-même. Cet argument, accueilli à la Cour d'appel de l'Ontario, fut écarté par la Cour suprême, au motif que le respect du sens du texte conduisait à des résultats absurdes et était contraire aux objectifs de la disposition.

Le sens du texte n'était pas obscur, mais le doute (se manifestant ici dans le désaccord entre la Cour d'appel et la Cour Suprême) résultait ici essentiellement de considérations pragmatiques. En l'occurrence, la Cour suprême a sans doute

17. M. Van De Kerchove, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », dans M. Van De Kerchove, dir. *L'interprétation en droit – Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Faculté universitaires Saint-Louis, 1978, 13.
18. *R.* c. *Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652.
19. *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.) art. 98.
20. Les lois fédérales canadiennes sont aujourd'hui élaborées selon un procédé de co-rédaction, chaque version linguistique constituant ainsi un original.
21. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, édictée comme annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982) ch. 11 (R.U.).

été influencée par le fait qu'on avait pu obtenir la drogue dissimulée à l'intérieur du corps de l'accusé sans porter atteinte à son intégrité physique et que construire la règle à partir du modèle suggéré par le sens du texte aurait été de nature à favoriser l'introduction au Canada d'objets d'infraction, notamment de drogues. Sens clair du texte, donc, mais désaccord entre la Cour d'appel et la Cour suprême quant au poids à accorder aux considérations de nature pragmatique dans la construction du contenu de la règle.

Dans l'arrêt *Monney*, la Cour a fait une interprétation de la loi qu'il est convenu de qualifier d'extensive. L'autorisation de procéder à une fouille a été étendue au cas où une personne dissimule un objet à l'intérieur d'elle-même et où il est possible de découvrir cet objet sans porter atteinte à l'intégrité physique de cette personne. À la notion d'interprétation extensive s'oppose ordinairement celle d'interprétation restrictive. La distinction entre le sens du texte et le contenu de la règle permet de mieux saisir en quoi ces deux procédés d'interprétation consistent exactement.

Les termes « interprétation extensive » et « interprétation restrictive » laissent entendre que l'interprète peut donner à quelque chose une portée ou une dimension plus ou moins étendue que celle que cette chose avait auparavant. La « chose » étendue ou restreinte ne peut être le texte, car sa teneur matérielle relève des organes législatifs de l'État : l'interprète ne peut aucunement changer le texte. Est-ce le sens du texte qui est étendu ou restreint ? La réponse affirmative supposerait que le sens du texte soit un donné objectif, préexistant à l'interprétation, et qui serait, une fois saisi par l'esprit, étendu ou restreint par l'interprète. Or, il n'y a pas de sens du texte indépendamment de l'interprète qui le construit : il n'y a pas de déjà-là du sens susceptible d'extension ou de restriction. Les mêmes observations valent pour le contenu de la règle. La règle ne nous fait pas face objectivement, elle n'a pas une portée *a priori* qu'il serait possible d'appréhender puis ensuite d'étendre ou de restreindre.

Les notions d'interprétation restrictive ou extensive expriment tout simplement un rapport entre le sens du texte et le contenu de la règle. Rien n'est étendu ; rien n'est restreint. L'interprétation extensive décrit l'hypothèse où l'interprète donne au contenu de la règle une portée plus étendue que celle que suggère le sens du texte. L'interprétation restrictive, celle où le contenu de la règle est construit de façon à se trouver en retrait par rapport au contenu qu'on aurait pu lui donner sur la seule base du sens du texte. Ainsi, dans l'arrêt *Monney*, la portée de la règle construite à partir du seul sens du texte aurait limité l'habilitation aux fouilles destinées à mettre au jour des objets d'infraction que l'on soupçonne une personne de dissimuler sur elle ou près d'elle. L'interprétation retenue par la Cour suprême, pour des motifs liés au contexte pragmatique, donne à la règle habilitante une portée plus large que celle que suggère le seul sens du texte : la fouille est également autorisée pour découvrir un objet dissimulé à l'intérieur du corps, lorsque cela est possible sans porter atteinte à l'intégrité de la personne.

S'agit-il ici d'un cas où, selon le mot de Gustav Radbruch, la loi s'est révélée plus sage que son auteur ? À chacun d'en juger. Ce qui paraît indiscutable, en tout cas, c'est que cette affaire illustre parfaitement le fait que le « sens pour le traducteur » et le « sens pour l'interprète » peuvent, dans la pratique, se révéler être des choses fort différentes.

Conclusion

Lorsque le traducteur se décrit comme « le premier interprète de la loi », il n'a ni tout à fait tort, ni tout à fait raison. Il n'a pas tort puisque passer du texte de départ au sens de ce texte, c'est certainement interpréter. Mais il n'est pas un interprète au même titre que le juriste-praticien, car ce dernier n'a pas pour principale préoccupation la découverte du sens du texte : sa tâche consiste à construire une règle dont le contenu, le plus souvent, ne correspond pas parfaitement au modèle proposé par le sens du texte.

Pour mieux saisir ce qui distingue le travail de l'interprète-traducteur de la loi de celui de l'interprète-juriste, imaginons qu'ils soient l'un et l'autre ingénieurs appelés construire un pont pour réunir les deux rives d'un cours d'eau. La rive de départ, pour le traducteur comme pour le juriste-praticien, c'est un texte. L'autre rive, pour le traducteur, c'est un texte dans une autre langue. Le traducteur a le regard tourné vers le passé et il se demande : « Qu'ont-ils voulu dire ? ». Pour le juriste-praticien, l'autre rive, c'est une situation concrète à l'égard de laquelle se pose la question « Que faire ? ». Sans être sourd aux paroles du législateur, ce qu'il regarde, ce qui l'intéresse au premier chef, c'est l'avenir, c'est la solution du cas.

Pour le traducteur, le pont, qui fait le lien entre le texte de départ et le texte d'arrivée, c'est le sens du texte de départ, les idées qu'il veut exprimer. Pour le praticien, ce qui fait office de pont, c'est une règle qui prévoit ce qu'il est possible ou obligatoire de faire ou de ne pas faire en regard du cas. L'un des matériaux employés dans la construction de la règle, c'est évidemment le sens du texte, mais ce sens n'entre pas seul dans la composition de la règle et il y entre dans une proportion très variable : à peu près absent lorsque la loi s'exprime de façon vague ou floue, il devient plus contraignant lorsque la législation est rédigée de façon précise et détaillée, comme l'est généralement la législation de nature fiscale, par exemple. Même dans l'hypothèse où la rédaction se fait précise, il est rare que le sens du texte ne doive pas, pour refléter le contenu de la règle, être spécifié ou complété, ou encore ajusté en fonction des contextes systémique et pragmatique.

En somme, le traducteur et l'interprète sont, d'une certaine manière, compagnons de route, partageant le même point de départ, le texte, et cheminant de concert lorsque l'un et l'autre s'interrogent sur le sens du texte de la loi. Une fois le sens du texte établi, toutefois, leurs pas se séparent. La tâche du traducteur

consiste alors à exprimer dans un autre texte le sens du texte de départ. L'interprète, lui, dépasse nécessairement le sens du texte, car, en raison notamment de la diversité des situations de fait qu'il est susceptible de rencontrer, ce sens ne peut jamais représenter qu'une ébauche du contenu de la règle.

Exercice de méthodologie juridique sur l'article 1388, alinéa 2 du Code Civil

Paul DELNOY
Professeur ordinaire à la Faculté de Droit de l'Université de Liège

1.- Par une loi du 22 avril 2003, le législateur a ajouté un alinéa 2 à l'article 1388 du Code civil. Ce texte recèle d'importantes difficultés qu'il faut s'essayer à résoudre pour éviter que son application ne soit source de conflits.

Il est, comme on le verra, du plus haut intérêt pour la méthodologie juridique, puisqu'il permet de s'exercer tant à celle de l'invention – la découverte – du droit qu'à celle de la création du droit écrit et de la rédaction des actes. De même, parce qu'il donne l'occasion de pratiquer presque toutes les méthodes d'interprétation des textes.

Au-delà de cela, il fait apparaître la difficulté pour celui qui, adepte de l'exégèse la mieux conçue, cherche à comprendre un texte à la lumière de l'intention du législateur, lorsque celle-ci n'est pas parfaitement cohérente.

D'où ces exercices de méthodologie juridique sur l'alinéa 2 de l'article 1388 du Code civil, en hommage à celui qui, par ses enseignements et sa pratique – celle de consultant et celle de légiste –, a illustré avec talent cette discipline.

2.- Dans l'article 1388, alinéa 2 du Code civil, l'enjeu est le régime successoral du conjoint et plus particulièrement celui qu'antérieurement on appelait le conjoint « en secondes noces »[1].

Après avoir, durant des siècles, traité avec défaveur le conjoint en secondes noces en présence d'enfants d'un précédent mariage du défunt, le législateur, par la loi du 14 mai 1981 relative aux droits successoraux du conjoint, a attribué audit conjoint pour ainsi dire les mêmes droits successoraux qu'à tout conjoint. Cela s'est fait au terme d'une querelle des anciens et des modernes, de laquelle ces derniers sont sortis presque totalement victorieux, sans que cependant les premiers ne s'avouent définitivement vaincus.

Les « anciens » avaient toujours en tête l'image – nous simplifions pour faire bref – du monsieur très riche, encore « vert » malgré ses 80 ans, qui a un fils (55 ans) de son premier mariage et qui se remarie avec une jeune femme de 25 ans, sous le régime de la communauté universelle, avec clause d'attribution totale, assortie d'une institution contractuelle universelle unilatérale, voire d'une assurance vie garantissant à l'épouse un capital considérable pour le cas où elle deviendrait veuve. Au décès de son mari – ce qui ne tardera pas à se produire – la

1. Sur les droits du conjoint « en secondes noces », voy. A. SIBIET, « De langstlevende stiefouder, de 'zwakke weggebruiker' in het Belgisch rechtsverkeer ? », *N.F.M.*, 2004, pp. 1-17.

veuve emportera, en toute légalité, le maximum possible de la fortune du défunt, au détriment du fils de ce dernier et au bénéfice du jeune homme qui aura tôt fait d'apaiser sa douleur en l'épousant.

A cela, les « modernes » opposaient la situation de ce que l'on commençait à appeler les « familles recomposées ». Il y a, d'une part, Xavier ; il a 30 ans ; de son mariage avec Brigitte, il a eu deux enfants : Christophe (5 ans) et Caroline (3 ans) ; il a divorcé ; il a obtenu la garde de Christophe. Il y a, d'autre part, Yolande ; elle a 30 ans ; de son mariage avec Bertrand, elle a eu deux enfants : Didier (5 ans) et Dominique (3 ans) ; elle a obtenu la garde de Dominique. Xavier et Yolande se rencontrent ; ils se marient sous le régime légal ; la famille se recompose avec Christophe et Dominique ; les rejoindront un peu plus tard deux enfants du couple. Dans l'esprit de ces conjoints en secondes noces, il n'y a aucune préoccupation patrimoniale d'ordre successoral, d'autant que si chacun des époux a un patrimoine, c'est à lui – par ses revenus professionnels – et non à sa famille qu'il le doit ; au surplus, ce patrimoine est constitué de biens de consommation au sens large[2] et d'acquêts plus que de propres ; il n'est donc pas nécessaire de protéger la famille du défunt contre le survivant des époux.

3.- La loi du 14 mai 1981 relative aux droits successoraux du conjoint a donné presque entièrement gain de cause aux « modernes ».

On sait quelle « révolution copernicienne » elle a constitué dans le droit patrimonial de la famille : elle a attribué une réserve héréditaire au conjoint survivant ; elle lui a donc conféré une prérogative n'appartenant jusque-là qu'aux seuls descendants et ascendants du défunt – l'« épine dorsale » de la famille –, à savoir le droit à la réduction des libéralités consenties par le défunt avant ou après le mariage et excédant la quotité dite « disponible ».

La révolution s'est faite avec d'autant plus de difficultés qu'une réserve héréditaire a été reconnue à tout conjoint, y compris au conjoint en secondes noces en concours avec des enfants d'un précédent mariage.

En second lieu, le législateur de 1981 a supprimé la quotité disponible tout à fait spéciale à l'égard de ce conjoint (C. civ., art. 1098) ; il n'a retenu qu'une quotité disponible uniforme en présence d'enfants, quelle que soit la personne avantagée : tiers, conjoint en « premières noces » ou conjoint en « secondes noces » (C. civ., art. 913-914).

Une concession a toutefois dû être faite par les « modernes ». Il a été décidé qu'en cas de conversion de l'usufruit, « le conjoint survivant [en concours avec des descendants d'un précédent mariage du défunt serait] censé avoir au moins vingt ans de plus que l'aîné des descendants d'un précédent mariage » (C. civ., art. 745*quinquies*, § 3)[3].

2. L'immeuble d'habitation et les meubles meublants sont considérés comme tels, plus que comme des biens d'investissement.
3. Également le fait que « les descendants d'un précédent mariage du prémourant ne peuvent être privés par celui-ci du droit de demander la conversion » (C. civ., art. 745*quinquies*, § 2, al. 1er).

4.- Le fait est que l'hostilité à l'égard du conjoint en secondes noces n'a pas totalement cessé depuis lors.

Déjà au moment de l'adoption de la loi du 14 mai 1981, alors qu'il aurait dû supprimer[4] l'article 1465 du Code civil (résultant de la loi du 14 juillet 1976 relative aux régimes matrimoniaux) à partir du moment où il attribuait au conjoint en secondes noces la même quotité disponible qu'au conjoint « en premières noces », le législateur a laissé subsister ce texte : « dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention matrimoniale qui aurait pour effet de donner à l'un des époux au-delà de la quotité disponible, sera sans effet pour tout l'excédent [...] ». De la sorte, les « anciens » ont repris une partie de ce qu'ils avaient concédé aux « modernes » : à l'égard du conjoint « en premières noces », les avantages matrimoniaux sont traités, en principe, comme des actes à titre onéreux non susceptibles d'être réduits, alors qu'en réalité ce sont des libéralités (C. civ., art. 1458, al. 1er et 1464, al. 1er) ; à l'égard du conjoint « en secondes noces », ils sont considérés comme des donations imputables sur la quotité disponible et susceptibles d'être réduits s'ils excèdent cette quotité (C. civ., art. 1465) ; il s'ensuit que le conjoint « en secondes noces » ne peut pas être avantagé autant que le conjoint « en premières noces ».

Ultérieurement, l'hostilité à la réserve du conjoint en secondes noces n'a pas davantage cessé d'exister. Elle s'est exprimée à plusieurs reprises, notamment lors du congrès de la Fédération royale du Notariat belge de Dendermonde (1997). À la suite de ce congrès, M. Van den Eynde, qui allait devenir président de la Chambre nationale des notaires, a fait une suggestion de proposition de loi[5] dont on ne serait pas étonné d'apprendre qu'elle a directement ou indirectement inspiré M. Jef Valkeniers, député, auteur du texte qui a débouché sur celui qui va retenir notre attention.

D'après la « petite histoire »[6], les enfants que M. Jef Valkeniers avait eus d'un premier mariage, étaient peu favorables au projet qu'il avait formé de se remarier. Est-ce parce qu'ils voyaient s'évanouir leur espérance légitime de jouir un jour des biens que laisserait leur père ? Est-ce parce qu'ils craignaient que sa nouvelle épouse ne vienne à agir en réduction des libéralités qu'il leur avait faites ou leur ferait encore à l'avenir ? Toujours est-il que M. Jef Valkeniers obtint comme « cadeau de fin de carrière »[7] que son parti, alors au pouvoir, soutienne sa proposition d'ajout d'un § 5 à l'article 915*bis* du Code civil : « *§ 5. Le conjoint survivant qui a des descendants et qui souhaite se remarier peut, dans une clause du contrat de mariage, restreindre le droit visé au § 1er, sans porter atteinte*

4. Ce que, lors de l'élaboration de la loi du 14 juillet 1976 portant réforme des régimes matrimoniaux, certains sénateurs s'étaient d'ailleurs engagés à faire.
5. P. Van Den Eynde, « Droits successoraux du conjoint survivant », *in Examen critique de la réserve successorale*, Bruylant, 2000, t. III, p. 82.
6. Rapportée par J. Verbeke, *in* « Assepoester-Erfrecht », *Tijds.not.*, 2003, pp. 439-440, n° 4 ; voy. également Sénat, *Annales*, 26-27 mars 2003, 2-278, pp. 5-6.
7. Selon l'expression de J. Verbeke précité.

au droit visé au § 2. Cette clause ne peut être modifiée pendant le mariage et devient caduque au moment du décès des descendants ».

Il apparaît donc très clairement qu'était visé par cette proposition uniquement le conjoint en secondes noces dans la plus stricte acception du Code Napoléon, c'est-à-dire le *conjoint survivant en concours avec des enfants d'un précédent mariage du défunt* et que la volonté de son auteur était de rendre à ces enfants leurs espérances successorales en permettant à leur auteur, avec l'accord de son nouveau conjoint ou futur conjoint, de *restreindre la réserve héréditaire de ce dernier* (sauf celle portant sur les biens préférentiels).

C'est que, dans l'esprit de M. Jef Valkeniers – comme de beaucoup d'autres personnes, d'ailleurs – l'existence de la réserve héréditaire du conjoint en secondes noces en concours avec des enfants d'un précédent mariage constitue un obstacle de fait au remariage de l'auteur de ces enfants. Sa proposition avait donc comme unique objectif de permettre aux futurs époux de s'accorder à lever l'obstacle juridico-psychologique à leur mariage, pour rendre les enfants d'un précédent mariage favorables au remariage de leur auteur ou, en tout cas, supprimer les raisons juridiques de leur hostilité éventuelle à son endroit[8].

Fortement amendée, la proposition de M. Jef Valkeniers a débouché sur la loi du 22 avril 2003 modifiant certaines dispositions du Code civil relatives aux droits successoraux du conjoint. Comme nous l'avons déjà dit, cette loi ajoute notamment un alinéa 2 à l'article 1388 du Code civil : « Les époux peuvent par contrat de mariage ou par acte modificatif, si l'un d'eux a à ce moment un ou plusieurs descendants issus d'une relation antérieure à leur mariage ou adoptés avant leur mariage ou des descendants de ceux-ci, conclure, même sans réciprocité, un accord complet ou partiel relatif aux droits que l'un peut exercer dans la succession de l'autre. Cet accord ne porte pas préjudice au droit de l'un de disposer, par testament ou par acte entre vifs, au profit de l'autre et ne peut en aucun cas priver le conjoint survivant du droit d'usufruit portant sur l'immeuble affecté au jour de l'ouverture de la succession du prémourant au logement principal de la famille et des meubles meublants qui le garnissent, aux conditions prévues à l'article 915*bis*, §§ 2 à 4 ».

Ainsi donc, dans des circonstances et à des conditions déterminées par ce nouveau texte, les futurs époux ou les époux peuvent – ce qui est, en principe, interdit (C. civ., art. 781, 1130, 1600) – contracter sur leur succession future, pourvu qu'ils ne se privent pas de leur réserve héréditaire sur les biens préférentiels. Notamment, ils peuvent aller jusqu'à *priver* le survivant de tout droit dans la succession du prémourant, sauf, on le répète, sa réserve en usufruit sur les biens préférentiels.

Par exemple, chacun des époux peut convenir de renoncer à la succession de l'autre, ce qui, si la succession du prémourant ne comprend aucun bien préférentiel, aura pour effet de priver le survivant de tout droit dans la succession

8. *Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, Doc. 50 1353/001, p. 12.

du prémourant, y compris de sa réserve « abstraite » de moitié en usufruit. Par exemple encore, l'un des deux peut renoncer à agir en réduction contre les libéralités que l'autre aura faites durant sa vie, sauf si elles portent sur des biens que l'on peut qualifier de préférentiels au décès.

5.- L'interprétation de ce texte présente plusieurs difficultés. Nous nous exercerons à en résoudre cinq. Leur importance, spécialement pour les notaires, n'échappera pas à ceux qui se souviendront qu'ils sont responsables de la validité des actes qu'ils reçoivent.

I.-

6.- La plus importante de ces difficultés est la suivante.

Il est on ne peut plus certain que le nouveau texte permet aux époux ou futurs époux de convenir de *renoncer* totalement ou partiellement à la succession du prémourant, sauf la réserve héréditaire sur les biens préférentiels. Peuvent-ils, à l'inverse, convenir d'*accroître* les droits successoraux du survivant ? Par exemple, peuvent-ils les porter à la totalité *en pleine propriété*, là où ils ne sont que de la totalité de la succession *en usufruit* ?[9].

7.- Si on interprète le texte selon la méthode « linguistique »[10] – en donnant aux mots leur sens usuel –, rien ne dit que l'accord autorisé par le texte ne puisse être qu'un pacte *de non succedendo*. En effet, il porte que, dans les circonstances et aux conditions de fond et de formes qu'il détermine, les époux ou futurs époux peuvent *conclure « un accord complet ou partiel relatif aux droits que l'un peut exercer dans la succession de l'autre »*.

Un accord ne pouvant, par hypothèse, qu'être complet, les adjectifs « complet » et « partiel » ne peuvent se rapporter qu'au membre de phrase « [les] droits que l'un peut exercer dans la succession de l'autre ». En d'autres termes, les époux peuvent faire un pacte sur leur succession future ; ce pacte successoral exceptionnellement autorisé peut concerner tous les droits successoraux du conjoint survivant, comme il peut n'affecter que certains d'entre eux ; surtout, rien ne dit que ce pacte ne peut consister qu'en une *restriction* de ces droits : à défaut d'indication contraire dans la loi, il leur est permis tant d'*accroître* que de réduire les droits successoraux du conjoint survivant.

---

9. Peuvent-ils convenir que toute libéralité que l'un fera à l'autre sera dispensée du rapport, qu'aucune ne sera réductible, qu'en tout état de cause, la conversion de l'usufruit ne pourra se faire qu'avec l'accord du conjoint, qu'en cas de concours du conjoint survivant avec des descendants d'un précédent mariage, l'usufruit sera estimé à sa valeur vénale, en ne tenant pas compte de l'article 745*quinquies*, § 3, etc., etc. ?
10. Encore appelée « méthode littérale », « méthode textuelle », voire « méthode exégétique ».

8.- L'interprétation du texte selon la méthode historique[11] – en tirant parti, pour le comprendre, de ses origines et de sa genèse –, conduit à penser, au contraire, que les époux et futurs époux sont seulement autorisés à conclure un pacte *d'exhérédation totale ou partielle* (sauf la réserve héréditaire « concrète »).

Comme nous pensons l'avoir montré, la proposition de départ a été faite exclusivement dans le but de supprimer l'hostilité – justifiée ou non – des enfants d'un précédent mariage à l'égard du remariage de leur auteur et résultant principalement de l'existence d'une réserve héréditaire de moitié en usufruit en faveur du conjoint survivant, fût-il en « secondes noces ».

Si le texte déposé par M. Jef Valkeniers a changé, c'est – si l'on se borne au point qui nous intéressé pour l'instant – en ce que là où il visait à permettre de *restreindre* la réserve abstraite du conjoint, il porte aujourd'hui que les époux ou les futurs époux peuvent *conclure un accord complet ou partiel relatif aux droits que l'un peut exercer dans la succession de l'autre* : là où initialement l'on envisageait un pacte d'exhérédation, on envisage aujourd'hui un pacte successoral, sans préciser s'il peut accroître ou s'il ne peut que restreindre les droits successoraux du survivant des époux.

9.- Bien entendu, à soi seul, l'emploi par le législateur d'un concept générique – « accord [...] relatif aux droits qu['un conjoint] peut exercer dans la succession de l'autre » – et donc plus extensif que celui qui figure dans la proposition de loi de M. Jef Valkeniers – « contrat de mariage [ayant pour objet de] restreindre [la réserve du conjoint survivant] » – donne à penser que le pacte de l'article 1388, alinéa 2 nouveau du Code civil peut non seulement réduire, mais également accroître les droits successoraux du conjoint survivant.

L'argument ne serait toutefois décisif que si le changement dans l'expression avait correspondu consciemment et volontairement, dans l'esprit du législateur, à un changement dans son intention.

10.- Pourrait faire penser qu'il n'en a rien été, le fait que l'article 2 de la loi du 22 avril 2003 complète également l'article 791 du Code civil, lequel, comme on le sait, interdit de faire un pacte *de non succedendo* : désormais, c'est « sauf dans les cas prévus par la loi ». Un de ces cas est précisément celui visé par le nouvel alinéa 2 de l'article 1388 du Code civil. Interprété selon la méthode systématique – d'après le contexte législatif dans lequel il est situé –, le nouveau texte ne permet donc que les pactes de renonciation à succession.

C'est sans compter avec le fait que l'article 4 complète aussi de la même manière – « sauf dans les cas prévus par la loi » – l'article 1130, alinéa 2 du Code civil. Car si l'alinéa 2 de l'article 1130 du Code civil commence par dire qu'« on ne peut [...] renoncer à une succession non ouverte », il continue en interdisant de « faire aucune stipulation sur une pareille succession ». Rapproché de ce

11. Encore appelée par d'autres, « méthode génétique ».

texte, l'alinéa 2 de l'article 1388 du Code civil se présente donc comme une exception à la prohibition des pactes sur succession future, ce qu'est tant un pacte qui accroît qu'un pacte qui restreint les droits successoraux d'une personne.

11.- En revanche, les travaux préparatoires permettent de découvrir le sens du mot « accord » employé par le législateur. Leur lecture fait apparaître que, malgré l'adoption du vocable générique « accord », les parlementaires n'ont eu en vue qu'un pacte visant à *restreindre* les droits successoraux du conjoint, afin de rendre aux enfants leurs espérances successorales antérieures au remariage de leur auteur : un contrat permettant de *supprimer* tous les droits héréditaires du conjoint « en secondes noces », sauf sa réserve héréditaire concrète.

Certes, au cours des travaux préparatoires, ont parfois été utilisés les termes génériques d'« accord » (6 x) entre les époux relativement à leur succession, de « pacte » ou de « convention » sur succession future » (4 x), de « règlement » de la succession entre époux (2 x), de « modification » des règles relatives à la réserve du conjoint (2 x) ; mais le contexte dans lequel ils ont été utilisés ne permet pas de dire que ceux qui les ont employés ont envisagé alors un accroissement des droits du conjoint survivant.

Dans les travaux préparatoires, il n'est fait allusion explicitement à l'accroissement des droits du conjoint que quatre fois ; ce n'est cependant jamais pour envisager qu'il pourrait se réaliser par le pacte de l'article 1388 du Code civil ; c'est toujours pour évoquer les libéralités qu'un des conjoints peut faire à l'autre, dans les limites éventuelles de la quotité disponible, par la voie de libéralités ou d'avantages matrimoniaux[12].

Par contre, lorsqu'il est question du pacte de l'article 1388 du Code civil, c'est en termes d'« abandon » (3 x), d'« exclusion » (1 x), de « limitation » (4 x), de « restriction » (17 x), de « perte » (1 x), de « suppression » des droits successoraux du conjoint (3 x) ou d'« exhérédation » du conjoint (4 x).

Par ce pacte, il n'est question que d'« affaiblir » le principe de la réserve » (1 x), de « n'appliquer la réserve que sur le logement familial » (1 x), de « déroger à la réserve abstraite » du conjoint (4 x), de « s'écarter des règles relatives à la réserve » (2 x), de « faire perdre au conjoint son droit à la réserve » (1 x), d'« exclure la réserve et les droits successoraux » du conjoint (4 x), de « limiter » les droits du conjoint à sa réserve (13 x), de « porter atteinte à la réserve » (4 x), de « déshériter » (7 x), d'« éliminer le droit successoral » (1 x), d'« ôter » l'usufruit au conjoint (1 x), de « priver le conjoint de ses droits » (7 x), de « réduire » (6 x), de « restreindre » le droit successoral du conjoint (3 x) ou de « supprimer » ses droits successoraux (2 x).

Surtout, ce n'est pas moins de trente-sept fois que le mot « renoncer » et pas

12. *Doc. parl.*, Sénat, session de 2002-2003, 2-1157/5, p. 12 ; *Doc. parl.*, Chambre, Session 2001-2002, Doc. 50 1353/005, p. 8, 11 et 15.

moins de vingt-sept fois que le mot « renonciation » sont employés lorsqu'il est question du contrat de l'article 1388, alinéa 2 du Code civil.

On envisage aussi de « préserver le droit du conjoint survivant » (2 x), ce qui montre bien que l'on envisage le pacte comme y portant atteinte. On souligne qu'avant l'ajout de l'alinéa 2 à l'article 1388 du Code civil, on ne pouvait pas priver le conjoint de sa réserve (2 x) ; c'est qu'on envisage le pacte comme le permettant désormais. Le pacte de l'article 1388 du Code civil doit permettre de « répondre au souhait de bon nombre de couples qui souhaitent se remarier » (2 x) ; c'est qu'il vise à permettre de convenir que « le conjoint survivant n'aura aucun droit successoral sur le patrimoine du prémourant » (1 x) ; il leur permettra de réduire le droit successoral du conjoint en secondes noces « jugé trop large » (1 x), d'en quelque sorte « revenir sur les acquis du passé » (2 x).

Il est donc manifeste que sous le terme générique d'« accord », le législateur n'a envisagé que le pacte de renonciation par le conjoint à ses droits successoraux ou le contrat d'exhérédation du conjoint survivant par le prémourant.

12.- Au reste, si, par le pacte de l'article 1388 du Code civil, le législateur avait donné aux époux la possibilité d'accroître leurs droits successoraux, il aurait introduit dans le Code civil un mécanisme qui ferait largement double emploi avec l'institution contractuelle. L'institution contractuelle est, en effet, un contrat par lequel une personne donne à son conjoint ou à son futur conjoint tout ou partie des biens qu'elle laissera à son décès.

Une différence au moins existerait cependant entre le pacte de l'article 1388 du Code civil et l'institution contractuelle : conclu pendant le mariage, le premier n'est pas révocable sans l'accord du conjoint, tandis que l'institution contractuelle conclue pendant le mariage et en dehors d'un contrat de mariage, est révocable *ad nutum* (C. civ., art. 1096).

Mais il n'est question à aucun moment dans les travaux préparatoires de l'harmonisation avec l'institution contractuelle du pacte de l'article 1388 du Code civil. Forcément évidemment, puisque ce pacte ne peut que restreindre les droits successoraux du conjoint.

13.- Ajoutons que si le pacte de l'article 1388 du Code civil permettait, au contraire, d'accroître les droits du conjoint, il faudrait encore trancher la question de savoir si l'accroissement pourrait porter sur tous les droits successoraux, y compris la réserve héréditaire.

Qu'il permette d'accroître les droits successoraux légaux du conjoint autres que sa réserve héréditaire ne soulèverait pas de difficultés particulières. En effet, l'accroissement des droits successoraux légaux autres que la réserve ne porte pas atteinte aux droits des héritiers réservataires en ligne directe descendante, puisqu'il ne peut pas avoir lieu sans leur accord au-delà de la quotité disponible. Il permet certes d'exhéréder indirectement les héritiers non réservataires ; mais cela est conforme au système.

Le pacte de l'article 1388 du Code civil pourrait-il permettre également d'accroître la réserve du conjoint ? Par exemple, les époux ou futurs époux pourraient-ils étendre leur réserve héréditaire à la totalité des biens en usufruit, voire en pleine propriété, alors qu'elle n'est, en principe, comme on le sait, que de l'usufruit de la moitié de ces biens ? Pourraient-ils modifier la mise en œuvre de la réserve du conjoint, en convenant qu'elle s'imputera entièrement sur la réserve des enfants ou de certains enfants – les enfants communs, par exemple – ou uniquement sur la quotité disponible ?

Accroître par convention la réserve du conjoint, ce serait porter atteinte aux droits des réservataires. Pour reprendre un des exemples donnés ci-dessus, ce serait éventuellement faire en sorte que les descendants n'aient plus qu'une réserve en nue-propriété, voire n'aient plus de réserve du tout.

Les conséquences d'un accord d'accroissement des droits du conjoint sont telles qu'on n'imagine pas que le législateur aurait autorisé semblable accord sans évoquer un tant soit peu ces conséquences au cours des travaux préparatoires.

14.- Reste un argument pour confirmer que le pacte de l'article 1388 du Code civil ne peut consister qu'à réduire les droits successoraux du conjoint : il est tiré de la deuxième phrase de l'alinéa 2 de l'article 1388 du Code civil, selon laquelle « cet accord ne porte pas préjudice au droit de l'un de disposer, par testament ou par acte entre vifs, au profit de l'autre et ne peut en aucun cas priver le conjoint survivant du droit d'usufruit portant sur l'immeuble affecté au jour de l'ouverture de la succession du prémourant au logement principal de la famille et des meubles meublants qui le garnissent [...] ». Cette phrase se justifierait-elle si le pacte pouvait consister à accroître les droits du conjoint, c'est-à-dire à lui faire des libéralités ?

La seconde partie de la phrase n'a évidemment de sens que parce que « l'accord complet ou partiel relatif aux droits que l'un peut exercer dans la succession de l'autre » consiste à réduire, voire à supprimer les droits du conjoint survivant.

Quant à la première partie de la phrase – inutile à notre sens –, elle a été écrite pour qu'il soit certain que la renonciation aux droits successoraux légaux ne prive pas le (futur) défunt de faire des libéralités à son conjoint.

En somme, cette phrase signifie que, lorsqu'il a renoncé à ses droits successoraux – supplétifs de volonté ou impératifs (du moins la réserve abstraite) – le conjoint survivant est exactement dans la même situation qu'un étranger par rapport à son conjoint : il ne lui succède pas en vertu de la loi, mais rien n'interdit qu'il reçoive de lui des donations et même qu'il soit institué par lui héritier testamentaire ou contractuel, car de la sorte, les enfants du précédent mariage, etc. seront vis-à-vis du conjoint en « secondes noces » exactement dans la même situation que s'ils se trouvaient en concours avec des tiers avantagés par des libéralités.

II.-

15.- L'application du nouveau texte présente une deuxième importante difficulté.

On se rappelle que la proposition initiale de M. Jef Valkeniers dans son esprit comme dans son texte ne concernait que *les secondes noces* au sens où l'entendait le Code Napoléon, c'est-à-dire le conjoint survivant en concours avec des enfants d'un précédent mariage du défunt. Tant dans son esprit que dans son texte, une fois encore, la proposition de loi se situait dans la ligne de l'article 1465 du Code civil que, malgré la promesse de certains de ses membres, le pouvoir législatif avait laissé subsister dans le Code civil en 1981, nonobstant la suppression de la quotité disponible très spéciale à l'égard du conjoint en secondes noces (C. civ. originel, art. 1098) et l'alignement de la quotité disponible à l'égard du conjoint – tant en premières qu'en secondes noces – sur la quotité disponible ordinaire en cas d'existence de descendants (C. civ., art. 913-914)[13].

La proposition ne tenait donc pas compte de l'assimilation par la Cour de cassation des enfants adoptés avant le mariage à des enfants d'un précédent mariage[14].

Déjà quand, en 1987, le législateur avait mis (pour ainsi dire) sur le même pied, tous les enfants, qu'ils soient issus ou non d'un mariage, il aurait dû, s'il avait vraiment réfléchi à la portée de son maintien dans le Code civil, modifier l'article 1465 du Code civil en n'y faisant plus allusion à des enfants d'un précédent mariage. Sur ce point, la proposition qui est à l'origine de la loi ici interprétée ne tenait pas explicitement compte de l'évolution du droit.

Aussi bien, son auteur a dû accepter de la modifier substantiellement à cet égard. Le texte a fini par viser *les enfants des époux issus d'une relation antérieure à leur mariage ou adoptés avant leur mariage et les descendants de ces enfants* : si les époux ont de tels descendants, ils peuvent, au moment de se marier (« par contrat de mariage ») ou durant leur mariage (« par acte modificatif ») convenir de priver le survivant de tout ou partie de ses droits dans la succession du prémourant (excepté de sa réserve héréditaire sur les biens préférentiels).

16.- Sur ce point-ci comme sur le précédent, le texte ne correspond pas non plus à l'intention du législateur, en sorte que se pose également la question de savoir s'il est permis de le lire de manière à réconcilier le texte avec son esprit.

Partons à nouveau de l'origine historique du texte : quel objectif était poursuivi par le législateur à travers les dispositions du Code civil originel relatives au conjoint en secondes noces (C. civ. originel, art. 1098, 1496 et 1527 et ultérieurement art. 767, II, § 1er, al. 1er, 2°) ?

13. Nous avons évoqué plus haut cette promesse non tenue.
14. Cass., 27 octobre 1961, *Pas.*, 1962, I, 222.

Les enfants d'un précédent mariage du défunt ne sont pas successeurs de son conjoint en secondes noces. Les biens que ce dernier recueille par la succession légale ou par la voie de libéralités n'excédant pas la quotité disponible leur échappent définitivement, alors que s'ils étaient recueillis par celui des époux qui les a engendrés avec le défunt, ils les recueilleraient à son décès. Ce n'est qu'un demi mal, lorsque le conjoint en secondes noces ne succède qu'en usufruit : il leur suffit d'attendre son décès pour recouvrer la pleine propriété du patrimoine héréditaire de leur auteur. Mais comme très souvent – à l'époque du Code Napoléon du moins – on envisage l'hypothèse où le conjoint en secondes noces est plus jeune qu'eux, on veut les prémunir contre le risque de ne jamais jouir des biens successoraux.

Ce qui crée la difficulté, c'est donc le fait que les descendants du défunt ne sont pas également les descendants de son conjoint. En 1804, pour viser cette situation, il suffisait de parler des enfants d'un précédent mariage[15]. Aujourd'hui, on vise le cas où au moment où ils concluent le pacte de renonciation ou d'exhérédation, les époux ont un ou plusieurs enfants issus d'une relation antérieure à leur mariage ou adoptés avant leur mariage ou des descendants de ces enfants. De la sorte, le texte à la fois reste en deçà, mais surtout va au-delà de l'intention du législateur.

17.- Le texte reste en deçà de l'intention du législateur sur un point au moins. En effet, la convention de renonciation ne peut pas être conclue si un des époux a un enfant adultérin, puisque, par définition, la relation dont il est issu n'est pas *antérieure* au mariage[16].

Est-ce voulu ? Les travaux préparatoires ne font aucune allusion à ce cas. Et pour cause, puisque ce que l'on a fait, c'est remplacer « mariage » par « relation » et « précédent (mariage) » par « (relation) antérieure ».

Il aurait suffi que le législateur vise les enfants issus d'une relation avec une autre personne que son conjoint. Bien plus ! Songeant à l'insémination artificielle, il aurait fallu que le législateur vise les enfants à l'origine desquels se trouve le défunt et une autre personne que son conjoint.

Le notaire peut-il accepter de passer le contrat de mariage ou l'acte modificatif dans les cas non visés par le texte, mais correspondant à son esprit. À notre sens non. La raison en est qu'en vertu du texte, le pacte successoral n'est permis que si l'enfant est issu d'une relation *antérieure* au mariage.

Devant le refus du notaire, les époux pourront l'assigner en passation de l'acte. Le tribunal de première instance, la Cour d'appel, voire la Cour de cassation décideront si le pacte est permis en cas d'existence d'un enfant

15. Encore qu'il se pouvait que le défunt aient, à son décès, des enfants naturels simples qu'il avait eus avant son mariage.

16. F. TAINMONT, « La loi du 22 avril 2003 relative aux droits successoraux du conjoint survivant », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 738.

adultérin et le notaire n'aura plus à craindre d'engager sa responsabilité en passant ou en refusant de passer l'acte suivant la décision judiciaire.

18.- Le texte va au-delà de l'intention première du législateur de deux manières.

Première manière. Encore aujourd'hui, la défaveur à l'égard des secondes noces – résultant de l'article 1465 ou de l'article 745*quinquies*, § 3 du Code civil – ne se manifeste que lorsque c'est *au décès* que le conjoint survivant se trouve en concours avec des enfants d'un précédent mariage du défunt.

Par contre, pour voir si la renonciation conventionnelle de l'article 1388 du Code civil est permise, il faut se placer *au moment du contrat de mariage ou de l'acte modificatif du régime matrimonial*. Si, à ce moment, un des époux a un enfant issu d'une relation antérieure à son mariage ou un enfant adopté avant son mariage ou un descendant d'un de ces enfants, l'exhérédation (consentie) de son conjoint est permise, même si, à l'ouverture de la succession, cet enfant ou ce descendant ne vient pas à la succession parce qu'il est prédécédé, indigne ou renonçant ou qu'il est exclu par un enfant issu des époux, mais venant à un degré préférable.

Dans sa proposition de loi initiale, M Jef Valkeniers prévoyait explicitement que la clause du contrat de mariage par laquelle les époux avaient restreint la réserve abstraite du survivant « [devenait] caduque au moment du décès des descendants »[17] ; il n'envisageait donc l'exclusion de la réserve abstraite du conjoint que lorsqu'au décès, existaient des descendants d'un précédent mariage du défunt[18].

Toutefois, notamment à la suite de l'audition des délégués de la Fédération Royale du Notariat Belge, M Jef Valkeniers a considérablement modifié son texte et, dans l'amendement qu'il a présenté et qui est devenu, à peu de chose près, le nouvel alinéa 2 de l'article 1388 du Code civil, il n'a plus retenu l'idée que la clause exhérédatoire serait caduque au décès s'il n'y avait pas à ce moment des enfants issus d'une relation antérieure du défunt, etc.[19].

Dès lors, on imagine qu'une dame, Alice, a eu un enfant, Bernard, de son mariage avec Fernand. Bernard a eu lui-même un enfant, Christian. Après avoir perdu son mari, Fernand, ladite dame, Alice, s'est remariée avec Damien. Par contrat de mariage, Alice et Damien se sont mutuellement privés de tout droit dans la succession l'un de l'autre, sur la base de l'article 1388, alinéa 2 du Code civil, sauf la réserve en usufruit des biens préférentiels. Durant leur mariage, Alice et Damien ont eu un enfant, Eugène. Alice décède ; sa succession ne

17. *Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, Doc. 50 1353/001, p. 12.
18. *Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, Doc. 50 1353/001, pp. 3-4. Il aurait dû viser également le cas où l'enfant d'un précédent mariage ne venait pas à la succession en raison de sa renonciation à la succession, en raison de son exclusion par un héritier venant à un degré préférable ou en raison de son indignité.
19. *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, amendement n° 7 de M. VALKENIERS, Doc. 50 1353/003, p. 2 et Chambre, 2001-2002, Doc. 50 1353/005, p. 23.

comprend aucun bien préférentiel. On suppose que Bernard renonce à sa succession. Dès lors, Christian, qui ne peut pas venir par représentation de son père (C. civ., art. 744, al. 1er), est exclu de la succession par Eugène, qui vient au 1er degré en ligne directe descendante. Eugène recueille toute la succession d'Alice, puisque Damien a été exhérédé. Cette solution ne correspond certainement pas à l'intention initiale du législateur ; il n'empêche qu'elle correspond au texte qui a été adopté.

On voit mal que l'on puisse interpréter le texte autrement.

Dans le cas où les époux ou futurs époux voudraient que leur accord corresponde à l'esprit originel du régime des « secondes noces », la seule possibilité serait pour le notaire de prévoir conventionnellement la caducité de la clause dans l'hypothèse où ne viendrait à la succession du prémourant des conjoints – pour une raison quelconque : inexistence, indignité, renonciation, exclusion par un descendant engendré par le défunt et son conjoint – aucun enfant qu'il aurait eu d'une relation antérieure à son mariage avec quelqu'un d'autre que le survivant. À défaut de cette clause et si l'hypothèse de fait se réalisait, il y aurait risque de voir naître un litige entre le conjoint survivant exhérédé et les descendants du défunt bénéficiaire de la clause de renonciation : le demandeur se baserait précisément sur le principe de caducité des actes par disparition de leur cause.

Évidemment, si l'intention des parties était précisément de supprimer en tout état de cause la réserve du conjoint survivant, le notaire ferait bien de le préciser dans l'acte, précisément pour couper court à tout procès entrepris par le conjoint survivant.

19.- Le texte va d'une seconde manière au-delà du régime originel des secondes noces.

En effet, les textes sur les « secondes noces » au sens originel de l'expression étaient destinés à protéger les enfants d'un précédent mariage du défunt *à l'égard de son conjoint survivant en secondes noces* : pour s'appliquer, ils supposaient que ce soit le « second » conjoint du défunt qui lui survive et que le défunt laisse des enfants de son précédent mariage.

Il n'en va pas de même dans l'article 1388, alinéa 2 du Code civil : le pacte successoral peut être conclu « si *l'un* [*des conjoints*] a à ce moment un ou plusieurs descendants issus d'une relation antérieure [etc] » : il n'est pas nécessaire que ce soit le conjoint qui se remarie ou s'est remarié qui ait un enfant d'une relation antérieure à son remariage.

L'article 1388, alinéa 2 du Code civil permet donc d'exhéréder certes le conjoint en secondes noces au sens originel des termes. Il permet également de priver de la succession du futur défunt qui se marie ou qui se remarie, son conjoint ou son nouveau conjoint qui a un enfant issu d'une relation qu'il a eue avant son mariage avec le défunt et ce, avec une autre personne que lui, qui a un enfant qu'il a adopté avant son mariage avec le défunt ou des descendants d'un

tel enfant. Il en va ainsi, alors même que celui (celle) qui se remarie ou qui se marie pour la première fois n'a pas d'enfant issu de son précédent mariage ni d'une relation antérieure avec une autre personne que son second ou son premier conjoint et qui n'a pas d'enfant adopté avant son mariage ni de descendant d'un tel enfant.

Il est évident que, de la sorte, le nouveau texte s'écarte totalement du régime originel des « secondes noces », puisqu'il permet de priver le conjoint survivant de sa réserve héréditaire, alors qu'il n'y a pas à protéger des enfants que le défunt aurait engendrés avec un autre que le conjoint survivant. On s'engage là plutôt dans un système où la réserve héréditaire du conjoint est remise en cause.

Encore une fois, le texte est clair et il n'est pas permis à celui qui en fait l'exégèse de l'interpréter d'une autre manière.

C'est aux époux à savoir ce qu'ils veulent. C'est au notaire qu'il revient de les éclairer sur la portée de la clause. Mission très délicate, puisqu'elle l'amènera à devoir évoquer, au moment où l'entente entre les époux sera vraisemblablement parfaite, l'hypothèse où le futur défunt, par des libéralités à des tiers, viendrait à priver son conjoint de sa succession.

III.-

20.- Une troisième difficulté est intéressante pour illustrer mieux encore le parti que l'on peut tirer des travaux préparatoires, nonobstant la méfiance que, de l'avis même de la Cour de cassation, il faut avoir à leur égard. C'est qu'un passage du nouveau texte est proprement incompréhensible sans le recours aux travaux préparatoires.

Le nouvel alinéa 2 *in fine* de l'article 1388 du Code civil porte, en effet, que l'accord de renonciation ou d'exhérédation « ne peut en aucun cas priver le conjoint survivant du droit d'usufruit portant sur [les biens préférentiels appartenant au prémourant], *aux conditions prévues à l'article 915*bis, *§§ 2 à 4* ».

Ce texte a pour origine un amendement déposé par Mme Clotilde Nyssens, sénatrice[20] ; il était destiné à préciser l'amendement déposé par Mme Nathalie de T'Serclaes, sénatrice[21]. Celle-ci avait obtenu que, par le nouveau pacte successoral, le conjoint survivant ne puisse pas être privé de sa réserve concrète en usufruit sur les biens préférentiels. À juste titre, Mme Clotilde Nyssens estimait qu'« Il serait toutefois préférable de stipuler expressément que les limitations légales actuelles à la réserve concrète restent d'application (article 915*bis*, §§ 2 à 4, du Code civil) étant donné que l'article 3 du [...] projet entend modifier l'article 915*bis* en prévoyant qu'il peut y être dérogé dans le cas visé à l'article 1388, alinéa 2 [...]. Il appartient donc au législateur, disait-elle, de définir

20. *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, 2-1157/4, p. 2.
21. *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, 2-1157/2, p. 6.

les limites de cette dérogation » ([22]). En d'autres termes, Mme Clotilde Nyssens voulait que l'alinéa 2 de l'article 1388 du Code civil tel qu'il résultait de l'amendement de Mme Nathalie T'Serclaes ne puisse pas être interprété comme excluant les autres possibilités de supprimer la réserve concrète.

Dans cette perspective, la référence au § 2 et au § 4 de l'article 915*bis* du Code civil est compréhensible, puisque ce sont ces paragraphes qui organisent la réserve concrète du conjoint, notamment en cas de séparation de fait (§ 2) et sa combinaison avec celle des réservataires « classiques » (§ 4). Le conjoint survivant ne peut pas être privé du droit de jouir des biens préférentiels de la manière prévue aux §§ 2 et 4 de l'article 915*bis* du Code civil.

21.- La référence au § 3 est, par contre, inexplicable dans le contexte de la phrase où elle se situe. En effet, au lieu de donner des précisions sur les conditions dans lesquelles le conjoint peut jouir de sa réserve concrète, l'alinéa 1er de ce paragraphe énonce un cas de suppression unilatérale de la réserve du conjoint, tant concrète qu'abstraite – en cas de séparation de fait des époux de plus de 6 mois, le défunt peut, par testament, priver son conjoint survivant de sa réserve, tant sa réserve concrète que de sa réserve abstraite, si, par acte judiciaire, il a demandé une résidence séparée de son conjoint et si depuis cet acte, il n'a pas repris la vie commune avec lui. (C. civ., art. 915*bis*, § 3, al. 1er) – et, dans son ali-néa 2, il évoque la suppression de la réserve par les conventions préalables à divorce par consentement mutuel (C. jud., art. 1287, al. 3).

Prenant en considération la volonté du législateur exprimée par Mme Clotilde Nyssens, dont l'amendement a été adopté[23], n'est-on pas autorisé à croire que le texte contient une erreur matérielle ? N'est-ce pas « l'article 915*bis*, §§ 2 *à* 4 » qu'il faut lire, plutôt que « l'article 915*bis*, §§ 2 *et* 4 » ?

Quoi qu'il en soit, il est certain que le législateur a voulu ajouter un cas de suppression de la réserve (abstraite) du conjoint et qu'il n'a pas voulu supprimer les autres. Pas seulement, d'ailleurs, celui qui résulte de l'alinéa 1er du § 3 de l'article 915*bis* du Code civil, mais également ceux qui résultent de l'article 334*ter* et de l'article 1287, alinéa 3 du Code judiciaire.

Si cette interprétation est exacte, cela signifie, par exemple, que, nonobstant le fait que par contrat de mariage, les époux auront décidé de priver seulement l'épouse ou le mari de sa réserve, le mari pourra toujours priver son épouse et cette dernière pourra toujours priver le premier de sa réserve abstraite, s'il apparaît qu'elle (il) a eu un enfant adultérin (C. civ., art. 334*ter*) et il (elle) pourra toujours la (le) priver par testament de tous ses droits successoraux, y compris de sa réserve tant abstraite que concrète, s'il (si elle) est dans les conditions de pouvoir le faire en vertu de l'article 915*bis*, § 3 du Code civil.

22. *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, 2-1157/4, p. 2.
23. *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, 2-1157/5, p. 31.

IV.-

22.- La proposition de loi qui est à l'origine de la loi du 22 avril 2003 prévoyait explicitement que la restriction de la réserve abstraite du conjoint pouvait être apportée par « une clause du contrat de mariage », clause qui « ne [pouvait] être modifiée pendant le mariage »[24].

C'est que – on s'en souviendra – la proposition de loi initiale visait uniquement à faciliter le remariage en cas d'existence d'enfants d'un précédent mariage. Dans l'esprit de son auteur, le remariage ayant été en fait « conditionné » par la restriction de la vocation successorale du conjoint en secondes noces, exhérédation (ou renonciation) ou remariage étaient en quelque sorte indissociables ; il n'était donc pas concevable de rétablir ultérieurement le conjoint dans ses droits successoraux[25-26].

Mais, comme on le sait, l'auteur de la proposition, M. Jef Valkeniers a lui-même ultérieurement, par des amendements, considérablement modifié son texte initial. Notamment, il a proposé que ce ne soit plus seulement par une clause du contrat de mariage, mais également par un acte modificatif au cours du mariage, que l'exhérédation puisse avoir lieu[27], pour ne pas « [porter] atteinte à la variabilité du contrat de mariage et de sa teneur, qui était considérée comme un nouvel acquis en 1976 et qui a encore été simplifiée et encouragée en 1988 »[28]. Et lors de son audition par la commission de la Justice de la Chambre des Représentants, notre collègue, Hélène Casman, a rappelé que la mutabilité (contrôlée) du contrat de mariage était un principe acquis en 1976 et jamais remis en question depuis lors[29].

Malgré cela, le Conseil d'État a estimé que le texte proposé – « Les époux peuvent, par contrat de mariage ou par acte modificatif, etc. » – « ne tranche pas la question de savoir si l'accord – qu'il soit conclu avant ou après le mariage est irrévocable ou s'il faut au contraire considérer que les époux peuvent revenir sur leur renonciation »[30]. Aussi bien, il a suggéré que le dispositif du texte prenne clairement position sur ce point[31].

---

24. *Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, Doc. 50 1353/001, p. 12.
25. *Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, Doc. 50 1353/001, p. 10 ; *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, Doc. 50 1353/005, p. 4. Voy. également Sénat, 2002-2003, 2-1157/5, p. 23 : « M. Dubié fait observer que, si l'on autorise les époux à revenir sur ce qu'ils ont convenu, les enfants du premier lit qui ont accepté le remariage de leur parent en raison de la renonciation du nouveau conjoint à ses droits successoraux se sentiront abusés ».
26. Sauf, comme on l'a dit, si la clause exhérédatoire devenait caduque par le prédécès des descendants du précédent mariage (Chambre, 2001-2002, Doc. 50 1353/005, p. 4).
27. C'est M. M. Decroly, député, qui a le premier proposé cette modification : voy. *Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, Doc. 50 1353/002, p. 3.
28. Doc. parl., Chambre, 2001-2002, amendement n° 7 de M. Valkeniers, Doc. 50 1353/003, p. 2.
29. Doc. parl., Chambre, 2001-2002, Doc. 50 1353/005, p. 20 et 21-22.
30. *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, 2-1157/3, p. 3.
31. *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, 2-1157/5, p. 3.

Or ni le Sénat, ni la Chambre ne sont revenus sur le dernier texte proposé et nous ne voyons pas dans les travaux préparatoires postérieurs à l'avis du Conseil d'État où une réponse a été donnée à la question. Force est donc d'y répondre à la lumière des principes applicables en la matière.

23.- « Les époux règlent leurs conventions matrimoniales comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne contiennent aucune disposition contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » (C. civ., art. 1387). « Les époux peuvent, au cours du mariage, apporter à leur régime matrimonial toutes les modifications qu'ils jugent à propos [...] » (C. civ., art. 1394, al. 1er).

Ces règles s'appliquent au contrat de mariage *sensu stricto*, comme « aux donations qu'ils se sont faites ou que l'un d'eux a faites à l'autre dans le contrat de mariage » (C. civ., art. 1394, al. 3). Il n'y a pas de raison qu'elles ne s'appliquent pas au pacte successoral exceptionnellement permis par l'alinéa 2 de l'article 1388 du Code civil et désormais visé, comme les donations, à l'article 1394, alinéa 4 du Code civil.

À condition d'être d'accord et de faire acter leur accord par un notaire (C. civ., art. 1394, al. 1er et 3), les époux qui, par contrat de mariage ou acte modificatif de leur régime matrimonial, étaient antérieurement convenus de restreindre, voire de supprimer la réserve abstraite du survivant, peuvent, par un *mutuus dissensus* ultérieur (C. civ., art. 1134, al. 2), lui restituer tous ses droits successoraux.

V.-

24.- La proposition initiale de M. Jef Valkeniers visait à protéger les enfants d'un précédent mariage à l'égard du conjoint en « secondes noces » du défunt. Comme on l'a vu, l'article 1388, alinéa 2 du Code civil va au-delà, puisqu'il permet de protéger au premier chef les enfants d'un précédent mariage du défunt, ceux qu'il a adoptés seul avant son mariage, les enfants qu'il a engendrés avant son mariage avec quelqu'un d'autre que son conjoint survivant, ainsi que les descendants de ces enfants ; sont également susceptibles d'être protégés les enfants que le conjoint survivant a eus d'un précédent mariage, les enfants qu'il a engendrés avant son mariage avec quelqu'un d'autre que le défunt, les enfants qu'il a adoptés seul, ainsi que les descendants de ces enfants.

Et dans le cas où ces personnes sont protégées, ce sont tous les bénéficiaires de libéralités faites par le défunt qui sont protégés, si par le pacte de l'article 1388, alinéa 2 du Code civil, le conjoint survivant n'a pas seulement renoncé à faire réduire les libéralités aux enfants, enfants adoptés et descendants de ces enfants, mais a renoncé de manière générale à sa réserve.

Par contre – paradoxe –, ne sont pas susceptibles d'être protégés les enfants, les enfants adoptés et les descendants de ces enfants s'ils sont *communs au défunt*

et à son conjoint survivant, dans l'hypothèse où ni l'un, ni l'autre n'ont un enfant d'un précédent mariage, un enfant engendré par eux et une autre personne que leur conjoint, un enfant adopté par eux seuls ou un descendant d'un de ces enfants.

Dès le début des travaux préparatoires, M. Fred Erdman, député, a « fait observer que la modification du régime actuel engendrera automatiquement des discriminations, non seulement dans le chef des époux mais également dans celui des enfants »[32].

Le Conseil d'État a partagé son opinion en « estim[ant] que la critique déduite de la méconnaissance des articles 10 et 11 de la Constitution [était] sérieuse. Même si des différences existent entre un premier mariage et une seconde union incluant des enfants d'un premier lit, la question se pose, a-t-il ajouté, si ces différences peuvent justifier que deux régimes successoraux du conjoint survivant soient aménages dans le Code civil ». Et de conclure que « le système projeté n'est donc pas à l'abri d'un éventuel recours à la Cour d'arbitrage »[33].

M. Hugo Vandenberghe, sénateur a adressé à la loi la même critique négative. Il a estimé que « cette réglementation est discriminatoire non seulement par rapport aux enfants qui ne peuvent tirer profit de l'exhérédation du conjoint survivant parce qu'ils ne relèvent pas du régime envisagé de renonciation aux droits successoraux – comme le souligne le Conseil d'État – mais aussi par rapport au conjoint qui ne tombe pas sous l'application de la présente réglementation »[34].

25.- Si on examine les choses du point de vue du conjoint survivant, il y a certes une différence de régime juridique : dans un cas, il peut renoncer à tous ses droits successoraux, sauf sa réserve concrète, dans l'autre, il ne le peut pas. Mais il y a une ressemblance entre eux : dans les deux cas, l'accord du conjoint privé de ses droits successoraux est nécessaire à sa réalisation.

Si, au contraire, on examine la loi du point de vue des enfants du défunt, on constate qu'ils sont susceptibles de tirer profit de la loi s'ils sont enfants d'un précédent mariage du défunt, s'ils sont issus d'une relation antérieure au mariage du défunt avec quelqu'un d'autre que le conjoint survivant, etc. : leur auteur et son conjoint peuvent faire en sorte qu'ils recueillent toute la succession du prémourant, s'il n'y pas de biens préférentiels. Tandis que, on le répète, les enfants communs au défunt et à son conjoint survivant, dans l'hypothèse ou aucun des époux n'a d'enfant d'une relation antérieure avec quelqu'un d'autre que son conjoint, etc. ne peuvent pas recevoir des libéralités du défunt sans crainte de l'action en réduction du conjoint survivant, puisque, dans cette

32. *Doc. parl.*, Chambre, Doc. 50 1353/005, p. 20.
33. *Doc. parl.*, Sénat, session de 2002-2003, 2-1157/3, p. 1.
34. *Doc. parl.*, Sénat, session de 2002-2003, 2-1157/5, p. 19.

hypothèse, le pacte de l'article 1388, alinéa 2 du Code civil ne peut pas être conclu.

26.- De manière générale, la Cour d'arbitrage considère toutefois qu'il n'y a de discrimination susceptible d'être condamnée par elle pour violation des articles 10 et 11 de la Constitution que si cette différence ne repose pas sur un critère objectif et n'est pas raisonnablement justifiée.

Or la différence de traitement peut être justifiée, en l'espèce, par le fait que les enfants du précédent mariage du défunt, etc. ne sont pas des héritiers du conjoint survivant.

À l'inverse, nous ne voyons pas pourquoi le conjoint survivant peut renoncer à tous ses droits successoraux, y compris sa réserve abstraite, lorsqu'il a des enfants d'un précédent mariage, des enfants qu'il a eus avant son mariage d'une relation avec quelqu'un d'autre que le défunt, etc. et non, lorsque ni lui ni son conjoint n'a un enfant d'une relation antérieure à son mariage, mais a un enfant qu'il a engendré avec le défunt.

Dans cette dernière hypothèse, on ne trouve absolument plus la logique du régime des « secondes noces ». Tout simplement, on s'engage dans un système d'abandon conventionnel de la réserve abstraite du conjoint qui ne trouve sa justification que dans l'hostilité à l'égard de la réserve du conjoint survivant. Quelle est la raison de n'en pas faire profiter les enfants engendrés par le défunt et le conjoint survivant, dans l'hypothèse où ni le premier ni le second n'ont des enfants d'une relation antérieure à leur mariage, etc. ? Nous avouons ne pas la voir.

27.- Une autre différence de régime est flagrante : entre le cas où le défunt a des biens préférentiels et celui où il n'en a pas. Dans le premier cas, le pacte successoral ne peut pas aller jusqu'à priver le conjoint de tous ses droits successoraux : celui-ci ne peut pas être privé de sa réserve concrète ; dans le second cas, le pacte peut aller jusqu'à priver totalement le conjoint de ses droits successoraux, y compris de sa réserve héréditaire.

On conçoit très bien que l'on veuille faire en sorte que le conjoint survivant ne puisse pas être privé de l'usufruit de ce qui constituait le logement principal de la famille et des meubles meublants qui le garnissaient. Mais l'objectif de la loi est de protéger les enfants qui n'ont pas été engendrés ensemble par le défunt et son conjoint. On ne voit pas ce qui justifie qu'ils bénéficient de cette protection lorsque la succession comprend des biens préférentiels et qu'ils n'en bénéficient pas, lorsque la succession n'en comprend pas.

Il n'empêche que, sur ce point, le texte est clair et qu'il n'y a pas moyen de l'interpréter autrement. La seule possibilité est d'obtenir de la Cour d'arbitrage qu'elle le déclare contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution.

L'impact des technologies de l'information sur la formation en droit[1]

Cécile de TERWANGNE
Chargée de cours à la Faculté de Droit des FUNDP,
Directrice de la cellule Libertés et Société de l'information (CRID)

Introduction

« Qu'ont en commun les jardins zoologiques, les musées, les bibliothèques et les amphithéâtres des universités ? Ils sont progressivement en voie de disparition. On n'en a plus besoin dans la société de l'information, ils vont devenir les objets d'une archéologie du savoir[2] ». C'est avec cette assertion formulée en termes pour le moins excessifs que le Professeur Herbert Burkert entamait une réflexion sur la place des universités dans la société de l'information. La présente contribution entend saisir cette invitation provocatrice à la réflexion et à l'analyse, en se focalisant plus particulièrement sur l'impact des technologies de l'information et de la communication (TIC) sur la formation en droit dispensée dans les universités.

Le droit se distingue-t-il des autres savoirs lorsque l'on envisage le renouvellement de l'enseignement et des méthodes d'apprentissage par les nouvelles technologies[3] ?

A priori, on pourrait être tenté de soutenir que le droit est une des matières qui se prêtent le moins à un tel renouvellement. Il ne s'agit pas d'imaginer des cours avec projection sur écran d'une artistique coupe transversale de poumon ou d'une carte géographique où s'inscrit au fur et à mesure de l'exposé tout le parcours de Gengis Khan. Ce n'est assurément pas la projection au mur d'un article de loi ou du texte d'un arrêt de la Cour d'arbitrage qui va redynamiser les

1. Ce texte est basé sur la contribution intitulée « La formation renouvelée par l'informatique », présentée au colloque *Apprendre le droit* organisé par l'Association internationale de méthodologie juridique le 8 février 2002 à Louvain-la-Neuve.
2. H. BURKERT, « The Place of the University, Teaching and Research in the information Society », in *Variations sur le droit de la société de l'information*, coll. Cahiers du CRID, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 20, p. 71 (notre traduction).
3. Dans cette matière, certains auteurs préfèrent à l'expression « technologies de l'information et de la communication (TIC) », celle de « technologies de l'éducation », pour bien souligner le fait que, dans ce domaine, « les ingrédients du dispositif (information et communication) sont assujettis au développement cognitif, affectif et relationnel du sujet » (M. LEBRUN, *Des technologies pour enseigner et apprendre*, Bruxelles, De Boeck, 2e édition, 2002). De plus en plus souvent on évoque les TICE (Technologies de l'information et de la communication dans l'enseignement).

auditoires. Or, l'une des vertus que l'on se plaît à attribuer au recours aux technologies dans l'enseignement tient dans leur potentiel innovateur et dès lors nécessairement revitalisant pour les méthodes d'apprentissage[4]. « On s'autorise à rêver que pour quelques clics de plus une déferlante pédagogique va animer les classes assoupies et les auditoires silencieux. »[5].

Si elles ne sont pas, en soi, un gage de renouvellement de la formation donnée aux étudiants qui fréquentent nos universités, les technologies de l'information et de la communication ont toutefois des promesses à tenir et peuvent indubitablement avoir un impact positif sur l'enseignement du droit.

Les pages qui suivent sont consacrées à l'analyse de cet impact et s'articulent en trois points abordant successivement la formation à la recherche de documents par la voie électronique (point 1.), les cours assistés des TIC (point 2.) et, enfin, les cours à distance ou cours en ligne (point 3.).

1. La formation à la recherche de documents par la voie électronique

1.1. L'acquisition d'une compétence indispensable

Rechercher des documents fait partie intégrante de la formation en droit. Lors de l'élaboration et de la rédaction des travaux qu'il est invité à faire dans le cours de ses études, l'étudiant est confronté à la question de la recherche de sources documentaires. Certains cours à pédagogie revisitée, dite pédagogie active, amènent les étudiants à effectuer des démarches documentaires afin, par exemple, de se rendre à même de résoudre des problèmes ou casus posés, ou afin d'étayer une argumentation à opposer aux autres lors d'échanges avec « jeu de rôles ». Mener à bien ses études de droit implique donc pour l'étudiant une nécessaire maîtrise des méthodes de recherche documentaire.

Mais l'aptitude à rechercher efficacement des documents, c'est-à-dire l'aptitude à rechercher des sources documentaires apportant des informations complètes et à jour sur une matière donnée, concerne non seulement l'étudiant en droit, mais tout juriste de qualité. Une compétence de cet ordre s'impose

4. Voy. l'exemple donné du cours de philosophie enseigné aux étudiants de première année ingénieurs civils, cours traditionnellement peu prisé, pour lequel, avec l'aide d'Internet, le professeur « veut relever le triple défi d'intéresser les étudiants, de les rendre actifs dans une démarche philosophique, et de leur faire percevoir la pertinence de la réflexion philosophique pour leur futur métier d'ingénieur. » (Th. De Praetere, F. Docq, « L'enseignement à un grand groupe transformé par Internet », 14 mai 2002, disponible à l'adresse http ://www.ipm.ucl.ac.be (01.04)). Voy. également A. Tricot pour qui l'innovation technologique offre des supports pour une pédagogie de détour qui permet de séduire les étudiants démotivés en leur proposant des nouveaux habillages pour les situations d'apprentissage (A. Tricot, « A quels types d'apprentissages les TICE peuvent-elles être utiles ? », disponible à l'adresse http ://www.crifa.fapse.ulg.ac.be/formhetice/start_chantiers.php).
5. M. Lebrun, *op. cit.*

encore davantage désormais. En effet, la production de normes juridiques a pris une telle ampleur, qualifiée par certains de pathologique[6], et les modifications récurrentes apportées à ces normes sont à ce point nombreuses qu'il est indispensable pour le professionnel du droit de vérifier en permanence l'actualité et la pertinence de ses connaissances[7]. Cette vérification passe par la recherche documentaire, dans sa forme classique, tout d'abord, c'est-à-dire celle qui conduit à arpenter des travées de bibliothèques garnies d'ouvrages sur papier, et, de plus en plus, par une recherche moderne, c'est-à-dire en recourant aux outils électroniques développés.

On ne peut plus concevoir aujourd'hui de former des étudiants en droit sans aborder la réalité des bases de données juridiques et des outils de recherche informatiques. Une exigence en termes de formation s'est fait jour parallèlement au développement technologique. Au terme de son cursus universitaire, l'étudiant doit être familiarisé avec ces nouveaux outils de recherche. À défaut, il sera pénalisé sur le terrain professionnel.

Il est indubitable que la qualité du raisonnement et du conseil juridiques est améliorée par le recours à des instruments qui se différencient des méthodes de recherche classique sur essentiellement quatre points[8] :

- la rapidité de mise à jour : les sources documentaires en ligne (via Internet notamment) peuvent être mises à jour dans des délais jamais imaginés dans l'environnement papier. À titre d'exemple, de nombreux sites Internet offrant de l'information législative ou jurisprudentielle officielle sont actualisés à quelques jours voire au jour près[9].
- La quantité d'informations publiées : le progrès technique permet de consulter des quantités vertigineuses d'informations (les cédéroms et les serveurs offrent des capacités de stockage en constante progression) ; il permet aussi d'importer et de stocker individuellement un grand nombre de documents, nombre qui ne cesse d'aller croissant (les capacités des disques durs augmentent sans arrêt, les disquettes sont remplacées par des cédéroms, ...).
- Les performances des outils de recherche : si les index et autres tables ont de tout temps permis de retrouver des informations recherchées, les outils de recherche et d'extraction électroniques offrent des performances supérieures ; à titre d'illustration, par exemple, ils permettent de retrouver tous les documents qui contiennent tels mots ou expressions mais pas tels autres (par exemple, « publicité » mais pas « commerciale ») dans le texte.

6. A. ANTOLE e.a., *La pathologie législative, comment en sortir ?*, coll. « Droit en mouvement », Bruxelles, La Charte, 1998.
7. Sur ce sujet, voy. C. de TERWANGNE, « L'information juridique – Quel devoir de diffusion pour l'Etat dans la société d'information ? », *Rev. Ubiquité Dr. techn. inf.*, 2003, n° 17, pp. 62 et s.
8. Sur ces points, voy. C. de TERWANGNE, *op. cit.*, p. 67.
9. Voy. le site du Moniteur belge, du Journal Officiel de l'Union européenne, de la cour d'Arbitrage, de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de Justice des Communautés européennes, etc.

- L'absence de contingences géographiques et horaires : la recherche et la consultation des informations sont affranchies des limites géographiques et horaires liées au fonctionnement d'une bibliothèque ou d'un centre de documentation ; les sources documentaires sont désormais accessibles depuis le domicile ou le cybercafé du coin.

Dans le contexte d'inflation et d'instabilité normative que nous connaissons, ces caractéristiques des outils documentaires électroniques rendent indispensable l'acquisition de leur maîtrise. Il faut au demeurant avoir en perspective l'évolution de ces outils (1.2.) et éduquer les utilisateurs aux limites qu'ils présentent (1.3.).

1.2. L'évolution des outils documentaires électroniques

Les bases de données existantes dans le paysage juridique[10] ont évolué pour passer progressivement d'outils de références à des outils de contenu.

Les bases de données initialement apparues offraient en effet pour l'essentiel des catalogues de références de textes jurisprudentiels ou doctrinaux, voire législatifs ou préparatoires (à des textes législatifs). Elles représentaient une étape accélérée et efficace faisant émerger et permettant de sélectionner des références de documents pertinents mais ne dispensant pas d'un passage en bibliothèque pour accéder aux documents eux-mêmes.

Aux simples références ont été progressivement joints des verbos, sommaires, plans des articles ou ouvrages, extraits, voire textes *in extenso*. Dans les trois premiers cas, c'est la qualité de sélection qui s'en trouve améliorée. Mais il ne s'agit pas encore de s'épargner le détour en bibliothèque. Dans le dernier cas et parfois même l'avant-dernier, la seule interrogation électronique aboutira à une réponse documentaire complète.

Ce constat vaut tout d'abord pour les bases de données élaborées par des éditeurs privés, distribuées classiquement sur cédéroms (Judit et R.A.J.B.i. notamment). Les concepteurs de ces produits y ont ainsi intégré *in extenso* certains arrêts ou jugements inédits sur support papier. Ils reproduisent parfois en outre intégralement le texte d'arrêts de la Cour de cassation, au vu de l'intérêt de ces arrêts. Plus souvent, ils présentent des extraits de décisions.

Les bases de données qui ont par la suite été développées par des acteurs publics ou privés et mises à disposition via Internet, se caractérisent davantage par la mise en ligne systématique de contenu.

Il en est ainsi des sites mettant à disposition des documents normatifs, sites des journaux officiels, qu'ils soient nationaux ou européen. Le cas du site du Moniteur belge se singularise par le fait que ce site est désormais la seule source

10. Pour un panorama belge des sources documentaires électroniques, voy. C. de TERWANGNE, « Les outils documentaires électroniques », in *La pathologie législative, comment en sortir ?*, coll. « Droit en mouvement », Bruxelles, La Charte, 1998, pp. 79-96.

de diffusion du journal officiel belge[11]. Ce site diffuse le Moniteur belge en texte intégral depuis 1997 (pour les numéros antérieurs à cette date, seules les références des normes sont présentées). Les bases de données Wallex[12] pour la Région wallonne, Gallilex[13] pour la Communauté française et le Vlaamse Codex[14] pour la Communauté flamande, diffusées via les sites internet de ces institutions, présentent quant à elles les normes régionales ou communautaires.

Les sites de la Chambre[15] et du Sénat[16], au niveau fédéral, et de leurs équivalents au niveau fédéré, proposent la version électronique de leurs traditionnelles publications concernant les travaux préparatoires des normes adoptées ou en voie de l'être dans les hémicycles de ces institutions.

Pour la jurisprudence également, il est dans bien des cas possible de voir s'afficher le texte intégral des décisions sur écran. C'est systématiquement le cas des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme[17], des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance[18], des arrêts de la Cour d'arbitrage[19], de ceux de la Cour de cassation[20], ceux du Conseil d'État[21]. Les décisions des juridictions belges de niveaux inférieurs font soit l'objet d'un référencement soit sont diffusées *in extenso*, mais sans plus de caractère systématique[22].

Certains sites traitent spécifiquement d'un sujet et offrent une sélection thématique de textes normatifs, de décisions de jurisprudence et d'articles de doctrine. C'est le cas notamment du site consacré aux crimes contre l'humanité, mis en place par le Centre interdisciplinaire Droits Fondamentaux et Lien Social de la faculté de Droit de Namur[23] et du site de l'A.S.B.L. « Droit et Nouvelles technologies »[24].

Outre la progression en termes d'offre de contenu, les outils documentaires électroniques présentent également des apports nouveaux. Ainsi, à la différence du site du Moniteur belge, les sites officiels de diffusion d'informations légales offrent, tant au niveau fédéral qu'au niveau régional ou communautaire, des versions consolidées des normes et intègrent des hyperliens qui relient chaque

11. Pour une présentation et une critique de cette solution, voy. C. de TERWANGNE, « La fin du Moniteur belge », *Rev. Ubiquité - Dr. techn. inf.*, n° 15, avril 2003, pp. 3 et s.
12. Disponible à l'adresse http ://www.wallex.wallonie.be.htm.
13. Disponible à l'adresse http ://www.cdadoc.cfwb.be/gallilex.htm.
14. Disponible à l'adresse http ://212.123.19.141.
15. http ://www.lachambre.be.
16. http ://www.senate.be.
17. A l'adresse www.echr.coe.int.
18. A l'adresse http ://europa.eu.int/cj/fr/content/juris/index.htm.
19. A l'adresse http ://www.arbitrage.be.
20. A l'adresse http ://www.cass.be.
21. A l'adresse http ://www.raadvst-consetat.be.
22. Voy. par exemple la base de données « Jurisprudence » présentée sur le site Internet du ministère de la Justice, à l'adresse http ://just.fgov.be.
23. http ://www.droit.fundp.ac.be/genocide/Index.htm.
24. http ://www.droit-technologie.org/.

norme aux textes adoptés en aval. À titre d'exemple, la base de données intitulée « Législation consolidée » mise à disposition sur le site du ministère de la Justice, présente les normes en vigueur dans le pays dans une version intégrant au fur et à mesure les modifications apportées au texte initial, accompagnées des mesures d'exécution prises et des versions antérieures du texte archivées, de même éventuellement que du rapport au Roi précédant les arrêtés royaux.

1.3. L'éducation aux limites des outils documentaires électroniques

L'apprentissage de l'utilisation des outils documentaires électroniques doit s'accompagner d'une prise de conscience des inévitables limites de ces outils. Il convient notamment d'éveiller les étudiants à deux particularités.

Tout d'abord, il faut se rendre compte de la dépendance de la personne interrogeant une base de données à l'égard de l'encodeur de celle-ci. C'est en effet la manière dont les informations auront été classées dans la base de données qui déterminera l'accès à ces informations. Il faut, pour faire émerger des documents, que l'interrogation corresponde au classement réalisé par l'encodeur. Des informations contenues dans la base de données n'apparaîtront pas à l'écran si elles n'ont pas été spécifiquement rattachées aux mots-clefs introduits ou si elles n'ont pas été intégrées dans les catégories de classification consultées (par exemple, la « vie privée » peut avoir été rangée dans la catégorie des droits de l'homme ou dans celle des droits de la personnalité).

Conscient de cette dépendance vis-à-vis de la connaissance juridique de l'encodeur et des catégorisations qu'il a effectuées, l'étudiant sera attentif à multiplier les approches différentes pour une même interrogation de base de données.

Les moteurs de recherche qui proposent notamment comme critère de recherche celui de l'occurrence d'un mot donné dans le titre ou le texte des documents encodés (critère de la « recherche libre »), offrent une réponse partielle au problème de la dépendance. En effet, ce critère de recherche ne repose sur aucun classement prédéfini. Toutefois, il exige de multiplier les interrogations variant les synonymes et les termes d'entrées. Et les résultats ne sont pas encore garantis. Ainsi, il est clair que, recherchant les ouvrages de références en matière de droit des technologies de l'information, celui qui introduit comme critère de recherche libre les termes « droit » et « technologies de l'information » ne verra pas surgir l'ouvrage pourtant fondamental dans le domaine, intitulé *L'hermine et la puce*[25]. Pour faire apparaître de la base de données la référence à cet ouvrage, l'utilisateur devra avoir combiné les modes d'interrogation. C'est vraisemblablement par une recherche basée sur les mots-clefs (impliquant une préclassification) « droit de l'informatique » que l'information émergera.

25. *L'hermine et la puce*, Paris, Masson, 1992.

La deuxième limite concerne spécifiquement les sources documentaires électroniques disponibles sur Internet. Sur la toile, les sources nationales côtoient les sources étrangères. Il est important en premier lieu d'être vigilant quant à la nationalité d'un site (il est arrivé qu'un étudiant belge étaye son argumentation avec un arrêt provenant du site du Conseil d'État français sans s'être rendu compte de la confusion). En deuxième lieu, dès lors que l'on observe un déséquilibre entre sources nationales et étrangères présentes sur le Net, ce qui est surtout vrai concernant les publications doctrinales, il faut être attentif à ne pas importer insidieusement un modèle juridique étranger qui ne tiendrait pas compte des valeurs et des choix de société qui sont les nôtres.

2. Les cours assistés des TIC

Après avoir évoqué au point précédent les cours portant sur l'apport des TIC pour le juriste en formation, on aborde à présent les cours assistés des TIC. Le progrès technique passe donc d'objet de cours à adjuvant de ceux-ci.

C'est au stade de ce point et du suivant que l'on est amené à vérifier la pertinence ou l'outrance de l'assertion reprise en exergue de la présente contribution. Plutôt que d'envisager des amphithéâtres désertés et inutiles, on retiendra dans ces lignes l'hypothèse de cours donnés « en présentiel » tout en faisant intervenir les services offerts par les TIC. Au point 3. on s'attachera à l'hypothèse de cours ne faisant plus intervenir que les TIC, sans la présence de l'enseignant.

2.1. Cours magistral et support pédagogique électronique

Le cours magistral classique peut être utilement appuyé par des projections animées de données au départ d'un ordinateur. Il s'agit de charpenter l'exposé oral par le déroulé d'une structure visuelle. L'aspect dynamique de la projection a un effet indéniablement positif sur les auditoires « amorphes ». Il autorise par exemple l'apparition successive des différents éléments d'une définition ou d'un raisonnement. L'attention de l'auditoire est maintenue en éveil par le séquençage tandis que le découpage d'un raisonnement ou d'une définition en met la logique et les éléments en évidence.

Cet outil permet également la visualisation de documents tels un arrêt de la Cour d'arbitrage, une clause contractuelle, un acte de l'état civil, une citation en justice, une page d'un Moniteur belge, un extrait des Annales parlementaires. À partir de ces illustrations, l'enseignant pourra élaborer des développements soit à propos de la forme des documents projetés, si le but de la visualisation est de familiariser les étudiants à l'aspect formel d'un document juridique spécifique, soit à propos du contenu du document affiché. Il est ainsi possible de réaliser un travail sur texte, en petit mais également en grand groupe.

2.2. Pédagogie et recours aux services d'Internet

Avec la possibilité de recourir aux services d'Internet, le cours magistral traditionnel de même que le traditionnel syllabus sont en passe de perdre leur rôle central. Il ne s'agit bien sûr pas ici d'ajouter la technologie en gadget récréatif à un cours dont on n'a pas revu la pédagogie[26]. Il n'y a en effet rien de neuf à mettre le syllabus du cours sur Internet plutôt que le distribuer sur support papier.

Les objectifs de l'utilisation de l'outil technologique en support pédagogique sont de quatre ordres : fournir des documents et informations supplémentaires (a.), favoriser les exercices et l'auto-évaluation (b.), donner la possibilité d'échanges via les forums de discussion (c.) et donner la possibilité de contacts avec le professeur via le courrier électronique (d.).

a. Fournir des documents et informations supplémentaires

1. Il faut d'abord s'interroger sur l'opportunité de mettre un **syllabus** à disposition en ligne. Procéder de la sorte présente un désavantage et trois avantages, d'inégale importance.

La mise en ligne du support de cours via le *web* conduit à une présentation « saucissonnée » de la matière : l'édition électronique tronçonne le contenu et une matière disparaît quand une autre apparaît à l'écran. Il est dès lors plus difficile d'avoir une vue d'ensemble du sujet traité.

Par ailleurs, l'insertion d'hyperliens à même le texte publié offre l'avantage de pallier à la rigidité de la linéarité : en activant l'hyperlien proposé, il est possible de passer d'un point de la matière à un autre qui lui est lié. On peut jouer à « saute-bouton » pour reprendre l'expression ludique de M. Lebrun[27].

Le support électronique offre la possibilité d'intégrer plus d'images ou de reproductions dans le support de cours qu'un syllabus classiquement édité sur papier. Ce potentiel n'est pas à négliger dans les hypothèses où il est souhaitable que les étudiants aient une vision de certains documents, soit pour se familiariser à leur forme, soit pour en analyser les formules, et dans les hypothèses d'illustrations des cours ou pour insérer des tableaux en tout genre.

Enfin, le syllabus en version électronique s'autorise à être mouvant. Le texte peut en effet être ajusté, mis à jour au fil des évolutions que connaît la matière

26. Sur les incidences pédagogiques de la mise en place d'un scénario d'activité d'apprentissage intégrant les TIC, T.C. Reeves, « A Ten Dimensions Model for Web-based Instructions », in T. Ottman, I. Tomek, *EDMEDIA'96*, Charlotteville, Association for the Advancement of Computing in Education, 1996 ; A. Daele, C. Brassart, L. Esnault, M. O'Donoghue, E. Uyttebrouck, R. Zeiliger, « Comment concevoir un scénario pédagogique ? Un outil de questionnement en 17 dimensions », disponible sur le site de Recre@sup à l'adresse http :// tecfa.unige.ch/proj/recreasup.

27. M. Lebrun, *op. cit.*

traitée. Selon le sujet, il peut donc particulièrement s'indiquer d'opter pour une mise en ligne du syllabus.

2. Au delà du syllabus, Internet offre la possibilité de joindre des **documents complémentaires** de tous types.

Cette voie peut être choisie pour diffuser les diaporamas projetés au cours. C'est en effet une façon intéressante de rendre disponibles en différé les informations données, ou à tout le moins la structure de l'exposé donné oralement par l'enseignant[28].

On peut imaginer par ailleurs la mise à disposition du texte d'un projet de loi, de décisions de jurisprudence, d'articles de doctrine, ... Il s'agit à ce stade de changer plus globalement l'approche pédagogique suivie. Faute de quoi, l'étudiant recevra le message que le seul élément central, référence lors de l'évaluation des acquis, demeure le syllabus, et que les documents annexes présentés sur le site le sont pour alimenter un éventuel intérêt personnel de l'étudiant. Les textes complémentaires peuvent être destinés à développer le sens critique des étudiants ou à compléter leur formation et être en conséquence mis sur le même pied que le syllabus. Cela signifie que l'enseignant doit intégrer l'apport de ces documents supplémentaires au sein du cours.

Au titre de documents annexes, on peut trouver des textes fournis par les étudiants eux-mêmes. Ce sera plutôt le cas dans les hypothèses de travail s'inscrivant dans une optique de pédagogie active : conclusions (mémoire) que doit déposer un étudiant (ou groupe d'étudiants) dans un procès fictif, mises à disposition sur le *web* afin de permettre à l'adversaire de répliquer, clauses contractuelles proposées à un imaginaire co-contractant, etc.

3. On peut encore envisager d'afficher une sélection de **liens** vers des sites en connexion avec le sujet de l'enseignement, afin de faciliter les recherches des étudiants ou d'offrir des compléments à la matière. Il est opportun d'accompagner la présentation de chaque lien d'un commentaire qui éclaire sur l'objet du site proposé, sa pertinence, son caractère officiel ou non, son auteur.

b. Favoriser les exercices et l'auto évaluation

On note une nette amélioration de la qualité de l'apprentissage lorsque l'on confronte les étudiants aux mêmes concepts que ceux exposés au cours magistral, mais dans le contexte d'exercices ou de cas pratiques à résoudre. Même si la distribution d'énoncés d'exercices et de casus peut sans difficulté se réaliser sur

28. A. Laloux, M. Lebrun, « Comment faire accéder les enseignants et les étudiants à 'l'autrement' dans l'enseignement et l'apprentissage par l'utilisation des NTIC ? », disponible à l'adresse http ://www.ipm.ucl.ac.be/articlesetsupportsIPM/Montreal.pdf.

support papier, la souplesse et la facilité d'Internet favorisent assurément le développement d'une telle offre de support pédagogique.

On peut proposer aux étudiants via le *web* des énoncés conçus au fur et à mesure de l'avancée dans le cours magistral. Des solutionnaires peuvent être fournis soit immédiatement, en accompagnement des exercices, soit avec un délai devant éviter aux étudiants la tentation de s'orienter trop rapidement vers les solutions. On peut préférer encore réserver la résolution des exercices pour les séances de travaux pratiques en présence d'assistants.

Il est également possible de concevoir des questionnaires à choix multiples (QCM) électroniques permettant une évaluation immédiate des réponses (vrai, faux) et joignant un commentaire explicatif à la bonne réponse ou disposant d'un bouton « aide » pour mettre l'interrogateur sur la voie.

Des « tests » peuvent être proposés au terme de chaque partie de la matière de cours afin d'inviter l'étudiant à mesurer sa compréhension et ses acquis et à être à même de s'auto-évaluer.

Un des avantages liés à la mise à disposition électronique des exercices, questionnaires et tests consiste dans le fait que la technologie permet d'effectuer un suivi des étudiants. Il est en effet possible de vérifier combien de demandes d'accès ont été enregistrées par le site, quels documents ont été lus ou utilisés, combien de temps a été passé sur chaque partie de l'information fournie, quels résultats sont apparus de l'usage des QCM, etc. De ces statistiques on peut tirer d'intéressantes conclusions en termes d'intérêt des étudiants pour la démarche d'information proposée et, plus spécifiquement, pour tel ou tel document, en termes de motivation, de temps investi, de niveau de résultats atteint aux tests, ... On peut même personnaliser le suivi dès lors que les étudiants doivent introduire un log-in ou n'importe quel autre identifiant lors de leurs connexions au site. Ces opérations de suivi statistique ou personnalisé impliquent la conservation des données de connexion et de navigation sur le site. Il convient en conséquence de signaler que ces opérations doivent s'effectuer dans le respect de la législation sur la protection des données à caractère personnel[29]. Il faut notamment informer les utilisateurs de la conservation des données de trafic, indiquer le but poursuivi par cette conservation et les catégories de personnes qui auront accès aux données enregistrées.

c. Permettre les échanges par le biais des forums

Les forums de discussion offrent la possibilité d'échanges entre les étudiants et, le cas échéant, avec l'enseignant.

29. C'est-à-dire dans le respect de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel, modifiée par la loi du 11 décembre 1998, et de l'article 109*ter* D et E de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, dite loi Belgacom, complété par la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique.

Ils peuvent être le lieu de réaction au cours enseigné. Les étudiants peuvent poser des questions, émettre des réflexions, soulever des problèmes en rapport avec la matière, ils peuvent s'interroger et interroger les participants au forum sur l'éventuel lien à faire entre un fait de l'actualité ou un cas pratique rencontré et le cours. Les participants peuvent réagir aux messages postés, proposer des réponses, rebondir sur les questions. L'enseignant peut intervenir pour donner ses réponses ou mettre sur la voie des solutions ou renvoyer à un document éclairant, etc.

Lorsque les étudiants sont conviés à lire certains documents avant le cours oral, ils peuvent utiliser le forum pour exposer les questions suscitées par leurs lectures. Les réponses et clarifications seront données lors du cours oral. Cela permet d'aménager le cours oral en fonction notamment des questions enregistrées.

Les forums de discussion peuvent aussi être le support central de la pédagogie mise en place. C'est particulièrement le cas de l'« apprentissage collaboratif »[30]. À titre d'exemple de scénario de ce type d'apprentissage, ci-suit une expérience évoquée lors de la journée de dissémination organisée le 25 octobre 2002 par Recre@sup, Réseau de Centres de Ressources de l'Enseignement Supérieur : « Récemment dans une université, une équipe de trois enseignants en droit a collaboré à la mise au point d'une formation de troisième cycle d'un an centrée sur la problématique des droits d'auteur sur Internet. Comme le public est composé de personnes en situation de travail et disposant d'un ordinateur connecté soit sur leur lieu de travail soit à domicile, les trois enseignants ont [...] trouvé intéressant de mettre à la disposition des participants des outils en ligne comme des forums thématiques pour les inciter à échanger leurs expériences ou à réfléchir à certains cas particuliers. Les étudiants devaient réaliser une recherche (sur Internet, dans les journaux...) pour trouver des cas de litiges ou de procès faisant intervenir les droits d'auteur et l'usage des technologies. Chaque étudiant devait présenter son cas en trois ou quatre paragraphes et poser des questions précises quant à la résolution du cas. Les étudiants étaient ensuite invités à interagir par rapport aux cas et aux questions posées par leurs pairs. »[31].

Le « cyberbavardage » qui prend place dans les forums de discussion présente plusieurs avantages :

- il permet aux étudiants qui y prennent part de développer des aptitudes à la communication ; les forums abritent une forme de communication rapide et

30. Pour une définition de l'apprentissage collaboratif et une analyse du sujet, voy. E. Bourgeois, J. Nizet, *Apprentissage et formation des adultes*, Paris, PUF, 1997, pp. 172-186 ; M. Lebrun, « Des méthodes actives pour une utilisation effective des technologies », http ://www.ipm.u-cl.ac.be/Marcell/TECHPED/MTTDM.HTML, décembre 2001.

31. WP2 « Comment concevoir un scénario pédagogique ? », cas 1 « Apprentissage collaboratif », disponible à l'adresse http ://tecfa.unige.ch/proj/recreasup.

spontanée comme la parole mais nécessitant un délai de rédaction favorisant la réflexion ;
- il invite celui qui s'exprime à formaliser ses idées et structurer son raisonnement ; pour être efficace, la communication doit être claire et précise ; on observe que les étudiants ayant expérimenté les échanges électroniques en accompagnement de cours utilisent un vocabulaire plus rigoureux et juste que les étudiants suivant un cours traditionnel ;
- les opinions émises sont mises à l'épreuve par les pairs et le professeur ; l'expérience a montré que cela conduit les étudiants à élaborer des documents plus sensibles à la critique qui pourrait être opposée à leurs assertions et arguments, des documents dès lors plus étayés ou plus nuancés ;
- soulever une question ou relever un problème dans un forum conduit à un plus large cercle de répondants potentiels ; les interactions entre étudiants ne sont plus limitées aux échanges avec le « bon copain » ; les timides et les rétifs à la sociabilité discursive pourront eux aussi recueillir les réponses et opinions des autres étudiants.

La très large majorité des étudiants impliqués dans un cours faisant intervenir un forum tirent un bénéfice réel de leur participation même passive aux discussions tenues par ce biais. Une très grande proportion avoue que le fait de connaître les idées, voir les réactions et découvrir les travaux de leurs pairs les aide à apprendre ou les fait progresser d'une manière ou d'une autre. Il faut toutefois, pour atteindre un tel résultat, que les étudiants aient tout d'abord bénéficié d'une formation à l'usage de la technologie (qu'ils se soient vu expliquer le fonctionnement du forum, comment se connecter à la plate-forme, lire les messages, écrire un message, déposer un document...). Ensuite, l'enseignant doit assurer un encadrement de l'utilisation du forum, préciser les objectifs de sa mise en place, établir le lien entre le forum et le cours.

d. Contacter le professeur via le courrier électronique

Le recours au courrier électronique pour établir un contact avec l'enseignant représente un nouvel instrument pour gérer harmonieusement la présence et la distance à l'égard des étudiants.

Cet instrument offre deux atouts indubitables.

Primo, la distance induite par le contact écrit, alliée à la simplicité (qui ne doit pas signifier l'irrespect) inhérente à ce mode de communication électronique, permet aux étudiants de poser plus facilement des questions à l'enseignant. Elle estompe le côté intimidant d'un face-à-face. Paradoxalement c'est la distance qui rapproche... Les cours dans de grands amphithéâtres avec des groupes d'étudiants de grande dimension seront ceux qui bénéficieront le plus de la possibilité de contact via le courrier électronique. L'utilité de cette possibilité grandit avec la taille de l'auditoire, de même que le caractère impersonnel de celui-ci.

Secundo, l'utilisation du courrier électronique n'est pas restreinte par des limites horaires. Derrière son adresse électronique, le professeur est accessible n'importe quand, à tout le moins pour réceptionner les messages. Les réponses, quant à elles, devraient être formulées, le cas échéant sous une forme regroupée, oralement lors du cours. Outre l'économie de temps que ce procédé représente pour l'enseignant, qu'il soit ou non assailli de courrier, cela permet surtout de faire partager à l'ensemble des étudiants l'intérêt des réponses fournies.

D'un point de vue pragmatique, il est utile de songer à créer une boîte aux lettres électronique spécifique pour réceptionner les messages des étudiants. Outre le fait que cette solution évitera de noyer les courriers liés au cours dans une boîte au profil très certainement saturé, la boîte du professeur, cela permet un éventuel traitement des questions et remarques par un tiers (assistant, par exemple) en cas d'indisponibilité du professeur (parti en mission, par exemple, ou tombé malade).

3. Les cours à distance ou cours en ligne

À la différence des cours assistés des TIC, les cours à distance ou cours en ligne vérifient la fatale conjecture du Professeur Burkert. Les amphithéâtres des universités ne jouent plus de rôle dans ces cours où la présence de l'enseignant n'est plus que virtuelle et se réduit à une image mouvante apparaissant sur l'écran de l'ordinateur.

De tels cours ne sont toutefois pas en passe de se généraliser. La mise en place de cours donnés totalement à distance répond au souci de prendre en compte la situation particulière des étudiants ou d'un enseignant. Ainsi, l'offre de cours en ligne est particulièrement appréciée dans les programmes d'enseignement à horaire décalé. Le public de ces programmes est en effet généralement composé de personnes poursuivant d'autres activités (professionnelles ou autres) et les plages horaires proposées pour les cours (soirs de semaine et samedis) ne rencontrent pas toujours la disponibilité des étudiants. Dans un autre cas de figure, un enseignant pressenti pour dispenser un enseignement ne se trouve pas sur les lieux de cours (professeur d'une université étrangère, par exemple).

Les cours à distance peuvent être donnés en direct, l'ordinateur servant seulement d'interface destinée à mettre en « présence » l'enseignant et les étudiants. Il s'agit alors de vidéoconférences impliquant généralement que les étudiants soient tout de même rassemblés en un lieu commun pour suivre le cours qui se déroule dans les faits à un endroit distant. À part la « biquité », de tels cours ne présentent aucune particularité remarquable par rapport aux cours magistraux classiques. Si ce n'est la perte de l'aura liée à la présence physique de l'enseignant et à son jeu de scène ...

Les cours peuvent par ailleurs être enregistrés et rendus disponibles sur cédéroms ou via le *Web*. Dans ces cas, la prise de connaissance s'effectue au

moment et dans le lieu qui conviennent à l'utilisateur. Sous cette forme, les cours à distance offrent donc l'avantage insigne de la flexibilité horaire et de la variabilité du lieu. À cela il faut ajouter l'intérêt d'une disponibilité répétée, c'est-à-dire la possibilité pour l'étudiant de faire redéfiler le cours ou des parties de cours autant de fois qu'il le souhaite.

Dans le cadre des cours à distance ou en ligne, il peut, tout autant que pour les cours magistraux classiques, être fait recours aux services d'Internet. L'ensemble de ce qui a été formulé au point précédent trouve donc à s'appliquer dans cette hypothèse.

Conclusion

Il n'y a pas lieu de voir dans les amphithéâtres des facultés de droit des espèces en voie de disparition.

Si l'introduction des technologies de l'information et de la communication dans ces facultés apporte des bouleversements dans la formation en droit, c'est par le biais de la réflexion pédagogique qu'elle occasionne. Les TIC n'ont pas vocation à se substituer à la pédagogie, ni à tenir lieu en elles-même de pédagogie. Elles sont une opportunité à saisir, qu'elles servent de support au cours (cours assisté des TIC[32]) ou qu'elles donnent au cours sa forme (cours à distance[33]). Elles sont également devenues un indispensable objet de cours dans la formation en droit (formation à la recherche documentaire par la voie électronique[34]).

Ce n'est que marginalement[35] que les développements technologiques rendent obsolètes et vides les amphithéâtres. Au service de l'enseignant, ils peuvent au contraire ramener vers ces lieux d'apprentissage dynamique et interactif des brebis autrefois égarées ou endormies.

32. Voy. *supra*, point 2.
33. Voy. *supra*, point 3.
34. Voy. *supra*, point 1.
35. Dans l'hypothèse d'un cours totalement à distance.

L'évaluation des lois : de l'idée à sa concrétisation

Françoise Leurquin-De Visscher
Professeur à l'Université Catholique de Louvain

Certaines idées, bien que particulièrement séduisantes, ne parviennent que difficilement à s'inscrire dans la réalité. Tel est le cas de l'évaluation des lois fédérales. Définie comme étant l'analyse, à l'aide de méthodes scientifiques, des effets les plus significatifs des choix exercés par le législateur, l'évaluation législative piétine. En 2004 en effet, les études méthodiques étayées par des faits objectifs et des raisonnements reproductibles pour mesurer les effets prévisibles ou avérés des normes législatives ne trouvent pas encore leur ancrage dans le processus d'élaboration des lois en Belgique.

Et pourtant, depuis 1990, les projets et propositions de loi destinés à prendre en compte la démarche évaluative n'ont pas manqué. Leurs auteurs n'ont pas non plus bridé leur imagination pour intégrer cette préoccupation dans le droit fédéral. Pour les uns, c'est tantôt la réforme des règles de procédure qui gouvernent l'élaboration des lois qui est préconisée. Il conviendrait dès lors d'instituer « une évaluation triennale de la législation »[1], voire « une procédure d'évaluation législative »[2]. Pour d'autres, il serait préférable de confier la mission à un organe spécialisé, dénommé tour à tour « commission nationale chargée de la coordination et de la simplification de la législation »[3], « comité parlementaire chargé du suivi législatif »[4], « cellule d'évaluation de la législation »[5], « office de la législation »[6] ou encore « conseil législatif »[7]. Une

1. Proposition de loi instituant une évaluation triennale de la législation, Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 439/1 et Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 439/2.
2. Projet de loi instituant une procédure d'évaluation législative, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord.1997-1998, n° 955/1, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1997-1998, n° 955/3 et Texte adopté en séance plénière et transmis à la Chambre des représentants, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1997-1998, n° 955/5.
3. Proposition de loi créant une commission nationale chargée de la coordination et de la simplification de la législation, Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 229/1 et Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 229/2.
4. Proposition de loi instaurant un Comité parlementaire chargé du suivi législatif, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 1580/001 et *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2003, n° 29/1.
5. Proposition visant à créer, au sein des services du Sénat, une cellule d'évaluation de la législation, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1996-1997, n° 643/1.
6. Proposition visant à créer, au sein du Sénat, un office de la législation, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1997-1998, n° 839/1.
7. Proposition de loi instaurant un conseil législatif, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n°1 071/1 et *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 547/1.

troisième tendance enfin juge plus judicieux d'aborder le problème du suivi de la législation en s'adjoignant l'expertise des hautes juridictions[8].

Le fait qu'aucune de ces initiatives, comme d'ailleurs aucune déclaration faite en faveur de l'évaluation des lois par les gouvernements qui se sont succédé depuis la marche blanche[9] n'ait jusqu'à présent abouti, interpelle. Quelles sont donc les raisons de cet immobilisme ? Pourquoi l'idée d'« améliorer le contenu des lois en prenant en compte les effets de tout ordre qu'elles suscitent »[10] a-t-elle tellement de difficulté à se concrétiser ?

Il semble bien que la manière dont le thème de l'évaluation a été abordé en Belgique jusqu'à présent souffre de deux défauts opposés. D'une part, il suscite une attente excessive et conduit ses partisans à faire croire que l'évaluation constitue le remède à l'ensemble des maux relevés par ce que d'aucuns ont qualifié de pathologie législative[11]. D'autre part et à l'inverse, il pâtit d'une banalisation exagérée, ce qui permet aux adversaires d'une institutionnalisation de la démarche évaluative de faire valoir que cette dernière est et a toujours été pratiquée et qu'il ne s'agit en réalité que d'un effet de mode. Entre ces deux points de vue extrêmes, il existe cependant une position médiane qui donne à l'évaluation son exacte portée. Celle-ci ne peut toutefois être bien comprise qu'après avoir mené une réflexion sur les enjeux de l'évaluation, c'est-à-dire les objectifs qui doivent lui être assignés (§ 1. L'enjeu politique de l'évaluation des lois), les exigences scientifiques qui la sous-tendent (§ 2. L'enjeu scientifique de l'évaluation des lois) ainsi que les institutions qui seraient à même d'en assumer la responsabilité (§ 3. L'enjeu institutionnel de l'évaluation des lois).

§1. L'enjeu politique de l'évaluation des lois

La première question qui vient à l'esprit est celle du « pourquoi ? ». Pourquoi importe-t-il d'introduire dans le processus d'élaboration des lois une démarche évaluative ? Et, comme toute intervention du législateur trouve son origine dans un écart jugé inacceptable entre une situation de fait et une situation idéale, la

8. Proposition de loi relative à la collaboration de la Cour de cassation à l'évaluation de la législation, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 1151/1 ; Proposition complétant l'article 22 du règlement du Sénat, en vue d'organiser le suivi de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2003, n° 3-102/1 ; Proposition complétant l'article 22 du règlement du Sénat, en vue d'organiser le suivi des propositions *de lege ferenda* du parquet de la Cour de cassation, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2003-2004, n° 3-381/1.
9. Voir par exemple le compte rendu de la réunion du conseil des ministres du 18 juillet 1997 ainsi que les déclarations gouvernementales du 14 juillet 1999 et du 14 juillet 2003.
10. J. CHEVALLIER, « Rapport introductif », *in Revue de la Recherche juridique*, Cahiers de méthodologie juridique n° 9, L'évaluation législative, 1994-4, p. 1083.
11. A. ANTOLE et *alii*, *La pathologie législative, comment en sortir ?* Actes du colloque du 23 mai 1997 organisé par l'association des juristes namurois, Bruxelles, La Charte, 1998 ; G. CEREXHE, « L'évaluation des lois », *in Évaluer les politiques publiques, Regards croisés sur la Belgique*, Academia-Bruylant, 2001, p. 119.

question se dédouble. Il convient de s'interroger dans un premier temps sur la situation dénoncée. Il faut se demander ensuite si l'évaluation des lois constitue une réponse politique adéquate à celle-ci.

La détermination des objectifs qui sont à assigner à l'évaluation des lois ne fait pas l'unanimité. Pour le gouvernement actuel, le but à atteindre en mettant sur pied un système d'évaluation législative est la réduction de la paperasserie. L'accord gouvernemental présenté devant la Chambre des représentants le 14 juillet 2003[12] prévoit en effet « douze actions de simplification concrètes » destinées à lutter contre la surabondance de formalités administratives qui asphyxient les indépendants et les entreprises. C'est ainsi qu'au nombre de ces « XII Œuvres »[13] figurent, sur un même pied, la suppression du certificat de bonne vie et mœurs, la suppression de la certification conforme de copies, la suppression du pointage pour les chômeurs, la suppression des timbres fiscaux pour les permis de conduire, l'extension de *Tax-on-web* et la déclaration d'impôt préremplie, l'introduction de la collecte unique de données des citoyens, l'introduction du formulaire unique pour les entreprises débutantes, la suppression des attestations et des certificats pour les marchés publics, la réduction des délais d'archivage électronique, l'introduction du numéro unique d'entreprise, l'introduction de la collecte unique de données des entreprises et ..., tel le douzième exploit d'Hercule dont la mission consiste à ramener le chien Cerbère des Enfers, l'introduction d'un système d'évaluation législative. Même si la déclaration ajoute que l'efficacité, la proportionnalité, la transparence et la cohérence seront les critères pris en compte, l'objectif visé déconcerte. Sauf à ne soumettre à évaluation que les quelques rares articles de lois qui, par eux-mêmes, imposent des charges administratives, on aperçoit mal en effet la place qu'occupe l'évaluation des lois dans cette liste et le rôle qu'elle peut tenir dans la lutte contre la paperasserie.

Plus sérieux semble être l'objectif qui vise à « garantir la qualité de la réglementation ». Il a été énoncé par le Conseil des ministres du 18 juillet 1997, il a été repris dans l'accord gouvernemental de juillet 1999, on le retrouve également comme finalité de multiples projets et propositions qui ont fait l'objet de discussion au sein des assemblées fédérales. Le constat est connu : non seulement la législation apparaît comme étant pléthorique mais elle souffre également de graves défauts de nature qualitative. Deux déficiences, qui, passé un certain seuil, finissent par porter atteinte à certaines valeurs essentielles d'un État démocratique. Face à cette dégradation croissante de la réglementation, l'évaluation des lois fait alors office de solution[14].

12. « Une Belgique créative et solidaire – Du souffle pour le pays », Déclaration gouvernementale du 14 juillet 2003.
13. Note de politique générale concernant la simplification administrative du 26 novembre 2003, Secrétariat d'État à la simplification administrative.
14. Rapport sur les propositions instituant une évaluation périodique de la législation du 26 avril 1994, *Doc. parl.* Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 439/2 ; Rapport sur le projet de loi instituant →

Tant la situation dénoncée que le remède à y apporter méritent cependant réflexion. On peut en effet se demander si une partie des critiques adressées à l'état de la réglementation n'est pas à mettre sur le compte d'une certaine nostalgie d'un passé révolu. L'inflation législative est, pour une large part tributaire de choix de société difficilement réversibles : l'internationalisation de l'État, sa fédéralisation et son rôle régulateur dans des domaines de plus en plus nombreux n'en sont que des exemples. Quant à la qualité des règles, elle doit pouvoir s'accommoder des exigences de rapidité et de mutabilité propres au XXIe siècle.

Même si ce qui vient d'être dit relativise quelque peu les défectuosités dénoncées, il reste que celles-ci demeurent importantes, ce qui est d'autant moins admissible que le citoyen se trouve précisément confronté à une législation abondante et complexe.

Une analyse des différents reproches formulés à l'encontre des lois permet toutefois de constater que ceux-ci sont de deux ordres. Les uns sont de nature formelle. C'est le système de communication entre le législateur et le citoyen qui est déficient. Le message législatif est mal rédigé, mal transmis ou mal reçu. Ce peut être tantôt la rédaction qui est imparfaite pour la raison que les auteurs de la loi ne sont pas obligatoirement assistés, tout au long de la procédure d'élaboration du texte, par des légistes professionnels ou par des traducteurs expérimentés. Ce peut être aussi la transmission de la volonté du législateur qui ne se réalise pas de manière optimale. Le message envoyé est par exemple tronqué parce qu'il prend la forme de lois-programme ou de textes modificatifs qui ne permettent pas de disposer d'emblée de l'ensemble de la législation applicable à une matière déterminée. Ce peut être enfin la prise de connaissance des textes qui se révèle inadaptée. Le Moniteur belge ne peut plus aujourd'hui constituer le seul moyen d'information officielle pour le citoyen. Un service public minimum consisterait à lui mettre à disposition non seulement l'ensemble de la législation belge coordonnée mais également des moteurs de recherche performants et des fiches d'informations fiables réalisées avec l'aide de spécialistes en communication.

D'autres reproches adressés à la législation sont de nature matérielle. Ils sont liés au contenu du message législatif. De sa conception à sa disparition, la règle doit avoir été pensée[15]. Or, il n'est pas rare que des approximations voire des erreurs de perception entachent l'une ou l'autre étape qui jalonne le processus décisionnel. Il peut arriver en effet que le problème de départ ait été mal appréhendé, que les objectifs n'aient pas été exactement cernés, que les alternatives n'aient pas été envisagées, que les effets potentiels des mesures n'aient pas

→ une procédure d'évaluation législative du 14 janvier 1999, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, n° 955/3.

15. J.-D. DELLEY, « Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique », *in Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, p. 81 à 115.

été analysés, que des problèmes d'exécution ou d'application aient empêché la règle de développer ses virtualités ou encore qu'un suivi régulier n'ait pas été effectué. Tous défauts qui nuisent à l'efficacité, à l'effectivité ou à l'efficience de la législation[16].

Si la distinction qui vient d'être opérée est quelque peu artificielle en ce sens qu'il existe toujours des influences réciproques entre la forme d'un message et son contenu, il n'en demeure pas moins qu'elle permet de montrer que l'évaluation des lois, qu'elle s'exerce *ex ante* ou *ex post*, est une démarche qui n'est pas à rattacher au système communicationnel mais bien plutôt, comme le dit Ch.-A. Morand, au « système d'action que représente la législation »[17]. À elle seule, la démarche évaluative serait donc incapable de résoudre toutes les déficiences dont souffre la législation actuelle.

En réalité, l'objectif qu'il semble raisonnable d'assigner à l'évaluation législative est l'amélioration de la qualité du travail de fond effectué par les parlementaires en assurant une plus grande objectivité dans les choix qu'ils sont amenés à faire. Il s'agit de permettre aux auteurs de la loi d'appuyer leurs décisions sur des connaissances fiables, de leur fournir des indications de nature scientifique tant sur les effets potentiels d'un texte en projet que sur les effets réellement produits par une loi mise en œuvre. Il importe de remarquer que pareil objectif n'est pas sans implications. Il exige des autorités législatives un changement complet de culture dans la manière de prendre les décisions. Il faut qu'elles admettent que leurs choix ne puissent plus être basés sur des impressions ou des diktats. Il est également indispensable qu'elles acceptent de ne pas instrumentaliser l'évaluation et qu'elles assument pleinement le risque de conclusions qui déplaisent. Dans ces conditions, on peut raisonnablement penser que les solutions législatives seront plus rationnelles, plus cohérentes et plus efficaces, ce qui devrait normalement conduire le citoyen à se faire une idée plus positive de l'institution parlementaire.

Au-delà de l'aide à la décision qui constitue l'objectif premier, il n'est pas exclu de penser qu'à plus ou moins long terme, l'évaluation puisse s'inscrire dans une finalité plus vaste. Pour autant que les résultats des analyses aient été communiqués à l'opinion publique en des termes accessibles, elle devient alors outil démocratique. Elle permet en effet aux citoyens forts de ces informations de participer à un débat public aux enjeux clarifiés.

16. Sur les notions d'efficacité, d'effectivité et d'efficience, voir L. MADER, *Évaluation législative*, Lausanne, Payot, 1985, p. 77.
17. Ch.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », *in Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, p. 18.

§2. L'enjeu scientifique de l'évaluation des lois

Si les parlementaires belges sont nombreux à appeler de leurs vœux une évaluation législative, force est cependant de constater que rares sont leurs initiatives qui prennent en compte les modes d'analyses spécifiques qui font partie intégrante de cette notion : la dimension scientifique de l'évaluation se voit en effet quasi totalement occultée[18].

Pourtant les définitions avancées par les spécialistes de la matière ne font pas mystère de cet élément essentiel. Ainsi, pour L. Mader, « De manière très générale, ce terme couvre l'ensemble des analyses basées sur l'emploi de méthodes scientifiques et portant sur la mise en œuvre et les effets d'actes législatifs »[19]. Pour J. Chevallier, « l'évaluation législative suppose (...) que les parlementaires fassent appel à des scientifiques, capables de recourir à des méthodes rigoureuses d'analyse pour apprécier les effets des politiques suivies ; c'est à cette condition, et à cette condition seulement, qu'on peut réellement parler d'évaluation. L'évaluation doit donc être soigneusement distinguée des simples jugements évaluatifs portés par les parlementaires sur le contenu des politiques suivies »[20]. Enfin, pour M. Adams, entendu le 7 octobre 1998 par la commission chargée de faire rapport sur le projet de loi instituant une procédure d'évaluation législative, il faut entendre « par évaluation de la législation : l'évaluation des lois au sens large du terme, sur la base de certains critères, en se fondant notamment sur des données empiriques et en appliquant des méthodes scientifiques »[21].

---

18. Voir par exemple la discussion sur l'utilisation de critères socio-scientifiques dans le Rapport Caluwé à propos du projet de loi instituant une procédure d'évaluation législative. S'interrogeant sur les critères d'évaluation qui pourraient être utilisés par le service de l'évaluation de la législation à créer au sein du Sénat, la commission a estimé que ce service devait « pouvoir effectuer une analyse technico-juridique » des textes. Sa mission consisterait donc à compléter celle assignée aujourd'hui à la section de législation du Conseil d'État, mission dont il a été dit ci-dessus qu'elle ne relevait pas de l'évaluation proprement dite. Quant à l'évaluation sur base de critères socio-scientifiques elle fut singulièrement limitée de crainte de voir le service s'immiscer dans les choix politiques. Pas question pour le service d'analyser l'effet social de la norme, il lui est simplement permis, pour autant que la demande lui en ait été faite, de présenter une évaluation technique préparatoire à la lumière de certains principes de bonne législation (*Doc. parl.*, Sén., sess. 1998-1999, n° 1-955/3, pp. 27 et s.). Voyez toutefois la proposition de loi instaurant un Comité parlementaire chargé du suivi législatif déposée par M. Daniel Bacquelaine à la Chambre des représentants le 26 juin 2003, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2003, n° 0029/001, p. 12.
19. L. Mader, *L'évaluation législative, Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Collection juridique romande, 1985, Payot Lausanne, p. 44.
20. J. Chevallier, « Rapport introductif », *in Revue de la Recherche Juridique*, Cahiers de méthodologie juridique n° 9, L'évaluation législative, Travaux de l'Atelier de Méthodologie Juridique d'Aix-Marseille et Actes du Colloque du 7 avril 1994 au Sénat, PUAM, 1994-4, p. 1088.
21. M. Adams, Note annexée au rapport sur le projet de loi instituant une procédure d'évaluation législative, *Doc. Parl.*, Sén., sess. 1998-1999, n° 1-955/3.

Au-delà des définitions, la pratique étrangère montre également qu'il est parfaitement possible de saisir les effets d'une loi autrement que sous forme intuitive. Des outils d'analyse existent, même s'ils restent encore largement ignorés en Belgique. Ils sont susceptibles d'épauler les parlementaires lors des différentes options qui sont à prendre, de la conception à la disparition de la loi, qu'il s'agisse de la définition du problème à régler, de la détermination des objectifs à poursuivre, de l'établissement des scénarios alternatifs, du choix des solutions, de l'appréciation des effets probables d'une règle, de sa mise en œuvre ou de la mesure des effets produits par celle-ci[22]. Chacune des étapes qui balisent la durée de vie de la loi est ainsi assortie de techniques de recherche appropriées. On citera, parmi les méthodes de collectes de données proposées, l'analyse de documents, le sondage, la statistique, l'interview, l'observation participative, la discussion en groupe... Pour l'exploitation des données, l'évaluateur a le choix entre l'étude de documentation, l'analyse statistique, la modélisation, les simulations, l'expérimentation... toutes techniques aujourd'hui de mieux en mieux maîtrisées, notamment par les spécialistes de l'évaluation des politiques publiques.

À cet égard, il y a lieu d'observer que cela fait déjà un certain nombre d'années que les autres pouvoirs de l'État fédéral ont intégré cette dimension scientifique. Ainsi, un nombre de plus en plus conséquent de décisions judiciaires prennent appui sur des expertises et des analyses scientifiques en tout genre : la recherche d'ADN, les analyses balistiques, le taping, les expertises médicales ou comptables, n'en sont que les exemples les plus visibles. Une tendance identique se fait jour au sein de l'exécutif. L'enquête menée par S. Jacob et F. Varone auprès des organismes publics fédéraux tend à montrer que la pratique de l'évaluation des politiques publiques[23]. est loin d'être marginale. « La majorité des répondants (56%) affirme pratiquer l'évaluation, du moins de manière occasionnelle ». Et les auteurs d'ajouter : « Ce résultat va à l'encontre de la conception classique de l'évaluation des politiques publiques en Belgique qui considère que l'administration fédérale et d'autres acteurs publics n'appliquent pas cette méthode »[24]. N'est-il dès lors pas temps que le pouvoir législatif tente lui-aussi de rationaliser son action ?

Encore convient-il, avant de recourir à l'évaluation législative, de mesurer les exigences qui sont liées à la démarche scientifique et méthodique qui soutient la

22. J.-D. Delley, « Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique », *in Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, p. 82.
23. Pour les auteurs, « l'évaluation d'une politique publique consiste en une étude rigoureuse, basée sur des méthodes scientifiques, visant à mesurer les effets de cette politique et à porter un jugement de valeur sur ces effets en fonction de différents critères (par ex. la pertinence, l'efficacité, l'efficience et l'économie) » : S. Jacob et F. Varone, « L'évaluation des politiques publiques : État des lieux au niveau fédéral », *A.P.T.*, 2001, p. 122.
24. S. Jacob et F. Varone, « L'évaluation des politiques publiques : État des lieux au niveau fédéral », *A.P.T.*, 2001, p. 123. Voir également C. De Visscher et F. Varone (eds), *Évaluer les politiques publiques – Regards croisés sur la Belgique*, 2001, Academia, Bruylant.

notion. Plusieurs observations peuvent être avancées à ce propos. Tout d'abord, la réalisation technique de l'évaluation postule des qualités scientifiques qui ne relèvent pas au premier chef de la compétence des parlementaires. Seuls des professionnels sont à même de maîtriser l'ensemble des méthodes et des procédés d'évaluation et de les adapter à un sujet déterminé. Est-ce à dire que les parlementaires se voient évincés du processus ? Rien n'est moins vrai. Le rôle de commanditaire de l'évaluation leur revient. C'est dire qu'ils auront à déterminer l'opportunité de procéder à une évaluation particulière ainsi que l'objet de celle-ci. Il leur faudra également présider à la rédaction d'un cahier des charges précis, à la sélection de l'équipe, interne ou externe, qui sera chargée de conduire l'étude et à son accompagnement tout au long de sa mission. Il leur appartiendra enfin de porter un jugement sur base des matériaux qui leur seront remis et de veiller à assurer la valorisation des résultats.

L'impératif de professionnalisme qui, pour une large part, contribue à la fiabilité des évaluations peut être atteint en confiant la mission tantôt à un organisme externe, tantôt à un service interne. Le recours à des évaluations externes présente l'avantage de pouvoir choisir parmi un large éventail de compétence. Il permet également de penser que l'existence d'une distance par rapport à l'objet de la recherche peut plus facilement donner naissance à des idées neuves. Il est vrai aussi que la procédure externe se révèle plus lourde lorsque les assemblées parlementaires se voient contraintes de respecter les règles relatives aux marchés publics de service[25]. Il est également possible de créer un service interne spécialisé dans l'évaluation. Composé de fonctionnaires engagés sur base de leur expertise en la matière, ce service serait à même de mieux comprendre l'environnement institutionnel qu'un organisme externe. Sa localisation lui permettrait en outre d'avoir plus facilement accès aux diverses données disponibles au sein de l'institution parlementaire. Le risque de dépendance par rapport au pouvoir politique a toutefois conduit un certain nombre d'observateurs à rejeter pareille solution[26].

Le temps et le coût liés au caractère scientifique de la démarche évaluative

25. « Un problème délicat se pose au sujet de l'administration des chambres législatives. Il nous semble que, en qualité d'organes du pouvoir législatif, la chambre des représentants et le Sénat font partie de l'État belge et, dès lors, que l'administration considérée tombe, comme auparavant, sous le coup de la réglementation relative aux marchés publics » P. LEWALLE, « La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et les mesures d'exécution » in *La nouvelle réglementation des marchés publics*, Commission droit et vie des affaires, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, p. 53, note 103 *in fine*.

26. Rapport de la Commission Citoyen, Droit et Société à la Fondation Roi Baudouin, *À qui de droit ! Vers une relation de qualité entre le citoyen, le droit et la société*, Fondation Roi Baudouin, 2001, p. 41. Voir également *Doc. parl., Sén.*, sess. 1998-1999, n° 1-955/3, p. 29 : « Comment un service composé de fonctionnaires aurait-il pu procéder à pareille analyse sans être accusé de partialité ou de prévention ? Si nécessaire, l'on pourrait confier pareille analyse à une université, mais pas à un service du Sénat. Ou bien le service encourrait les foudres politiques, ou bien il serait trop prudent ».

sont également à prendre en considération. Un délai de deux ans est généralement avancé comme étant une moyenne pour réaliser une évaluation digne de ce nom. Il est d'autre part raisonnable d'attendre que la loi soit appliquée depuis un certain temps pour initier une évaluation rétrospective. Les expériences étrangères montrent à cet égard qu'une période de trois ans constitue une bonne mesure. Des conflits avec les impératifs liés au calendrier politique sont donc à prévoir. L'évaluation a aussi un prix et il est regrettable qu'aucune des initiatives parlementaire ou gouvernementale ne fasse mention de cet élément. Il n'est cependant pas interdit de croire que le coût de l'évaluation, immédiatement chiffrable, est largement inférieur aux coûts humains et financiers, directs et indirects, qui peuvent être engendrés par une loi qui n'aurait pas été bien pensée au départ ou qui n'aurait pas fait l'objet d'un suivi régulier[27].

La dernière observation qu'il importe de formuler à propos de la dimension scientifique de l'évaluation est relative à l'articulation entre le discours des experts et celui des politiques. Une mutuelle compréhension des attentes comme des cheminements de la pensée se révèle en effet indispensable. Pour cela, il paraît nécessaire qu'un comité d'accompagnement soit désigné pour suivre l'équipe des évaluateurs tout au long de son étude et assume de la sorte le rôle d'interface. Il leur reviendra de fournir aux évaluateurs des renseignements plus précis sur leur mission, de leur rendre plus aisé l'accès aux données pertinentes, de discuter avec eux des rapports intermédiaires et de voir comment rendre compte des résultats de manière optimale. Une bonne communication entre les équipes scientifiques et les parlementaires est le gage d'une valorisation des résultats.

§ 3. L'enjeu institutionnel de l'évaluation des lois

Si, depuis plus d'une décennie, la question de l'intégration de la démarche évaluative dans le processus d'élaboration de la loi fédérale fait l'objet de nombreuses discussions, aucune des solutions qui ont été proposées n'a cependant jusqu'à présent été retenue. Il faut bien reconnaître que la question est complexe. Elle implique qu'au préalable l'on ait pris l'exacte mesure des changements qui affectent la nature de la loi d'une part et le rôle des chambres législatives de l'autre. Or, sur ces deux éléments essentiels à la réflexion, les visions claires font défaut.

Certes, plus personne n'ignore que l'acte fait par le pouvoir législatif au sens constitutionnel du terme a complètement muté et que la conception classique qui faisait de la prééminence de la loi, de sa permanence et de sa généralité des

27. Voyez par exemple en Belgique les critiques qui visent la réforme des polices et plus particulièrement la loi du 2 avril 2001 modifiant la loi sur la fonction de police, la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux, et d'autres lois relatives à la mise en place de nouvelles structures de police, *M.B.*, 14 avril 2001.

caractéristiques essentielles[28] est largement dépassée. Aujourd'hui, la loi n'est plus que le mode d'expression du seul pouvoir législatif fédéral belge. Elle subit des contrôles juridictionnels et sa légitimité dépend, pour une large part, de sa capacité à accomplir les performances escomptées[29]. Anciennement faite pour durer, elle est maintenant l'instrument qui règle une situation perçue comme étant contingente et qui s'ajuste sans cesse au gré de l'évolution de cette dernière. Quant aux altérations de sa généralité, elles se marquent dans l'hypernormativité : la loi ne comprend plus les seules règles fondamentales, elle foisonne de détails qui devraient normalement relever de la compétence de l'exécutif.

Face à cette mutation, n'y a-t-il pas lieu de repenser en profondeur un mode de production de la loi qui à vrai dire n'a guère évolué depuis 1946, date de la création de la section de législation du Conseil d'État ? La réponse à l'évaluation législative ne serait dès lors pas à trouver dans quelques aménagements de fortune, mais devrait s'inscrire dans une problématique beaucoup plus large qui prendrait en compte l'ensemble des éléments indispensables à l'élaboration de la loi du XXIe siècle.

La réforme du système bicaméral, actuellement sur le métier du gouvernement fédéral constitue le second motif d'irrésolution. L'accord « Renouveau politique » conclu le 26 avril 2002 prévoit en effet « d'adapter définitivement les institutions à la structure fédérale de l'État ». Pour faire bref, un nouveau Sénat verrait le jour. Composé de délégués issus des communautés et des régions, il devrait être compétent pour la Constitution, les lois spéciales et l'approbation des traités mixtes comme des accords de coopération multilatéraux. Quant à la Chambre des représentants, elle deviendrait l'unique chambre qualifiée pour la politique fédérale. Dans le cadre de cet accord, dix dispositions constitutionnelles ont été inscrites sur la liste des articles soumis à révision[30]. La déclaration gouvernementale du 14 juillet 2003 prévoit par ailleurs de confier à un forum auquel seront associées les régions et les communautés le soin de préparer, en partant de l'accord du 26 avril 2002, les propositions de révision de la constitution et les projets de loi qui devront mener entre autres à la réforme du système bicaméral[31].

Une solution institutionnelle au problème de l'évaluation peut-elle être envisagée alors que les institutions parlementaires fédérales sont en passe d'être

28. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. I[er], 3[e] éd., Bruxelles, Bruylant, 1962 p. 257.
29. F. Ost, « La régulation : des horloges et des nuages... », *in Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, sous la direction de B. Jadot et F. Ost, Bruxelles, Publ. FUSL, 1999, p. 24.
30. Projet de déclaration de révision de la Constitution, Rapport, Exposé introductif du premier ministre, *Doc. parl*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2389/003, p. 10 ; Déclaration de révision de la Constitution, *M.B.*, 10 avril 2003, p. 18319. Voyez également *Quelles réformes pour le Sénat ? Propositions de 16 constitutionalistes*, avant-propos d'A. De Decker, Bruxelles, Bruylant, 2002.
31. Une Belgique créative et solidaire – Du souffle pour le pays, Déclaration gouvernementale du 14 juillet 2003.

remodelées ? La prudence élémentaire pourrait en effet commander d'attendre que les articles constitutionnels aient été modifiés. Ou, au contraire, ne convient-il pas de mener les deux réflexions de concert de manière à permettre aux assemblées enfin adaptées à la structure fédérale de l'État d'œuvrer d'emblée en s'aidant des méthodes et des techniques propres à l'évaluation ?

Toutes ces incertitudes n'ont cependant pas empêché que des propositions soient avancées pour institutionnaliser peu ou prou l'évaluation législative. Les options défendues se distribuent autour de deux axes.

Il y a d'abord celles que l'on pourrait qualifier d'évaluation diffuse. Ces solutions, qui s'inscrivent dans la continuité de ce qui existe déjà, consistent à inviter chaque auteur de projet ou de proposition de loi à assortir son initiative d'une note qui devrait apporter réponse à certaines questions-type formulées dans le but de pouvoir apprécier les effets potentiels d'une législation[32]. Elles se complètent, pour l'évaluation *ex post*, en confiant aux commissions permanentes de chacune des assemblées législatives le soin de « décider de l'évaluation de telle ou telle loi et d'en analyser les résultats »[33].

Cette manière d'intégrer l'analyse des effets de la loi au sein du processus de son élaboration a incontestablement le mérite de conscientiser l'ensemble des parlementaires sur la nécessité de porter un regard évaluatif sur leurs décisions. Elle présente toutefois l'inconvénient de permettre aux différents protagonistes d'échapper tantôt à l'évaluation elle-même, tantôt à sa dimension scientifique. Elle se prive surtout de l'expertise et des impulsions qu'on est en droit d'attendre d'un organe spécialement chargé de cette mission.

C'est pourquoi, d'autres propositions préfèrent privilégier la création d'un service parlementaire qui serait à même de procurer toute l'aide que nécessite l'élaboration d'une législation de qualité, l'évaluation comprise. Le rattachement de ce service au Parlement plutôt qu'à l'administration ne peut être qu'approuvé. Faut-il rappeler que l'évaluation de la loi fait partie intégrante de la fonction de législation qui appartient au pouvoir législatif fédéral ?[34]. Faire la loi aujourd'hui, c'est assurément l'élaborer en ayant à l'esprit ses effets potentiels. C'est aussi en assurer le suivi en en mesurant les conséquences effectives. En d'autres termes, il paraît légitime d'attendre du législateur qu'il fasse preuve d'une parenté responsable, en concevant ses règles sur des bases étayées et en ne s'en désintéressant pas dès leur naissance.

Un service d'évaluation placé sous la responsabilité des chambres législatives permettrait par ailleurs d'amorcer un rééquilibrage des rapports entre le Parlement et l'exécutif. Les parlementaires pourraient ainsi bénéficier de leurs pro-

32. Arrêté royal du 16 novembre 1994 relatif au contrôle administratif et budgétaire, *M.B.*, 17 janvier 1995.
33. G. Cerexhe, « L'évaluation des lois », *in Évaluer les politiques publiques – Regards croisés sur la Belgique*, Academia, Bruylant, 2001, p. 130.
34. Article 36 de la Constitution. : « Le pouvoir législatif fédéral s'exerce collectivement par le Roi, la Chambre des représentants et le Sénat ».

pres sources d'information et s'affranchir sur ce point de leur dépendance à l'égard des instances gouvernementales. Leur fonction de contrôle en serait par la même renforcée.

Pour tenter de dégager un consensus sur la meilleure manière d'institutionnaliser la démarche évaluative, la commission de révision de la Constitution et de la réforme des Institutions de la Chambre des représentants a, le 12 novembre 2003, chargé un groupe de travail de procéder à l'examen de quatre propositions de loi concernant l'évaluation des lois. Le rapport de ce groupe de travail a été déposé le 15 mars 2004[35]. Il est assorti d'une proposition de texte qui permet de se faire une première idée sur les solutions actuellement discutées au sein du Parlement.

Le système retenu se propose d'instituer au sein des chambres législatives fédérales un comité parlementaire chargé du suivi législatif.

De composition mixte, à l'instar de celle de la commission de concertation prévue à l'article 82 de la Constitution[36], le nouvel organe serait exclusivement constitué de parlementaires issus de chacune des deux assemblées. Pareille option ne s'est toutefois pas dégagée sans mal. Certains auraient préféré que la mission soit confiée à des experts plutôt qu'à des mandataires élus, d'autres auraient souhaité associer politiques et non politiques, d'autres, enfin, estimaient que les projets de refonte du Sénat auraient dû conduire à composer cet organe uniquement de membres de la Chambre des représentants. Le choix finalement effectué présente un double mérite. Il devrait permettre d'éviter de désastreuses concurrences entre les deux assemblées. Il concentre en outre, en un seul lieu, à la fois les ressources et l'expertise. Il est toutefois regrettable que le projet pèche par omission en ne faisant aucune mention de l'équipe de fonctionnaires et d'experts indispensable pour épauler le Comité dans la réalisation des tâches qui lui incombent.

Compétente uniquement pour le suivi législatif, l'institution proposée se voit par là même privée de la faculté de développer une stratégie rationnelle destinée à réduire le risque d'échec des règles en projet. L'objectif n'est pas d'éviter que les lois soient mal conçues ou incompréhensibles pour leurs destinataires, il consiste simplement à corriger les imperfections d'une règle législative en vigueur. Le système préconisé est alors tout empreint de pragmatisme. L'idée est de partir du terrain, d'y déceler les difficultés d'applicabilité de la loi et de tenter d'y porter remède.

Plusieurs instruments sont alors désignés par la proposition comme moyen d'alerter le Comité sur les dysfonctionnements de la législation fédérale. Il y a

35. Rapport fait au nom du groupe de travail de la commission de révision de la Constitution chargé de l'examen de propositions concernant l'évaluation des lois par M. A. Borginon, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0029/009.

36. Voir également la loi du 6 avril 1995 organisant la Commission parlementaire de concertation prévue à l'article 82 de la Constitution et modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'État, *M.B.*, 29 avril 1995.

tout d'abord les requêtes que sont habilités à formuler tout service administratif chargé d'appliquer la loi ou toute autorité publique chargée de contrôler son application, toute personne physique et toute personne morale de droit public ou de droit privé ainsi que les parlementaires fédéraux. Ces requêtes dénoncent les difficultés engendrées par une loi en vigueur depuis au moins trois ans et qui portent sur des problèmes d'application ou d'inadéquation par rapport aux situations régies. Après une procédure de filtrage, le Comité examine les demandes au regard des critères d'efficacité, de proportionnalité, de transparence et de cohérence. Il lui est loisible de faire appel à des experts pour préciser son analyse ou de faire procéder à des enquêtes auprès des destinataires. Outre les requêtes, le comité doit également alimenter sa réflexion en prenant en considération la jurisprudence de la Cour d'arbitrage. Une fois par mois, il lui est demandé d'analyser les arrêts qui incriminent des règles législatives. Enfin, ce seront les rapports adressés aux chambres législatives fédérales et qui proviennent du Procureur Général près la Cour de cassation, du Collège des procureurs généraux ou d'organismes tiers[37] qui devraient servir de matériau pour assurer un meilleur suivi de la législation.

Dans le dessein de valoriser le mieux possible les résultats du travail du Comité, des procédés d'information ont été envisagés. L'objectif est, dans un premier temps, de faire rapidement connaître aux titulaires de la fonction législative les conclusions tirées des études ponctuelles qui ont été menées. Sur base des rapports qui leur sont transmis, la Chambre des représentants, le Sénat et les ministres qui ont la matière dans leurs compétences sont alors en mesure de prendre les mesures qui s'imposent. Au-delà de ces compte-rendus spécifiques, un rapport annuel porte à la connaissance des assemblées législatives l'ensemble des activités du Comité.

De peur que l'ensemble de ces rapports n'aboutissent dans les rayons des travaux inutiles, les auteurs de la proposition prévoient en outre que le Comité puisse, par consensus, prendre les initiatives législatives qui préciseraient les modifications susceptibles de remédier aux problèmes dénoncés. S'il faut reconnaître que l'idée de permettre à l'institution de traduire concrètement certaines de ses conclusions sous forme de propositions de loi possède assurément le mérite de l'efficacité, s'il est également vrai qu'une proposition émanant du Comité chargé du suivi législatif devrait, en principe, avoir un poids plus important que celui d'une initiative parlementaire classique, il convient cependant de s'interroger sur la constitutionnalité d'un tel procédé. L'article 75, alinéa 1[er] de la Constitution précise que « Le droit d'initiative appartient à chacune des branches du pouvoir législatif ». Il s'agit par conséquent d'un droit réservé à chacun des membres de chacune des chambres ainsi qu'aux membres du gouvernement agissant au nom du Roi. La disposition constitutionnelle

37. Voyez par exemple la liste des rapports, bilans et comptes transmis à la Chambre en vertu de dispositions légales, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2003-2004, n° 12/001

n'exclut-elle pas que le droit d'initiative soit reconnu à une institution, fut-elle parlementaire[38] ? Que penser d'autre part de la possible immixtion des sénateurs, par le biais du Comité, dans des domaines qui relèvent de la compétence exclusive de la Chambre des représentants ? À défaut d'inscrire la question du droit d'initiative du Comité parlementaire chargé du suivi législatif au programme de révision constitutionnelle, à tout le moins faudrait-il modifier les règlements de la Chambre et du Sénat qui actuellement ne reconnaissent le droit de faire des propositions qu'à leurs seuls membres respectifs[39].

Conclusion

Appréciées au regard des trois enjeux qui viennent d'être étudiés, les propositions aujourd'hui à l'étude en matière d'évaluation des lois accusent certaines faiblesses. Celles-ci portent en premier lieu sur les objectifs recherchés. Que veut-on au juste ? Mettre l'accent sur la qualité du message législatif ou sur la valeur du contenu de la loi ? Entend-on intervenir en aval ou en amont de la décision ? Souhaite-t-on éliminer de l'arsenal législatif les lois inutiles ou réduire les charges administratives qui pèsent sur le citoyen ? Si tous ces objectifs sont assurément dignes d'être poursuivis, il n'en reste pas moins que chacun postule des moyens appropriés pour sa réalisation. Il apparaît clairement à cet égard que sous peine de dénaturer la notion d'évaluation[40], la démarche évaluative ne présente d'utilité que pour aider les titulaires de la fonction législative à améliorer le contenu des règles, qu'il s'agisse de celles qu'ils envisagent de prendre ou de celles qui ont déjà été adoptées.

D'autres déficiences des textes en projet sont à rattacher au caractère scientifique de l'évaluation. Ambitionner d'évaluer la loi, c'est vouloir que les décideurs soient à même de fonder leurs choix politiques sur des analyses basées sur des méthodes scientifiques. Il s'agit donc de mener une réflexion approfondie sur le statut des experts qui réaliseront ces études. Il convient également de prendre la mesure du temps et du coût de leurs interventions, d'articuler les rapports qu'ils entretiendront avec leurs commanditaires, de s'interroger sur le suivi de leurs conclusions... Autant de questions sur lesquelles les discussions menées actuellement font largement l'impasse.

38. Voir les débats qui ont eu lieu sur la question de l'extension du droit d'initiative législative à certains organismes d'intérêt public et notamment le rapport MOYERSOEN et PIERSON, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1964-1965, n° 993/6.
39. Voir les articles 75.1 du Règlement de la Chambre et 56.1 du Règlement du Sénat.
40. Voir par exemple le Rapport fait au nom du groupe de travail de la commission de révision de la Constitution chargé de l'examen de propositions concernant l'évaluation des lois par M. A. BORGINON, qui envisage « une notion d'évaluation entendue dans une large acception : évaluation légistique et analyse de fond portant sur les effets des lois en vigueur avec une attention particulière pour la simplification administrative », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0029/009, p. 8.

Seul l'enjeu institutionnel de l'évaluation a, jusqu'à présent, véritablement retenu l'attention. La création d'un Comité parlementaire mixte chargé du suivi législatif[41] recueille aujourd'hui les préférences. Si cette idée se révèle à bien des égards pertinente, sa concrétisation mériterait néanmoins que des justifications claires soient apportées à la fois aux missions de cette institution et à son fondement juridique. On aperçoit mal tout d'abord les raisons qui justifient que les fonctions du Comité soient de nature uniquement curative et ne puissent s'étendre à toute l'assistance en matière de légistique formelle et matérielle que les parlementaires sont en droit d'attendre pour faire aboutir leurs propositions de lois. Il y aurait lieu ensuite de se demander si, à l'instar de la Commission parlementaire de concertation, il ne serait pas opportun de constitutionnaliser l'institution de manière à renforcer à la fois son autorité et ses compétences.

Le 31 mars 2004

41. Proposition de loi instaurant un Comité parlementaire chargé du suivi législatif, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0029/010.

La Lyre et la Balance
Quand les goûts se disputent au prétoire

Paul MARTENS
Juge à la Cour d'arbitrage,
Chargé de cours à l'U.Lg et à l'U.L.B.

1. Y a-t-il des limites à l'empire du droit ?

Le droit peut tout inclure dans le champ de son intervention. C'est du moins ce qu'on en attend : les autres régulations s'étant effondrées, on s'accroche désespérément à lui sachant que, s'il décline sa juridiction, ne restent que celles, autrement désenchantées, du marché.

Il existait des poches de résistance à son empire, des souverainetés rebelles à la normalisation juridique : c'était au temps de la pluralité d'ordres juridiques attachés à leur autonomie. L'armée, l'école, la prison, le sport, l'église échappaient au droit et aux juges étatiques, ayant leur système, leurs règles et parfois leurs juges.

L'un après l'autre, ces ordres séparés subirent la colonisation du droit commun : la discipline militaire se vit démantelée lorsque la Cour européenne des droits de l'homme décida, lorsqu'elle peut entraîner une privation de liberté, de lui appliquer les règles du procès équitable[1] ; l'écolier sortit de son statut de soumission et d'obéissance le jour où le Conseil d'État vit en lui un usager du service public en situation statutaire[2] ; le sportif brisa les règles de sa corporation le jour où la Cour de justice des Communautés européennes l'accueillit comme un travailleur libre de circuler parmi les clubs européens sans qu'une indemnité pût entraver son transfert : par une ironie de l'histoire, c'est le libéralisme qui s'opposait à l'exploitation de l'homme par l'homme[3]. Après s'être entendu dire pendant des décennies que les mauvais traitements qu'on lui infligeait étaient des mesures d'ordre intérieur, le prisonnier peut désormais les faire censurer par le Conseil d'État[4]. Seul le prêtre – et peut être le scout – échappe encore à la banalisation juridictionnelle, l'Église ayant eu la prudence prémonitoire de faire inscrire son immunité dans la Constitution[5].

Mais le droit a-t-il la capacité de s'occuper de tout ? N'existe-t-il pas des zones irréductibles à sa rationalité ? Si l'adjudant, le proviseur, le sélectionneur et le

1. Arrêt *Engel* du 8.6.1976, *J.T.*, 1977, p. 485.
2. P. MARTENS, « Les droits de l'homme : à l'école aussi ? », *A.P.T.*, 1989, pp. 225 à 242.
3. Arrêt *Bosman* du 15.12.1985, *J.T.*, 1996, p. 53.
4. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier 2002, p. 637.
5. Cass. 20.10.1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 503 et note L.L. CHRISTIAENS.

maton ont cédé leur autorité au juge, si celui-ci a récupéré les souverainetés qui ont quitté ceux-là, ne devrait-il pas s'effacer quand ce qu'on lui demande d'arbitrer est aux antipodes de la justice qu'il rend ?

Nous nous sommes déjà penché sur d'autres états limites du droit, tels que ceux qui relèvent de la plaisanterie ou de la dérision. Nous avons constaté combien les juges-hommes sont embarrassés et quelquefois comiques quand ils s'efforcent d'expliquer ou de comprendre ce qu'est une femme. Et on a analysé les décisions souvent cocasses qu'ils prennent lorsqu'on les contraint à fixer la limite du décent et de l'obscène. Ce qui relève du désir, de l'émotion, de la passion n'est pas l'affaire des juges. Il serait donc souhaitable qu'ils ne se mêlent pas de ce qui relève de l'art. Mais là aussi, les barrières tombent.

2. Un art avec Dieu : sans le droit

Le droit a pu longtemps se tenir à l'écart de la création artistique. Quand l'art était une sorte de patrimoine collectif dont les artistes n'étaient que des usufruitiers, le droit n'avait pas à s'en mêler. L'art n'était que la devanture de la théologie ou de la politique[6]. Les œuvres se faisaient sur la commande des princes et sous la caution de Dieu. L'artiste, comme le philosophe, ou le bouffon, jouait un rôle en marge des institutions. Il tenait, « hors du pouvoir, le discours du pouvoir ». Il assumait ce qu'on appellerait aujourd'hui le service public de la fiction, permettant au citoyen de la distinguer de la réalité, sans quoi la société se fût elle-même dévorée dans sa propre confusion[7].

Mais à cette époque, aucun service public ne devait subir le regard du droit : l'excès de pouvoir ne subissait pas les ravages du contentieux administratif. Seul le prince décidait du beau : les critiques d'art n'existaient pas encore.

3. Un art individualisé et monétarisé : l'avènement du droit

Quand la création s'est affranchie de la politique et de la théologie pour devenir le « symbole de la liberté et de l'individu »[8] ; quand s'est accompli « le grand travail d'intériorisation des émotions et des pulsions »[9] ; quand est apparue la figure de l'auteur, l'art s'est immanquablement acoquiné avec le droit puisque l'auteur prétendait en avoir un, bien à lui, et qu'il entendait le protéger, le céder, le monnayer, le patrimonialiser : même ses héritiers, qui sont souvent d'abominables béotiens, sont reçus à défendre en justice sa lucrative mémoire.

6. Voir Q. SKINNER, *L'artiste en philosophie politique. Ambrogio Lorenzetti et le Bon Gouvernement*, Raisons d'agir, 2003.
7. B. EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, Paris, Ed. du Seuil, 2004, p. 10.
8. *Ibidem*, p. 14.
9. *Ibidem*, p. 86.

Sans doute y avait-il déjà des conflits au Moyen Âge, puisque l'artiste pouvait trouver son inspiration non seulement dans les choses mais aussi dans les idées et que celles-ci se sont toujours chamaillées. Mais elles ne pouvaient se représenter que comme « des contenus de la science divine » de sorte que la supposition de modèles extérieurs à Dieu relevait du blasphème[10]. On était dans le système normatif, non du droit mais du péché : on pouvait brûler l'œuvre hérétique et, le cas échéant, brûler aussi l'artiste, mais il n'était pas nécessaire de s'y faire autoriser par un juge, en tout cas par un juge étatique.

Mais cette perception globale du monde se lézarde quand « l'illusion religieuse qui dresse les temples dans une fureur d'amour » fait place à « la connaissance critique qui les renverse »[11].

La cassure se manifeste dans l'inspiration divergente des artistes flamands et italiens : les premiers ne cessent d'affiner leur technique mais ils restent fidèles à l'inspiration biblique de leurs chefs d'œuvres : leurs tableaux, selon Michel-Ange, « faisaient monter les larmes aux yeux des dévots »[12]. Chez les italiens, le catholicisme de la Renaissance est contaminé par le paganisme de l'Antiquité : il y a des vierges mais aussi des Vénus. L'érotisme fait son apparition dans l'art, quelquefois sournoisement lorsque, par exemple, dans le thème de Saint-Sébastien, l'artiste exprime à travers un sujet emprunté à la religion un désir que celle-ci réprouve. Et quand Sodoma est engagé par les moines de Monte Oliveto Maggiore pour achever les fresques commencées par Luca Signorelli, on voit cohabiter les deux inspirations : celle d'un artiste qui veut célébrer les serviteurs de Dieu en illustrant les bienfaits qu'ils répandent et les miracles qu'ils méritent ; celle de son successeur, plus attentif aux vanités qui les guettent et aux courtisanes qui les tentent.

Les développements ultérieurs de l'esthétique vont accroître l'autonomie de l'artiste. La Renaissance admit que, tout en imitant la nature, l'artiste peut en corriger les erreurs[13]. Le maniérisme accentua l'idée que la représentation intellectuelle et intérieure de l'artiste peut s'écarter de la représentation unique de Dieu[14]. La Raison, qui avait remplacé Celui-ci, devint à son tour officielle et totalitaire, jusqu'à ce que le Baroque délivrât l'art de la tyrannie des règles[15] : il rompit avec le culte de la géométrie et de l'anatomie, acceptant l'exubérance, la profusion, l'extravagance et même la décadence. Il marque « l'étape finale de tout art lorsqu'il exhibe et dilapide ses moyens »[16].

Loin de dupliquer le pouvoir ou la religion, l'art se range alors résolument du

10. E. PANOFSKY, *Idea*, Paris, Tel Gallimard 1989, p. 54.
11. E. FAURE, *Histoire de l'art. L'esprit des formes*, Paris, Folio Essais, 1991, p. 29.
12. E. PANOFSKY, *Les primitifs flamands*, Hazan, 1992, p. 17.
13. E. PANOFSKY, *Idea*, pp. 65 et 162.
14. *Ibidem*, p. 109.
15. B. PELEGRIN, « La rhétorique élargie au plaisir », introduction à Balthazar GRACIAN, *Arts et figures de l'esprit, Seuil*, 1983, p. 77.
16. J. L. BORGES, *Histoire universelle de l'infamie*, prologue à l'édition de 1954, 10/18, 1994, p. 11.

côté de l'anarchie et de la sédition. Il rompt avec toute normativité autre que celle qu'il se donne, donc avec la métaphysique, et plus tard même avec la physique, puis avec la raison. L'esthétique devient « légiférante »[17]. L'art est libéré, l'auteur est né, Dieu, en tout cas dans les académies, est mort.

4. L'artiste sujet de droit

Mais cette libération ne fait que préparer d'autres servitudes, d'autres allégeances. L'auteur se coule dans les nouveaux oripeaux de l'homme libéré. Il va voir gonfler son individu, puis advenir sa subjectivité, enfin prospérer son moi, ce qui correspond, en littérature, à l'apparition, successivement, de la biographie, de l'autobiographie puis du journal intime[18]. Détaché du fondement divin, l'art se cherche d'autres supports et il les trouve dans le droit. L'auteur se pare de tous les attributs de l'être juridique titulaire de droits subjectifs : il revendique une liberté (l'expression), un droit (d'auteur), un intérêt (économique). Il méprise le pouvoir, le droit et les richesses mais c'est à chacune de ces entités inesthétiques qu'il fait appel pour se constituer un statut juridique, économique et moral.

On s'est aujourd'hui accommodé de la marchandisation de l'art au point que, spécialement dans l'art plastique, la notoriété se confond avec le catalogue de Sotheby, sans qu'on sache lequel des deux dicte ses chiffres à l'autre.

La protestation de Levi-Strauss raisonne comme un archaïsme : constatant la différence entre le prix d'un Picasso, produit d'un art qui offre « une réinterprétation de la nature au deuxième ou troisième degré », et celui de « papillons provenant d'une collection fabuleuse », il s'insurge contre « cette sorte d'abêtissement de l'homme devant lui-même ; comme s'il n'y avait rien que de créé par l'homme qui offre une valeur quelconque, intellectuelle et marchande, tandis que tant de merveilles restent accessibles, qui échappent à la loi du marché ! »[19]. Mais le droit, qui n'est pas puritain à l'égard de l'argent, a offert largement sa protection au mercantilisme des marques, des brevets et des œuvres d'art. Ayant depuis longtemps abandonné la théorie canonique du juste prix, il ne répugne pas à protéger leur valeur d'échange, même si elle est sans commune mesure avec leur valeur d'usage. Et les artistes parvenus ne s'offusquent point – puisqu'il leur reste le subterfuge de l'expatriation fiscale – d'être dans les mêmes tranches d'impôt que les magnats de la finance ou les joueurs de football.

17. E. PANOFSKY, *op. cit.*, p. 135.
18. J.-P. VERNANT, cité par B. EDELMAN, *op. cit.*, pp. 21 et 22.
19. LEVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale 2*, 1973, Pocket 1996, p. 329.

5. L'artiste et le juge

Cette évolution devait immanquablement amener l'art, après avoir instrumentalisé le droit, à rencontrer le juge. Or celui-ci n'a pas du tout effectué le parcours de la modernité tracé par l'artiste.

Il reste anonyme : seul l'envahissement du *star system* médiatique le fait sortir malgré lui d'une obscurité à ce point indissociable de sa fonction qu'on souhaiterait qu'elle soit réinstaurée. Il n'est jamais un sujet, parlant toujours à la troisième personne, usant du Nous majestatif quand l'hypertrophie de la juridiction présidentielle l'oblige à juger seul. Quant à son moi, il est institutionnellement occulté, toute manifestation de son ego pouvant être lue comme une partialité qui le rend inapte à juger.

Et c'est ici que gît le paradoxe du juge appelé à juger l'art : il a dû, pour devenir juge, refouler ses émotions, cacher ses penchants, occulter sa libido. Et voilà qu'on lui demande de statuer dans une matière qui les exacerbe, les glorifie, les hystérise !

Habituellement, le juge parvient à ne rien révéler de ses émotions esthétiques parce que la technicité du droit lui permet de les cacher. Lorsque le Ministre français de la culture (Jack Lang) décida de faire installer « Les Colonnes de Buren », que n'appréciait pas son successeur (François Léotard), dans la cour du Palais Royal, cette volonté d'adapter les conceptions mallarméennes à la sculpture urbaine et de faire sortir l'art du musée pour le répandre dans la ville eût dû laisser les juristes indifférents. Mais l'endroit où il exerçait son art abritait le Conseil d'État : celui-ci pouvait difficilement feindre l'indifférence puisque, au moment même où il devait statuer sur la suspension des travaux ordonnée par le tribunal administratif de Paris, il avait sous les yeux le chantier litigieux. Il rejeta le recours du ministre, qui contestait la suspension des travaux, et les recours incidents de riverains, qui demandaient qu'ils soient définitivement interdits, par un arrêt d'une aride technicité. Tout au plus lit-on dans les conclusions du commissaire du Gouvernement cette phrase dubitative : « Remplacer des automobiles avec ce qu'elles apportent de pollution sonore et atmosphérique par des colonnes tronquées et rayées de noir et blanc n'est peut-être pas un progrès ». Mais il répète qu'il ne s'agit pas de juger l'œuvre elle-même et que « l'atteinte aux préférences artistiques de certains n'est pas, à nos yeux, un moyen de droit »([20]), ce qui est rigoureusement exact. Mais est-il vraiment possible pour des juges de séparer, en eux, l'esthète et le juriste, alors que c'est l'environnement esthétique de leur activité juridique qui est en jeu ?

Nous n'aborderons pas la matière des droits intellectuels en tant que telle. Les quelques observations qui suivent ont pour seule ambition d'examiner quelle est l'attitude des juges lorsque le cheminement d'un procès les amène à se poser une question aussi insolite pour eux que : « qu'est-ce que l'art ? ». Notre titre indique

20. C.E. (fr.), 12 mars 1986, *A.J.D.A.* 1986, j., p. 258 et conclusions J. MASSOT.

que c'est un domaine que le droit n'a pas la capacité d'explorer, où il devrait normalement s'arrêter, renvoyer à d'autres normativités qu'il n'a ni la compétence ni la légitimité d'aborder. Et pourtant, tantôt par le biais de questions qui sont juridiques (fiscales, pénales, civiles), tantôt par l'effet du « tout-au-juge » qui caractérise notre époque, les juges n'ont pu s'empêcher de pénétrer sur le territoire de l'artiste – de même d'ailleurs qu'on les a contraints d'occuper ceux de l'historien, du moraliste, du médecin, etc.

6. L'oiseau dans l'espace de Brancusi

Quand un collectionneur s'en prend à « La Joconde », quand un dément lacère « Le Mariage de la Vierge » ou quand un voleur dérobe « Les Juges intègres », il n'est pas difficile pour le droit de faire application des catégories ordinaires de la responsabilité civile ou pénale. Mais quand c'est la qualification même d'œuvre d'art qui est en cause et que d'elle dépend l'issue d'un litige fiscal, le juge se trouve transporté au-delà de ses aptitudes ordinaires.

C'est pourtant ce qui est arrivé à la Cour des douanes des États-Unis en 1928.

Constantin Brancusi avait commencé sa carrière de sculpteur par des représentations classiques du corps humain. Après une période qui évoque l'art africain et l'art brut, il s'attacha à représenter non les choses mais les idées qu'elles enferment ou inspirent, persuadé que « l'art fait naître les idées, il ne les représente pas ». « L'Oiseau dans l'espace », une de ses œuvres les plus accomplies, se présente comme une longue flamme de bronze poli, posé sur un socle cylindrique. Il voulait ainsi représenter « l'essence du vol », « rendre en un seul oiseau l'essence de tous les oiseaux », y voyant « le symbole du spirituel », un spirituel heureux : « Le vol, quel bonheur »[21] !

Ce n'est cependant pas ce que ressentit le douanier américain qui décida, non de faire profiter l'œuvre, exportée par Marcel Duchamp aux États-Unis, de l'exonération accordée aux sculptures (art. 1704 du Tariff Act de 1922), mais de lui appliquer l'article 399 du même code qui frappe d'une taxe de 40% de leur valeur d'achat (en l'espèce une taxe de 240 $), notamment les « ustensiles ménagers ou hospitaliers, ferblanterie, vaisselle et autres articles ou objets manufacturés ».

Le redevable refusant de s'exécuter, la contestation donna lieu à un procès au cours duquel s'affrontèrent, entendus en qualité d'experts, d'une part, les critiques d'art partisans de l'art abstrait, d'autre part, deux sculpteurs académiques qui déclarèrent que ce que fait Brancusi n'est ni de l'art ni même de la sculpture[22]. Leurs positions étant radicalement opposées, où les juges allaient-ils puiser les motifs de leur décision ? Car ce n'était qu'en apparence un litige

21. BRANCUSI, *Cercle d'art*, 1997, p. 15.
22. *Brancusi c/États-Unis*, Adam BIRO, 1995, p. 58.

fiscal : ils devaient en réalité décider de ce qu'est le beau, trancher non seulement une controverse essentielle de l'esthétique du XX^{e} siècle mais aussi les questions métaphysiques qu'elle dissimule.

Il y avait, d'un côté, « l'Américain pragmatique et sain d'esprit pour qui un chat est un chat et non pas une 'idée' de chat ; de l'autre, l'Européen décadent nihiliste et tant soit peu pervers, qui n'est jamais vraiment assuré qu'un chat soit vraiment un chat... »[23].

La très ancienne controverse, qui remonte aux matérialistes romains, quant à savoir si l'œuvre de l'esprit qui s'inscrit dans le bronze acquiert la nature juridique du bronze[24] était dépassée depuis que la création artistique avait été inscrite dans le dessein de Dieu. Mais, depuis Son retrait de l'atelier des artistes, l'œuvre d'art flottait entre la matière et l'esprit et c'est, arbitrairement, à l'homme, en l'occurrence au juge, qu'il convenait de classer « l'Oiseau dans l'espace » dans le registre de la quincaillerie – et alors il fallait protéger les quincailliers américains en taxant l'importation concurrente ; ou bien il pouvait être rangé parmi les œuvres d'art – et alors il fallait, au contraire, la faire entrer sans entrave pour que les musées du Nouveau Monde regorgeassent des beautés que l'Europe se désintéressait de retenir.

Mais entre ces choix protectionnistes se glissaient des questions infiniment plus subtiles : il y avait aussi, d'un côté, « l'Américain vertueux, pour qui la nature est une création de Dieu, de l'autre, l'Européen iconoclaste, matérialiste, pour qui la nature est régie par des processus physico-chimiques ». « Sous le conflit esthétique se jouait en réalité un conflit théologique : ici, Dieu était vivant et il fallait l'honorer en imitant sa création, là, Dieu était mort et l'homme devait exprimer ce drame métaphysique »[25].

La motivation du jugement fut plus modeste. La Cour s'en remit à l'avis majoritaire des experts. L'avocat du gouvernement avait pressenti le danger de ce dessaisissement : quand un juge commença de leur demander s'il s'agissait d'une œuvre d'art, il avait élevé une objection au motif qu'il s'agissait d'un point de droit. La Cour rejeta l'objection. Ayant appris par ces témoignages qu'une œuvre d'art peut exprimer une idée, elle conclut :

« Il nous apparaît que l'objet sur lequel nous devons statuer n'a d'autres fins que décoratives, que sa finalité est la même que celle de n'importe quelle sculpture des maîtres anciens. Il est beau et de lignes symétriques, et en dépit d'une certaine difficulté à pouvoir l'assimiler à un oiseau, il n'en demeure pas moins agréable à regarder et d'une grande valeur ornementale. Et considérant, sur la foi des témoignages, qu'il s'agit de la production originale d'un sculpteur professionnel, d'une sculpture et d'une œuvre d'art selon les experts mentionnés

23. B. EDELMAN, *L'adieu aux arts. 1926 : L'affaire Brancusi*, Alto Aubier, 2001, p. 12.
24. B. EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, *op. cit.*, p. 55.
25. B. EDELMAN, *L'adieu aux arts*, *op. cit.*, p. 13.

ci-dessus, nous recevons la plainte et jugeons que l'objet a titre à l'entrée en franchise en vertu de l'article 1704 ci-dessus »[26].

Sans doute la science des experts a-t-elle convaincu les juges de ce que Bancusi n'était pas un ferrailleur. Mais c'est au fond de leur « moi » que les juges ont puisé la sensation esthétique qui va dicter leur opinion juridique. Entre les deux systèmes normatifs du beau et du juste, la jonction était faite.

7. La poubelle de César

Dans l'affaire Brancusi, une des questions posées à plusieurs témoins était de savoir si l'artiste aurait eu la liberté d'appeler son œuvre « poisson » ou « tigre ». Les témoins répondirent oui pour le poisson, non pour le tigre([27]). Est-ce à dire que c'est à l'artiste lui-même qu'il revient, en l'intitulant, de faire de sa création une œuvre d'art, le juriste pouvant tout au plus exercer son contrôle marginal au cas où il se serait manifestement trompé ?

C'est un problème voisin qui a été posé à la Cour d'appel de Bruxelles à propos de la poubelle de César.

Un coiffeur, accessoirement collectionneur et marchand d'œuvres d'art, avait vendu, pour un million de francs belges, à une société faisant le commerce de celles-ci – on était cette fois entre connaisseurs – une poubelle ayant appartenu au sculpteur César : « il s'agissait d'une poubelle contenant des résidus de polyuréthane, sur laquelle des coulées de ce produit étaient encore apparentes et dans le fond de laquelle était apposée la signature de César ».

Pour un œil ordinaire, par exemple un œil de douanier, cette œuvre n'était pas foncièrement différente des voitures compactées qui ont fait la gloire de l'artiste[28]. La Cour le reconnaît :

> *« Attendu qu'il n'est certes pas invraisemblable qu'un objet tel que celui qui a fait l'objet de la vente puisse apparaître comme une œuvre, compte tenu des orientations de l'art contemporain en général et de la démarche de l'artiste César en particulier, qui conduisent à rendre les limites de l'art de plus en plus floues ».*

Mais le litige ne permettait pas à la Cour de se retrancher derrière ce doute : s'il s'agissait d'une œuvre d'art, le million n'était pas excessif ; s'il s'agissait d'une poubelle, même signée, la vente, selon l'acheteur, avait été entachée d'erreur substantielle ou de dol.

Si le procès avait été posthume à l'artiste, on eût pu imaginer que la Cour rangeât l'objet dans la catégorie des « ready made » et qu'elle se satisfît d'une

26. *Brancusi c/États-Unis*, *op. cit.*, p. 117.
27. *Brancusi c/États-Unis*, *op. cit.*, p. 30.
28. Sur la capacité transsubstantialiste de la signature, voir *infra* : « La fontaine de Duchamp ».

signature pour « débanaliser » un ustensile[29]. On est ici en présence d'un phénomène comparable à celui que tranchèrent les théologiens du Moyen Âge à propos d'un calice[30] : tant qu'il n'est pas consacré, ce n'est que du vulgaire métal qu'on peut vendre en toute liberté ; s'il est consacré, « il devient une chose sacrée, une *res divinis juris* » et son trafic constitue le crime de simonie, condamné depuis le IV^e^ siècle, et jusqu'au concile de Trente, mais qui semble aujourd'hui tombé en désuétude. Toutefois, alors que la consécration d'un calice ne pouvait lui apporter une plus value car le sacré était hors commerce[31], la sacralisation opérée aujourd'hui par la signature de l'artiste, loin de retirer l'œuvre du marché, confère à celle-ci une plus value substantielle.

En l'espèce, l'artiste étant vivant, on s'adressa à lui, non comme dans l'affaire Brancusi, pour conférer à l'œuvre l'étiquette artistique, mais pour la lui dénier. Le vendeur invoquait un certificat ainsi rédigé : « Je soussigné César Baldaccini, sculpteur, certifie que la poubelle reproduite au dos de cette photocopie m'a servi à couler du polyuréthane pour mes expansions en 1964 ». Mais l'artiste, interrogé par l'acheteur, précisa que « ce n'est pas parce qu'il (avait) dédicacé un objet en souvenir d'une exposition que c'est pour cela une œuvre de lui », ajoutant : « ... *je dédicace de nombreux catalogues à chaque exposition, ce ne sont pas de œuvres de César pour autant !* »

La société acheteuse ne gagna cependant pas son procès, la Cour estimant qu'il ne peut être exclu qu'elle ait « entendu spéculer précisément sur les ambiguïtés de l'art contemporain, en présentant comme une œuvre ce qui n'était en réalité qu'un outil de travail de l'artiste ». Et à supposer qu'elle se fût méprise à ce sujet, loin d'avoir été victime d'une erreur sur la substance, elle aurait au contraire commis une erreur inexcusable « en tant que professionnelle spécialisée dans le commerce d'œuvres d'art contemporain »[32].

Ce que consacre ici implicitement la Cour, c'est qu'un objet peut puiser sa valeur, non dans son appartenance à la catégorie des œuvres d'art, mais dans la gloire adjacente à celle-ci qui, s'attachant à l'artiste autant qu'à son œuvre, retombe sur les ustensiles les plus triviaux de son environnement.

Cette notion de gloire est différente de celle qui fit la renommée des artistes de la Renaissance et de l'âge classique. Il s'agissait alors d'« une valeur collective, une valeur de Cour, un titre octroyé précisément par les détenteurs de la gloire »[33]. L'œuvre dissidente, le poète maudit, l'artiste d'avant-garde, tous ces mythes qui peuplent notre imaginaire artistique étaient impensables au temps où l'art n'existait que sur la commande des souverains et des pontifes, lesquels déléguaient à leurs favoris, gitons, courtisanes, bouffons et artistes, une part de leurs richesses et de leur souveraineté.

29. Sur ce point voir également *infra* : « La fontaine de Duchamp ».
30. B. EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, *op. cit.*, p. 106.
31. *Ibidem*.
32. Bruxelles, 6.oct. 1997, 22^e^ Chambre, inédit, 1995/AR/879.
33. B. EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, p. 119.

Aujourd'hui, la gloire est le produit combiné des avis de la communauté alphabète et marchande : elle procède de l'opinion des critiques, des caprices de l'argus, de la politique des investisseurs, des tarifs des compagnies d'assurance. La reconnaissance des pouvoirs publics vient ultérieurement, à la remorque de ces évaluations privées, par la voie des achats, des subsides et des prélèvements fiscaux.

8. Les « graphes » (ou Graff) de la SNCB

Mais c'est parfois le juge lui-même, sans le secours ni des experts ni de l'artiste, qui se voit sommer, pour répondre à une incrimination pénale, de faire advenir à la dignité artistique une œuvre qui n'avait pas la prétention d'y accéder.

Il faut dire que, dans son souci louable de faire respecter le matériel de la SNCB, celle-ci, partie civile, et le Ministère public n'y étaient pas allés de main morte en accusant deux tagueurs d'avoir constitué une association de malfaiteurs dont les membres auraient, « en dehors des cas visés aux articles 510 à 520 du Code pénal[34], détruit en tout ou en partie ou mis hors d'usage à dessein de nuire, une voiture (un wagon, un véhicule à moteur), en l'espèce apposé des « Tags » sur les motrices de la SNCB ». Cet appareillage répressif avait impressionné le seul des deux prévenus qui comparaissait puisque, plutôt que de contester la prévention, il sollicitait « une mesure de suspension du prononcé de la condamnation » et s'engageait « à respecter les conditions que le tribunal lui imposerait ». Mais le juge ne suivit ni l'accusation ni la défense[35].

Il posa une question qui est celle de notre titre : ne se trouvait-on pas au-delà des limites du droit, dans le non-droit, c'est-à-dire là où des réprobations non juridiques sont plus adéquates qu'une condamnation, en tout cas une condamnation pénale ?

Pour répondre affirmativement à cette question, le juge aurait pu se borner à constater, comme il le fit dans un attendu liminaire, que, même si les représentations graphiques avaient totalement modifié les wagons et motrices, « le dossier n'apporte aucune preuve de ce que cette transformation eût été de nature à les empêcher de circuler normalement sur le réseau ferroviaire », ajoutant que « le simple étonnement, voire la réticence des usagers ou du personnel de la SNCB à utiliser des wagons et motrices dont l'allure était devenue pour le moins insolite ne (pouvait) en aucun cas se confondre avec la destruction ou la mise hors d'usage visée par l'article 521 du Code pénal ». Mais il fit plus.

Opérant une savante distinction entre, d'une part, les tags et graffiti, à l'égard desquels « il ne faut faire preuve d'aucune indulgence » parce qu'ils sont « autant

34. Articles qui visent les faits d'incendie volontaire.
35. Corr. Dinant, 26 févr. 2003.

de formes d'agressions sournoises contre l'environnement et n'ont d'autre effet que de délabrer les conditions mêmes de la vie en commun », et, d'autre part, les « graphes », il constata que ceux-ci, en l'espèce, « consistent en l'organisation de happenings graphiques visant à transformer de manière spectaculaire et inattendue des objets et des lieux emblématiques de la banalité, de l'anonymat, voire même d'une certaine désolation de la vie sociale (gare, train, friche industrielle et urbaine, etc....) et s'inscrivent dans le droit fil d'un mouvement culturel né dans les années 1980 et qui a donné naissance à des œuvres artistiques importantes telles que par exemple celles de J. M. Basquiat ou de K. Haring pour ne citer que les plus connues »[36].

Tirant des effets juridiques de cette constatation esthétique, il conclut « que le projet de subvertir esthétiquement la banalité d'un objet ou d'un lieu ne peut être assimilé à la volonté de le détruire et de l'enlaidir en le dégradant ».

Observant qu'il faut se garder « d'incriminer abusivement des pratiques artistiques », tout en n'écartant pas une éventuelle obligation civile d'indemniser[37], il accrocha finalement sa décision au plus haut des libertés fondamentales, ajoutant que :

> *« parler 'd'association de malfaiteurs' pour désigner la participation à ce type d'happenings graphiques constitue assurément un abus de langage qui, s'il venait à être admis dans la pratique judiciaire, laisserait bien mal augurer de l'avenir de la création artistique et même des libertés tout court puisque la liberté d'expression (article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme) qui la protège est au premier rang de celles-ci »*[38].

Ce que le juge a vu, dans cette espèce, c'est que la lecture du monde ne peut pas être exclusivement juridique, qu'il existe d'autres normativités devant lesquelles le droit doit savoir s'incliner. Par sa rhétorique creuse, son statut de contenant accueillant toutes sortes de contenus, le droit est capable « de s'approprier n'importe quelle autre règle sociale »[39]. Mais il faut savoir se méfier de l'impérialisme panjuridique : le droit, spécialement à une époque où il est sollicité à tort et à travers, doit savoir se retirer en laissant d'autres systèmes normatifs prendre le relais[40].

36. Voir le « Dossier GRAFF/Art de la rue » in *Art actuel*, juin 2004, pp. 42 à 59.
37. En France, le magazine « GRAFF IT » a été condamné à payer 150.000 € pour avoir publié des photos de trains peints ! (*Art actuel*, Juin 2004, p. 44).
38. Le rap, le graff et la glisse pourraient être les expressions musicale, picturale et sportive d'une nouvelle civilisation urbaine (*ibidem*, p. 51).
39. J. CARBONNIER, « Les phénomènes d'internormativité », in *Essais sur les lois, Rép. Defrénois*, 1979, p. 256.
40. *Ibidem*, p. 260.

9. La « fontaine » de Duchamp et son agression par Pinoncely

Mais le sommet des ambiguïtés de l'art contemporain est atteint lorsque celui-ci organise sa propre destruction et qu'il le fait au nom de l'art lui-même, un art dont les juges, précédés d'une solide réputation de philistins, sont invités à ne pas abîmer la poésie avec leurs concepts grossiers. Et c'est ici qu'on retrouve Marcel Duchamp, non plus au titre de témoin goguenard des tribulations de l'« Oiseau dans l'espace », mais au centre d'un procès où un artiste de comportement prétendait avoir parachevé son œuvre en la détruisant.

Comme Brancusi et beaucoup d'autres artistes du XX^{e} siècle, Marcel Duchamp avait sagement entamé sa carrière. La commençant dans le sillage du fauvisme, il passa ensuite au cubisme jusqu'à ce qu'il se convertît au dadaïsme. Les « ready-made », objets quelconques promus œuvres d'art dans leur banalité même, culminent dans son célèbre « Fountain » que les catalogues décrivent avec une sobriété fidèle à l'œuvre : « urinoir en faïence, haut. 60 cm ». La beauté ne s'en décèle que dans La signature (R. Mutt) et le message de l'artiste : « Ma fontaine-pissotière partait de l'idée de jouer un exercice sur la question du goût : choisir l'objet qui ait le moins de chance d'être aimé. Une pissotière, il y a très peu de gens qui trouvent cela merveilleux. Car le danger, c'est la délectation artistique. Mais on peut faire avaler n'importe quoi aux gens ; c'est ce qui est arrivé »[41]. Et en effet, les gens avalèrent ce n'importe quoi. Un des exemplaires de cette fontaine dormait dans les trésors de Beaubourg jusqu'à ce qu'il fût prêté à une exposition organisée à Nîmes sur « l'objet dans l'art contemporain ».

Le droit – heureusement ! – n'avait jamais eu à se prononcer au sujet du caractère artistique des « ready-made ». Comment pourrait-il comprendre un art fondé sur la dérision lui qui est toujours grave, un peu triste[42] : si le rire est le propre de l'homme, il faut en excepter l'homme-juriste. Car le droit chemine à l'inverse du rire : si le premier, comme le second, vise à mécaniser la vie c'est, non pas pour la libérer des contraintes, mais au contraire pour ramener les hommes aux stéréotypes des conduites licites[43].

Le droit avait plus ou moins bien digéré la satire. Il avait même consacré l'exception de parodie[44]. Mais il s'agissait alors de mesurer la qualité esthétique d'œuvres qui contestaient des valeurs : celles-ci pouvaient subir sans dommage excessif la dévastation du rire, puisque, pour les moquer, il fallait préalablement reconnaître qu'elles existent. Mais que devient l'esthétique de la dérision lorsque le socle des valeurs s'effrite au point que toute contestation devient impossible[45] ? Comment l'absurdité pourrait-elle encore secouer quoi que ce

41. M. Duchamp, *Cercle d'art*, 1995, p. 32.
42. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F. Quadrige, 1994, p. 304.
43. Voir « Pourquoi les juges ne rient pas », dans notre *Précis : Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 140.
44. *Ibidem*.
45. L. Ferry, *Homo aestheticus. L'invention du goût à l'âge classique*, Paris, Grasset, 1990, p. 324.

fût des lors qu'il « n'y a aucun pôle de non-absurdité auquel elle pourrait, en s'opposant, se révéler fortement comme absurdité »[46] ?

La conception dadaïsante de l'art allait atterrir chez un juge, une nouvelle fois par l'effet de ce grand rabatteur des conflictualités diverses qu'est l'article 1382 du Code civil.

Pierre Pinoncely, alias Pinoncelli, artiste de comportement, visita l'exposition, non avec le dessein bête de se délecter de l'anti-délectation de Duchamp, mais pour prolonger activement son œuvre. Il rendit donc la « fontaine » à sa destination première et, ceci fait, l'abîma à coups de marteau. Cité à comparaître au civil devant le Tribunal de grande instance de Tarascon, après avoir été condamné à un mois de prison avec sursis par le tribunal correctionnel de Nîmes, il fit l'objet d'un jugement de condamnation qui eût pu se satisfaire, pour être juridiquement motivé, de la troisième phrase de son premier alinéa, ainsi rédigée :

> *« En effet, si uriner dans un urinoir peut rendre l'objet exposé comme une œuvre d'art à son usage premier, nul ne peut prétendre qu'une pissotière s'utilise à coups de marteau. Il y eut donc une faute, elle-même à l'origine du préjudice dont il est demandé réparation »*[47].

On avait cependant affaire à un juge dont la culture ne se limite pas au contenu des codes. Il ajoute :

> *« Mais plane sur ce syllogisme incontournable l'ombre du simplisme, de l'imperméabilité supposée de l'institution judiciaire à toute démarche artistique d'avant-garde ».*

Et il développe en un long jugement une réponse détaillée à l'argumentation du défendeur qui avait réalisé une remarquable fusion entre des concepts esthétiques et des normes juridiques.

Sa défense tenait essentiellement en deux séries d'arguments.

Tout d'abord, en tant qu'artiste de comportement[48], il ne s'était pas rendu coupable d'un simple acte de vandalisme mais avait pratiqué une sorte d'iconoclastie paradoxale qui consiste, non à tuer l'art mais à le mettre partout sauf dans les œuvres. Cette esthétique négative n'était que le prolongement de celle de Duchamp : en refonctionnalisant un objet que celui-ci avait défonctionnalisé, Pinoncely avait démystifié sa mystification, et ainsi valorisé sa création. On ne pouvait donc s'en prendre à l'art éphémère qu'il avait pratiqué sans dénigrer cette forme d'art et sans condamner le « conceptualisme » qui consiste à

46. C. CASTORIADIS, cité par L. FERRY, *op. cit.*, p. 322.

47. T.G.I. Tarascon, 20 nov. 1998, *D.*, 2000, 5., J., p. 128 ; *J.L.M.B.*, 2001, p. 37 et note P. MARTENS.

48. Parmi ses œuvres précédentes on trouve notamment le jet de peinture rouge sur le veston d'André Malraux lors de l'inauguration du Musée Chagall à Nice en 1969.

déplacer le lieu de la création de la matérialité de l'objet fabriqué à l'immatérialité du geste. Ce déclinatoire de juridicité eût pu être accueilli si l'artiste s'était contenté du premier des deux gestes reprochés. Mais il fallait encore justifier le second.

Conscient de ce que les coups de marteau rendaient difficile l'accueil de ce premier argument, Pinoncely en invoquait, subsidiairement un autre. Puisque la pureté non violente du premier geste avait refait de la fontaine un vulgaire article de production industrielle, le préjudice de l'Etat français, auquel état subrogé Axa, son assureur, se limitait aux frais de restauration : 16.366,80 FF. Il ne pouvait s'étendre à la dépréciation d'une œuvre évaluée à 450.000 FF avant le geste de sa refonctionnalisation.

Heureusement nul ne parla d'une autre interprétation selon laquelle l'engin pouvait apparaître comme « la parodie perverse de la coquille qui porte Aphrodite » et sa forme pouvait l'apparenter à une représentation symbolique du sexe féminin[49].

Le jugement répondit point par point à l'argumentation du défendeur et son commentateur put le traduire en recourant à deux concepts bien connus des civilistes et des commercialistes : la novation et le parasitisme[50].

L'argument de Pinoncely revenait à dire que Duchamp avait « nové l'engin en le défonctionnalisant par sa signature et qu'il l'avait lui-même refonctionnalisé en le rendant à son utilité première ». Son geste étant artistique, il devrait être considéré non comme le vandale mais comme le coauteur du chef-d'œuvre recomposé. Mais cette double ou triple novation qui se meut dans le domaine du symbolique se heurtait à une réalité patrimoniale : l'État français, qui n'avait rien commandé à Pinoncely, se retrouvait propriétaire d'une œuvre dévaluée, Pinoncely n'étant pas suffisamment coté au box office pour que sa gestuelle rendît à l'objet la valeur économique qu'il lui avait préalablement enlevée.

Dès lors, le geste destructeur s'apparentait à la notion de concurrence parasitaire : Pinoncely avait prétendu « s'accaparer la notoriété de l'œuvre pour en tirer un bénéfice de renommée ». Il s'était rendu coupable de « parasitisme de la gloire »[51].

Ainsi, conjuguant avec une virtuosité rare la structure ludique et la structure juridique, un juge – et son commentateur – avaient pu traduire en termes de droit la dérision qui inspire le dadaïsme et ses sous-produits. Mais ce montage internormatif était à ce point audacieux qu'il découragea celui-là même qui avait triomphé : Axa s'abstint d'exécuter le jugement[52]. Après avoir fait un étonnant détour par le droit, l'affaire retournait dans le non droit.

La consécration artistique n'étant pas astreinte au délai raisonnable, il faudra

49. J. Clair, *De Immundo*, Galilée, 2002, p. 37.
50. Bernard Edelman, « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncely », *D.*, 2000, Doctr., p. 98.
51. *Ibidem.*
52. *Ibidem.*

attendre quelques décennies pour savoir si, à côté de Duchamp, Pinoncely figure parmi les artistes du XX^{e} siècle qui ont survécu à la dimension éphémère de leur entreprise.

Mais on aperçoit le saut qualitatif qu'ont dû accomplir les juges de Tarascon pour juger l'affaire.

Tant que l'art s'attachait à la représentation de la nature ou de son idée, le droit pouvait en respecter les frontières : à lui, le juste ; à l'art, le beau. Et on pouvait se servir de celui-ci pour dire celui-là : enlevez le critère du beau et le jugement Brancusi s'écroule. Mais depuis que l'art a délaissé la quête de la beauté, s'attelant même à la détruire, il s'est fait envahir par d'autres normativités moins innocentes : la liberté, la révolution, le néant. Les désordres qui s'ensuivent ne peuvent laisser indifférent cette entreprise de maintien de l'ordre qu'est le droit. Et, comble d'ambiguïté, cette conception « destroy », qui se voulait articide, a produit à son tour des « œuvres » qui, bien qu'elles exprimassent le néant du « n'importe quoi » et l'horreur de la délectation, se regardent dans les mêmes musées, se vendent dans les mêmes galeries, mais à des tarifs infiniment plus chers, que les œuvres de l'art pompier qu'elles vilipendent ! Le capitalisme a exercé ici aussi sa vocation à tout mercantiliser. L'art reste donc dans la sphère marchande et par conséquent juridique mais il est entré dans la figure que le droit est le plus inapte à maîtriser : le paradoxe.

Le cas Brancusi était encore gérable. Car si Dieu dans l'art désormais était mort, restaient encore les autres intervenants normatifs auxquels la Cour des douanes se réfère : la beauté, l'auteur, les critiques. Mais le cheminement nécrologique de l'art moderne n'allait pas tarder à les ajouter à la liste de ses disparus : la beauté allait fuir, l'auteur, mourir, et la critique, disparaître dans la corporation encore plus rébarbative des philosophes – le beau, devenu concept, ne pouvait échapper à leur boulimie – jusqu'à ce que la philosophie elle-même éclatât dans des sous-disciplines autonomes et insublimes : analyse cognitive des conduites esthétiques, phénoménologie de la création, métaphysique du matériau, conditionnement politique et marchand du champ artistique et, finalement, « inesthétique »[53].

Le geste de Pinoncely ne prend d'ailleurs sa signification que dans ses prolongements critiques et juridiques. D'abord reçu par la presse locale comme un fait divers, il n'a pris sa dimension philosophique que par le procès qu'il a suscité. Sans lui, il fût resté dans le registre du canular ou du faux. On pouvait l'analyser comme un faux acte de vandalisme opéré sur un faux urinoir par un faux geste de reconversion : certains prétendent même qu'en réalité, Pinoncely l'avait aspergé avec du thé[54]. L'artiste eût pu rester un « sympathique hurluberlu »[55].

53. « Philosophie et art : la fin de l'esthétique ? » *Magazine littéraire*, n° 414, novembre 2002, p. 17.
54. N. HEINICH, « C'est la faute à Duchamp », in B. EDELMAN et N. HEINICH (eds), *L'art en conflits. L'œuvre de l'esprit entre droit et sociologie*, Paris, La découverte, 2002, pp. 76 et 80.
55. *Ibidem*, p. 78.

Mais entré dans la sphère juridique, il prend d'autres dimensions. Son statut se modifie déjà au pénal : devant cet « artiste » qui, selon lui « déshonore le monde artistique », le procureur avoue s'être d'abord demandé s'il ne devrait pas ordonner une expertise psychiatrique[56]. Mais c'est au civil que Pinoncely va utiliser la scène judiciaire pour parachever son œuvre : il plaide lui-même et s'applaudit après l'avoir fait[57]. Ainsi est réalisée la jonction entre les univers médiatiques du musée et du prétoire : si c'est dans le premier que l'art litigieux s'est fait, c'est dans le second que le litige artistique a lieu.

On sort de l'esthétique pour entrer dans un domaine infiniment moins regardant sur les moyens : la publicité, devenue, non plus la « sauvegarde du peuple », ni même l'amplification de la réclame mais l'ensemble des procédés par lesquels se fait la « recherche du renom »[58], la propagande effrénée du moi.

L'affaire Pinoncely a introduit dans les arts plastiques une dimension qui lui est étrangère : celle du « réexécutant » d'une œuvre préexistante. Cette double dimension est bien connue de l'art musical et des arts de la scène. Et elle traite d'une question que connaissent bien les juristes : l'interprétation. Les juges devraient-ils se pencher un jour sur le lien qui unit l'auteur à l'interprète – ce qu'ils expérimentent quotidiennement dans leur rapport à la loi – avec les drames d'infidélité que cette relation comporte ?

10. Le veuve joyeuse de Béjart

Eh bien oui !

La Veuve joyeuse, telle que l'avaient conçue Meilhac, de Flers et de Caillavet pour le livret et Franz Lehar pour la musique, était l'œuvre par laquelle la génération née avant la guerre de 14 continuait de célébrer « La belle époque ».

Pour nos grands-parents, nul ne peut imaginer la douceur de vivre s'il n'a vécu dans le monde où se déroulaient les amours de Missia Palmieri. Mais ce monde était aussi celui de l'injustice sociale et du militarisme cocardier. Son insouciance allait précipiter l'Europe dans les horreurs de Verdun : cet aspect des choses, auquel les auteurs de l'opérette n'avaient pas pensé, est celui que Maurice Béjart ajouta dans les représentations qu'il donna au théâtre de la Monnaie en 1963.

Les héritiers des auteurs justifiaient-ils d'un droit à faire interdire le spectacle ou, à tout le moins, à faire condamner Béjart pour avoir dénaturé l'œuvre initiale ?

Le tribunal de première instance de Bruxelles donna raison à Maurice Béjart. Sa motivation est celle d'hommes cultivés qui, conscients des limites du droit, se réfèrent essentiellement à des critères artistiques et constatent que « presque

56. *Ibidem*, p. 77.
57. *Ibidem*.
58. *Ibidem*, p. 74.

toute l'histoire de l'art est faite de glorieuses transgressions ». Il n'admet pas la thèse des demandeurs qui voulaient faire du metteur en scène « le serviteur parfait de l'auteur », se ralliant au contraire à celle selon laquelle la pièce écrite est une œuvre d'art accomplie mais qui sert « de base à cette autre œuvre d'art qu'est le spectacle » : même si Maurice Béjart a eu une autre lecture que celle qu'avaient les héritiers des auteurs, il n'avait pas « porté atteinte à l'œuvre originale »[59].

Ainsi le tribunal reconnaissait à l'auteur et à l'interprète la même autonomie créatrice. L'œuvre originale était d'ailleurs suffisamment célèbre pour que le public n'attribuât point au premier les garnitures du second. La confusion était d'autant moins plausible que Béjart avait ajouté des séquences de cinéma et un bruitage que les héritiers avaient entendu comme de la musique concrète, ce qui excluait que ces effets de scène fussent attribués à une œuvre écrite en 1909.

Mais devant la Cour d'appel, on en revient à la lourde machine du droit, plus respectueuse des droits patrimoniaux et moraux des héritiers qu'à la liberté des créateurs.

Récusant toute distinction entre les œuvres plastiques « qui peuvent être directement livrées au public » et les œuvres de théâtre qui lui sont présentées « par le truchement nécessaire d'auteurs », refusant d'admettre que la mise en scène d'une œuvre puisse être un « spectacle parallèle » à celle-ci, la Cour condamna Maurice Béjart, le Théâtre de la Monnaie et son directeur pour avoir, par l'effet de leur mise en scène, changé le caractère d'une œuvre « qui se voulait légère, facile, insouciante, dénuée de toute intention sociale, politique ou moralisatrice », pour en faire « une sorte de drame comportant la critique d'une société frivole, jouisseuse, qui vivait dans l'ignorance des difficultés des classes moins favorisées, et insouciante à l'approche d'événements tragiques ». La Cour a semble-t-il été désagréablement impressionnée par « les fréquentes interventions de figurants vêtus en ' gens du peuple ' de l'époque, ... ».

Défenseurs de la protection organisée par l'article 6*bis* de la Convention de Berne, les juges d'appel affirment qu'ils « n'ont point à porter un jugement de valeur esthétique qui n'est pas dans leur mission » et « qu'ils doivent uniquement rechercher, à la lumière des éléments qui leur sont soumis, si l'auteur ou ses ayants droit sont ou non fondés à réclamer la protection de la loi ». Mais n'est-ce pas une de ces « dénégations rituelles » par lesquelles les juges s'interdisent de faire ostensiblement ce qu'ils font implicitement ? Le droit n'est pas encore sorti des fourberies de ce positivisme mythique qui croit pouvoir distinguer rigoureusement le droit et le fait, les jugements de valeur et de réalité, l'opportunité et la légalité, alors que ces belles constructions théoriques ne sont, bien souvent, que les travestissements argumentatifs sous lesquels les juges

59. Civ. Bruxelles, 4 juin 964, *J.T.*, 1964, p. 399.

dissimulent leurs préférences[60]. Et la cour conclut que l'œuvre a été déformée et que « cette déformation a pour conséquence de faire attribuer aux auteurs des conceptions qui leur étaient étrangères, spécialement de préjudicier à leur réputation d'autres légers, aimables, boulevardiers, cherchant à divertir sans plus, comme les aimait le public bourgeois de la 'belle époque' ». Cette conclusion est étonnante, toute la démonstration de l'arrêt indiquant que c'est, au contraire, en opposition déclarée avec ces conceptions que l'opérette avait été jouée. Voici donc des juges qui se font les gardiens de la futilité et qui, à la liberté créatrice de l'interprète, préfèrent le droit moral et patrimonial de personnes qui, épaulées par la Société française des auteurs et compositeurs dramatiques, ont hérité, non du talent de l'auteur, mais du droit de monnayer celui-ci et de faire censurer au besoin le talent indocile de l'interprète.

Ainsi le droit manifeste-t-il à nouveau son aptitude à rapatrier dans le commerce la totalité de l'activité humaine, quitte à sublimer les patrimoines au détriment des libertés.

Conclusion

Ce qui rend le droit difficilement conciliable avec l'art, c'est leur approche radicalement opposée des choses : le droit est une technique de conservation, il provient pour l'essentiel de normes adoptées par la majorité, appliquées par des interprètes qui fonctionnent dans une structure hiérarchisée.

Le bon juge – mais c'est vrai qu'il y a de plus en plus de dissidents – est celui qui décrypte le sens que le législateur a dissimulé dans la loi et qui devine celui qu'y lira la Cour de cassation.

L'art, à l'inverse est une technique permanente d'innovation et d'insoumission. Il progresse par l'audace des précurseurs et commence à douter de lui le jour où la majorité les acclame. Il est hostile à toute hiérarchie et n'admet ni les recours ni les censures – ce que les juges subissent ou infligent quotidiennement. L'art et le droit ont des herméneutiques inconciliables.

Les jugements que nous avons analysés traitent d'une question qui n'a rien à voir avec le droit : les solutions adoptées par les juges dépendent de leur appréhension du beau et de l'état d'avancement de leurs convictions esthétiques.

Les juges de la Cour des douanes ont admis que « l'Oiseau dans l'espace » était une œuvre d'art parce qu'il avait su éveiller en eux la sensation du beau « en dépit d'une certaine difficulté à pouvoir l'assimiler à un oiseau ». L'affaire César ne portait pas sur une appréciation esthétique. Le juge des « graphes » de la

60. Ainsi, quand la France refusa en 1940 d'accorder la nationalité française à Picasso, elle se fondait sur un rapport des renseignements généraux qualifiant l'intéressé d'anarchiste et de « suspect au point de vue national », s'indignant notamment qu'il eût peint un tableau « où des bourgeois refusaient l'aumône à des mères de famille ». Mais on l'y décrivait aussi comme un « peintre soi-disant moderne ». (*Le Monde*, 22 avril 2004).

SNCB avait suffisamment de sens esthétique pour ne pas les confondre avec des « agressions sournoises contre l'environnement ». Les juges de Tarascon se sont si bien introduits dans les apories de l'art conceptuel qu'ils ont pu le prendre à son propre piège. La Veuve Joyeuse de Béjart a eu affaire successivement à des juges-artistes (en instance) et à des juges-philistins (en appel) : dommage que cette divergence ne se fût point manifestée en sens inverse !

Il est vrai qu'au fond de l'acte de juger, il y a toujours une part d'ineffable qui n'est pas réductible à la loi : combien de jugements qui se présentent comme des équations juridiques ne proviennent-ils pas de la compassion pour ceux qui n'ont rien ou du respect pour ceux qui possèdent, de la sympathie qu'on éprouve pour l'Autre ou de la préférence qu'on a pour les siens, du goût de partager ou d'exclure, de pardonner ou de punir... Mais ces pulsions primordiales de l'acte judiciaire sont encadrées par des carcans normatifs qui en limitent les épanchements. Le droit pénal, le droit du travail, le droit des baux, le droit de la faillite, le droit au divorce : toutes ces constructions juridiques tendent à contenir les sympathies que, sans elles, le juge risquerait de puiser dans les repères normatifs déduits de sa biographie.

Mais, s'il a organisé jusque dans le détail le domaine patrimonial de l'art, le droit s'est bien gardé de définir l'esthétique, ce qui est d'ailleurs devenu impossible depuis que, le goût s'étant affranchi de l'éthique, rien des présupposés moraux qui servent de muses au droit ne peut aider à juger le beau.

Il y eut bien au XX^{e} siècle deux parenthèses : celle de l'artiste engagé, qui parut annoncer qu'on allait refaire, contre le vœu d'André Gide, de la bonne littérature avec des bons sentiments. Mais la jonction ne s'est pas faite : le jdanovisme n'ayant prospéré qu'à l'Est, on pouvait à l'Ouest être un communiste orthodoxe dans son engagement mondain, un novateur intrépide dans la conception de son œuvre et un capitaliste ordinaire dans la gestion de celle-ci.

La deuxième parenthèse est celle du Bauhaus qui plongea l'art dans une telle grisaille d'utilitarisme, de renoncement et d'anti-lyrisme[61] qu'on put croire qu'il allait ressembler au droit. Mais cette utopie de l'« inbeauté » allait mourir « à Saint-Louis, Missouri, le 15 juillet 1972 à quinze heures trente deux (ou à peu près), quand l'ensemble tant décrié de Pruitt-Igae, ou plus exactement certains de ses blocs reçurent le coup de grâce final à la dynamite... Boum, boum, boum », cet ensemble étant l'un des plus imposants symboles du style Hlm-Bauhaus, avec notamment le mur de Berlin qui eut lui aussi une fin lamentable[62].

L'art put donc reprendre son cheminement autonome et, par son avant-garde, approfondir son autodestruction, acceptant de devenir « le métalangage de la banalité », renonçant à « la puissance de l'illusion », accomplissant « un

61. On vise ici la théorie du Bauhaus et sa production de masse, non les œuvres de ses représentants dont elle n'a pas pu éteindre le génie. Voir : J. Fieler et P. Feierabend, « Bauhaus », *Könemann*, 2000.

62. C. Jencks cité par L. Ferry, *op. cit.*, p. 316.

travail de deuil de l'image et de l'imaginaire »[63]. Prenant désormais pour modèle et même pour matériau les cadavres, les cheveux, poils, rognures d'ongles, excréments et autres matériaux organiques et rejets du corps humain[64], il annonce peut-être la fin d'une civilisation, l'art n'ayant été qu'« une sorte de luxe éphémère de l'espèce »[65]. Il s'agirait alors de « rejoindre les rituels et les fantasmagories inhumaines de cultures d'avant la nôtre »[66], voire de renouer avec « les composantes pulsionnelles coprophiliques » et les « impulsions sadiques » que, précisément, le sentiment esthétique avait permis de contenir depuis notre passage à la station debout[67].

Cette conception de l'art ne va-t-elle pas se heurter à cette nouvelle norme juridique : la dignité humaine, qui a précisément le dessein pathétique de préserver les acquis d'une civilisation menacée[68] ?

L'art et le droit resteront donc à jamais des sphères inconciliables. Nous pourrons continuer à nous amuser des rencontres fortuites auxquelles les pratiques du plagiat, de la dénaturation ou du vandalisme les condamnent. Mais la grande utopie du tout-au-droit et du tout-au-juge doit s'arrêter au seuil d'un domaine où tout est mystère, symbole, poésie et dissidence, catégories antagonistes de celle du droit où tout est règle, normalité, contrainte et conformité.

63. J. BAUDRILLARD, *Illusion, désillusion esthétiques*, Sens et Tonka, 1997, pp. 13, 19 et 7.
64. J. CLAIR, *De immundo*, Galilée, 2004, p. 25.
65. J. BAUDRILLARD, *op. cit.*, p. 40.
66. *Ibidem*, p. 46.
67. Sigmund FREUD, « Sur le plus général des rabaissements de la vie amoureuse », cité par J. CLAIR, *op. cit.*, p. 38.
68. Voir « La dignité humaine » in *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, *op. cit.*, pp. 67 à 81.

Technologies de l'information et de la communication et « co-régulation » : une nouvelle approche ?

Yves POULLET
Doyen de la Faculté de droit de Namur,
Professeur aux facultés de droit de Namur et de Liège

1. La « Déclaration de principes » émise à l'issue de la conférence de Genève, organisée en décembre 2003 par l'Union internationale des télécommunications (U.I.T.) sur le thème de la société de l'information[1] constitue sans doute une première tentative d'élaboration d'une constitution[2] globale[3] de la société de l'information.

Parmi les multiples questions abordées par la « Déclaration », une seule retiendra notre attention. Les points 48, 49 et 50 entendent préciser la manière dont la régulation de l'Internet doit être abordée. Le postulat de départ est énoncé comme suit au point 48 : « L'Internet[4] est devenu une ressource publique mondiale et sa gouvernance devrait être un élément essentiel de la société de l'information ». La gestion internationale de l'Internet devrait s'exercer de

1. Le Sommet mondial sur la société de l'information a été organisé par l'U.I.T. (Union Internationale des Télécommunications) en coopération avec l'UNESCO, les 10,11 et 12 décembre 2003 à la demande de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il est la première étape d'un processus qui normalement aboutira à Tunis en 2005. Il fut précédé de nombreuses conférences régionales. Le lecteur trouvera le texte complet de la déclaration sur le site de l' U.I.T. (http :// www.itu.org) de même que le « Plan d'action » décidé par le même Sommet et les premiers suivis de la conférence de Genève.
2. Le langage solennel utilisé par les auteurs de la Déclaration pour l'introduire donne au texte une « allure constitutionnelle » : « Nous, représentants des peuples du monde, proclamons notre volonté et notre détermination commune d'édifier une société à dimension humaine, inclusive et privilégiant le développement... ». Les termes utilisés ne sont pas sans rappeler le préambule de la Constitution des États-Unis.
3. Le mot « global » est doublement souligné. Le qualificatif se réfère à la dimension *globale* – ou mondiale – des réseaux dont on cherche à encadrer le développement. Il a le mérite en outre de souligner le principal apport de ce texte qui, à l'inverse des approches « parcellaires » qui caractérisent les interventions des organisations internationales dans le domaine, embrasse *globalement* l'ensemble des questions de société (propriété intellectuelle, vie privée, accès aux infrastructures, sécurité des réseaux, contenus des messages, liberté des médias, etc.). Cette « approche globale » des questions nous semble, malgré nos regrets du peu de résultats concrets du Sommet et des timides affirmations de la « Déclaration » en matière de Droits de l'homme, constituer son apport essentiel (sur le sommet, lire nos réflexions in *Rev. Dr. Tech. Inform.*, 2004, n° 18, p. 5.
4. Sans doute, la référence à « l'Internet », se justifie comme lieu de convergence dans le futur de tous les réseaux de la société de l'information.

façon multilatérale, transparente et démocratique, avec la pleine participation des États, du secteur privé, de la société civile et des organisations internationales.... ».

Les points 49 et 50 tirent les conséquences de ce postulat. Ils invitent d'une part à une claire répartition du rôle de chaque partie citée dans ce mouvement de régulation et réclament la création par le Secrétaire général des Nations-Unies d'un groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet[5].

Sans préjuger des travaux futurs de ce groupe non encore officiellement créé, on peut dès maintenant affirmer que le texte du Sommet prône clairement la « co-régulation » comme mode de gouvernance de l'Internet, refusant clairement tant les modèles de l'autorégulation ou de la régulation par les seuls organismes privés de régulation technique, que le modèle du tout à l'Etat[6].

2. Ce concept de « co-régulation » n'est pas nouveau et son utilisation pour « encadrer » la société de l'information avait déjà été prônée dans diverses enceintes internationales. Ainsi, l'OCDE, lors de la conférence interministérielle d'Ottawa en 1998[7], avait appelé de ses vœux un « effective mix » d'interventions publique et privée pour réguler le commerce électronique et l'UNESCO avait endossé lors du « Sommet mondial des régulateurs », le plaidoyer du rapporteur de synthèse, Mr. Bourges, en faveur d'une co-régulation des (nouveaux) médias[8].

La « co-régulation » ainsi prônée semble cependant, à la lecture des textes dédiés à cette mode, un concept normatif pour le moins ambigu, aux facettes multiples et méritant quelques classifications (ou clarifications ?).

3. Pour ce faire, nous nous proposons tout d'abord de rappeler rapidement les critères de la validité juridique d'une norme, critères à l'aune desquels en définitive toute régulation, qu'elle soit autorégulatrice, co-régulatrice ou législative (au sens large du terme) devra satisfaire.

Il s'agira ensuite d'opposer deux modèles d'approche du phénomène par des

---

5. La Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.) de Paris a dès janvier 2004 précisé le point de vue du secteur privé en la matière : « Issue Paper on Internet Governance » (document de travail disponible sur le site de l'U.I.T déjà cité).
6. ... ce que Vivant appelle les modèles de régulation moniste jugés, selon cet auteur, inadéquats : « A la vérité, il est nécessaire de dépasser une réponse purement moniste : « hard law » ou « soft law » qui prétend ignorer la réalité des difficultés et au final ne répond pas à celle-ci. C'est à plusieurs sources qu'une efficace, et légitime, régulation du net doit s'abreuver, ce sont plusieurs acteurs qui ont vocation à intervenir » (M. Vivant, *Internet et modes de régulation*, Rapport au colloque de Namur sur l'Internet, E. Montero (éd.), Cahier du CRID, Bruxelles, Bruylant, 1997, n° 12, p. 215).
7. Conférence Ministérielle d'Ottawa, Novembre 1998 : « Un monde sans frontières : réaliser le potentiel du commerce électronique global ».
8. H. Bourges, Rapport de clôture, Unesco, Sommet mondial des régulateurs, Paris 30 nov. – 1er déc. 1999 disponible en ligne à l'adresse http ://www.unesco.org/webworld/

instances publiques : le premier est celui français qui a précédé la création en 2001 du « Forum Européen des droits de l'Internet » ; le second se déduit d'un « accord inter-institutionnel européen » adopté en octobre 2003 (signé le 16 décembre 2003) et au contenu fortement inspiré par l'Allemagne. Ce texte au titre évocateur « Mieux légiférer (Better Lawmaking) » n'est certes pas limité au seul problème de la régulation de la société de l'information mais envisage de manière globale une régulation moderne de la société.

A. A la recherche des critères de validité juridique d'une norme

4. Un séminaire interdisciplinaire organisé à Namur les 15 et 16 juin 2001 rassemblait des experts internationaux autour du thème « Gouvernance de la société de l'information ». A cette occasion, Michel Coipel auquel ce modeste propos est dédié consacra quelques pages inspirées sur les relations entre le droit comme phénomène normatif et d'autres modes normatifs de régulation sociale[9] : « Souligner que le droit n'a pas le monopole de la régulation sociale n'exclut nullement de constater que l'État, avec les normes qu'il produit, occupe une place prééminente dans cette régulation. Certes, il est soulagé par les régulations produites par divers secteurs de la vie sociale mais il dispose toujours du pouvoir de se mêler de ces régulations voire de les annihiler »[10].

5. Ce « pouvoir du dernier mot », comme on doit le qualifier à la suite des réflexions de Jean Dabin[11], permet au droit tant de contrôler de manière interne la validité de sa propre production que, de manière externe, de réceptionner les productions de normes émanant d'autres régulateurs. À propos de cette « réception » de normes non proprement étatiques régulant ou régissant la société dite de l'information, nous dégagions[12] de manière semblable au modèle

9. L'auteur s'en prend en particulier aux théories du pluralisme juridique, qui érigent les manifestations normatives de certains ordres juridiques privés en un véritable « droit » au sens plein du terme. Sur cette critique, lire, en particulier, M. COIPEL, « Quelques réflexions sur le droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale », in *Gouvernance de la Société de l'Information*, Actes du séminaire de Namur, Cahier du CRID, n° 22, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 67 et s. ; à propos de la régulation d'Internet, même réflexion in M. VIVANT, « Cybermonde : droit et droit des réseaux », *J.C.P.*, éd. G, 1996, 1, n° 3969.
10. M. COIPEL, « Quelques réflexions sur le droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale », in *Gouvernance de la Société de l'Information*, Actes du séminaire de Namur, Cahier du CRID, n° 22, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 61.
11. J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz,1969, pp. 24 et s. ; pp. 121 et s. Pour une critique de cette primauté du droit étatique sur les autres ordres normatifs, lire F. RIGAUX, « Le droit au singulier et au pluriel », *R.I.E.J.*, 1982, n° 9, pp. 1-61
12. Y. POULLET, « Les diverses techniques de réglementation d'Internet » : l'autorégulation et le rôle du droit étatique », *Ubiquité*, n° 5, juin 2000, pp. 55 et s.

proposé par Summers[13], trois critères de validité juridique de la norme :

- **le critère de « légitimité »** (test fondé sur la source) souligne l'importance d'une analyse des auteurs de la norme. Le critère répond à la question de la possibilité pour le droit d'accepter une norme élaborée par des acteurs privés en dehors d'une délégation claire par les normes étatiques ?
  La légitimité de la norme requerra des qualités de transparence – voire de représentativité – des auteurs de celle-ci par rapport aux divers intérêts mis en cause.
  En matière d'autorégulation, ce critère pourrait conduire à ne pas reconnaître comme valides juridiquement les normes édictées par d'obscures associations ou par des compagnies privées cherchant à imposer leurs standards techniques.

- **le critère de la « conformité »** (test fondé sur le contenu de la norme) analyse la conformité de la norme privée vis-à-vis de valeurs de société non seulement, comme le notent MM. Ost et van de Kerckove[14] celles inscrites dans les textes réglementaires mais au-delà par rapport à des valeurs éthiques à prendre en compte par le système juridique. En matière d'autorégulation y compris des régulations imposées par des normes techniques, l'examen de conformité peut s'avérer difficile. En particulier, la technique, si elle peut être une manière de renforcer le droit, a malheureusement également la vertu d'énerver certains principes du droit voire de s'en écarter[15].

---

13. R. Summers distingue en effet trois « tests » de la validité juridique d'une norme : le test de la « source » norme (« source-oriented test ») ; tests de contenu (« content-oriented-test ») vérifiant la conformité aux principes généraux du droit ou à la politique réglementaire suivie, tests d'effectivité « effectiveness-oriented tests) relatifs entre autres à la praticabilité et à l'acceptation des normes y compris contractuelles. (R. Summers, « Towards a better general theory of legal validity », in *Rechtstheorie*, 1985, 16, p. 65-77). Le modèle est proche de celui décrit par F. Ost et M. van de Kerckove dans leur récent et éclairant ouvrage : « De la pyramide au réseau ? », in Publications FUSL, 2002. Les auteurs y distinguent trois critères d'analyse de la norme juridique : le critère formel : la « légalité », le critère axiologique : la « légitimité » et le critère empirique « l'effectivité ». La mise en lumière de ces trois critères est déduite d'un examen des normes produites à l'intérieur d'un système juridique même si les auteurs s'interrogent sur l'intérêt de l'extension du modèle en dehors de la validité du droit étatique (p. 370). Notre propos, tout en s'inspirant du modèle de MM. Ost et van de Kerckove, part précisément de l'examen des autres types de normativité sociale.
14. L'examen du contenu de la norme renvoie selon les auteurs au critère de « légitimité » qui « entend apprécier la validité des actes et normes juridiques à l'aune de valeurs méta-positives » (p. 337). À noter que cet examen de la validité du contenu est appréhendé ici à travers le critère de conformité (Ost et van de Kerckove parlent également de conformité de la règle à des exigences éthiques (eod. loco))
15. Sur les relations entre « Droit » et « Technologie », lire les réflexions de J. Reidenberg, The Formulation of Information Policy Rules through Technology, 76 *Texas Law Rev.*, 1998, 553-593 ; Y. Poullet, *Technology and Law : From Challenge to Alliance, in Proceedings of the St Gallen Seminär*, U. Gasser (ed.), 2004, à paraître, pp. 25-54.

– Finalement, **l'examen de « l'effectivité »** du droit mesure les garanties de respect de la norme depuis la question de l'information des destinataires de la norme sur son existence, aux modes de contrôle du respect et aux sanctions prévues en cas de non respect. En d'autres termes, il s'agit de s'interroger sur les facteurs qui stimulent dans la réalité le respect de la norme. Sur ce point, les techniques d'autorégulation[16] comme la labellisation, les systèmes d'Online Dispute Resolution, et mieux encore les dispositifs technologiques[17] constituent des adjuvants importants pour réaliser « l'effectivité » des normes y compris des normes étatiques.

B. La « co-régulation » dans deux textes officiels récents

6. Les premiers textes officiels consacrant la co-régulation comme approche adéquate de la réglementation de l'Internet sont français. Ils justifient la création d'une organisation : le « Forum des droits de l'Internet », société sans but lucratif largement financée par le budget public[18]. Le rapport dit « Paul » du nom de son auteur, commandité par le Premier Ministre[19], définit la « co-régulation » comme une méthode et non une source normative. Il justifie le recours à cette méthode comme suit :

> *« Si les institutions démocratiques veulent remplir leur rôle sans se trouver court-circuitées par la réalité, elles doivent être capables de traiter les questions posées avec la rapidité et la pertinence nécessaires. Elles doivent le faire en écoutant davantage, en collaborant mieux avec l'ensemble des acteurs et des parties prenantes aux débats. Elles doivent savoir se focaliser sur les sujets dont les enjeux sont essentiels et où leur intervention est*

16. Pour les diverses techniques d'autorégulation, lire P. TRUDEL (ed.), *Droit du cyberespace*, Montréal, Thémis, 1997. Pour une présentation de différents documents d' autorégulation, lire la recension très complète de MM. BERLEUR et EWBANK, « Gouvernance de l'Internet : Réglementation, autorégulation, co-régulation : Inventaire des documents d'autorégulation », in *Gouvernance de la société de l'information, op. cit.*, pp. 21-41.
17. À propos de PETS (Privacy Enhancing Technologies), IPETS (Intellectual Property Enhancing Technologies), CPETS (Consumer Protection Enhancing Technologies), etc., lire nos réflexions in Technology and Law : From Challenge to Alliance, article cité.
18. Pour une présentation du Forum, le lecteur se réfèrera au site du Forum. Il est intéressant que le gouvernement belge s'est inspiré de l'exemple français en créant : l'Observatoire des droits de l'Internet (à propos de l'Observatoire, voir le site de celui-ci : http ://www.internet.observatory.be). On notera que, contrairement à la solution française très respectueuse de l'indépendance de l'observatoire, le système belge crée l'observatoire dans le cadre d'un arrêté royal, le rattache au Ministre des Affaires Economiques et, finalement, confère à cette instance des compétences d'avis et de recommandation (*cf.* à cet égard les avis de l'Observatoire publiés sur son site).
19. C. PAUL, *Du droit et des libertés sur l'Internet*, Doc. Fr., 2000, pp. 75 et s. Ce rapport fait suite au rapport de Madame FALQUE-PIERROTIN, *Internet et les réseaux*, rapport du Conseil d'État, Doc. Fr. 1998.

décisive, et laisser différentes formes — pas uniquement marchandes — d'autorégulation s'exercer là où elles suffisent à répondre aux attentes sociales. Il s'agit donc, non pas de définir une nouvelle forme de régulation, mais de trouver une méthode adaptée aux temps nouveaux. »

Ainsi, la co-régulation apparaît comme un « lieu » où peut se construire un consensus entre les divers acteurs de la régulation (législateur, juges, entreprises, associations civiles, autorités de régulation). « Il s'agit entre eux d'échanger des informations, de se coordonner, (de) constituer une instance de veille, d'information, de concertation, de conseil et de mobilisation »[20]. En d'autres termes, la co-régulation apparaît comme un processus « pré-normatif ». Elle intervient dans la phase préliminaire d'une réglementation qui, si elle est prise par l'État ou une autre autorité de régulation, verra sa légitimité renforcée et son effectivité mieux assurée par la prise en compte des intérêts de tous les acteurs concernés et leur engagement de respecter le consensus obtenu dans le cadre de ce processus.

7. La notion de co-régulation prend, dans le cadre de l'accord inter-institutionnel « Mieux légiférer » conclu en octobre 2003 et signé le 16 décembre 2003 entre la Commission, le Parlement européen et le Conseil[21], une toute autre portée. Le point de départ de l'initiative réside notamment en la constatation par le Parlement de l'absence de tout accord inter-institutionnel sur les méthodes alternatives de régulation. En particulier leur développement sans contrôle du Parlement empêche ce dernier de pouvoir jouer son rôle politique[22].

Ces méthodes prônées par le Livre blanc de la Commission sur la gouvernance européenne apparaissent comme la solution appropriée pour remédier aux inconvénients d'une transposition lente des dispositions européennes par les États Membres, à la complexité croissante de la réglementation européenne et

20. I. Falque-Pierrotin, « Quelle régulation pour Internet et les réseaux ? », *Le Monde*, 27 nov. 1999, p. 17. *Cf.* également la définition donnée par B. du Marais, « Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux », in *Le droit international de l'Internet*, G. Chatillon (ed.), Actes du Colloque de Paris, 19-20 novembre 2001, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 296 : « La co-régulation (ou terme plus explicite en anglais la policy cooperation...) s'analyse comme un lieu d'échange, de négociation entre les parties prenantes et les titulaires de la contrainte légitime et où se comparent les bonnes pratiques afin de les ériger en recommandations. Ce lieu peut également servir d'instance de médiation. »
21. Accord inter-institutionnel « Mieux légiférer », 2003/C 321/01. Ce rapport fait suite à toute une série de travaux de la Commission, On cite le Livre Blanc sur la gouvernance européenne (COM(2001) 428 final et la communication de la Commission de 2002 « Gouvernance européenne : mieux légiférer » (5 juin 2002), COM (2002) 275 final et l'annexe « Plan d'action : simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », COM (2002) 278 final.
22. Parlement européen, Rapport sur la conclusion de l'accord inter-institutionnel « Mieux légiférer » entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission, Rapporteur Monica Frassoni (B), A5-0313/2002 final, 25.09.2003, point 1.

surtout à l'inadaptation de cette réglementation à répondre à l'évolution rapide de la société et des marchés, et ce dans tous les secteurs.

Dans le cadre de cette réflexion, la co-régulation n'est plus vue comme c'était le cas en France comme une discussion préliminaire à la réglementation, discussion entre tous les acteurs publics et privés intéressés, mais davantage comme un mécanisme de répartition des rôles réglementaires. Certes, la première dimension n'est pas abandonnée. L'Accord fait obligation aux institutions européennes de s'assurer de la participation de toutes les parties intéressées à toutes les étapes du processus réglementaire. Comme le souligne le Livre Blanc : « La qualité, relevance et effectivité des politiques européennes dépendent de la façon dont est assurée une large participation à travers tout le processus depuis la conception jusqu'à l'application. Une participation conduit à plus de confiance dans le résultat final et dans les institutions qui définissent les politiques »[23].

Ainsi, le Livre blanc suggère une « more effective and transparent consultation at the heart of EU Policy–shaping » et ce, par de multiples voies : comités d'avis, observatoires, auditions, consultations on line, etc.

8. La « co-régulation » se distingue donc du principe de « participation » à l'élaboration d'actes réglementaires. L'accord déjà mentionné définit la « co-régulation » comme suit : « le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations) ».

On notera que le même texte[24] définit ensuite l'autorégulation comme « la possibilité par les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales, d'adopter entre eux[25] et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen ». Sans approfondir cette seconde notion, notons que les critères dégagés ci-dessus[26] : conformité, légiti-

23. Livre Blanc, *op. cit.*, p. 10. Lors de ce processus consultatif, le Livre blanc (p. 14) insiste sur le besoin d'impliquer la société civile : « La société civile joue un rôle important en donnant voix aux préoccupations des citoyens et en aidant à la définition de services qui rencontrent les besoins de la population ». A ce propos, lire également, l'opinion du comité économique et social sur « Le rôle et la contribution des organisations de la société civile dans la construction européenne » (*J.O.*, C 329, 17.11.99, pp. 30 et s.).
24. Accord inter-institutionnel, doc. cité, n° 22.
25. Les termes « entre eux » sont ambigus. Désignent-ils l'obligation faite à ces divers acteurs d'entrer en négociation et de conclure faute de quoi il n'y aurait point autorégulation au sens de l'accord ou suffit-il que les représentants d'une catégorie d'intérêts, à l'exclusion des autres concluent un accord ?
26. *Supra*, n° 5.

mité et effectivité sont soulignés comme condition de reconnaissance de cette méthode de régulation[27].

9. Revenons sur les caractéristiques reconnues par l'Accord à la co-régulation. Elle implique une claire répartition des responsabilités, d'une part, de l'État, d'autre part des autres acteurs et ce dans le processus de réglementation. Les autorités législatives européennes ont à fixer les objectifs essentiels de la politique réglementaire laissant à la co-régulation le soin d'en déterminer les moyens pour atteindre ces objectifs. Le secteur privé, les associations civiles interviendront en aval et répondront à la question : « Comment atteindre ces objectifs ? ».

Une telle répartition rejoint celle proposée par le Sommet Mondial de la Société de l'Information quand, en écho au principe rappelé en exergue de notre contribution, le point 49 de la déclaration affirme :

> *« Le pouvoir de décision en ce qui concerne les questions de politique publique liées à l'Internet, est le droit souverain des États. Ceux-ci ont des droits et des responsabilités en ce qui concerne les questions de politique publique liées à l'Internet, qui ont une portée internationale ; »*
>
> *« Le secteur privé a eu et devrait continuer à jouer un rôle important dans le développement de l'Internet, dans les domaines tant techniques qu'économiques ; »*
>
> *« La société civile a également un rôle important à jouer pour les questions liées à l'Internet, en particulier au niveau communautaire, et devrait continuer à jouer ce rôle »*[28].

---

27. À propos de la *conformité*, on note « Dans le cadre de ses responsabilités, la Commission examine les pratiques d'autorégulation, afin de vérifier leur conformité avec les dispositions du traité CE ». À propos de la *légitimité* et de l'*effectivité*, on souligne « La Commission informe le Parlement européen et le Conseil des pratiques d'autorégulation qu'elle considère.... comme satisfaisantes en matière de représentativité des parties concernées, ... et de valeur ajoutée des engagements pris. Elle examine néanmoins la possibilité de faire une proposition d'acte législatif... *en cas de non-respect de ces pratiques* ». Sur l'attitude de l' Union européenne à propos de l'autorégulation de la société de l'Information telle qu'elle ressort de textes réglementaires récents et son exigence des trois critères de validité, le lecteur trouvera nos commentaires in « Vues de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ? », in *Le Droit international de l'Internet*, G. CHATILLON (ed.), Actes du Colloque de Paris, 19-20 novembre 2001, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 166 et s.

28. Le texte du Sommet mondial de la Société de l'information souligne le rôle premier des États nationaux dans la réglementation de l'Internet y compris sur des questions à portée internationale et ceci au nom de la souveraineté de ces Etats nationaux. Les organisations intergouvernementales et internationales n'ont un rôle que secondaire : coordonner les approches réglementaires internationales et aider à l'élaboration de normes techniques et de politiques relatives à l'Internet.

De telles déclarations attestent que selon leurs auteurs, les régulations publiques et privées ne sont pas sur le même pied. Il existe une sorte de hiérarchie entre les deux types d'interventions, la co-régulation n'est pas un substitut à la régulation publique mais une méthode d'atteindre les objectifs finaux (choix des moyens) imposés par l'autorité publique. Il n'est pas question non plus, comme semble le plaider la Chambre de Commerce Internationale, de répartir les responsabilités de réglementer suivant les domaines d'intervention et encore moins de reconnaître un leadership aux opérateurs économiques[29].

10. Ceci dit, l'Accord inter-institutionnel européen impose certaines limites à l'action du législateur public : « Les trois institutions rappellent que la Communauté ne légifère que dans la mesure nécessaire, conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Elles reconnaissent l'utilité de recourir, dans les cas appropriés, lorsque le Traité CE n'impose pas spécifiquement le recours à un instrument juridique, à des mécanismes de régulation alternatifs ». Le texte traduit une double signification du principe de subsidiarité[30]. La première est connue. Elle est consacrée par l'article 5 du Traité sur l'Union européenne et signifie que l'Union européenne et ses Institutions ne doivent agir que dans les matières qui ne peuvent être adéquatement réglées à un niveau inférieur[31]. Cette affirmation laisse entendre que des solutions locales ou nationales sont préférables à des solutions européennes, globales ou internationales même si le niveau européen ou international peut procurer le cadre général dans lequel ces solutions locales interviendront : « Think Global, Act Locally ».

La seconde signification du mot subsidiarité induite par le texte de l'accord institutionnel est révolutionnaire[32]. Selon cette seconde acception, le principe imposerait à l'État de ne pas légiférer lorsque d'autres moyens d'atteindre les objectifs publics peuvent exister en particulier l'autorégulation[33] et le cas

29. ICC (en français C.C.I) Issues Paper on Internet Governance, Jan 2004, document préparé par la Commission de la Chambre de Commerce International « on E-Business, IT and Telecoms » (document disponible sur le site de l'UIT). Selon la CCI (Annexe, p. 10), l'autorégulation devrait avoir un rôle premier dans certaines matières, la régulation étatique dans d'autres. Tel n'est pourtant pas le message du texte du Sommet Mondial de la Société de l'Information.
30. Sur ce principe et ses diverses acceptations en droit, l'ouvrage édité par F. DELPÉRÉE, *Le principe de subsidiarité*, Bib. Faculté de Droit de l'UCL, L.D.G.J-Bruylant, 2002.
31. Sur le principe de subsidiarité, entre autres, J. VERHOEVEN, « Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », in F. DELPÉRÉE (éd.), *op. cit.*, pp. 376 et s.
32. À cet égard, notre réflexion in Y. POULLET, « Les diverses techniques de réglementation d'Internet » : l'autorégulation et le rôle du droit étatique », *Ubiquité*, n° 5, juin 2000, pp. 55 et s.
33. À cet égard, les réflexions de P. TRUDEL analysant la manière dont s'organisent en réseau les relais entre pôle de la normativité (Traités internationaux, Loi, autorégulation, normalisation technique), « L'influence de l'Internet sur la production du Droit », in *Le droit international de l'Internet*, *op. cit.*, pp. 91 et s. : « Le réseau se substitue de plus en plus aux institutions hiérarchisées comme lieu de conception et d'énonciation de la normativité...L'émergence de →

échéant de ne légiférer que dans la stricte mesure des exigences posées par la nécessité de fixer de tels objectifs, laissant au secteur privé le soin de décider de la juste manière d'atteindre de tels objectifs : en d'autres termes par la co-régulation. Ainsi, coexistent[34] et se trouvent départagés deux modes de régulation : celui du modèle classique traditionnel de la réglementation étatique ; ceux dits « modernes » de l'autorégulation et de la co-régulation[35]. Le principe de subsidiarité se lit alors : « Everything you can better fix by coregulatory or self-regulatory solutions must be fixed so ». Le plaidoyer pour un modèle décentralisé de régulation[36] de l'Internet plus attentif aux dimensions locales et aux particularités sectorielles ou culturelles de la société de l'information et, dès lors, fournissant des solutions plus adéquates trouve ici son fondement. Sans cette décentralisation, la régulation se ramènerait à l'énumération de quelques principes à large et vague contenu.

Il est remarquable de constater que cette vision de la subsidiarité se retrouve également présente dans d'autres domaines, ainsi en particulier celui de l'envi-

---

→ réseaux donne lieu à la mise en place de processus de concertation. Il y a là l'écho d'une impérieuse nécessité d'assurer le relayage des principes, des règles et politiques élaborées dans les forums officiels et les autres lieux de normativité... ».

34. Nombre d'auteurs ont mis en évidence cette complémentarité des modèles de régulation de la société de l'information : E. KATSCH, *Law in a Digital World*, New York, Oxford Univ. Press, 1995, pp. 23 et s. ; M. A. FRISON-ROCHE, in J.M. CHEVALIER, I. EKELAND, M.A. FRISON-ROCHE et M. KALIKA, *Internet et nos fondamentaux*, Paris, PUF, 2000, pp. 41 et s. ; A.J. ARNAUD, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation, Quelques observations critiques », 1997, *Droit et Société*, 35, pp. 11 et s.

35. Sur ce point les réflexions de TIMSIT (« Les deux corps du Droit – Essai sur la notion de régulation », *Rev. fr. Adm. Pub.*, 1996, p. 375 et s.) : « Lorsque l'État moderne est apparu, il a en effet trouvé sa traduction dans un droit qui conservait des origines historiques de son Auteur : l'État, le caractère mystique et abstrait dont celui-ci était paré. C'est ce droit qui a été le premier corps du droit : un droit abstrait général et désincarné que j'appelle le droit-réglementation.... Abstrait et désincarné, il ne correspond plus aux exigences de la gestion des sociétés post-modernes. Trop complexes pour être gérées aussi généralement, abstraitement et pour ainsi dire d'aussi loin, requièrent un autre droit — actuellement en formation — qui se caractérise, au contraire, par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte exact des sociétés qu'il prétend régir. Concret, individualisé, contextualisé, c'est un droit que j'appelle de régulation. Le paradoxe est que de ces deux corps du droit — de réglementation et de régulation — le second n'a été jusqu'à présent ni connu, ni reconnu. » (art. cité, p. 377)

36. Sur la nécessité d'une décentralisation de la réglementation ou régulation fondée sur l'économie des réseaux de la société de l'information, lire B. DU MARAIS, article cité, pp. 296 et s., et surtout l'article de D. POST et D.R. JOHNSON, *The new civic Virtue of the Net*, disponible sur le site : http ://www.stbr.stanford.edu/STLR/Working_Papers/97_Post1/contents.htm : « The ideal of national debate among wise elected representatives regarding the overall public good may be replaced, online at least, by a new architecture of governance that allows dispensed and complex interactions among groups of individuals taking unilateral actions and seeking more local goods and solutions. Instead of attempting to rely even upon the best of our democratic traditions to create a single set of laws imposed on the net from the top-down... ».

ronnement auquel le Livre Blanc « Mieux légiférer » se réfère autant qu'au domaine de la société de l'information.

11. Le rapprochement de ces deux domaines[37] : « environnement-société de l'information » ne surprend pas. Dans les deux cas, il s'agit bien de secteurs où les frontières géographiques n'ont plus de sens : une pollution ne s'arrête pas par miracle aux contours géographiques d'un pays de même que le réseau global rend difficile tout exercice isolé de la souveraineté[38]. La nécessité de parer à des risques fondamentaux physiques, dans le premier cas, à la dignité humaine, dans le second cas, conduit à reconnaître dans les deux hypothèses la nécessité du *principe de précaution* et met au cœur de la nécessité d'agir le devoir d'assurer un « *développement durable* »[39]. Enfin, l'ampleur de la tâche exige une responsabilisation de tous les acteurs pour mettre en place les moyens de ce développement durable, en particulier et, au premier chef, des entreprises elles-mêmes, ce que des documents européens récents appellent la « Corporate Social Responsability », définie comme un « concept par lequel les entreprises intègrent les préoccupations sociales et environnementales dans leurs opérations d'affaires et dans leurs interactions avec les centres intéressés sur une base volontaire... »[40]. Ainsi, l'autorégulation contrôlée par la réglementation publique et s'inscrivant dans le cadre de cette dernière devient, comme l'écrit Timsit[41], l'expression d'une responsabilité collective de l'ensemble des acteurs pour atteindre des objectifs partagés par l'ensemble des acteurs publics et privés.

12. L'accord inter-institutionnel prévoit deux exceptions « *Ces mécanismes ne*

37. À cet égard, lire la contribution de B. JADOT, « Le pouvoir de gérer les questions d'environnement : faire confiance au privé ou au public », in F. DELPÉRÉE (ed.), *Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*, pp. 212 et s. où l'auteur étudie les diverses manières de co-réguler le secteur de l'environnement.

38. Sur cette considération, J. REIDENBERG, *States and Internet Enforcement*, 1 Univ. Ottawa L & Techn. J (2004), disponible sur le site : http ://www.ssrn.com/abstrait=487965 ; et nos réflexions in *Pour une justification des articles 25 et 26 de la directive européenne 95/46/CE en matière de flux transfrontières et de protection des données, J.C.P., Ed. Communication Commerce électronique*, 2003, n° 12, p. 19.

39. Sur cette notion inscrite à l'article 2 du Traité de l'Union européenne, X. THUNIS, « Le développement durable, une seconde nature », *Amén. Env.*, 2000, n° spécial, pp. 9 et s. et les nombreuses références en particulier celle au philosophe H. BERGSON sur le devoir de l'Humanité de veiller à son développement durable.

40. *Cf.* la définition donnée par le Livre Vert, « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises » COM(2001)366. Ce livre vert a été suivi d'une Communication de la Commission publiée le 2 juillet 2002 COM(2002) 347 final). À noter l'affirmation suivant laquelle la CSR (Corporate Social Responsability) est un « instrument utile pour prolonger les politiques communautaires ». On retrouve dans le texte de la Communication les différentes méthodes d'autorégulation (codes de conduite, labellisation, auto-certification, ...) par lesquelles s'exprime cette responsabilisation.

41. G. TIMSIT, « Les deux corps de droit, Essai sur la notion de régulation », *Rev. Fr. Adm.Publ.*, 1996, pp. 375 et s.

sont pas applicables si les droits fondamentaux, ou des choix politiques importants sont en jeu ou dans les situations où les règles doivent être appliquées uniformément dans les États membres ».

La seconde exception mentionnée par le texte témoigne de la crainte que la co-régulation n'aboutisse à créer des distorsions à l'intérieur du marché européen. Ainsi, simple exemple, on pourrait imaginer en matière d'On Line Dispute Resolution Mechanism (ODR) que certains mécanismes nationaux de co-régulation prévoient l'agrément par une autorité mixte publique et privée des différents systèmes d'ODR alors que d'autres pays laissent le développement de ces mécanismes totalement libre, ce qui pourrait provoquer des difficultés de reconnaissance réciproque des médiations intervenues. Si le souci est réel, on peut cependant craindre qu'il ne serve de prétexte à des interventions multipliées et détaillées de la part du législateur européen[42] alors que l'objectif d'harmonisation peut être atteint autrement[43].

La première exception citée est également à mettre en doute. Certes, on peut concevoir qu'en matière de libertés fondamentales, les atteintes doivent être basées sur une loi, en d'autres termes, exigent une intervention réglementaire publique, selon le prescrit de la Convention européenne des droits de l'homme.

Mais, une telle assertion n'interdit pas l'intervention auto-réglementaire ou la co-régulation. Bien au contraire, elle lui assigne une portée peut-être plus limitée mais loin d'être négligeable. Ainsi, récemment, pour combattre les contenus dommageables et illicites sur Internet une question indiscutablement d'ordre public et une limite à la liberté d'expression, la déclaration du Conseil européen relative à la liberté de communication sur Internet adoptée le 26 mai 2003[44] presse les États membres d'encourager les initiatives d'auto ou de co-régulation en matière de contrôles et de sanctions du contenu de l'Internet[45].

---

42. Sur cette tendance, nos réflexions in « Vues de Bruxelles : Un droit européen de l'Internet ? », *op. cit.*, p. 152.
43. À cet égard mais appliqué au secteur de l'environnement, K. LEENAERTS, « The principle of subsidiarity and the Environment in the E.U. : Keeping the Balance of Federation », *Fordham International Law Review*, 1994, p. 846 et s. ; en matière de commerce électronique et de protection des consommateurs, l'article de M. VAN HUFFEL, « Protection des consommateurs et commerce électronique : quelques réflexions au départ du droit de la concurrence », *Rev. Ubiquité*, n° 5, 2000, pp. 119 et s. et les réflexions plus générales de V.L. BENABOU, « Faut-il une harmonisation minimale du droit ? », *Le droit international de l'Internet*, *op. cit.*, pp. 177 et s.
44. Ainsi par l'obligation des auteurs de la co-régulation ou de l'auto-régulation d'informer régulièrement la Commission des initiatives prises, permettant à cette dernière d'intervenir le cas échéant « Ces mesures peuvent prévoir, par exemple, la fourniture régulière d'Information par la Commission à l'autorité législative sur le suivi de l'application ou plaider pour une clause de révision sur base de laquelle la Commission se devra d'émettre un rapport au terme d'une période spécifique.
45. Le 26 mai 2003, le Conseil européen décida (eSafe programme 2003-2004) de prolonger de deux ans la décision n° 276/1999/CE du 25 janvier 1999 portant adoption d'un plan pluriannuel communautaire pour promouvoir une utilisation plus sûre de l'Internet en combattant les contenus illicites et dommageables sur les réseaux globaux. On note en particulier, la coopéra- →

En matière de vie privée, c'est la directive 95/47 elle-même qui promeut l'autorégulation[46] et il est clair que l'autorégulation et les mesures technologiques offrent chacunes des solutions bien plus efficaces que celles apportées par des textes législatifs, à condition qu'elles soient conformes aux requis législatifs[47].

13. D'autres remarques peuvent être déduites du texte. Les trois critères de validité juridique d'une norme sont à cet égard approfondis comme suit :

— en ce qui concerne le critère de légitimité des acteurs : le texte inter-institutionnel réclame avec force à la fois la représentativité des divers intérêts, la représentativité des parties impliquées dans le processus de co-régulation et la transparence de celui-ci.

— en ce qui concerne le critère de conformité du contenu, le principe de la valeur ajoutée est répété. Les mécanismes de co-régulation doivent être utilisés dans le cadre et sur base des principes développés dans le texte législatif. S'il s'agit par la co-régulation de combattre la rigidité des solutions législatives et de répondre au besoin de mécanismes souples aptes à assurer l'adaptation continue de la réglementation aux problèmes rencontrés par les secteurs, il n'empêche que la conformité des solutions apportées par ces mécanismes doit faire l'objet de contrôles, selon l'accord inter-institutionnel, par le biais de notifications voire de rapports réguliers.

— enfin l'effectivité des mécanismes d'auto-régulation ou co-régulation est soulignée. Le texte souligne que la co-régulation – permet une meilleure sensibilisation des acteurs concernés par la norme, mais également de meilleurs sanctions et contrôles[48].

→ tion en matière d'autorégulation, le « benchmarking » des logiciels et services de filtrage, l'échange de « Best practices » et l'adoption de systèmes d'auto certification.

46. *Cf.* à cet égard l'article 27-1 de la directive 95/46 du 24 octobre 1995 relative à la protection des don-nées : « la Commission et les Etats-membres encouragent l'élaboration de codes de conduite destinées à contribuer en fonction de la spécificité des secteurs à la bonne application des dispositions nationales prises en application de la directive.

47. À cet égard, voir le principe dit de « l'added-value » mis en évidence par les travaux de l' « e-confidence Forum » ; sur ces travaux voir le site du Forum : http ://www.econfidence.jrc.it/default/htm.

48. Le Livre blanc (cité *supra* note 21) définit (p. 22) ainsi les conditions d'utilisation de la méthode « co-régulation » : « Co-regulation implies that a framework of overall objectives, basic rights, enforcement and appeal mechanisms, and conditions for monitoring compliance is set in the legislation. It should only be used where it clearly adds value and serves the general interest...Equally, the organisations participating must be representative, accountable and capable of following open procedures in formulating and applying agreed rules. This will be a key factor in deciding the added value of a co-regulatory approach in a given case. ».

C. La « co-régulation : un concept à géométrie très variable »

14. L'approche européenne de la co-régulation est fondamentalement une approche « top-down » et non une approche « bottom up » suivant la distinction proposée par le rapport « Mandelkern »[49] écrit pour le Ministère allemand de l'intérieur qui outre le fait qu'il a inspiré la loi allemande sur l'amélioration du processus de réglementation[50] a servi de base aux réflexions européennes sur le même thème[51].

Il appert donc que les trois dernières hypothèses peuvent difficilement rentrer dans la définition européenne trop stricte de la co-régulation. Elles sont cependant extrêmement présentes lorsqu'on étudie la régulation de l'Internet. Elles doivent être considérées comme « des approches coopératives de la régulation » (cooperative approaches to regulation) selon l'expression utilisée par le groupe PUMA de l'OCDE[52]. Notre propos est de montrer à travers quelques exemples pointés dans des domaines divers de la régulation d'Internet, combien ces figures y sont présentes.

L'approche « top down » considère, comme l'accord institutionnel le préconise, que les objectifs essentiels, les mécanismes fondamentaux de « mise en œuvre » de ces objectifs et de leur contrôle soient réglementés par les autorités publiques et, dans toute la mesure du possible, par le législateur.

L'approche « bottom-up »[53] désigne à l'inverse le processus par lequel des mécanismes d'autoréglementation du marché développés spontanément par celui-ci se trouvent à un moment donné consacrés ou simplement pris en compte avec ou sans modification fondamentale par les autorités publiques.

L'étude de Schulz et Held[54] considère que les deux approches de la co-régulation peuvent se décliner autour de quatre cas :

- un texte législatif ou gouvernemental prévoit l'existence de mécanismes de co-régulation et encourage les acteurs du secteur privé concerné à transposer

49. À ce propos, les caractéristiques de la corégulation telle que définie par T. FENOULHET, « La co-régulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ? », *Dossier Droit et Nouvelles technologies* 25.07.02 disponible à http ://www.droit-technologie.org, p. 9.
50. Rapport MANDELKERN, *Modern Staat – Moderne Verwaltung. Auf dem Weg zu besseren Gesetzen*, disponible sur le site : http ://www.staat-modern.de/Anlage/original_548848/
51. Comme le note le Livre Blanc (White Paper, *op. cit.*, p. 7).
52. Cooperative approaches to regulation, PUMA (Public Management), Occasional papers, OECD, 1997, disponible sur le site de l'OCDE, Le papier analyse différents cas de coopération des organes publics et privés (dans les secteurs chimiques, environnementaux et alimentaires). Ce texte témoigne une fois de plus que le phénomène de co-régulation est loin d'être propre au secteur de la société de l'information.
53. C. PALZER, *La corégulation en Europe : conditions générales de mise en œuvre des cadres co-régulateurs en Europe*, IRIS plus, 2002-6 ; White Paper, *op. cit.*, p. 9.
54. W. SCHULZ-T. HELD, *Regulierte Selbsregulierung als Form modernen Regierens*, H. Bredow-Institut für Mediensforschung, Hamburg, Oct. 2001, disponible à : http ://www.rez.uni-hamburg.de/hans-bredow-institut/publikationen/apapiere/8selfreg.pdf.

par autorégulation les objectifs que ce texte a lui-même définis : ou reconnaître aisément l'approche de l'accord inter-institutionnel européen que nous venons de décrire. Ce cas représente une approche « top down » ;
- des mécanismes d'auto-réglementation librement développés sont surveillés et contrôlés soit au cas par cas par l'État soit par un mécanisme d'agrément. L'approche ici est « bottom up » ;
- des mécanismes d'auto-réglementation au départ développés lors de toute intervention de l'État sont intégrés par la suite dans un texte législatif. L'approche reste « bottom up ». Elle se différencie de la précédente par le fait que le législateur reprend à son compte totalement ou partiellement l'initiative privée ;
- enfin, on peut concevoir que dès le départ, les acteurs publics et privés à travers divers accords de coopération cherchent à donner à certaines règles une meilleure effectivité à travers leurs interventions respectives, chacune d'elles, qu'elle soit publique ou privée, étant placée sur un pied d'égalité. Cette quatrième hypothèse illustre également une approche « bottom up », fondée non sur une hiérarchie des normes mais bien sur une coexistence égalitaire de celles-ci.

15. L'approche réglementaire australienne[55] des questions liées au contenu de l'Internet est souvent citée comme un modèle de co-régulation. Dans un premier temps, l'Australie a laissé se développer librement un certain nombre de « produits » d'autorégulation : codes de conduite, logiciels de filtrage et labels divers. Leur développement anarchique et leur absence d'adéquation aux besoins de la population australienne ont conduit le gouvernement australien à rassembler autour de l'Australian Broadcasting Authority, les acteurs dits intéressés : les associations culturelles et de libertés civiles, les milieux éducatifs, les autorités judiciaires et de police, les fournisseurs d'accès et l'industrie de l'Internet. Cette approche « bottom up » a mené en définitive à une révision de la loi sur l'Audiovisuel[56] par l'addition de quelques articles en matière de régulation des contenus de l'Internet.

Cette législation renvoie amplement à une autorégulation contrôlée par l'État ou plutôt par une autorité administrative indépendante : l'Australian Broadcasting Authority (ABA). Ainsi, la loi

- autorise l'industrie du contenu et les fournisseurs d'accès à adopter des codes de conduite « agréés » par l'ABA qui se doit de veiller à une approche

55. Sur l'histoire de la solution australienne et sa description, l'article très complet de G. GRAINGER, « Liberté d'expression et réglementation de l'information dans le cyberespace : perspectives et principes d'une coopération internationale dans ce domaine, Les dimensions internationales du droit du cyberespace », Ed. UNESCO, Economica, Paris, pp. 89 et s.

56. Voir le Broadcasting Services Amendent Act 1999, n° 90 amendant la législation de 1992 sur l'Audiovisuel. (Texte disponible à l'adresse suivante : http ://www.scaleplus.law.gov.au/)

responsable et équilibrée des questions posées par le contenu de l'Internet ;
- établit un système de plaintes ouvert à toute personne localisée en Australie qui se plaint d'un contenu on line offensant ;
- met sur pied une procédure d'investigation suivant laquelle l'ABA reçoit compétence pour enquête, prendre une décision et donner notification de sa décision aux hébergeurs du site incriminé, de même qu'aux personnes responsables des logiciels de filtrage ;
- prévoit des sanctions en cas de non respect des codes ou des décisions de l'ABA ;
- constitue une procédure d'agrément volontaire des logiciels de filtrage ;
- enfin, institue un observatoire « Net Alert » dont le rôle est de veiller à l'information du public.

Ce système de « co-régulation », selon les termes mêmes utilisés par les auteurs australiens s'oppose aux systèmes d'autoréglementation prônés dans un premier temps par la Commission européenne à l'instar des États-Unis[57], il apparaît bien comme l'encadrement fort et contrôlé d'une autorégulation. Si le marché reste libre de développer des solutions originales, celles-ci sont soumises à des règles d'origine législative qui renvoient elles-mêmes à des procédures administratives de contrôle et d'agrément qui permettent d'assurer l'objectif poursuivi.

16. En matière de labellisation des sites web, la solution britannique dite « Trust UK[58] » apparaît comme une formule plus respectueuse des lois du marché. Pour faire bref[59], la multiplication des labels a provoqué au Royaume-Uni une confusion des consommateurs sur la qualité des différents labels. Afin de faire face, le gouvernement britannique a pris l'initiative, après consultation des parties intéressées : les associations de consommateurs et les représentants des entreprises, peuvent demander à ces dernières de constituer une « joint-venture ». Celle-ci a pour mission, après avoir défini un code de pratiques définissant les qualités minimales d'un label, d'agréer les labels qui volontairement déclarent suivre les exigences de ce code. On ajoutera que cette association a également mis sur pied un système de traitements de plainte des consommateurs en cas de conflit persistant entre eux-mêmes et un fournisseur de services web labellisé.

On note que ce schéma de co-régulation où l'intervention publique se résume à l'initiative de départ a été suggéré par le livre blanc « Modern Markets :

57. Sur une comparaison des différentes approches de la régulation des contenus sur Internet, lire M. d'Udekem-Gevers et Y. Poullet, « Internet Content Regulation : Concerns from a User Empowerment perspective », CL&SR, 2001, pp. 371 et s.
58. Voir le site de trust UK : http ://www.trustuk.co.uk
59. Pour un exposé plus complet, le lecteur se référera aux développements de R. de Bruin, « Consumer trust in electronic Commerce », *Time for Best Practices*, Kluwer Law Int., Vol. 17, The Hague, 2002, pp. 146 et s.

Confident consumers » émis par le Gouvernement lui-même et ce, comme alternative à une initiative législative[60]. Cette alternative revient à une responsabilisation complète du secteur privé qui porte la lourde charge d'exécuter l'objectif de création de la confiance pour les internautes, objectif décidé par les autorités publiques après consultation de toutes les parties intéressées. On ajoute qu'en cas de faillite du système mis en place, l'autorité publique estime qu'il sera de son devoir de reprendre son rôle réglementaire.

La co-régulation sert ici à désigner un système d'autorégulation voulu par les autorités publiques et dont les caractéristiques ont été négociées par ces dernières avec les représentants des intérêts privés. Ce système est soumis à un contrôle de ses résultats et à une sanction le retour, en cas d'échec de cette forme plus libérale de co-régulation, imposé par le gouvernement à une co-régulation « top-down ».

17. La régulation des noms de domaines génériques laisse apparaître des formes de co-régulation plus critiquables. Sans analyser l'ensemble des aspects de cette régulation, quelques faits saillants peuvent être relevés en ce qui concerne deux points précis.

La rédaction des règles uniformes de procédure en matière de noms de domaine[61] constitue, ce qu'un auteur américain, M. Froomkin[62] a appelé, un « semi private rule making process », qu'il définit comme un effort commun entre une autorité publique et des intérêts privés pour créer un corps de règles

60. Le Livre Blanc britannique est accessible sur le site : http ://www.dti.gov.uk/consumer/white paper.

61. Il est certain que l'adoption des règles uniformes a été la conséquence du Livre Blanc du Department of Commerce américain adopté au début 98 et intitulé « Statement of Policy on Management of Internet Names and Adresses »,. L'Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle répondit favorablement à la demande qui lui était adressée par l'ICANN et lança une procédure qui amena à des propositions de recommandations sur certains problèmes de propriété intellectuelle en lien avec l'attribution de noms de domains (First Internet Domain Name Process : Compatibility between trademarks and Domain Names (du 8 juillet 98 au 30 avril 99). Une deuxième procédure fut alors lancée (terme : sept. 2001) à propos des questions de choix de noms (Second Internet domain name Process : Compatibility between certain names and domain names). Il est intéressant de noter que durant cette procédure l'OMPI adopta certaines méthodes typiques des procédures des organes privés de régulation technique (ICANN IETF, W3C), tels les Requests for Comments (R.F.C.) et que des organisations publiques (particulièrement la Commission européenne- voir l'EU Commission Reply du 29 octobre 1998) intervinrent dans le cadre de cette procédure *« sui generis »*. Sur ces règles, leur genèse et l'analyse de leur contenu, lire entre autres A. Cruquenaire, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine*, Cahiers du CRID, n° 21, Bruxelles-Bruylant, 2002, 200 pages.

62. M. Froomkin, « Semi-private international rule making », in *Regulating the Global Information Society*, C.T Marsden (ed.), Frontledge, London, New York, 2000, pp. 211 et s. ; du même auteur, « Wrong turn in Cyberspace : Using ICANN, to route around APA and the Constitution », *50 Duke Law Journal*, 2000, p. 17 et plus récemment « Form and Substance in Cyberspace », 6 *The Journal of Small and Emerging Business Law*, 2002, 1, pp. 93 et s.

mis en force par des mécanismes autres que ceux liés à la promulgation du texte par l'autorité publique[63]. L'auteur cité décrit la rédaction des règles uniformes par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) ayant agi non en tant qu'organisation internationale dotée d'une compétence réglementaire mais comme une sorte de consultant privé dont le travail est soumis à l'approbation finale de l'ICANN, une organisation privée américaine. Sans entrer dans tous les détails du processus original développé entre ces deux acteurs, on peut, me semble-t-il, à propos de cette forme de co-régulation, souligner avec Froomkin la critique fondamentale suivante :

> *« A semi-private process led by a public body (like the WIPO Internet Domain Process) risks combining some of the worst features of both traditional regulation and private ordering : opaque decision-making is easy. In some cases, the process may be managed by a body acting outside its jurisdiction. The public-private blind may also insulate the process from judicial review since it falls outside the categories that courts would tend to think of a litigation within their purview. »*

18. Le statut et le fonctionnement de l'ICANN n'échappent pas aux mêmes critiques. L'ICANN[64] assume la tâche essentielle de « gouvernance de l'Internet », en particulier l'adressage sur Internet et la gestion des nœuds du réseau et des noms de domaines. L'origine de l'ICANN révèle clairement le lien profond entre le gouvernement américain et cette instance privée dite « indépendante », simple « non profit organization » du droit californien[65].

---

63. M. FROOMKIN, « Semi-private international rule making », in *Regulating the Global Information Society*, C.T. MARSDEN (ed.), Frontledge, London, NewYork, 2000, pp. 211 et s. du même auteur, « Wrong turn in Cyberspace: Using ICANN, to route around APA and the Constitution », *50 Duke Law Journal*, 2000, pp. 17 et s.
Selon FROOMKIN, un processus « semi private rule making » ne doit pas être confondu ni avec une régulation négociée par laquelle une administration publique ou une « agence gouvernementale » rencontrent des représentants des groupes qui seront affectés par la réglementation et cherchent à conclure un accord qui sera promulgué et mis en vigueur par le Gouvernement. Par ailleurs, la « semi private rule making » s'oppose à l'autorégulation qui exclut toute participation d'une autorité publique.
64. Internet Corporation for Assigned Names and Numbers. À propos de cette organisation, le lecteur se réfèrera à son site : http ://www.icann.org
65. *Cf.* P. MOUNIER, « Les maîtres du monde », *Homo Numericus*, March 2000, available at : http :// www.homo-numericus.bonidoo.net/article.php3 ?id_article = 138 ; O. ITEANU, « L'ICANN, un exemple de gouvernance originale ou un cas de law intelligence ? », *Homo Numericus*, May 2002, available on the Homo Numericus website, article 154 ; M. FROOMKIN, « Form and substance in Cyberspace », 6 *The Journal of Small and Emerging Business Law* (2002), 1, pp. 93 et s. citant S. LYNN, ICANN President : « Each of ICANN's accomplishments to date have all depended in one way or another, on government support, particularly from the United States ». R. DELMAS, « Internet, une gouvernance imparfaite », in *Le droit international de l'Internet, op. cit.*, pp. 279 et s.

Ce contrôle discret du gouvernement américain est toujours présent même si notamment, sous la pression européenne, une méthode de régulation et de décision plus transparente a été mise en place[66]. L'utilisation des technologies de l'information et de la communication, par la création de forums de discussions « on line », par l'appel à commentaires des projets de textes publiés sur le site, apparaît comme un moyen de donner aux textes finalement adoptés une certaine légitimité. L'ouverture via Internet des débats et la transparence des diverses étapes d'adoption d'une réglementation permettant de compenser la difficulté d'organiser, au sein des structures de l'ICANN, une véritable représentation des multiples intérêts en cause[67].

Au-delà, on souligne qu'une des modifications essentielles réclamées par l'Union européenne dans la structure de l'ICANN a été la création d' un Comité consultatif gouvernemental (G.A.C.), chargé de défendre auprès des instances de l'ICANN les intérêts publics fondamentaux de la société (par ex. vie privée, concurrence, fracture numérique). Cette création témoigne combien la co-régulation peut conduire à un renversement de la hiérarchie traditionnelle dans la mesure où l'autorité publique ne dispose que d'une voix consultative dans le processus d'adoption d'une décision. Très (trop ?) sévèrement C. Alhert[68] affirme :

> *« this ultimately meansweare left with a self-regulatory organization managing core ressources of the Internet, directly controlled neither by the governments of this world, nor by the users of the virtual world. Instead at the end of the day ICANN is controlled by the industry protecting their profitable monopolies and to make everybody outside the US even more concerned about the future of self-regulation by representatives of the unilateralist US Administration »*

Conclusions

19. Les critiques adressées aux modes de régulation déployés par l'ICANN

66. « The centrality of the US government's support to ICANN is easily demonstrated » A.M. Froomkin, « Form and substance » in *Cyberspace*, article cité, p. 105. L'auteur commente notamment le Memorandum of Understanding qui lie le gouvernement américain et l'ICANN.
67. À ce propos, le débat entre Palfrey, Cheng, Hwang et Eisenkraft, Public Participation in ICANN, d'une part et McLaughlin, The virtues of deliberative Policymaking : A response to « Public Participation in ICANN », disponible sur le site : http ://cyber.law.harvard.edu/maclaughlin_response public_participation.html.
68. C. Alhert, From Global Elections to Self-regulation without the Public : How ICANN fails to fulfill its basic promise, disponible sur le site du PCMPL, Self-Regulation Review, Oct. 2003, disponible sur le site : http ://www.selfregulation.info

mettent en lumière les dangers liés à certains schémas de co-régulation. Une crainte essentielle est certes ce que les économistes appellent la « regulatory capture »[69], le fait que le pouvoir de régulation est en réalité pris par certains acteurs privés et ce de manière non transparente. Certes, le phénomène n'est pas neuf et peut se concevoir dans un système réglementaire traditionnel où une législation ne traduit finalement que les intérêts d'un groupe d'acteurs[70]. On note cependant que dans la mesure où la co-régulation jette une certaine confusion sur la répartition des compétences entre autorités publiques et privées, cette crainte est d'autant plus fondée. La « regulatory capture » risque de voir le processus de réglementation et son résultat final profondément influencé par les intérêts d'un groupe d'acteurs : ce que les auteurs appellent les « spillover effects »[71]. Il est donc utile que tous ceux dont la conduite risque d'être affectée directement ou indirectement par la réglementation ou régulation projetée disposent de la même voix dans la détermination du contenu de la règle[72].

Au-delà, il est indispensable qu'à tout le moins soit organisé le contrôle du contenu des règles obtenues à l'issue du processus de co-régulation lorsque le dernier mot est laissé aux acteurs privés. Les règles nées de la co-régulation doivent faire l'objet d'un contrôle du respect des objectifs d'intérêt général et d'une balance minimale entre les intérêts des divers acteurs[73]. À cet égard, des organes comme les observatoires français et belge de l'Internet peuvent être

69. À cet égard, E. Brousseau, « Régulation de l'Internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », *Revue économique*, n° hors série : Economie de l'Internet, E. Brousseau and N. Curien (ed), Oct. 2001 ; M. Mueller, The « Governance » Debacle, How the ideal of internetworking Got Buried by Politics, available at : http ://www.open-rsc.org/essays/mueller/govdec/

70. Ainsi, pour reprendre un exemple non européen, certains auteurs voient dans l'adoption du DMCA (Digital Millenium Copyright Act) en 1998 américain le résultat des pressions du groupe de l'industrie informatique et des sociétés d'auteurs.

71. Sur ces deux points, les réflexions de J.-M. Cheffert, « Le commerce électronique : auto-régulation et asymétrie de l'information », *Revue Ubiquité*, 2002, pp. 31 et s. ; *cf.* également, les commentaires de Mueller à propos des règles de l'OMPI-ICANN qui privilégient les intérêts des titulaires de droit de propriété intellectuelle au détriment d'autres intérêts, ainsi la protection des données nominatives et la concurrence (M. Mueller, *ICANN and Internet Governance : Sorting through the debris of Self Regulation*, Info, 1999, 495-520).

72. « Those who are affected by conduct that is the subject of certain rules must have some voice in determine the content of their rules » : D. Post et D.J Johnson, « New Civic Virtue of the Net », article déjà cité, p. 5 ; des mêmes auteurs, « Chaos prevailing on very Continent : A new Theory of decentralized Decision-Making in complex system », 73 *Chicago-Kent Law Rev.*, 1999, pp. 1055 et s. A noter la présence, dans certaines institutions publiques de normalisation technique, de représentants des utilisateurs, tant résidentiels que professionnels, ainsi les statuts de l'ETSI (European Telecommunications Standard Institute) prévoient cette représentation des différents intérêts.

73. D. Post et D. Johnson dans l'article cité à la note précédente insistent sur cette absolue nécessité de contrôler les effets de l'autorégulation prise par un groupe d'intérêts sur les autres catégories d'intérêts.

utiles[74]. Cette fois c'est du côté de la conformité du contenu des règles de co-régulation à des objectifs publics que l'attention se portera.

Si la participation de tous les intéressés ou de leurs représentants à l'élaboration de la règle est souhaitée voire requise sur base du critère de « légitimité » des auteurs de la norme[75], les méthodes d'assurer celle-ci peuvent être variées. On soulignera l'intérêt d'une transparence du processus de création de la norme et le bénéfice susceptible d'être retiré des technologies de l'information et de la communication pour assurer le dialogue entre les auteurs de la norme et leurs destinataires[76]. On ajoutera enfin que l'intervention dans certains mécanismes de co-régulation d'autorités publiques intervenant peuvent créer une fausse apparence de légitimité de la norme, ce qui constitue un risque additionnel.

Enfin, que dire de l'effectivité des règles, première vertu dont se targuent les partisans de la co-régulation ou de l'autorégulation. Là, également, on craindra tant la « sur-effectivité » qui, lorsque la norme de co-régulation sert un intérêt particulier, peut s'avérer dangereuse, que le manque d'effectivité qui ôte à la norme de co-régulation tout son sens. La co-régulation doit être, comme le notait d'emblée l'OCDE, cet « effective mix » qui se sert tant du bras de l'Etat que des forces du marché pour garantir de manière proportionnée le respect des principes établis.

20. Ainsi, entre l'autorégulation et l'approche traditionnelle par la réglementation publique, existe bien une troisième voie qui se décline en des modes variés tantôt plus proches du pôle de l'autorégulation, tantôt confinant à un pure interventionnisme étatique. Cette troisième voie n'est pas propre à la régulation de la société de l'information. Elle trouve ses racines en particulier dans la régulation du monde du travail avec les anciennes conventions collectives et le monde de l'environnement, secteurs où sont reconnus en parallèle à celui du secteur de la société de l'information, les bienfaits de cette troisième voie de régulation, dont les formes se déclinent au pluriel.

Sans doute, le modèle prôné par la récente conférence mondiale de la société de l'information et par l'Union européenne, modèle fondé sur une hiérarchie des interventions publiques et privées et imposant une répartition des compétences entre ces dernières a le mérite de la transparence et garantit adéquatement les soucis de légitimité et de conformité des normes ainsi créées. Répondra-t-il à suffisance aux besoins reconnus d'une décentralisation des responsabilités et de

74. Sur ces observatoires, comme formes officiellement reconnues de co-régulation, voir *supra* n° 6.

75. *Supra* n° 18 à propos de l'utilisation par l'ICANN des technologies de la communication pour asseoir sa légitimité.

76. Voir chez FROOMKIN (Habermas@discourse.net : « Toward a critical theory of Cyberspace », 116 *Harv. Law Rev.*, 2003, p. 800 et s.), les références constantes à l'éthique de la procédure développée par Habermas comme la seule manière de résoudre le problème de légitimation des instruments mis sur pied par ces approches nouvelles de la régulation. Même références chez MAESSCHALK et DEDEURWAERDERE, « Autorégulation, Éthique procédurale et gouvernance de la société de l'information », in *Gouvernance de la société de l'information, op. cit.*, pp. 77 et s.

la définition par chaque communauté, dont les frontières ne sont plus géographiques, de son propre système de normes, normes adaptées à ses besoins ? Nous pensons résolument que toutes les formes de co-régulation ont leur place à condition qu'elles respectent les trois critères fondamentaux de validité juridique de la norme : légitimité, conformité et effectivité. C'est à l'aune du respect de ces critères que doit être jugée toute norme de co-régulation.

Le droit des obligations et des contrats

Faillite et règlement collectif des dettes : pour une approche rationnelle des mesures de clémence

Christine BIQUET-MATHIEU
Chargé de cours à la Faculté de Droit de l'Université de Liège

1.- Le droit des obligations et le droit commercial constituent des matières d'élection de notre collègue Michel Coipel. Aussi, pour l'honorer au terme des nombreuses années qu'il a consacrées à l'enseignement et à la recherche, avons-nous tout naturellement fait choix d'un thème qui se situe à l'intersection de ces deux matières.

Le présent exposé sera ainsi consacré aux mesures de clémence en faveur des débiteurs en état de surendettement, qu'il soit de nature civile ou commerciale[1].

Dans la première section, nous soulignerons la dichotomie qui existe actuellement dans le régime des mesures de clémence selon que la personne physique surendettée possède ou non la qualité de commerçant. *De lege lata*, les conditions des remises en principal sont en effet plus ou moins draconiennes selon que le débiteur relève de la procédure en règlement collectif de dettes ou, au contraire, de celle de la faillite.

Dans la seconde section, nous examinerons la question de l'opportunité d'accorder des remises automatiques aux sûretés personnelles, ou du moins à certaines d'entre elles, par cela seul que le débiteur garanti bénéficie lui-même de telles remises dans le cadre d'une procédure collective. Nous constaterons qu'en l'état actuel des textes, le sort des sûretés personnelles varie selon que le débiteur garanti bénéficie de remises dans le cadre de la procédure de faillite ou, au contraire, dans le cadre d'un règlement collectif de dettes.

Nous plaiderons en conséquence pour une harmonisation du régime des mesures de clémence tant à l'égard du débiteur surendetté lui-même qu'à l'égard de ses sûretés personnelles.

Section I - Le sort du débiteur surendetté

2.- « *Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses obligations sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ». C'est ainsi qu'en

1. Nous remercions Isabelle MASSIN, alors assistante à la Faculté de Droit de l'Université de Liège, pour son aimable collaboration et ses réflexions pertinentes sur le régime de l'excusabilité du failli découlant de la loi modificative du 4 septembre 2002.

vertu de l'article 7 de la loi hypothécaire, le débiteur répond de ses engagements sur tous ses biens et revenus, actuels et futurs.

Ce principe doit immédiatement être nuancé en raison des règles que les articles 1408 et suivants du Code judiciaire édictent en matière d'insaisissabilité de certains biens et quotités de revenus. En vue de permettre au débiteur de mener une vie décente, il s'agit de mettre ses biens meubles de première nécessité et une portion de ses revenus à l'abri des créanciers[2].

Même s'il peut en résulter une remise de dette de fait, l'objectif de ces mesures d'insaisissabilité n'est cependant pas de décharger le débiteur de ses dettes : sur la partie non protégée de ses biens et revenus, actuels comme futurs, il peut, sous réserve du jeu de la prescription, être poursuivi à vie.

Il en résulte une démotivation pour les débiteurs qui, quoi qu'ils entreprennent, ne parviendront jamais à apurer leur endettement. Ayant perdu tout espoir de redressement financier, grande est alors la tentation de sombrer dans l'inactivité et le travail au noir, situation qui est préjudiciable, socialement et économiquement, tout à la fois pour le débiteur lui-même, pour ses créanciers et pour la société toute entière.

3.- L'on comprend dès lors aisément pourquoi le législateur a veillé au cours de ces dernières années à instituer des mesures de clémence visant à assainir la situation financière des personnes physiques surendettées.

Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le commerçant surendetté peut-il, à l'issue de la procédure de faillite, être déclaré excusable et être ainsi libéré des dettes, tant privées que professionnelles, qui n'ont pu être apurées lors de la liquidation de la faillite.

Ainsi aussi, depuis l'entrée en vigueur de la procédure en règlement collectif de dettes instituée par la loi du 5 juillet 1998, les personnes physiques surendettées qui n'ont pas la qualité de commerçant, peuvent-elles bénéficier d'un plan de règlement assorti d'un rééchelonnement de dettes et de remises en intérêts et autres accessoires voire, mais à des conditions très strictes, de remises en principal.

L'on pourrait encore songer à la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire ; cependant, cette loi est essentiellement motivée par la volonté de sauvegarder l'entreprise en difficultés et non par des considérations d'humanité à l'égard du débiteur surendetté[3]. Aussi bien, n'envisageons-nous dans cette section que les remises prévues dans le cadre de la faillite et du règlement collectif de dettes.

L'on remarquera que, tant en cas de faillite que de règlement collectif de dettes, deux types de créanciers sont considérés par le législateur comme étant

2. À l'exclusion cependant, s'agissant des revenus, des créanciers d'aliments.
3. L'on remarque d'ailleurs qu'en pratique, eu égard à la lourdeur de la procédure mise en place, le concordat judiciaire concerne surtout les sociétés d'une certaine taille, étant rarement sollicité par des petites sociétés et encore moins par des entrepreneurs qui exercent en personne physique.

plus méritoires que les autres si bien que, contrairement aux autres, ils ne peuvent pas se voir imposer l'effacement de leur créance. La décharge du débiteur surendetté reste ainsi sans effet sur ses dettes alimentaires[4] comme sur celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute[5-6].

4.- La philosophie qui sous-tend les mesures de clémence prévues par ces deux législations est cependant fondamentalement différente, quant aux conditions de leur octroi d'une part, quant à l'effort demandé au débiteur d'autre part.

S'agissant des conditions d'octroi, l'article 80, alinéa 2, de la loi sur les faillites, tel qu'il a été modifié par la loi du 4 septembre 2002, fait état du caractère « malheureux et de bonne foi » du failli. Nous ne nous attarderons pas ici sur le curieux libellé de la disposition : « *Sauf circonstances graves spécialement motivées, le tribunal prononce l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi* », étant pour le moins contradictoire de préciser d'abord que l'excusabilité ne peut être refusée qu'en raison de circonstances graves spécialement motivées[7] et

4. Notons cependant que si les dettes alimentaires sont purement et simplement exclues de la décharge découlant du prononcé de l'excusabilité du failli (art. 82, al. 3, de la loi sur les faillites), sont seules exclues du bénéfice de la remise de dettes en principal dans le cadre du règlement collectif de dettes, les dettes alimentaires du failli non échues au jour de la décision arrêtant le plan de règlement judiciaire (art. 1675/13, § 3, C. Jud.) ; il y a lieu de s'interroger sur cette dichotomie même s'il est vrai que, pendant la durée du plan, les dettes alimentaires, à l'exception de leurs arriérés, sont payées par priorité (art. 1675/7, § 3, C. Jud.).
5. Voy. l'article 82, alinéa 3, de la loi sur les faillites ; cette exclusion est cependant libellée moins largement dans le cadre du règlement collectif de dettes, étant là seules exclues du bénéfice de la remise « *les dettes constituées d'indemnités accordées pour la réparation d'un préjudice corporel causé par une infraction* » (art. 1675/13, § 3, C. Jud.), sans que soit visée, contrairement à ce qui a lieu en cas de faillite, l'obligation de réparer le préjudice lié au décès ; il y a lieu assurément de s'interroger ici aussi sur cette dichotomie (voy. A. De Wilde, « Reparatiewet faillissement », *R.W.*, 2002-2003, p. 576).
6. S'agissant de cette seconde exclusion, aucune distinction n'est faite, du moins formellement, selon que l'indemnité est due à la victime elle-même ou à un tiers, compagnie d'assurance ou organisme assureur dans le cadre de l'assurance maladie invalidité, subrogé dans les droits de la victime ou exerçant une action récursoire. L'on se demande toutefois en quoi une compagnie d'assurance ou un organisme assureur dans le cadre de l'assurance maladie invalidité est plus méritoire que les autres créanciers, notamment que les cautions personnes physiques, s'agissant de leur recours personnel, après paiement, contre le débiteur garanti.
7. S'agissant des causes de refus de l'excusabilité, l'article 81, 2°, de la loi sur les faillites disposait : « *Ne peuvent être déclarés excusables... la personne physique faillie qui a été condamnée pour infraction à l'article 489ter du Code pénal ou pour vol, faux, concussion, escroquerie ou abus de confiance, ni le dépositaire, tuteur, administrateur ou autre comptable, qui n'a pas rendu et soldé son compte en temps utile* ». Cette disposition a cependant été annulée par la Cour d'arbitrage en raison de son caractère absolu et automatique dès lors que le juge n'a pas la possibilité « *de vérifier si l'intéressé serait un partenaire commercial suffisamment fiable dont l'activité commerciale pourrait servir l'intérêt général avec des garanties suffisantes pour l'avenir* », ni d' « *apprécier les circonstances de la faillite ni l'attitude du failli envers le curateur* », dès lors aussi que le juge ne peut pas vérifier « *si la condamnation encourue présente un lien quelconque avec l'activité commerciale exercée* », dès lors encore que le juge n'est pas « *autorisé à tenir compte du moment* →

d'exiger ensuite que le débiteur soit malheureux et de bonne foi[8]. Que l'excusabilité soit ou non érigée en règle[9], nous retiendrons qu'elle suppose, d'une façon ou d'une autre, une appréciation d'ordre moral du comportement du failli dans la conduite de ses affaires, certains juges étant plus que d'autres portés à l'indulgence ou, au contraire, à l'intransigeance.

Dans la procédure en règlement collectif, en revanche, si ce n'est pour vérifier que le débiteur n'a pas manifestement organisé son insolvabilité, le juge n'a à s'interroger ni sur son excusabilité, ni sur sa bonne foi dans le processus qui l'a conduit à la situation de surendettement. Ce qui importe, c'est la « bonne foi procédurale » du débiteur, le respect de l'exigence de transparence patrimoniale tout au long de la procédure[10] de même que sa volonté de s'en sortir et de consentir un effort important pendant plusieurs années, trois ans minimum, cinq ans maximum, pour apurer, autant que possible, son endettement[11].

Les mesures de clémence ne peuvent en effet, en l'état actuel de la procédure en règlement collectif de dettes, être acquises au débiteur que moyennant le respect d'un plan d'apurement pour désintéresser, autant que faire se peut, ses créanciers, plan d'apurement qui, en cas de remises en principal, doit être précédé de la réalisation, si elle ne se révèle pas abusive, de tous ses biens saisissables.

À l'inverse, l'excusabilité, si elle est prononcée à la clôture de la faillite, après donc que tous les biens saisissables, s'il en est, aient été réalisés, a pour effet de libérer le failli et ce, sans qu'il soit astreint ultérieurement à un quelconque plan de règlement.

→ de la condamnation en cause, laquelle peut être antérieure à l'exercice de toute activité commerciale » (voy. C.A., 11 février 2004, *M.B.*, 27 février 2004, Ed. 3, p. 11459).

8. Voy. not. A. De Wilde, « Reparatiewet faillissement », *R.W.*, 2002-2003, p. 571, n° 32, *in fine*, p. 573, n° 33.

9. En ce sens que l'excusabilité serait désormais la règle, le caractère malheureux et de bonne foi du failli étant présumé, voy. A Zenner, *Faillites et concordats 2002 – La réforme de la réforme et sa pratique*, Les dossiers du J.T., n° 38, 2003, p. 195, n° 172 ; en sens contraire, voy. G.-A. DAL, « L'excusabilité dans la loi du 4 septembre 2002 : réparation ou bricolage ? », *J.T.*, 2003, p. 634 ; pour notre part, nous nous demandons quel sens il peut y avoir à obliger le juge à motiver spécialement par des circonstances graves le refus de l'excusabilité si en amont il conserve toute liberté pour apprécier le caractère malheureux et de bonne foi du failli.

10. Voy. G. de Leval, *La loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, éd. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, p. 14 et 15 ; K. Broeckx et B. De Groote, « Collectieve schuldenregeling in de praktijk », in *Beslag- en executierecht - Naar een collectief beslagrecht*, E. Dirix et P. Taelman (éd.), Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, p. 161, n° 5.

11. De l'article 1675/13 du Code judiciaire, il résulte que « *le plan de règlement ne doit pas nécessairement aboutir au désintéressement total des créanciers* » ; aussi bien, saisi d'une demande en règlement collectif de dettes sur le fondement dudit article, le juge est tenu d'« *envisager la possibilité d'un plan de règlement judiciaire prévoyant une remise partielle de dettes* » ; voy. Cass., 28 novembre 2003, préc. Concl. Min. Publ., disponible sur le site Web de la Cour.

Quant au débiteur commerçant déclaré inexcusable par le tribunal, par exemple parce qu'il a employé du personnel « au noir »[12], il n'est pas libéré du seul fait de la clôture de la faillite. C'est même à vie qu'il est marqué du sceau de l'inexcusabilité. Jamais, il ne pourra obtenir une remise en principal pour les dettes non apurées de la faillite et ce, même s'il entend par la suite faire amende honorable, par le respect d'un plan de règlement collectif destiné à désintéresser, autant que faire se peut, ses créanciers[13]. Contrairement à ce qui a lieu pour les autres débiteurs personnes physiques, dont le caractère excusable n'a pas à être apprécié par le juge, il n'y a pas de rémission possible pour les commerçants faillis déclarés inexcusables[14] !

5.- L'on s'interroge en vain sur cette différence de traitement selon que le débiteur surendetté possède ou non la qualité de commerçant[15-16], étant d'ail-

12. Voy. Comm. Dinant, 10 juin 2003, *J.T.*, 2003, p. 644.
13. Voy. l'article 1675/13, § 3, 3e tiret, du Code judiciaire, qui interdit au juge d'accorder, dans le cadre du plan de règlement judiciaire, une remise partielle en principal pour « *les dettes d'un failli subsistant après la clôture de la faillite* » ; cependant, parce que la mesure d'excusabilité instituée par la loi du 8 août 1997 n'existait pas sous l'empire de l'ancienne loi du 18 avril 1851 sur les faillites, cette interdiction d'accorder une remise partielle pour « *les dettes d'un failli subsistant après la clôture de la faillite* » ne concerne pas les faillites clôturées sous l'empire de la loi du 18 avril 1851 et ce, sans qu'il convienne de distinguer, contrairement à ce qui était prévu dans la version originaire de l'article 1675/13, § 4, du Code judiciaire, selon que ces faillites, régies par l'ancienne de loi de 1851, ont été clôturées depuis plus ou moins de dix ans ; voy. l'article 1675/13, § 4, du Code judiciaire, tel qu'il a été modifié par la loi du 19 avril 2002 à la suite de l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage le 1er mars 2001 (C.A., 1er mars 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 892, note N. Pirotte).
14. On comprend dès lors que la Cour d'arbitrage soit actuellement saisie d'une question préjudicielle portant sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution de l'article 1675/13, § 3, 3e tiret, du Code judiciaire, en ce qu'il n'autorise pas, dans le cadre de l'élaboration d'un plan judiciaire, la remise de dettes d'un ancien failli déclaré inexcusable à l'issue de sa faillite alors que le débiteur non commerçant peut bénéficier de la procédure même s'il a, pour obtenir des crédits au-delà de ses possibilités financières, fait de fausses déclarations et a commis des fautes inexcusables dans la gestion de son patrimoine ; voy. l'avis publié in *M.B.*, 8 septembre 2003, Ed. 2, p. 45217.
15. Pour la même critique, voy. M. Mersch, « L'excusabilité ou l'effacement procédural des dettes – Comparaison de la situation du commerçant et du particulier – Situation des cautions », in *Les procédures de règlement collectif du passif*, C.U.P., Vol. XXXV, 1999, p. 100 ; voy. aussi C. Biquet-Mathieu, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit : Actualité ou désuétude du Code civil ?*, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, p. 720, n° 383.
16. On sait que par un arrêt du 13 décembre 2000, la Cour d'arbitrage a jugé que le fait que le bénéfice de l'excusabilité est réservé aux seuls débiteurs qui ont la qualité de commerçant n'est pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. Pour la Cour d'arbitrage : « *le législateur a entendu régler dans une législation distincte le sort des débiteurs non commerçants qui ne peuvent honorer leurs dettes. Tel est l'objet de la loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis. Sans qu'il y ait lieu d'examiner dans la présente affaire si la loi du 5 juillet 1998 est en tout point compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, il importe de relever qu'elle institue un mécanisme qui, sans être identique au système de l'excusabilité introduit par l'article 82 de la loi du 8 août 1997, peut aussi aboutir, dans* →

leurs concernées, dans le cas de la faillite comme, le cas échéant, dans le cas d'un règlement collectif[17], aussi bien les dettes privées que les dettes professionnelles.

S'agissant du régime de faveur accordé au commerçant déclaré excusable lors de la clôture de la faillite, régime de faveur en ce qu'il est libéré sans être astreint à un quelconque plan de règlement après la liquidation de la faillite, l'on entend l'argument déduit de l'intérêt général qui veut que le failli malchanceux puisse au plus vite réintégrer la vie économique.

Pourtant, n'y a-t-il pas même raison d'en décider ainsi pour les autres opérateurs économiques, s'agissant notamment d'agriculteurs ou de titulaires de profession libérale, et même de salariés ? Il est tout aussi important en effet que toutes les personnes à même de travailler et de consommer puissent réintégrer le circuit économique.

6.- C'est donc, estimons-nous, un seul et même régime qui devrait être mis en place pour la décharge des débiteurs surendettés et ce, abstraction faite de leur qualité.

La philosophie qui sous-tend le régime de la décharge dans la procédure en règlement collectif de dettes devrait, nous paraît-il, être préférée à celle qui fonde le régime de la décharge dans la faillite. On sait en effet combien il est délicat d'apprécier le caractère excusable ou malchanceux de telle ou telle situation de surendettement, qu'elle soit civile ou commerciale. Il n'est pas admissible, au demeurant, qu'une fois cette appréciation portée, l'inexcusabilité stigmatise, sa vie durant, le surendetté. D'un point de vue moral, seule devrait importer la bonne foi procédurale du débiteur.

Outre cette condition de transparence et de collaboration au niveau de la procédure de surendettement, il convient aussi à l'évidence que les remises en principal soient précédées de la réalisation de tous les biens saisissables du débiteur ou, du moins, d'un constat de carence à cet égard.

Au risque de déresponsabiliser les débiteurs, il nous paraît cependant que la réalisation de tous ses biens saisissables — ou, à défaut, le constat que la réalisation de ceux-ci ne couvrirait même pas les frais de la procédure — est insuffisante à justifier la décharge de la personne physique surendettée. Ainsi que cela est actuellement prévu dans la procédure en règlement collectif de dettes, il convient qu'outre la réalisation de ses biens actuels s'il en possède, le

---

→ *une certaine mesure, à une remise de dettes* ». Remarquons que la Cour d'arbitrage n'était pas interrogée sur les conditions distinctes de la remise de dette dans l'une et l'autre procédure et précise d'ailleurs qu'elle n'examine pas « *dans la présente affaire si la loi du 5 juillet 1998 est en tout point compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution* ». (C.A., 13 décembre 2000, *M.B.*, 2001, p. 7431 ; *J.L.M.B.*, 2001, p. 144, *R.D.C.B.*, 2001, p. 130, obs. C.A. LEUNEN).

17. S'agissant d'un indépendant qui n'a pas la qualité de commerçant ou même s'agissant d'un commerçant qui, sans avoir été déclaré en faillite, a simplement cessé son commerce depuis plus de 6 mois.

débiteur contribue pendant plusieurs années encore, dans la mesure de ses moyens, à diminuer son endettement. Ce n'est qu'à ce prix que la décharge du débiteur, même commerçant, nous paraît admissible[18].

Contrairement à ce qui a lieu aujourd'hui, il conviendrait en outre, nous paraît-il, que la décharge accordée à l'issue du plan d'apurement le soit sous réserve d'un retour à meilleure fortune, cette notion étant cependant entendue, après la fin du plan, de façon restrictive comme visant le seul retour à meilleure fortune découlant d'un gain du sort[19] ou d'un héritage.

7.- Se pose, il est vrai, la délicate question du sort à réserver aux personnes surendettées dont les revenus sont à ce point dérisoires qu'il leur est impossible de consacrer une somme, aussi minime soit-elle, à la diminution de leur endettement.

La Cour d'arbitrage a jugé à cet égard que « *l'article 1675/13, § 1er, du Code judiciaire, interprété comme excluant de la possibilité de bénéficier d'un plan de règlement judiciaire la personne qui paraît totalement et définitivement insolvable, viole les articles 10 et 11, lus ou non en combinaison avec l'article 23 de la Constitution* »[20].

Pourtant, ces personnes, frappées de plein fouet par la pauvreté et dont il conviendrait d'ailleurs de vérifier dans quelle mesure elles bénéficient d'une aide sociale suffisante, sont protégées à l'égard de leurs créanciers par les règles de l'insaisissabilité. Aussi longtemps que leur situation patrimoniale ne s'améliore

---

18. *Contra* M. Mersch, « L'excusabilité ou l'effacement procédural des dettes – Comparaison de la situation du commerçant et du particulier – Situation des cautions », in *Les procédures de règlement collectif du passif*, C.U.P., Vol. XXXV, 1999, p. 100, qui considère, au contraire, qu'il est déraisonnable d'exiger que le débiteur surendetté, dont tous les biens saisissables ont été réalisés, consente en outre un effort pendant 3 ans *minimum* pour encore payer quelque chose à ses créanciers.
19. Soit d'un gain de loterie.
20. Et considéré en revanche que « *l'article 1675/13, § 1er, du Code judiciaire, interprété comme n'excluant pas de la possibilité de bénéficier d'un plan de règlement judiciaire la personne qui paraît totalement et définitivement insolvable, ne viole pas les articles 10 et 11, lus ou non en combinaison avec l'article 23 de la Constitution* » ; voy. C.A., 30 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 263 ; *R.W.*, 2003-2004, p. 130 ; pour un arrêt analogue, voy. C.A., 3 avril 2003, *M.B.*, 27 juin 2003, Ed. 2, p. 34773 ; *D.C.C.R.*, 2004, p. 32, note B. De Groote. Par un arrêt précédent, la Cour d'arbitrage avait déjà jugé que « *l'article 1675/13, § 5, du Code judiciaire, interprété comme excluant de la possibilité de bénéficier d'un plan de règlement judiciaire les personnes dont le revenu est égal ou inférieur au minimum de moyens d'existence visé par la loi du 7 août 1974, viole les articles 10 et 11 de la Constitution* » et que « *la même disposition, interprétée comme n'excluant pas de la possibilité de bénéficier d'un plan de règlement judiciaire les personnes dont le revenu est égal ou inférieur au minimum de moyens d'existence visé par la loi du 7 août 1974, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution* » ; voy. C.A., 13 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 599, note G. de Leval ; *R.W.*, 2001-2002, p. 1093, note E. Dirix. L'on signalera encore la proposition de loi de Mesdames M. De Meyer et D. Douifi, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. extr. 2003, n° 199/1, qui, pour ces cas malheureux, vise à introduire la possibilité pour le juge d'octroyer une remise de dette totale, sans plan d'apurement, dans le cadre de la procédure en règlement collectif de dettes.

pas, elles bénéficient d'une immunité de fait[21]. L'on peut dès lors s'interroger sur l'intérêt pour celles-ci — sauf peut-être à considérer l'impact psychologique d'une telle mesure — de bénéficier d'une décharge prononcée par le juge ; en raison des règles de l'insaisissabilité, les maigres biens et revenus qu'elles possèdent sont déjà, en effet, à l'abri de leurs créanciers. Encore conviendrait-il peut-être, afin d'éviter la valse des huissiers de justice, de centraliser cette insaisissabilité et son contrôle.

Ce n'est point d'ailleurs un effacement de leurs dettes qui permettrait à ces personnes en situation de grande précarité de se réinsérer dans la vie économique et sociale mais d'abord et avant tout un accompagnement et une aide sociale décente[22] et surtout, pour ceux et celles dont l'âge et la santé le permettent, l'accompagnement dans la recherche d'un travail.

Si ces personnes venaient à décrocher un emploi décent, elles pourraient alors faire face, dans la mesure de leurs moyens, à un plan d'apurement et bénéficier à la fin de celui-ci d'une décharge de leurs dettes. Cette décharge leur serait alors économiquement utile puisqu'elle leur permettrait de jouir, mais à l'échéance seulement du plan, de la totalité des revenus procurés par ce nouvel emploi, sans crainte, sur la partie saisissable de ceux-ci, d'une quelconque voie d'exécution découlant de leur ancienne situation de surendettement.

Section II - Le sort des sûretés personnelles

8.- Il ne suffit pas d'instituer des mesures de clémence en faveur des débiteurs surendettés, il faut encore s'interroger sur l'impact de celles-ci à l'égard des tiers garants, s'agissant spécialement des cautions et codébiteurs solidaires.

En l'état actuel des textes, l'on ne peut que constater, une fois encore, l'éclectisme des solutions retenues.

En cas de concordat judiciaire, le respect du plan de redressement libère en principe le débiteur principal, le plus souvent une société, mais non ses cautions

21. Voy., en ce sens, G. de LEVAL, « Règlement collectif de dettes et vente de gré à gré des biens immeubles saisis », in *Chronique de droit à l'usage des Juges de paix et de police*, Faculté de droit de l'Université de Liège avec la collaboration de l'Union royale des Juges de paix et de police, Cahier n° 25, 16 octobre 1999, p. 29, n° 9, mais qui, pour ces cas dramatiques, se montre quand même favorable *de lege ferenda* à une mesure d'effacement total ou partiel sans plan d'apurement.

22. Voy. G. de LEVAL, « Pauvreté et règlement collectif de dettes », note sous C.A., 13 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 908, qui, tout étant favorable *de lege ferenda*, pour ces cas dramatiques, à l'idée d'un effacement total ou partiel de dettes sans plan de règlement, estime qu'une telle solution est insuffisante ; « *il importe prioritairement* », écrit-il, « *que la solidarité sociale s'exerce en faveur des personnes 'pour lesquelles le danger de marginalisation est le plus important' en veillant à ce qu'elles bénéficient du droit au logement et du droit à l'aide sociale* ».

et codébiteurs solidaires, qui, pas plus qu'ils ne bénéficient du sursis provisoire, ne profitent du sursis définitif (art. 35 de la loi sur le concordat judiciaire).

En cas de faillite, en revanche, la remise découlant du prononcé, à l'issue de celle-ci, de l'excusabilité du failli, mesure de clémence qui ne concerne que les seuls faillis personnes physiques, « *éteint les dettes du failli et décharge les personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont rendues caution de ses obligations. Le conjoint du failli qui s'est personnellement obligé à la dette de son époux est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité* » (art. 82 de la loi sur les faillites, tel qu'il a été modifié par la loi du 4 septembre 2002).

En cas de règlement collectif de dettes débouchant sur un plan amiable, le respect du plan de règlement amiable libère le débiteur de même que, du moins selon les travaux préparatoires[23], ses cautions et codébiteurs solidaires, en tout cas pour ces derniers, dans la mesure où ils sont tenus pour autrui.

À l'inverse, en cas de règlement collectif de dettes débouchant sur un plan judiciaire, le respect du plan de règlement judiciaire libère le débiteur mais non ses sûretés personnelles (art. 1675/11, § 4 C. jud.).

Il n'est guère aisé de trouver le fil conducteur de ces solutions différentes. Ainsi, pour ne reprendre que ces deux exemples, l'on se demande en vain pourquoi il y a lieu de réserver un sort distinct à certaines sûretés personnelles selon que le débiteur garanti est un commerçant déclaré excusable à l'issue de sa faillite ou, au contraire, un débiteur non commerçant qui a obtenu des remises de dettes ensuite du respect du plan de règlement édicté par le juge dans le cadre d'une procédure en règlement collectif de dettes[24-25]. Encore qu'il ne nous paraisse pas que le sort de la caution devrait être distinct selon la nature de la dette qu'elle garantit, l'on constate que dans l'un et l'autre cas, les dettes garanties peuvent aussi bien être privées que professionnelles.

---

23. Voy. les « développements » précédant la loi du 5 juillet 1998, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1996-1997, n° 1073/1-1074/1-96/97, p. 40.

24. Voy. not. E. Dirix, « Borgtocht in het ontwerp reparatiewet faillissement : 'omwille van je blauwe ogen' », *R.W.*, 2001-2002, p. 717, n° 4 ; K. Creyf, « De gevolgen voor de borg of de echtgenoot bij bevrijding of kwijtschelding van schulden in het insolventierecht », *R.W.*, 2002-2003, p. 454, n° 34 et s. ; C. Lebon, « Het Arbitragehof en de Reparatiewet Faillissement op hetzelfde spoor : borg en echtgenoot van de verschoonbaar verklaarde gefailleerde bevrijd », note sous C.A., 28 mars 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 460, n° 8.

25. Pour mettre fin à cette discrimination, il est suggéré par certains de calquer le sort des sûretés personnelles en cas de remise de dettes dans le cadre d'un plan de règlement judiciaire sur celui des sûretés personnelles en cas d'excusabilité du failli ; serait ainsi introduite à l'article 1675/13, § 1er, *in fine*, du Code judiciaire une disposition, analogue à l'article 82 de la loi sur les faillites, ainsi libellée : « *La remise éteint les dettes du débiteur et décharge les personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont rendues caution de ses obligations. Le conjoint du débiteur qui s'est personnellement obligé à la dette de ce dernier est libéré de cette obligation par l'effet de la remise de dettes* » ; voy. la proposition de loi de Mesdames M. De Meyer et D. Douifi, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. extr. 2003, n° 199/1. Ainsi que nous le développons au texte, le système de l'article 82 de la loi sur les faillites, qui serait ainsi transposé en matière de règlement collectif de dettes, n'est cependant pas, loin de là, à l'abri de toute critique.

Aussi bien, s'impose-t-il, pensons-nous, sinon d'harmoniser ces solutions, du moins d'en assurer la cohérence.

9.- *De lege ferenda*, la question de l'incidence des mesures de clémence sur le sort des sûretés personnelles est assurément délicate.

Se pose en effet la question s'il convient de raisonner par analogie aux articles 1285 et 1287 du Code civil relatifs à la remise de dette conventionnelle et, partant, de faire profiter les cautions et codébiteurs solidaires des remises accordées au débiteur surendetté, ou s'il convient, au contraire, s'agissant des mesures de clémence qui s'inscrivent dans le cadre d'une procédure collective, d'en refuser le bénéfice aux cautions et codébiteurs solidaires.

10.- En lien avec la remise de dette « *conventionnelle* », l'article 1287 du Code civil énonce que « *la remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions* ». Pour justifier la solution, l'on invoque le caractère accessoire du cautionnement. L'on observe aussi qu'il serait inconcevable que le créancier soit admis à spéculer sur le fait qu'il a pris soin d'obtenir un engagement de caution pour opérer lui-même, au détriment de cette caution — s'agissant en tout cas de son recours subrogatoire —, une remise de dette au débiteur principal[26].

Pour la même raison, l'article 1285 du Code civil énonce que « *la remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres* ». L'article 1285 permet, il est vrai, au créancier de réserver expressément ses droits contre les autres codébiteurs solidaires mais uniquement « *déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise* ». L'on ne concevrait pas en effet que le créancier soit admis à spéculer sur le fait qu'il a plusieurs débiteurs solidaires pour concéder lui-même, au détriment des autres codébiteurs solidaires — s'agissant en tout cas de leur recours subrogatoire —, une remise de dette à l'un d'eux[27-28].

---

26. Certes, à supposer que la remise conventionnelle ne bénéficie pas à la caution, l'on verrait mal qu'elle puisse être privée, sans son accord, de son recours personnel contre le débiteur ; en pareille hypothèse, cependant, la remise conventionnelle n'aurait de remise que le nom, puisque le débiteur pourrait toujours être actionné par la caution ; aussi bien, l'article 1287 se justifie-t-il aussi par le souci d'éviter que la remise consentie par le créancier au débiteur ne revête un caractère purement factice.

27. Certes, à supposer que la remise conventionnelle accordée à l'un des codébiteurs ne bénéficie pas, même à concurrence de la part du codébiteur libéré, aux autres codébiteurs, l'on verrait mal qu'ils puissent être privés, sans leur accord, de leur recours personnel contre ce codébiteur ; en pareille hypothèse, cependant, la remise conventionnelle n'aurait de remise que le nom, puisque le codébiteur libéré pourrait toujours être actionné, à concurrence de sa part et portion, par les codébiteurs non libérés ; aussi bien, l'article 1285, alinéa 2, se justifie-t-il aussi par le souci d'éviter que la remise consentie par le créancier à l'un des codébiteurs ne revête un caractère purement factice ; voy. A. GOSSELIN, « Sûretés entre époux », in *Les contrats entre époux*, Bruylant, 1995, p. 337, n° 15, note 64.

28. De là, il résulte qu'en présence d'un débiteur impécunieux, le créancier qui, pour cette raison, →

11.- La situation est bien différente, observons-le, lorsque les remises octroyées au débiteur, même impécunieux, ne lui sont pas consenties volontairement par les créanciers mais qu'elles leur sont imposées dans le cadre d'une procédure collective[29].

En présence d'un débiteur surendetté qu'il n'a pas déchargé volontairement, l'on ne voit guère en effet que l'on puisse faire grief au créancier de faire appel à la sûreté personnelle qu'il avait pris soin de se réserver ou que la loi elle-même lui concède, précisément pour parer à la défaillance de son débiteur.

Si cette considération vaut assurément pour les remises de dettes imposées aux créanciers dans le cadre de la faillite ou d'un plan de règlement collectif de dettes imposé par le juge, l'on peut se demander s'il n'y aurait pas lieu, en revanche, d'assimiler aux remises conventionnelles des articles 1285 et 1287 du Code civil les remises obtenues par le débiteur au stade amiable de la procédure en règlement collectif de dettes.

C'est cette opinion que l'on trouve dans les travaux préparatoires où on lit que, parce que le plan de règlement amiable suppose l'accord de tous les créanciers, la remise découlant d'un tel plan doit bénéficier, en application des articles 1285 et 1287 du Code civil, aux cautions et codébiteurs solidaires[30]. et ce, contrairement à ce qui a lieu lorsque, à défaut d'accord de tous les créanciers sur un plan amiable, les remises sont imposées par le juge dans le cadre d'un plan de règlement judiciaire (art. 1675/11, § 4)[31].

Nous ne pouvons partager cette opinion. Certes, le plan de règlement amiable suppose l'accord de tous les créanciers mais le législateur lui-même incite les créanciers à accorder des remises au stade amiable. C'est qu'en effet, si des

---

→ n'entend pas le poursuivre, n'a aucun intérêt à lui consentir une remise de dette, sans avoir obtenu concomitamment l'accord de la caution ou du codébiteur solidaire comportant renonciation à s'en prévaloir.

29. Voy. G.-A. DAL, « L'excusabilité dans la loi du 4 septembre 2002 : réparation ou bricolage ? », *J.T.*, 2003, p. 636 ; C. LEBON, « Beter morgen dan vandaag ? De bevrijding van de borg ban de verschoonbaar verklaarde gefailleerde volgens de Faillissementswet van 1997 en volgens het Ontwerp 'Reparatiewet' Faillissement », *R.D.C.B.*, 2002, p. 430.

30. Voy. les « développements » précédant la loi du 5 juillet 1998, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1996-1997, n° 1073/1-1074/1-96/97, p. 40.

31. L'on perçoit immédiatement l'effet pervers de cette dualité de solutions selon que les remises obtenues dans le cadre de la procédure en règlement collectif de dettes s'inscrivent dans un plan amiable ou au contraire dans un plan judiciaire. Ainsi, le créancier, s'il entend conserver son recours contre les sûretés personnelles, ne doit, à suivre la solution prônée par les travaux préparatoires, en aucune manière, marquer son accord au plan de règlement amiable. Force lui est d'attendre, s'il entend conserver son recours contre les sûretés personnelles, que les remises de dettes lui soient imposées par le juge au stade du plan judiciaire. C'est évidemment tout le contraire de ce qui avait été espéré par le législateur. Le législateur escomptait en effet que les créanciers, sachant que, de toute manière, ils pourront se voir imposer des remises de dettes au stade du plan judiciaire, anticipent, dans un souci d'économie de procédure, la décision du juge et partant marquent leur accord sur les remises suggérées par le médiateur dans la phase amiable de la procédure en règlement collectif.

remises ne sont pas accordées par les créanciers eux-mêmes au stade amiable, elles pourront de toute façon l'être par le juge dans le cadre du plan judiciaire. L'on ne peut dès lors, estimons-nous, assimiler, aux remises de dettes conventionnelles visées aux articles 1285 et 1287 du Code civil, les remises de dettes que les créanciers sont amenés, sous la menace d'un plan judiciaire, à accorder dans la phase amiable de la procédure en règlement collectif de dettes[32].

La question est plus malaisée en revanche pour les remises découlant d'un plan de redressement octroyé dans le cadre d'une procédure en concordat judiciaire. C'est que ce plan de redressement suppose l'accord, à tout le moins, d'une majorité de créanciers. Or, contrairement à ce qui a lieu en matière de règlement collectif de dettes, le juge n'est pas investi du pouvoir, à défaut d'accord de cette majorité de créanciers, d'imposer un tel plan de redressement de l'entreprise. L'on peut dès lors se demander s'il est bien convenable que des créanciers votent, sans pourtant y être obligés directement ou indirectement par le législateur, des mesures de décharge en faveur de leur débiteur et ce, tout en conservant, ainsi que le prévoit aujourd'hui la loi sur le concordat judiciaire, leur recours intact contre les cautions ou codébiteurs solidaires. Ne faudrait-il pas, à tout le moins, que les cautions et codébiteurs soient au préalable invités à marquer leur accord[33] — ou du moins à participer au vote[34] — en connaissance de cause, c'est-à-dire en sachant que les remises proposées ne leur bénéficieront pas ?

12.- Demeure, s'agissant des remises imposées directement ou indirectement aux créanciers, l'objection tirée du caractère accessoire du cautionnement et du fait que si le dette garantie est « éteinte », l'on voit mal, de prime abord, que son paiement puisse encore être réclamé à la caution ou au codébiteur solidaire[35].

Encore convient-il cependant de vérifier dans quelle mesure l'extinction de la dette ne doit pas être considérée comme une exception purement personnelle au débiteur, exception qui, partant, ne peut être invoquée ni par les cautions, ni par

32. Voy., en ce sens, K. Creyf, « De gevolgen voor de borg of de echtgenoot bij bevrijding of kwijtschelding van schulden in het insolventierecht », *R.W.*, 2002-2003, p. 443, n° 6 ; voy. aussi, *mutatis mutandis*, en ce sens, Cass. fr., 13 novembre 1996, *J.C.P.*, 1997, II, 22780, p. 75, note critique Ph. Mury, et *Dalloz*, 1997, Jur., p. 141, préc. concl. contraires Min. Publ., avec note critique T. Moussa.

33. Voy., en ce sens, *de lege lata*, M. Mersch, « L'excusabilité ou l'effacement procédural des dettes – Comparaison de la situation du commerçant et du particulier – Situation des cautions », in *Les procédures de règlement collectif du passif*, C.U.P., Vol. XXXV, 1999, p. 104, s'agissant en tout cas des remises de dettes qui doivent être personnellement acceptées par les créanciers visés à l'article 30 de la loi sur le concordat judiciaire.

34. Si toutes les cautions étaient, au même titre que les créanciers, associées au vote du plan de redressement, cette solution présenterait l'avantage de ne pas distinguer, pour le sort des cautions, selon que le créancier garanti a voté pour ou contre le plan de redressement.

35. Voy. F. 't Kint et W. Derijcke, « Une caution n'est pas l'autre : sévérité jurisprudentielle passée dans l'attente d'une bienveillance législative à venir (?) », *R.D.C.B.*, 2002, p. 419, n° 14 ; A. Fayt, « Un vent nouveau souffle sur l'excusabilité... », *Act. dr.*, 2002, p. 591, n° 23.

les codébiteurs solidaires. Ainsi, dans un autre ordre d'idée, l'annulation — soit l'« extinction » de la dette qui, de surcroît, s'opère avec effet rétroactif — pour cause d'incapacité dans le chef du débiteur est-elle une exception purement personnelle à celui-ci, qui, partant, ne profite ni à la caution, ni aux autres codébiteurs solidaires[36].

Le fait que certaines mesures de clémence entraînent l'« extinction » de la dette dans le chef du débiteur principal n'est dès lors pas inconciliable avec le caractère purement personnel de l'exception déduite de cette extinction. C'est d'ailleurs le caractère purement personnel de cette exception qui permet d'expliquer que, dans le système actuel de la loi sur les faillites, nonobstant l'extinction de la dette consécutive au prononcé de l'excusabilité du failli, certaines cautions, par exemple les cautions professionnelles ou même les cautions profanes lorsqu'elles ne se sont pas engagées à titre gratuit, ne sont pas déchargées[37]. Nul ne conteste d'ailleurs la solution, s'agissant en tout cas des cautions professionnelles.

13.- Du caractère accessoire du cautionnement et du fait que la dette garantie est « éteinte » par suite des mesures de clémence imposées directement ou indirectement aux créanciers, il ne résulte donc pas que ces mesures de clémence doivent nécessairement bénéficier par ricochet aux cautions et codébiteurs solidaires.

Au contraire, les sûretés personnelles ont pour objet et pour finalité de suppléer la défaillance du débiteur si bien que l'on comprendrait difficilement qu'elles soient déchargées alors précisément que la situation du débiteur garanti est à ce point obérée qu'il est en état de faillite ou de surendettement civil[38].

Les remises dont le débiteur garanti peut bénéficier à cette occasion lui sont accordées en considération de sa situation personnelle, à raison tout à la fois de son état de surendettement et du caractère excusable de sa faillite ou de ses efforts prolongés pour désintéresser autant que faire se peut ses créanciers.

Aussi bien, ces mesures de clémence imposées aux créanciers pour des raisons purement personnelles au débiteur ne devraient pas, logiquement, bénéficier aux cautions ou codébiteurs solidaires, dont l'obligation est précisément de

---

36. Voy., pour les cautions, l'article 2036, alinéa 2, combiné avec l'article 2012, alinéa 2, du Code civil ; voy. pour les codébiteurs solidaires, l'article 1208, alinéa 2, du même Code.
37. Voy. M. VANMEENEN et B. WINDEY, « Recente wijzigingen inzake faillissement », *N.J.W.*, 2002, p. 381 ; G.-A. DAL, « L'excusabilité dans la loi du 4 septembre 2002 : réparation ou bricolage ? », *J.T.*, 2003, p. 637.
38. Voy. not. en ce sens E. DIRIX, « Borgtocht in het ontwerp reparatiewet faillissement : 'omwille van je blauwe ogen' », *R.W.*, 2001-2002, p. 716 ; F. 't KINT et W. DERIJCKE, « Une caution n'est pas l'autre : sévérité jurisprudentielle passée dans l'attente d'une bienveillance législative à venir (?) », *R.D.C.B.*, 2002, p. 415 ; C. LEBON, « Het Arbitragehof en de Reparatiewet Faillissement op hetzelfde spoor : borg en echtgenoot van de verschoonbaar verklaarde gefailleerde bevrijd », note sous C.A., 28 mars 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 460, n° 9 ; A. DE WILDE, « Reparatiewet faillissement », *R.W.*, 2002-2003, p. 574, n° 37.

payer en lieu et place du débiteur défaillant et *a fortiori* en lieu et place du débiteur surendetté.

14.- Se pose toutefois la question si, comme c'est actuellement le cas en matière de faillite, il ne conviendrait pas d'admettre que les mesures de clémence accordées au débiteur surendetté puissent, nonobstant leur caractère purement personnel au débiteur, quand même profiter par ricochet à certaines sûretés personnelles qui ont la qualité de personnes physiques.

Ainsi, en son état actuel, l'article 82 de la loi sur les faillites énonce-t-il que l'excusabilité du failli bénéficie aux « *personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont rendues caution de ses obligations* » ainsi qu'au « *conjoint... qui s'est personnellement obligé à la dette de son époux* »[39].

Ce n'est pas le lieu ici de nous attarder sur le curieux libellé du texte, notamment en ce qu'il ne paraît envisager que le sort des cautions et du conjoint tout en étant muet sur le sort des codébiteurs solidaires autres que le conjoint, notamment aussi en ce qu'il semble subordonner la décharge par ricochet du conjoint à des conditions moins strictes que celle de la caution personne physique — dont il est requis en outre qu'elle se soit engagée à titre gratuit —, notamment encore en ce qu'il semble distinguer selon que le conjoint est tenu à la dette du failli en raison d'un engagement personnel de sa part ou, au contraire, par le seul fait de la loi[40].

Nous nous contenterons de souligner que dans le système de la loi sur les faillites, la caution personne physique à titre gratuit bénéficie automatiquement de la décharge légalement prévue au profit du débiteur principal et ce, quand bien même sa propre situation financière serait de nature à lui permettre d'honorer, ne fût-ce que partiellement, son engagement de sûreté.

15.- L'on comprend bien qu'à la suite de la Cour d'arbitrage, le législateur ait pu

---

39. Le texte actuel de l'article 82 de la loi sur les faillites, issu de la modification apportée par la loi du 4 septembre 2002, fait suite à l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage le 28 mars 2002 sous l'empire de l'article 82 ancien, qui, dans sa rédaction antérieure, ne prévoyait pas l'extension de l'excusabilité aux sûretés personnelles du débiteur failli. Sans cependant aller jusqu'à prescrire que l'excusabilité par ricochet ait lieu de manière automatique, la Cour d'arbitrage avait jugé, d'une part : « *S'il peut se concevoir que le législateur n'ait pas automatiquement étendu les effets de l'excusabilité au conjoint du failli, il n'est pas raisonnablement justifié, alors que le tribunal a estimé que le failli pouvait être déclaré excusable, de ne permettre en aucune manière qu'un juge puisse apprécier s'il ne convient pas d'étendre la mesure à son conjoint* » et d'autre part : « *De même, si l'institution de la caution implique qu'elle reste, en règle, tenue de son cautionnement lorsque le failli est déclaré excusable, il n'est pas davantage justifié de ne permettre en aucune manière qu'un juge puisse apprécier s'il n'y a pas lieu de la décharger, en particulier en ayant égard au caractère désintéressé de son engagement* », voy. C.A., 28 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 808 ; *R.W.*, 2002-2003, p. 457, note C. LEBON ; *Act. dr.*, 2002, p. 566, note A. FAYT.

40. La Cour d'arbitrage est actuellement saisie de questions préjudicielles au sujet de ces distinctions que renferme peut-être le texte de l'article 82 de la loi sur les faillites ; voy. les avis publiés in *M.B.*, 3 avril 2003, p. 17131 ; *M.B.*, 9 avril 2004, Ed. 2, p. 20257.

s'émouvoir de la charge que représente le cautionnement pour une personne physique, qui bien souvent ne réalise pas, au moment de son engagement, que la sûreté qu'elle consent va grever potentiellement tout son patrimoine présent et à venir[41].

Néanmoins, si, par là, le législateur a voulu faire montre de défiance à l'égard des engagements de caution consentis à titre gratuit par des personnes physiques, ce n'est point au stade de l'exécution de tels cautionnements qu'il se devait d'agir mais au contraire en amont, au stade de leur conclusion.

Ainsi conviendrait-il, *de lege ferenda*, de s'interroger — sinon sur le caractère admissible d'un engagement de sûreté personnelle dans le chef d'une personne physique sans aucune contrepartie économique directe ou indirecte — du moins sur la nécessité de soumettre pareil engagement à un formalisme strict de nature à faire prendre conscience au garant de l'exacte portée de son acte ; il conviendrait aussi de s'interroger sur la nécessité d'introduire dans notre droit une exigence de proportionnalité de l'engagement de la caution profane par rapport à son patrimoine et à ses revenus[42].

Dès lors, en revanche, que l'on admet qu'un engagement de caution peut être — et a effectivement été — valablement contracté par une personne physique, même sans contrepartie économique, directe ou indirecte, l'on comprend mal que cet engagement de caution, pourtant valablement contracté, vienne à s'éteindre dans le cas précisément où le risque de défaillance auquel il était censé obvier se réalise pleinement par la faillite ou la déconfiture du débiteur garanti.

16.- L'on pourrait, il est vrai, être tenté de faire valoir qu'il est particulièrement injuste que la caution personne physique se trouve, en raison du maintien de son obligation de sûreté, dans une situation financière gravement compromise alors que le débiteur garanti bénéficie, lui, de mesures de clémence.

Il ne faudrait pas néanmoins négliger qu'indépendamment de la question du bénéfice par ricochet des mesures de clémence accordées au débiteur garanti, la personne physique engagée à titre de caution peut, comme tout autre débiteur, personne physique, surendetté, bénéficier, directement et en son nom propre, de

41. Voy., en ce sens, A. FAYT, « Un vent nouveau souffle sur l'excusabilité... », *Act. dr.*, 2002, p. 588, n° 16.

42. Voy., en ce sens, C. LEBON, « Het Arbitragehof en de Reparatiewet Faillissement op hetzelfde spoor : borg en echtgenoot van de verschoonbaar verklaarde gefailleerde bevrijd », note sous C.A., 28 mars 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 461, n° 9, qui cite l'étude de E. BALATE, « Etude relative à la protection des consommateurs dans le domaine du cautionnement », effectuée à la demande du Ministre des Affaires économiques ; comp. aussi les options prises par le législateur français en matière de protection des cautions au travers notamment de la loi du 1er août 2003, encore que cette réforme, adoptée dans la précipitation, ne soit pas un modèle de clarté ainsi que le constate V. AVENA-ROBARDET (« Réforme inopinée du cautionnement », *Dalloz – Cah. dr. Aff.*, 2003, Chron., p. 2083).

mesures de clémence[43]. Ainsi, la caution personne physique surendettée est susceptible, si elle a la qualité de commerçant, d'être elle-même déclarée en faillite et partant, de bénéficier personnellement lors de la clôture de sa faillite de la mesure d'excusabilité. Ainsi aussi, la caution personne physique surendettée peut, si elle n'a pas la qualité de commerçant, introduire elle-même une demande en règlement collectif de dettes et bénéficier à titre personnel de remises en principal dans le cadre d'un plan de règlement.

Certes, selon que la caution possède ou non la qualité de commerçant, les conditions des remises dont elle peut personnellement bénéficier sont, en l'état actuel des textes, plus ou moins contraignantes, puisque si, étant commerçante, elle est déclarée en faillite et bénéficie de l'excusabilité lors de la clôture de sa faillite, elle ne sera pas astreinte, contrairement à ce qui a lieu en cas de règlement collectif de dettes, au respect d'un plan de règlement, après que tous ses biens saisissables, s'il en est, aient été réalisés. Cependant cette dichotomie, que nous déplorons, dans le traitement du surendettement des personnes physiques, loin de concerner les seules cautions surendettées, vaut pour tous les débiteurs surendettés.

17.- Aussi bien, dès lors que l'on admet qu'un tel engagement puisse être valablement conclu — ce qui nous l'avons dit mériterait d'être discuté *de lege ferenda* —, il nous paraît illogique que l'engagement de caution, même contracté à titre gratuit par une personne physique, vienne à s'éteindre par cela seul que le débiteur garanti bénéficie, à l'issue de la procédure, d'une remise de dettes.

Nous ne sommes donc pas favorable au régime de l'excusabilité par ricochet actuellement prévu par la loi sur les faillites en faveur de certaines cautions personnes physiques, régime qui présente, au demeurant, des effets pervers maintes fois dénoncés[44].

C'est que, au risque de priver le cautionnement de toute utilité, pareille extinction par ricochet de l'engagement de la caution s'opère nécessairement sans effet rétroactif.

Or, aussi longtemps que le failli n'est pas déclaré excusable et, partant, aussi longtemps que l'engagement de la caution n'est pas éteint, le créancier a tout

43. Voy. C. Lebon, « Het Arbitragehof en de Reparatiewet Faillissement op hetzelfde spoor : borg en echtgenoot van de verschoonbaar verklaarde gefailleerde bevrijd », note sous C.A., 28 mars 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 460, n° 9 ; G.-A. Dal, « L'excusabilité dans la loi du 4 septembre 2002 : réparation ou bricolage ? », *J.T.*, 2003, p. 636 ; A. De Wilde, « Reparatiewet faillissement », *R.W.*, 2002-2003, p. 573, n° 37.

44. Voy. not. G.-A. Dal, « L'excusabilité dans la loi du 4 septembre 2002 : réparation ou bricolage ? », *J.T.*, 2003, p. 637 ; M. Vanmeenen et B. Windey, « Recente wijzigingen inzake faillissement », *N.J.W.*, 2002, p. 381 ; A. Cuypers, « De verschoonbaarheid van de gefailleerde en de positie van de echtgenoot en borgen in de gerepareerde Faillissementswet », *R.D.C.B.*, 2003, p. 278, n^{os} 37 et s.

intérêt à faire montre de la plus grande fermeté en vue d'encaisser le plus de sommes possible de la caution.

À l'inverse, la caution appelée en paiement a tout intérêt à user de subterfuges et détours de procédure en vue de décaisser le moins possible, puisque, si la faillite se clôture par une décision d'excusabilité du failli, elle sera alors — mais alors seulement — libérée[45].

En l'état actuel des textes, l'on voit mal que l'on puisse anticiper la décision d'excusabilité en suspendant, dès le prononcé de la faillite, les poursuites à l'égard de la caution[46]. Certes, on sait que par mesure d'humanité le législateur a voulu calquer le sort de la caution sur celui du failli ; on sait aussi que les poursuites individuelles sont suspendues à l'égard du failli lui-même. Il ne faudrait pas négliger pourtant qu'en cas de faillite, le patrimoine du failli fait l'objet d'une procédure collective en vue précisément de désintéresser autant que faire se peut ses créanciers si bien qu'au contraire de la décision d'excusabilité, la suspension des poursuites individuelles à l'égard du failli ne constitue pas une mesure de clémence à son égard.

Quand bien même, d'ailleurs, le jugement déclaratif de faillite aurait un effet suspensif à l'égard de la caution, le problème n'en demeurerait pas moins dans la mesure où les créanciers seraient, plus encore qu'aujourd'hui, incités à poursuivre les cautions à la moindre défaillance du débiteur principal, tandis que, de leur côté, les cautions seraient incitées à lui opposer la plus grande résistance en appelant de leurs vœux la faillite du débiteur garanti, ce qui est tout aussi malsain.

18.- Le fait de lier la décharge de la caution à celle du débiteur principal pose également problème chaque fois que le débiteur principal n'est pas dans les conditions pour bénéficier de cette décharge.

Dès lors, la caution ne saurait pas bénéficier par ricochet de l'excusabilité du failli, chaque fois que ce dernier, en raison de sa mauvaise foi, n'en bénéficie pas lui-même et ce, quels que soient les mérites personnels de la caution.

De même, les parents ou amis qui ont accepté de cautionner la société d'un proche ne peuvent-ils pas, selon les textes, bénéficier de l'excusabilité par

45. L'on observe, à cet égard, que la Cour d'arbitrage est actuellement saisie d'une question préjudicielle fondée sur ce que « *la caution ou le conjoint du failli qui a pu éviter d'exécuter son engagement à l'égard d'un créancier du failli se trouve dans une situation plus favorable que la caution ou le conjoint du failli contraints à l'exécution avant qu'intervienne la décision statuant sur l'excusabilité, alors que l'excusabilité du failli leur profite dans les mêmes termes* » et sur ce que « *le failli déclaré excusable bénéficiera pleinement des effets de l'excusabilité pour le passif impayé à la clôture de la faillite, alors que le conjoint ou la caution du failli peuvent en être privés de facto en raison de l'absence de suspension des voies d'exécution à leur encontre* » ; voy. l'avis publié in *M.B.*, 12 mars 2004, p. 14047 ; voy. aussi Civ. Liège, 21 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 261, qui soumet cette question à la Cour d'arbitrage.

46. Ainsi que l'a pourtant suggéré P. CAVENAILE, « Modifications apportées au droit de la faillite depuis 1997, en ce compris les récentes modifications de la loi du 4 septembre 1992 », in *Concordat judiciaire et faillites*, C.U.P., 2002, Vol. 58, p. 106.

ricochet. C'est que, depuis la modification opérée par la loi du 4 septembre 2002, la mesure d'excusabilité ne concerne, très logiquement, que les seuls faillis personnes physiques, à l'exclusion des faillis personnes morales.

Le sort des parents et amis qui ont accepté gracieusement de se porter caution varie donc selon que leur proche exerce son activité en personne physique, auquel cas ils peuvent espérer bénéficier de l'excusabilité par ricochet ou, au contraire, selon que leur proche exerce son activité par le biais d'une société, puisque, dans ce dernier cas, jamais, selon les textes, ils ne seront susceptibles d'être déchargés par ricochet de leur obligation de sûreté.

L'on comprend dès lors que la Cour d'arbitrage soit actuellement saisie d'une multitude de questions préjudicielles à propos de cette dichotomie dans le sort des cautions selon qu'elles garantissent la dette d'une personne physique faillie ou d'une société faillie[47].

19.- Aussi bien, en vue d'éviter toute discrimination, l'on en vient à se demander si, à supposer que l'on s'enlise dans le système d'excusabilité par ricochet actuellement prévu par la loi sur les faillites, il ne faudrait pas en arriver à examiner l'excusabilité des sociétés faillies dans le seul but de vérifier si une excusabilité, purement artificielle, de la société faillie ne pourrait pas bénéficier par ricochet à ses cautions !

Encore, à supposer que l'on se dirige vers pareille extension de l'excusabilité par ricochet aux cautions des sociétés faillies, se poserait la question si l'entrepreneur lui-même qui exerce en personne morale et qui, comme c'est très souvent le cas, a dû se porter caution de sa société auprès des banques qui lui ont fait crédit, pourrait bénéficier par ricochet de l'excusabilité de sa société.

C'est que cette personne qui s'est portée caution de sa société est intéressée économiquement à la bonne marche de celle-ci, si bien que l'on peut sérieusement se demander si elle peut être considérée comme une caution « à titre gratuit », ainsi que l'exige par ailleurs l'article 82 de la loi sur les faillites pour la décharge par ricochet.

Saisis d'une demande visant à poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, certains tribunaux ont ainsi jugé qu'à supposer même qu'il convienne d'étendre l'excusabilité par ricochet aux cautions des sociétés faillies, pareille excusabilité par ricochet ne saurait pas profiter aux dirigeants de la société faillie et à leurs épouses, puisque ceux-ci tirent leurs revenus de cette société si bien que leur engagement de caution n'a pas eu lieu « à titre gratuit »[48].

Qu'à cela ne tienne, est actuellement pendant devant la Cour d'arbitrage un recours en annulation non seulement de l'article 81, 1°, qui exclut les personnes

47. Voy. les avis publiés in *M.B.*, 30 octobre 2003, p. 53220 ; *M.B.*, 29 janvier 2004, Ed. 2, p. 1635 ; *M.B.*, 23 février 2004, p. 10581 ; *M.B.*, 19 mars 2004, Ed. 3, pp. 15925 et 15926.

48. Voy. Civ. Arlon, 13 mars 2003, *D.A.O.R.*, 2003, p. 78 ; Civ. Turnhout, 21 octobre 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 913.

morales du bénéfice de l'excusabilité, mais encore des mots « à titre gratuit » de l'article 82[49].

20.- En vue d'étendre l'excusabilité par ricochet aux dirigeants de la société faillie, il est tentant de faire valoir que si ce dirigeant avait exercé son activité en personne physique, il aurait lui-même été déclaré en faillite et aurait pu, partant, bénéficier directement de l'excusabilité à la clôture de sa faillite.

L'on observera cependant que si, exerçant en personne physique, un chef d'entreprise est déclaré en faillite, il peut certes bénéficier de l'excusabilité mais après que tous ses biens saisissables aient été réalisés. À l'inverse, si, exerçant en personne morale, un dirigeant d'entreprise s'est porté caution des dettes de sa société, l'on voit mal qu'il échappe à son engagement de sûreté par cela seul que la faillite de sa société a été déclarée excusable. Il se pourrait en effet qu'en sa qualité de personne physique, il conserve des biens et des revenus qui lui permettent d'honorer, ne fût-ce que partiellement, son engagement de sûreté[50].

S'il est lui-même surendetté, ce dirigeant, qui s'est porté garant de sa société, peut d'ailleurs, comme toute autre personne physique surendettée, bénéficier personnellement de mesures de clémence, soit, s'il est commerçant, après avoir lui-même été déclaré en faillite et reconnu excusable, soit, s'il n'a pas la qualité de commerçant, dans le cadre d'un règlement collectif de dettes.

Il est vrai que si ce dirigeant de société n'a pas la qualité de commerçant, il sera astreint, dans le cadre du règlement collectif de dettes, au respect d'un plan de règlement après que tous ses biens saisissables aient été réalisés, alors que de plan de règlement, il n'est point question dans le cadre de l'excusabilité.

Cependant, cette dichotomie, que nous déplorons, dans le régime des mesures de clémence selon que le débiteur surendetté possède ou non la qualité de commerçant, ne concerne pas les seuls dirigeants d'entreprise mais, au contraire, toutes les personnes physiques surendettées.

Conclusion

21.- Il convient, nous paraît-il, d'harmoniser au plus vite le régime des mesures de clémence applicables aux personnes physiques surendettées.

La philosophie qui sous-tend le régime de la décharge dans la procédure en règlement collectif de dettes devrait, nous paraît-il, être préférée à celle qui fonde le régime de la décharge dans la faillite. On sait en effet combien il est délicat d'apprécier le caractère excusable ou malchanceux de telle ou telle situation de surendettement, qu'elle soit civile ou commerciale. Il n'est pas admissible, au demeurant, qu'une fois cette appréciation portée, l'inexcusabilité

49. Voy. l'avis publié in *M.B.*, 14 juillet 2003, p. 37873.

50. Voy. C. Lebon, « Het Arbitragehof en de Reparatiewet Faillissement op hetzelfde spoor : borg en echtgenoot van de verschoonbaar verklaarde gefailleerde bevrijd », note sous C.A., 28 mars 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 460, n° 4.

stigmatise, sa vie durant, le surendetté. D'un point de vue moral, seule devrait importer la bonne foi procédurale du débiteur.

Au risque de déresponsabiliser les débiteurs, il nous paraît que la réalisation de tous ses biens saisissables — ou, à défaut, le constat que la réalisation de ceux-ci ne couvrirait même pas les frais de la procédure — est insuffisante à justifier la décharge de la personne physique surendettée. Ainsi que cela est actuellement prévu dans la procédure en règlement collectif de dettes, il convient qu'outre la réalisation de ses biens actuels s'il en possède, le débiteur contribue pendant plusieurs années encore, dans la mesure de ses moyens, à diminuer son endettement. Ce n'est qu'à ce prix que la décharge du débiteur, même commerçant, nous paraît admissible.

Contrairement à ce qui a lieu aujourd'hui, il conviendrait en outre, nous paraît-il, que la décharge accordée à l'issue du plan d'apurement le soit sous réserve d'un retour à meilleure fortune, cette notion étant cependant entendue, après la fin du plan, de façon restrictive comme visant le seul retour à meilleure fortune découlant d'un gain du sort[51] ou d'un héritage.

22.- Quant aux sûretés personnelles, dès lors que l'on admet que leur engagement a été valablement conclu, elles ne devraient pas, pensons-nous, être déchargées par cela seul que le débiteur garanti bénéficie de mesures de clémence imposées par le juge dans le cadre d'une procédure collective. L'objet de leur obligation est précisément de payer en lieu et place du débiteur défaillant et *a fortiori* en lieu et place du débiteur surendetté. Or, il se pourrait que, contrairement au débiteur garanti, la caution ne soit pas elle-même en état de surendettement et bénéficie de ressources suffisantes pour honorer son engagement de sûreté.

Il y a certes lieu de s'émouvoir de la charge que représente le cautionnement pour une personne physique qui bien souvent ne réalise pas, au moment de son engagement, que la sûreté qu'elle consent va grever potentiellement tout son patrimoine présent et à venir.

Toutefois, ce n'est pas en étendant automatiquement à cette caution les décharges accordées au débiteur surendetté dans le cadre d'une procédure collective que l'on remédiera à cet état de chose. Le remède ne peut se trouver qu'en amont, au stade de la conclusion d'un tel engagement.

Aussi bien conviendrait-il, *de lege ferenda*, de s'interroger — sinon sur le caractère admissible d'un engagement de sûreté personnelle dans le chef d'une personne physique sans aucune contrepartie économique directe ou indirecte — du moins sur la nécessité de soumettre pareil engagement à un formalisme strict de nature à faire prendre conscience au garant de l'exacte portée de son acte ; il conviendrait aussi de s'interroger sur la nécessité d'introduire dans notre

51. Soit d'un gain de loterie.

droit une exigence de proportionnalité de l'engagement de la caution profane par rapport à son patrimoine et à ses revenus.

Liège, le 9 avril 2004

Juridictionnalisation de l'arbitrage dans le cadre de la jurisprudence française

Nathalie COIPEL-CORDONNIER
Docteur en droit

1. En matière d'arbitrage international, la France fait figure de référence. Confrontées à beaucoup de cas d'application, les juridictions françaises ont l'occasion de se pencher sur de nombreux problèmes susceptibles de se poser en cette matière et dès lors de donner des solutions qui souvent influencent les arbitrages internationaux et inspirent les législations nationales modernes[1]. Si la jurisprudence française est ainsi intéressante pour les autres pays, son exemple ne doit toutefois pas, à notre avis, être suivi sans réserve. En effet, le désir manifesté par la jurisprudence et la doctrine françaises de favoriser l'arbitrage, considéré comme le mode de résolution des litiges le mieux adapté aux relations internationales, a pris une telle ampleur que, dans ses dernières manifestations, il suscite des questions qui touchent à la nature même de l'arbitrage et à ses rapports avec les juridictions étatiques.

Cette étude a pour objet de présenter l'évolution jurisprudentielle française relative à la *convention d'arbitrage*, car c'est par cette clause que s'exprime la composante contractuelle de l'arbitrage (I). Or, les assouplissements de plus en plus prononcés dont bénéficient les conditions auxquelles elle doit répondre traduisent une « juridictionnalisation » de l'arbitrage, c'est-à-dire un mouvement qui, prenant en compte la composante *juridictionnelle* de ce phénomène, cherche à atténuer les contraintes découlant de son origine contractuelle, mais qui, dans ses expressions ultimes, soulève de nombreuses interrogations (II).

I. Présentation de la jurisprudence française

2. Avant d'aborder la situation française, on rappellera que, *de manière générale*, l'approche de l'arbitrage ces dernières décennies a pour caractéristique de mettre en avant sa dimension juridictionnelle plutôt que sa dimension contractuelle (A). *En France*, ce mouvement a gagné l'appréciation de la convention d'arbitrage elle-même (B).

1. En ce sens, G. HORSMANS, « La loi belge du 19 mai 1998 sur l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1999, p. 498.

A. Un mouvement général : l'importance accrue accordée à la dimension juridictionnelle de l'arbitrage.

3. L'arbitrage est traditionnellement considéré comme une *institution hybride* : d'origine contractuelle, il remplit une fonction juridictionnelle ; il commence par une convention et se termine par une décision[2]. Dans tout ordre juridique, les règles qui façonnent l'arbitrage s'inspirent tantôt de l'une, tantôt de l'autre de ces composantes.

La *spécificité* de la justice arbitrale par rapport à la justice étatique naît de ce qui l'en distingue, la composante contractuelle. Celle-ci se traduit traditionnellement notamment par le fait que l'arbitrage trouve ses limites dans les frontières de l'autonomie de la volonté[3] : il n'est admis qu'à propos des droits dont les parties ont la libre disposition[4]. La caractéristique conventionnelle de l'arbitrage explique également l'admission habituelle d'une action en nullité des sentences, action qui n'existe pas à l'encontre des décisions étatiques[5]. Quant au régime de reconnaissance des sentences, il est généralement moins exigeant en ce qui concerne le contrôle au fond que celui qui prévaut pour la reconnaissance des jugements étrangers en l'absence de traité[6], ce qui s'explique probablement par le fait que le domaine arbitrable est normalement limité aux questions pour lesquelles est reconnue l'autonomie de la volonté. Par ailleurs, à ce stade du contrôle des sentences, une grande importance est accordée à la vérification de l'existence d'une convention d'arbitrage entre les parties : en effet, sans elle, il ne peut tout simplement pas être question d'arbitrage, l'arbitre reste un particulier sans pouvoir[7].

Si la spécificité de l'arbitrage vient de sa composante contractuelle, ce sont surtout *les implications de sa dimension juridictionnelle* qui ont été systématisées et développées ces dernières décennies. L'arbitrage apparaissant comme un mode de règlement des litiges adapté au commerce international, on a voulu faciliter l'exercice de sa mission juridictionnelle.

Ainsi a-t-on reconnu à l'arbitre la « *compétence de la compétence* », c'est-à-dire la possibilité d'examiner la validité de la convention d'arbitrage si celle-ci est contestée, alors même qu'il est possible que cet examen débouche sur l'invalidité de la clause et donc sur la conclusion qu'il n'a jamais mérité le titre

2. J. Arets, « Réflexions sur la nature juridique de l'arbitrage », *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 175.
3. H. Motulsky, *Ecrits. Etudes sur l'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1974, n° 9, p. 60.
4. Ainsi l'article 2059 du Code civil français. V. aussi l'article 1676 du Code judiciaire belge qui permet l'arbitrage pour les différends nés d'un rapport de droit déterminé sur lequel il est permis de transiger.
5. H. Motulsky, *op. cit.*, n° 11, p. 17.
6. Pour un rappel des principes animant le contrôle des jugements étrangers et celui des sentences arbitrales, dans les droits communs belge et français ainsi que dans le cadre du droit conventionnel, v. N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 182 et s.
7. H. Motulsky, *op. cit.*, n° 11, p. 17.

d'arbitre[8]. Cette règle, qui ne peut trouver son explication dans la dimension contractuelle de l'arbitrage, selon laquelle l'arbitre n'existe que s'il y a volonté *avérée* des parties d'y recourir, a été adoptée pour éviter les manœuvres dilatoires des parties.

Quant à la *procédure arbitrale*, la composante contractuelle de l'arbitrage requiert que l'on prenne d'abord en compte l'accord des parties (que celui-ci découle de la convention d'arbitrage, de l'acte de mission signé avec les arbitres ou, plus globalement, de la référence au règlement d'une institution d'arbitrage[9]). La volonté des parties ne peut toutefois aller jusqu'à dénaturer le pouvoir juridictionnel de l'arbitre[10], par exemple en l'obligeant à exclure un moyen de preuve. C'est également en vertu de sa mission juridictionnelle que l'arbitre se voit reconnaître un certain pouvoir d'initiative dans l'instance arbitrale, par exemple pour décider de se faire éclairer par un expert, même quand cela n'a pas été prévu par les parties[11]. La loi belge du 19 mai 1998, par les nombreuses dispositions qu'elle consacre à la mission et aux pouvoirs des arbitres, s'inscrit de même dans cette tendance à donner à l'arbitre les moyens procéduraux lui permettant de remplir sa fonction juridictionnelle[12].

En ce qui concerne *les règles appliquées au fond par l'arbitre*, une évolution analogue est perceptible. L'origine contractuelle de l'arbitrage implique en principe que l'arbitre ne peut trancher que les questions qui lui ont été soumises. Le principe dispositif étant ainsi plus exigeant que devant un juge étatique, il ne peut soulever d'office l'illicéité d'un contrat et encore moins en prononcer la nullité, ce qui serait statuer *ultra petita*[13]. Cependant, de plus en plus de voix s'élèvent pour que l'arbitre examine d'office la question de l'arbitrabilité du litige[14] et qu'il applique d'office des règles d'ordre public, notamment celles du droit communautaire et celles du pays où sa sentence doit être exécutée[15]. Une fois encore, on demande à l'arbitre de remplir pleinement sa mission juridictionnelle et dès lors de se détacher des limites qu'impose l'origine contractuelle de sa fonction.

---

8. Sur ce principe, v. P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *Rec. des cours*, 1989, pp. 339 et s. Sur le principe de la compétence-compétence dans les droits étrangers et dans les conventions internationales, v. A. DIMOLITSA, « Autonomie et Kompetenz-Kompetenz », *Rev. Arb.*, 1998, p. 305. Ce principe est consacré par l'article 1697 (1) du Code judiciaire belge.
9. C. JARROSSON, note sous Paris (19 mai 1998), Paris (3 décembre 1998) et Paris (19 janvier 1999), *Rev. Arb.*, 1999, p. 618.
10. En ce sens, C. JARROSSON, *ibidem*, p. 619.
11. C. JARROSSON, *ibidem*, p. 620, qui précise toutefois que les initiatives de l'arbitre doivent respecter le principe de la contradiction.
12. En ce sens G. HORSMANS, *op. cit.*, p. 487 et pp. 513 et s.
13. P. MAYER, « Le contrat illicite », *Rev. Arb.*, 1984, p. 215.
14. Sur cette notion, v. N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, pp. 219 et s.
15. Sur cette évolution, v. par exemple B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », *J.D.I.*, 1994, pp. 899 et s. ; N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, pp. 272 et s.

B. La jurisprudence française : l'importance accrue accordée à la dimension juridictionnelle de la convention d'arbitrage

4. La convention d'arbitrage est l'élément par lequel se traduit l'origine contractuelle de l'arbitrage. Il est dès lors naturel que le désir de favoriser la mission juridictionnelle de ce mécanisme en l'affranchissant de contraintes liées à sa dimension contractuelle se traduise également dans le cadre de l'appréciation de cette clause. Pour permettre à l'arbitrage de jouer plus souvent, il faut assouplir les conditions imposées à son recours, autrement dit celles qui s'appliquent à la convention d'arbitrage. C'est ce qu'ont fait les juridictions françaises ces dernières années.

Le cadre limité de cette étude ne permet pas une présentation exhaustive de cette jurisprudence prolixe ; nous nous contenterons d'en proposer une grille de lecture en mentionnant les *différents types de décisions* rencontrées selon qu'elles touchent à la dimension contractuelle (b) ou accessoire (c) de la convention d'arbitrage, quelques notions préalables ayant d'abord été rappelées (a).

a) Notions préalables

5. Par définition, la convention d'arbitrage présente *trois dimensions* : il s'agit d'un accord (dimension contractuelle) par lequel les parties choisissent l'arbitrage comme mode de règlement des litiges (dimension juridictionnelle) susceptibles de naître à l'occasion d'un rapport juridique, le plus souvent un contrat dit « principal », qui les unit au fond (dimension accessoire : cette clause se rapporte nécessairement à un lien juridique sous-jacent dont elle constitue une modalité, celle du choix juridictionnel)[16].

Il convient également de rappeler que, *sur le plan du droit applicable*, les juridictions françaises ont de plus en plus souvent recours à des règles matérielles françaises pour définir le régime des conventions d'arbitrage en matière internationale. Au lieu de soumettre à la loi interne désignée par la règle de conflit applicable telle ou telle condition de la convention d'arbitrage international, les juridictions françaises développent des « *règles matérielles de l'arbitrage international* », c'est-à-dire des règles françaises applicables indépendamment de la règle de conflit de lois et dont le contenu est spécialement prévu pour les situations présentant un caractère international. Ce phénomène, connu en droit international privé sous le nom de règles de droit international privé matériel où il reste toutefois assez rare, a débuté en 1963 avec l'arrêt *Gosset*[17]. et s'est poursuivi dans de plus en plus d'hypothèses si bien qu'il paraît désormais « normal » que toute question relative à la convention d'arbitrage

16. Sur ces dimensions, v. N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, pp. 8 et s.
17. Cass. fr., 7 mai 1963, *J.C.P.*, 1963, II, 13405, note B. GOLDMAN ; *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 615, note H. MOTULSKY.

international soulevée devant une juridiction française soit tranchée selon une règle matérielle française[18].

La jurisprudence française relative à la convention d'arbitrage, telle qu'elle va apparaître dans les lignes qui suivent, pourrait être *résumée* de la manière suivante : ayant, grâce aux règles matérielles de l'arbitrage international, développé la méthode qui leur permettait d'appréhender toutes les conventions d'arbitrage qui leur étaient soumises, les juridictions françaises ont, *pour favoriser* la réalisation de *la dimension juridictionnelle* de cette clause, *précisé ou adapté le contenu de ses dimensions contractuelle et accessoire*. C'est ce qu'indique l'examen des solutions données aux différents types de questions susceptibles de se poser en lien avec ces composantes contractuelle et accessoire.

b) Les règles relatives à la dimension contractuelle de la convention d'arbitrage

6. En tant que clause incluse dans un contrat ou conclue à propos d'un contrat, la convention d'arbitrage suscite la question des liens qu'elle entretient avec celui-ci. Si sa validité est liée à celle du contrat principal, la nullité ou l'extinction de ce dernier par exemple affectera automatiquement l'applicabilité de la clause, entraînant la fin de l'arbitrage. Or l'utilité pratique de la convention d'arbitrage serait singulièrement limitée si elle ne pouvait remplir son rôle de règlement des litiges quand ceux-ci touchent directement à la validité du contrat principal. Aussi la jurisprudence française a-t-elle reconnu *l'autonomie ou indépendance de principe de la convention d'arbitrage vis-à-vis du contrat principa*l[19]. Cette règle, qui est devenue classique dans d'autres ordres juridiques (v. par exemple l'article 1697 (2) du Code Judiciaire belge), a connu en France de nombreuses applications[20].

Soucieuse de permettre l'effet juridictionnel de la clause, cette solution précise donc le contenu de sa dimension contractuelle en l'appréhendant comme un *contrat à part entière* : la condition nécessaire et suffisante à son application est qu'elle ait bien fait elle-même l'objet d'un accord valable entre les parties.

7. Mais quand peut-on considérer qu'il y a accord des parties pour soumettre leur litige à l'arbitrage ? Cette question rejoint celle de la *forme* que doit revêtir la convention d'arbitrage pour exprimer le consentement des parties.

En matière internationale, la forme de la convention d'arbitrage est en principe régie par les dispositions matérielles de la Convention de New York

18. Pour une présentation complète de l'évolution qu'a connue la jurisprudence en matière de droit applicable à la convention d'arbitrage, v. N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, pp. 99 et s. et pp. 343 et s.
19. V. l'arrêt *Gosset* précité.
20. V. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, n° 410.

du 10 juin 1958 quand celle-ci est applicable. Or l'écrit requis par l'article II (2) de cette Convention est jugé trop exigeant au regard des usages du commerce international. Par ailleurs, cet article ne permet pas de décider de la validité d'une convention d'arbitrage acceptée *tacitement* par une des parties ou de celle qui est contenue dans un document auquel il est simplement fait référence dans la convention principale, ce qu'on appelle « *la convention d'arbitrage par référence* »[21]. Les juridictions françaises ont comblé ces lacunes.

Dans plusieurs hypothèses, elles ont admis l'efficacité d'une convention d'arbitrage figurant dans un document non signé par les parties mais auquel renvoie la convention principale. Cette règle, qui assouplit considérablement les conditions de forme de la convention d'arbitrage, est assortie de conditions censées garantir le consentement des parties. Ainsi exige-t-on la preuve que la partie à qui la clause est opposée ait eu *connaissance* de ladite clause au moment de la conclusion de la convention principale[22] et qu'elle ait, fût-ce par son silence, accepté cette référence[23], ou que le document dans lequel se trouve la convention d'arbitrage soit *intégré dans l'ensemble contractuel*, point destiné à démontrer la commune intention des parties de se soumettre à la clause litigieuse[24].

Dans le cadre de groupes de sociétés, les juridictions françaises ont considéré qu'une société non-signataire d'une convention d'arbitrage conclue par une société appartenant au même groupe pouvait *s'en prévaloir* pour participer de son plein gré à un arbitrage mis en place[25]. Cette solution qui consiste à reconnaître la possibilité de conclure une convention d'arbitrage *tacitement* est motivée par le souci de concentrer devant l'arbitre des situations connexes qu'une bonne administration de la justice recommande de juger ensemble.

8. L'intérêt de regrouper devant l'arbitre des parties qui, si elles ne sont pas toutes signataires de la convention d'arbitrage, n'en sont pas moins liées entre elles dans les faits (parce qu'il s'agit de personnes concourant à l'exécution d'un même chantier par exemple) est tout aussi présent quand les non-signataires de la clause ne s'en prévalent *pas* explicitement. Or *le principe de l'effet relatif des contrats*, qui s'applique à la convention d'arbitrage puisqu'elle est un contrat, s'oppose à ce qu'elle oblige des tiers, à moins qu'ils y consentent, ce qui revient à les considérer comme des parties.

---

21. E. LOQUIN, note sous Paris, 20 janvier 1987 (Sté Bomar Oil), *J.D.I.*, 1987, p. 944. Pour une présentation générale sur les clauses compromissoires par référence et les questions qu'elles suscitent, v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n^{os} 491 et s.
22. Versailles, 23 janvier 1991 (Sté Bomar Oil), *Rev. Arb.*, 1991, p. 291, note C. KESSEDJIAN.
23. Précision rajoutée par Cass. fr., 3 juin 1997, *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 92, note P. MAYER.
24. Cass. fr., 20 décembre 1993 (Dalico), *J.D.I.*, 1994, p. 432, note E. GAILLARD ; *Rev. Arb.*, 1994, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON ; *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 663, note P. MAYER.
25. Pour un cas d'application, v. Paris, 21 octobre 1983 (Sté Isover St Gobain), *Rev. Arb.*, 1984, p. 98, note A. Chapelle. Sur cette jurisprudence, v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n^{os} 500 et s.

Pour permettre l'arbitrage dans de telles situations connexes tout en respectant la nécessité d'un consentement à la convention d'arbitrage, la Cour d'appel de Paris a, à plusieurs reprises, déclaré que les effets de la clause compromissoire insérée dans un contrat international devaient être étendus « aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat dès lors que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant »[26]. La Cour de cassation française a repris cette solution en expliquant que la personne à qui la clause insérée dans un accord est opposée a, en exécutant cet accord en connaissance de cause, en réalité *ratifié* celui-ci, y compris la clause d'arbitrage[27].

Ce dernier type de décisions traduit le souhait des juridictions françaises de réaliser une *extension ratione personae de la convention d'arbitrage*, c'est-à-dire d'en admettre l'application non seulement aux personnes qui l'ont personnellement conclue mais également à d'autres, parce qu'il paraît opportun, dans diverses hypothèses, que l'ensemble de ces personnes comparaisse devant la même instance, en l'occurrence la juridiction arbitrale[28]. De telles extensions sont limitées en théorie par la nécessité d'établir le consentement du tiers à qui la clause est étendue. Mais, comme on vient de le voir, la jurisprudence déduit ce consentement de toute une série de faits considérés comme établissant l'adhésion de la partie non signataire à la clause. Or là est le point critiquable de la construction. Bien souvent, la réalité de ce consentement sera tout à fait *illusoire*[29].

c) Les règles relatives à la dimension accessoire de la convention d'arbitrage

9. L'expression « dimension accessoire de la convention d'arbitrage » indique le lien intime qui unit la clause à la situation pour laquelle elle a été conclue : elle n'est pas stipulée dans le vide mais se superpose à un certain rapport juridique[30].

Cette dimension accessoire explique les *limites ratione materiae* de la compétence de l'arbitre. Ainsi est-il traditionnel de refuser d'étendre à la caution ou à la banque qui s'est engagée dans le cadre d'une garantie à première demande

26. V. par exemple, Paris, 11 janvier 1990, *J.D.I.*, 1991, p. 141, note B. AUDIT ; Paris, 22 mars 1995, *Rev. Arb.*, 1997, p. 550. Sur cette jurisprudence, v. N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, p. 333.
27. Cass. fr., 25 juin 1991 (Cotunav), *Rev. Arb.*, 1991, p. 453, note P. MAYER.
28. Sur ces questions, v. D. COHEN, « Arbitrage et groupe de contrats », *Rev. Arb.*, 1997, pp. 471 et s. ; J.-L. GOUTAL, « L'arbitrage et les tiers : I. Le droit des contrats », *Rev. Arb.*, 1988, pp. 439 et s. ; I. FADLALLAH, « Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés », *Trav. Com. fr. DIP*, 1984-1985, Ed. CNRS, Paris, pp. 105 et s.
29. En ce sens, P.-Y. TCHANZ, note sous Paris, 30 novembre 1988 et Paris, 14 février 1989, *Rev. Arb.*, 1989, p. 707.
30. V., par exemple, l'article II (1) de la Convention de New York et l'article 1676 du Code judiciaire belge qui exigent que la convention d'arbitrage se rapporte à un « rapport de droit déterminé ».

l'application de la convention d'arbitrage insérée dans le contrat de base[31]. Il s'agit, en effet, de contrats distincts, même s'ils sont logiquement liés. La convention d'arbitrage conclue pour l'un ne vaut donc pas pour l'autre.

Certes, comme il vient d'être indiqué, la jurisprudence française admet parfois l'extension de la convention d'arbitrage à des personnes qui ne l'ont pas conclue mais qui sont très proches des parties signataires. L'unité économique des situations considérées encourage au regroupement des litiges devant l'arbitre. Ce faisant, on réalise en fait non seulement une extension *ratione personae* de la convention d'arbitrage mais aussi une *extension ratione materiae*, c'est-à-dire que la clause va jouer pour d'autres contrats que celui à propos duquel elle a été conclue au départ.

10. Une autre question liée à la dimension accessoire sur laquelle la jurisprudence française a eu l'occasion de se pencher est celle du sort à réserver à la convention d'arbitrage en cas de *transmission du contrat principal*. En effet, si ce dernier vient à lier de nouvelles personnes, suite à une succession, une cession, une subrogation ou une fusion de sociétés par exemple, la clause d'arbitrage les liera-t-elle également ?[32]. Cette convention constituant une modalité du contrat principal, il a paru souhaitable qu'elle connaisse le même sort que ce dernier et soit transmise également. Cette solution, confirmée dans diverses hypothèses par la jurisprudence française, consacre une *certaine dépendance de la clause par rapport au contrat principal*[33], puisqu'en l'occurrence leurs sorts sont liés. Le principe d'autonomie dont il a été question plus haut[34] trouve ainsi dans la dimension accessoire de la convention d'arbitrage sa limite : l'indépendance ne peut être totale car la clause « serait inconcevable en l'absence du reste du contrat »[35].

Ces décisions ont pour objectif de favoriser la mission juridictionnelle de la clause, en lui permettant de jouer quels que soient les avatars de la situation initiale. Pour ce faire, elles s'appuient sur la dimension accessoire de la convention d'arbitrage tout en adoptant un point de vue différent de ce qu'une interprétation stricte de sa dimension contractuelle aurait induit. En effet, la jurisprudence a considéré *qu'aucun consentement spécifique relatif à la clause d'arbitrage* n'était requis de la personne à qui le contrat principal était transmis[36]. Cette dernière se retrouve liée par la convention d'arbitrage en consé-

31. En ce sens, à propos de la caution, E. Loquin, « Arbitrage et cautionnement », *Rev. Arb.*, 1994, p. 241 ; à propos des garanties bancaires, B. Chambreuil, « Arbitrage international et garanties bancaires », *Rev. Arb.*, 1991, p. 37.
32. Sur ce sujet, v. Ph. Delebecque, « La transmission de la clause compromissoire », *Rev. Arb.*, 1991, pp. 19 et s. ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, n^{os} 689 et s.
33. V. J.-L. Goutal, *op. cit.*, pp. 444 et s. et les références.
34. V. *supra* n° 6.
35. P. Mayer, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. Arb.*, 1998, p. 361.
36. En ce sens, par exemple, D. Cohen, note sous Cass. fr., 5 janvier 1999 (Banque Worms), *Rev. Arb.*, 2000, p. 94.

quence de son accord au mécanisme de transmission du rapport juridique principal[37]. Ainsi dans le cas d'une cession de créance, si la clause est un accessoire de la créance, c'est l'acceptation de la créance qui constitue précisément l'acceptation de la clause[38].

11. Reconnaître le caractère « automatique » de la transmission de la convention d'arbitrage suite à la transmission des droits au fond a ainsi l'avantage de dispenser de rechercher le consentement de la personne à qui la clause est opposée.

Aussi n'est-ce probablement pas par hasard que l'idée de « transmission de la convention d'arbitrage » a récemment été invoquée dans un cas où, à notre avis, il était en réalité question d'« extension *ratione personae* » de la convention d'arbitrage, ce qui aurait imposé de rechercher le consentement de la personne à qui était « étendue » la clause[39]. Dans son arrêt *Taurus*, la Cour de cassation française a en effet décidé que le mandant exerçant contre un mandataire substitué l'action directe prévue par l'article 1994 du Code civil français pouvait opposer à ce dernier la convention d'arbitrage contenue dans le contrat de mandat[40]. Or, contrairement à ce que laisse entendre le terme « substitution » dans le langage courant, quand un mandataire se substitue quelqu'un dans l'exécution d'un mandat, sa personne ne s'efface pas[41]. Comme il ne pouvait donc être question d'une « transmission » des droits au fond, l'application de la convention d'arbitrage au mandataire substitué ne pouvait se justifier par sa transmission corrélative. Le mandataire initial était toujours présent et il s'agissait en fait d'obliger *en outre* le mandataire substitué à comparaître devant l'arbitre.

Le rappel de cette affaire permet de souligner l'importance de distinguer deux types de questions. Quand il s'agit de transmission des droits au fond, et de la transmission corrélative de la convention d'arbitrage, les personnes vis-à-vis desquelles on veut faire jouer la clause ont, par le mécanisme de transmission envisagé (cession, succession etc.) *pris la place des parties contractantes initiales* ; elles sont devenues parties au contrat et donc aussi à la clause. Mais quand on se demande si la clause, *toujours applicable entre les parties contractantes*, lie des personnes *en plus*, il s'agit d'une hypothèse d'« extension *ratione personae* » de la convention d'arbitrage. Comme on l'a dit, le principe de l'effet relatif des

37. V. en ce sens la sentence CCI n° 7983 rendue en 1996, *J.D.I.*, 2002, p. 1085, note S.J. qui rappelle cependant que cette solution ne jouit pas d'une reconnaissance unanime en droit comparé, plusieurs droits exigeant le consentement ou au moins la connaissance de la clause compromissoire par le cessionnaire pour que celle-ci produise des effets à son égard.
38. S. POILLOT-PERRUZZETO, note sous Cass. fr., 5 janvier 1999 (Banque Worms), *J.D.I.*, 1999, p. 792.
39. V. *supra* n° 8.
40. Cass. fr., 8 février 2000 (Taurus), *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 763, note N. COIPEL-CORDONNIER.
41. N. COIPEL-CORDONNIER, note précitée, p. 774.

contrats limite de telles extensions, qui ne sont possibles qu'avec le consentement de la personne à attraire à l'arbitrage.

Or il semble que, dans ses manifestations récentes, la jurisprudence veuille estomper la différence entre ces situations. Ainsi la Cour de cassation française, dans l'arrêt *Taurus* déjà mentionné, a-t-elle énoncé la règle *générale* selon laquelle « la clause d'arbitrage international s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants ». Cette règle s'inspire du principe de transmission de la clause suite à la transmission des droits au fond mais sa formulation *vague* permet des applications plus nombreuses[42] puisque la Cour l'a appliquée au mandataire substitué alors qu'à notre avis, il n'y avait pas « transmission » mais extension de la convention d'arbitrage. Ainsi la Cour de cassation française a-t-elle également décidé, dans son récent arrêt *Peavy*, que « dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause »[43]. Mais si l'on admet en France que, dans le cadre de ventes successives, le sous-acquéreur d'un bien jouit des droits et actions qui y sont attachés[44], c'est pour lui permettre d'agir contre le vendeur initial. Reconnaître une certaine transmission des droits attachés à la chose a ainsi pour objectif de favoriser le sous-acquéreur. Ce n'était nullement le cas dans l'hypothèse considérée. Le sous-acquéreur ne se prévalait pas de la clause d'arbitrage incluse dans le contrat initial. Elle lui a été *imposée*, sous prétexte qu'elle avait été « transmise » avec l'action contractuelle liée à la chose. On s'éloigne donc de la philosophie de protection du sous-acquéreur qui sous-tend la problématique des chaînes de contrats puisque sa volonté n'a pas été déterminante[45]. Par ailleurs, dans ce cas encore, il s'agissait en fait d'une extension de la convention d'arbitrage et non d'une transmission puisque celle-ci restait applicable entre les parties initiales. L'objectif de cette décision était en fait de regrouper devant l'arbitre toutes les parties impliquées dans la chaîne de contrats. Et le recours à l'idée de « transmission automatique » de la convention

42. La volonté de la Cour de cassation de permettre le plus souvent possible l'application de la convention d'arbitrage en se fondant sur l'idée de « transmission de cette clause suite à la transmission des droits au fond » apparaît notamment dans son arrêt *Cimat* (Cass. fr., 28 mai 2002, *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 758, note N. COIPEL-CORDONNIER) où la Cour déclare que « la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, *quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels* », ce qui, comme nous l'avons indiqué dans la note consacrée à cet arrêt, est pour le moins contradictoire.

43. Cass. fr., 6 février 2001 (Peavy), *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 522, note F. JAULT-SESEKE.

44. V. F. LECLERC, « Les chaînes de contrats en droit international privé », *J.D.I.*, 1995, p. 270. V. également, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 28.

45. À notre avis, la réserve que fait la Cour de cassation française (« sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause »), réserve qui, au regard de sa jurisprudence, ne serait pas nécessaire si on se trouvait vraiment face à un cas de transmission de la clause, manifeste le malaise qu'éprouve la Cour en adoptant cette solution étonnante.

d'arbitrage suite à la transmission des droits au fond permettait de négliger la volonté réelle de la personne à attraire à l'arbitrage.

II. Analyse

12. Ainsi la jurisprudence française de ces dernières années se caractérise-t-elle par le désir de favoriser l'application de la convention d'arbitrage. Pour permettre le recours à l'arbitrage le plus souvent possible, les conditions de forme de cette clause ont été assouplies tandis qu'était reconnue son indépendance par rapport au contrat principal, en ce sens qu'un défaut affectant la validité de celui-ci n'entraîne pas automatiquement l'inefficacité de celle-ci ; dans le cas d'une transmission des droits principaux, c'est au contraire l'idée d'une certaine dépendance de la clause qui a été retenue pour conclure à sa transmission corrélative et donc au maintien de son application. Dans ces différents aspects, la jurisprudence française nous paraît constituer une source d'inspiration intéressante pour les ordres juridiques qui partagent la même confiance en l'arbitrage comme mode de règlement des litiges internationaux.

Nous pensons toutefois que les juridictions françaises, dans les autres types de décisions évoquées (celles qui se contentent d'un consentement prétendu, illusoire dans les faits, des personnes que l'on veut attraire à l'arbitrage et celles qui se fondent, dans des applications contestables, sur l'idée de transmission automatique de la clause pour faire l'économie de cette recherche de consentement) semblent s'engager dans une voie qu'il serait dangereux de suivre, en tout cas en l'absence de consensus international.

En effet, la direction qu'indiquent ces solutions est celle d'une juridictionnalisation de l'arbitrage tellement prononcée qu'elle remettrait en cause le fondement de l'arbitrage (A) et bouleverserait les principes régissant actuellement les conflits entre la justice arbitrale et la justice étatique (B).

A. La notion de juridictionnalisation de l'arbitrage

13. Les termes « juridictionnalisation de l'arbitrage » se retrouvent sous la plume de M. Oppetit pour indiquer que l'arbitrage, animé du même idéal de justice et de procès équitable que la justice étatique, s'en rapproche de plus en plus *sous l'angle de la procédure* : son cadre processuel s'alourdit, son formalisme s'accroît et les incidents de procédure s'y multiplient[46].

Nous voudrions utiliser cette expression dans un sens plus large, pour désigner la tendance, perceptible également pour d'autres questions que la procédure, à mettre en avant les exigences de la mission juridictionnelle de l'arbitrage pour atténuer la rigueur des conséquences tirées de son origine

46. B. Oppetit, « Philosophie de l'arbitrage commercial international », *J.D.I.*, 1993, p. 818.

contractuelle. Ce mouvement, qui dépasse le cadre de l'ordre juridique français[47], atteint cependant dans ce pays, ainsi qu'en témoignent les décisions rapportées, son paroxysme[48]. En effet, les décisions qui accordent si peu d'importance à la volonté réelle des parties de recourir à l'arbitrage signifient au fond que *l'on considère l'arbitre comme une véritable juridiction*, c'est-à-dire comme une instance *extérieure à la volonté des parties*. L'expression « juridictionnalisation de l'arbitrage » prend alors son sens le plus plein : c'est reconnaître que l'arbitre, comme une juridiction étatique, existe indépendamment de la volonté des parties, au moins pour les points et dans les situations où ces décisions sont intervenues.

Certes cette conséquence ultime du mouvement de juridictionnalisation de l'arbitrage n'apparaît nulle part, les juridictions françaises s'appuyant au contraire sur le consentement des parties à attraire à l'arbitrage, que celui-ci soit déduit de leurs activités ou de différents mécanismes de « transmission » des droits au fond auxquels elles sont censées avoir consenti. Mais on a indiqué le caractère parfois illusoire ou peu fondé de ces justifications. D'ailleurs, certains auteurs n'hésitent pas à appeler de leurs vœux la consécration de règles *objectives*, c'est-à-dire indépendantes de la volonté des parties, pour fonder la juridiction de l'arbitre dans ces cas-là[49].

Ainsi la règle traditionnelle selon laquelle l'arbitre, émanation de la volonté des parties, a sa compétence limitée par celle-ci semble dans les faits, si pas encore dans les principes, remise en cause au profit de l'idée selon laquelle, dans certaines hypothèses, comme une véritable juridiction, il est compétent indépendamment de ce que souhaitent réellement les parties.

Il faut remarquer que l'idée de juridictionnalisation de l'arbitrage, au sens qui vient d'être indiqué, *n'est pas totalement neuve*. Le principe de la compétence de la compétence, en permettant à l'arbitre d'examiner la validité de la convention d'arbitrage dont il tire sa compétence, suppose, au moins pour cet examen, que la juridiction arbitrale est extérieure à la volonté des parties, qu'elle lui préexiste. En fait, la jurisprudence dont il a été question prolonge cette idée. Elle cherche à élargir la compétence de l'arbitre au-delà des limites *ratione personae* et *ratione*

47. V. les illustrations indiquées au n° 3.

48. Le mot « paroxysme » n'est pas déplacé quand on songe que pour favoriser le recours à l'arbitrage, les juridictions françaises ne se contentent pas de réserver à la convention d'arbitrage un sort spécifique, différent de celui qui découle de la théorie des contrats (ce que l'on peut comprendre eu égard à la spécificité juridictionnelle de cette clause) mais vont jusqu'à « négliger » la philosophie qui anime certaines constructions tirées du droit des contrats pour permettre l'arbitrage. Ainsi ce qu'on a observé à propos de la substitution de mandataire ou des chaînes de contrats (*supra* n° 11).

49. V. par exemple l'intervention de M. FOUCHARD au colloque « l'arbitrage et les tiers », *Rev. Arb.*, 1988, p. 500, qui dit que des règles objectives et précises seraient préférables à l'interprétation artificielle de la volonté des parties. Dans un sens analogue, A. LAUDE, note sous Cass. fr., 30 mars 2000, *Rev. Arb.* 2000, p. 469, qui estime que la faveur pour la conception économique de l'opération litigieuse l'emporte sur l'interprétation de la volonté des parties.

materiae qu'impose la convention d'arbitrage dont il est l'émanation. Ce mouvement signifie que, pour certaines personnes ou pour certains litiges intimement liés à ceux qui sont concernés par la clause, la compétence de l'arbitre trouve son *origine dans sa mission juridictionnelle* et non dans la volonté des parties.

14. L'ampleur qu'a prise le mouvement de juridictionnalisation de l'arbitrage en France est problématique car, si la tendance indiquée par cette jurisprudence venait à se confirmer, c'est *le fondement même de l'arbitrage qui s'en trouverait modifié*. Il ne resterait un mécanisme contractuel auquel on participe de son plein gré que pour les parties qui ont réellement conclu la convention d'arbitrage initiale, celle qui a engendré l'arbitrage considéré. Mais pour toutes les autres personnes attraites devant l'arbitre aux divers motifs évoqués, l'arbitrage apparaîtrait comme une juridiction objective à laquelle elles seraient *contraintes* de se soumettre en raison des différents liens qu'elles entretiennent avec les parties initiales ou avec le contrat à propos duquel la clause a été conclue.

Certes des considérations juridictionnelles louables sous-tendent cette solution : permettre le regroupement devant l'arbitre de litiges que le souci d'une bonne administration de la justice recommande de juger ensemble et ainsi assurer aux parties la rapidité du règlement de leurs litiges et l'absence de contradictions entre les décisions qui vont être rendues. Mais cela suffit-il pour remettre en cause, dans le chef de ces personnes à attraire à l'arbitrage, le fondement consensuel de ce mécanisme ? Nous ne le pensons pas car outre le fait que cela constituerait une révolution théorique, cette évolution est source de bien des problèmes.

B. Le bouleversement des principes relatifs aux conflits entre la justice arbitrale et la justice étatique

15. Les règles régissant la cohabitation entre la justice arbitrale et la justice étatique reposent traditionnellement sur le caractère volontaire de l'arbitrage, matérialisé par l'existence d'une convention d'arbitrage. L'évolution qui se dessine dans la jurisprudence française, selon laquelle le caractère contractuel de l'arbitrage n'est plus que de pure forme dans certaines hypothèses, soulève des questions sur cette cohabitation, tant dans le cadre de l'ordre juridique français uniquement (a) que dans celui des relations entre la France et les autres États (b).

a) Dans le cadre de l'ordre juridique français lui-même

16. Le problème de la cohabitation entre la justice étatique et la justice arbitrale se pose notamment *à propos des règles de compétence dérivée des juridictions étatiques*. On sait que ces règles s'inspirent du souci de concentrer devant le

même juge des litiges connexes pour éviter les décisions inconciliables et simplifier les procédures. Ainsi, en cas de pluralité de défendeurs, le juge du domicile de l'un d'eux est reconnu compétent pour tous (art. 42(2) Nouveau Code de Procédure Civile français[50]) ; dans le cas d'une demande en intervention, le juge saisi de la demande originaire est compétent vis-à-vis du tiers mis en cause (art. 333 Nouveau Code de Procédure Civile français[51]). Que se passe-t-il si l'un des défendeurs ou le tiers appelé en garantie invoque une convention d'arbitrage le liant au demandeur ? Faut-il respecter la clause ou au contraire l'écarter pour permettre la concentration du contentieux ? La Cour de cassation française vient de donner une réponse très claire à cette question longtemps discutée : la convention d'arbitrage doit recevoir application même s'il y a indivisibilité entre le litige relevant de cette clause et celui qui est porté devant les juridictions étatiques[52]. Cette solution, qui se fonde sur le *respect de l'autonomie de la volonté*[53], prime sur les considérations de bonne administration de la justice : la résolution des litiges envisagés se fera pour partie devant l'arbitre et pour partie devant le juge.

Par ailleurs, comme on l'a vu, la jurisprudence française tend à attraire devant l'arbitre des personnes indépendamment de leur consentement réel. Le souci de concentrer devant la même instance des litiges liés motive ces décisions. C'est un peu comme si on établissait des *règles de compétence dérivée au profit de l'arbitre*, illustration encore de la juridictionnalisation de l'arbitrage au sens qui a été proposé.

Mais avec cette dernière jurisprudence, la question du conflit entre la juridiction arbitrale et les compétences dérivées des juridictions étatiques *prend un tour nouveau*. Peut-on encore faire prévaloir l'arbitrage si celui-ci ne se fonde pas, pour toutes les parties en cause, sur leur volonté réelle ? Dans l'arrêt *Peavy* évoqué plus haut[54], c'est pourtant ce qu'a fait la Cour de cassation française. Dans cette affaire, le sous-acquéreur d'une cargaison de maïs avarié avait assigné devant un juge français les différents intervenants de la chaîne de contrats considérée, en se fondant sur la règle de compétence dérivée valable en cas de pluralité de défendeurs. Or la Cour de cassation fait prévaloir la convention d'arbitrage conclue dans le contrat de vente initial non seulement pour s'opposer à la compétence dérivée des tribunaux français vis-à-vis du vendeur et de l'acquéreur originaires (ce qui est conforme au principe rappelé

50. La même règle apparaît en Belgique dans l'article 635 (10) du Code judiciaire et dans la Convention de Bruxelles devenue règlement de Bruxelles à l'article 6 (1).
51. La même règle apparaît en Belgique dans l'article 635 (9) du Code judiciaire et dans la Convention de Bruxelles devenue règlement de Bruxelles à l'article 6 (2).
52. Cass. fr., 16 octobre 2001 (quarto Children's Books Ltd), *Rev. Arb.*, 2002, p. 919, note D. COHEN ; *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 555, note F. JAULT-SESEKE qui rappelle, à la page 558, toutes les hésitations de la jurisprudence antérieure dont elle donne les références. En fait cette solution avait déjà été donnée par la Cour de cassation dans son arrêt *Peavy* précité.
53. En ce sens, F. JAULT-SESEKE, note précitée, p. 560.
54. V. *supra* n° 11.

plus haut de la prééminence de la volonté des parties) mais en outre pour, grâce à une construction, à notre avis douteuse, fondée sur la transmission de la convention d'arbitrage, décider que le sous-acquéreur devait, *lui aussi*, participer à l'arbitrage.

Cette affaire est intéressante car elle soulevait, en quelque sorte, *un conflit entre les règles de compétence dérivée du juge et celles que la jurisprudence a développées au profit de l'arbitre*. Or, quand le respect de l'autonomie des volontés ne peut honnêtement être invoqué pour justifier le renvoi de toutes les parties à l'arbitrage mais que celui-ci se fonde en fait uniquement sur le désir de concentrer le contentieux, nous ne voyons pas pourquoi, dans une telle hypothèse de conflit entre la justice arbitrale et la justice étatique, la préférence devrait systématiquement être donnée à la première. Pourquoi faire primer le souci d'une bonne administration de la justice sur le respect de la volonté des parties quand il s'agit de regrouper les litiges devant un arbitre et non devant un juge ? Le mouvement de juridictionnalisation de l'arbitrage irait-il jusqu'à considérer que l'arbitre est une meilleure juridiction que les juridictions étatiques ?

En réalité, la jurisprudence évoquée oblige à repenser les règles qui régissent la cohabitation entre l'arbitrage et la justice étatique puisque ce n'est plus dans tous les cas le respect de l'autonomie de la volonté qui fonde l'arbitrage et donc sa primauté sur la justice étatique. Ainsi, dans une hypothèse de conflit comme celle qu'illustre l'affaire *Peavy*, on pourrait concevoir des *règles de priorité* : l'instance, juge ou arbitre, *première saisie* dans une situation dont la complexité requiert une concentration du contentieux, aurait priorité et attrairait à elle l'ensemble du litige. Une telle règle accorderait, dans les hypothèses de litiges indivisibles, plus d'importance au souci d'une bonne administration de la justice qu'au respect de la volonté des parties. Certes, ceux qui défendent l'arbitrage à tous crins pourraient s'indigner que l'arbitrage ne soit pas systématiquement favorisé et qu'avec une telle règle, la juridiction étatique, si elle est la première saisie, attire à elle l'ensemble des litiges, même ceux qui sont concernés par l'arbitrage. Mais, dans la mesure où elle prévoirait de la même manière le regroupement devant l'arbitre de tout le contentieux si l'arbitrage a été entamé en premier, cette règle nous paraîtrait juste. Remarquons d'ailleurs qu'elle s'inscrirait dans le mouvement de juridictionnalisation de l'arbitrage observé puisqu'elle supposerait une certaine équivalence entre la juridiction arbitrale et la juridiction étatique.

b) Dans les relations entre l'ordre juridique français et les autres États

17. Le haut degré de juridictionnalisation de l'arbitrage dont la jurisprudence française commence à donner des signes a également pour conséquence de bouleverser les principes qui jusqu'à présent gouvernent les rapports entre l'ordre juridique français et les juridictions des autres États, tant au stade de

l'appréciation de la compétence (*infra*, n° 18) qu'à celui de la reconnaissance d'une décision, sentence (*infra*, n° 19) ou jugement (*infra*, n° 20). En effet, les solutions données aux conflits qui peuvent naître à ces différents stades entre la justice arbitrale et la justice étatique partent du principe que l'arbitrage est un des modes d'expression de l'autonomie de la volonté et mérite à ce titre et dans cette mesure le respect. Si, comme nous le pensons, l'ordre juridique français reconnaît l'efficacité de l'arbitrage même vis-à-vis de personnes qui n'y ont pas vraiment consenti, des questions nouvelles surgissent.

18. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, devenue Règlement du 22 décembre 2000[55], régit les conflits de compétence pouvant survenir entre les juridictions des États contractants si la matière du litige relève de son champ d'application matériel et si le défendeur est domicilié sur le territoire d'un de ces États. Quand, devant un juge qui serait compétent en vertu des règles conventionnelles, est soulevée une convention d'arbitrage, celui-ci examine selon son droit commun l'efficacité de la clause. S'il estime qu'elle mérite d'être reconnue, il se dessaisit au profit de la juridiction arbitrale ; s'il rejette l'exception d'arbitrage, la Convention de Bruxelles reprend son emprise et c'est au regard des règles de celle-ci qu'il examine sa compétence[56]. Une convention d'arbitrage valablement conclue permet donc d'échapper à l'application de la Convention. Elle « prive » les parties qui l'ont stipulée des dispositions dont elles auraient pu bénéficier dans le cadre conventionnel. Cette conséquence est admise de tous puisqu'elle découle du *respect de l'autonomie des volontés*.

La jurisprudence considérée, en s'éloignant du principe contractuel pour fonder l'arbitrage, remet en cause l'équilibre atteint par ces principes. En effet, les autres États liés par la Convention de Bruxelles vont-ils admettre que l'application de celle-ci soit remise en cause dans des cas où l'arbitrage ne se fonde qu'en façade sur la volonté des parties ? Ne vont-ils pas réagir à la multiplication des arbitrages reconnus en France et dès lors à la *multiplication des dérogations à l'application de cette Convention* ? L'affaire *Taurus* dont il a été question plus haut[57] illustre le genre de problèmes que peut susciter cette jurisprudence. À propos d'un contrat de mandat de distribution, une société française avait assigné en France trois sociétés allemandes sur la base de l'article 5(1) de la Convention de Bruxelles (for du lieu d'exécution du contrat). Celles-ci s'opposaient à la compétence des juridictions françaises en invoquant celle des

55. Pour le texte de ce Règlement, v. *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 188 ; pour une présentation de cette transformation, v. G. Droz et H. Gaudemet-Tallon, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 601.
56. Pour une présentation plus complète des liens entre la Convention de Bruxelles et l'arbitrage, v. N. Coipel-Cordonnier, *op. cit.*, pp. 142 et s.
57. V. *supra* n° 11.

juridictions allemandes de leur domicile (art. 2 de la Convention). Quand ces questions de compétence arrivent devant la Cour d'appel de Paris, il est question pour la première fois d'une convention d'arbitrage conclue entre la société qui a cédé ses droits au demandeur et une des sociétés allemandes défenderesses. La Cour d'appel, et à sa suite la Cour de cassation, renvoient à l'arbitrage non seulement ces deux dernières parties mais également les deux autres sociétés allemandes considérées comme des « mandataires substitués » auxquels la convention d'arbitrage aurait été « transmise ».

Le résumé de cette affaire complexe est trop bref mais il suffit pour comprendre l'enjeu du problème. Des personnes (en l'occurrence les sociétés allemandes), qui sont en droit de s'attendre à être assignées devant leur « juge naturel », le juge de leur domicile, ou tout au moins devant un des juges au profit desquels la Convention de Bruxelles reconnaît une exception à ce principe, se *trouvent privées des garanties conventionnelles* et obligées de comparaître à un arbitrage auquel elles n'ont *pas réellement consenti* parce que, suite aux méandres d'une procédure, les juridictions françaises ont été saisies du litige et ont estimé, en vertu de leurs règles favorables à l'arbitrage, qu'il devait y avoir renvoi à l'arbitrage.

À notre avis, si la tendance esquissée par la jurisprudence française se confirme, les autres États contractants ne pourront rester indifférents. Ils décideront peut-être alors de ne plus confier au droit commun le soin de décider s'il y a ou non convention d'arbitrage valable mais, puisque ce point rejaillit sur l'application de la Convention, de le confier à cette dernière[58]. La situation gagnerait alors en sécurité juridique mais perdrait en souplesse et se solderait probablement par moins de faveur pour l'arbitrage. Ce n'est certainement pas ce que souhaite la France...

19. L'exemple tiré de l'affaire *Taurus* permet de se pencher à présent sur les conséquences de cette jurisprudence française *au stade de la reconnaissance des sentences*. Si une des sociétés allemandes qui, par le truchement de l'idée de « transmission » de la convention d'arbitrage, a été renvoyée devant l'arbitre est condamnée par ce dernier et refuse d'exécuter la sentence, il faudra s'adresser à un juge, très probablement un juge allemand, pour la faire exécuter. Or n'est-il pas vraisemblable que ce dernier refuse de reconnaître la sentence au motif qu'il n'y avait pas de convention d'arbitrage entre le mandant et les mandataires substitués ?

En fait, ici encore, la jurisprudence française pose problème car le régime de reconnaissance des sentences se fonde traditionnellement sur l'idée que l'arbitrage est le fruit de la volonté des parties, d'où l'importance accordée à ce stade à la vérification de la présence d'une convention d'arbitrage valable et au respect par l'arbitre de la mission qui lui a été confiée. Tant que la France est la seule à

58. V. nos suggestions en ce sens : N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, pp. 148 et s.

adopter une conception de l'arbitrage qui dépasse ce cadre purement contractuel, elle expose les sentences nées de ces arbitrages-là à la censure des juridictions des États où elles auront à être reconnues. Est-il réellement opportun de vouloir favoriser à tout prix la concentration des litiges devant l'arbitre sous prétexte que l'arbitrage est le mode de règlement des litiges le mieux adapté aux situations internationales, si les parties ne peuvent faire exécuter leur sentence ? A quoi bon les avantages prétendus de l'arbitrage pour les parties si, par après, elles doivent recommencer la procédure et perdre ainsi du temps ?

20. Les divergences entre la vision « extensive » de l'arbitrage en France et les conceptions plus classiques ailleurs compliquent également les principes applicables à la *reconnaissance en France des jugements étrangers*.

Dans le cadre du droit commun français, et encore plus dans celui de la Convention de Bruxelles, le contrôle de la compétence du juge d'origine est limité. Dès lors en effet qu'un jugement a été rendu, il importe de favoriser l'efficacité de la décision qui fait loi entre les parties[59]. Ces principes généraux tirés de la matière des conflits de juridictions impliquent qu'il n'est pas possible de s'opposer à la reconnaissance d'un jugement étranger au seul motif qu'il a été rendu au mépris d'une convention d'arbitrage qui aurait été reconnue valable par le for requis. Ce point de vue est toutefois difficile à accepter pour la doctrine française[60].

Or il faut remarquer que cette controverse prend une ampleur nouvelle avec la jurisprudence évoquée. En effet, la juridictionnalisation de l'arbitrage telle qu'elle est pratiquée en France l'éloignant des conceptions valables dans les autres pays, les occasions où un jugement étranger aura été rendu là où en France on aurait admis un arbitrage *vont se multiplier*. On sait, ainsi que l'a illustré l'affaire *Hilmarton* où les juridictions françaises, négligeant un jugement suisse annulant une sentence, ont ordonné l'exécution de celle-ci[61], que les juridictions de ce pays répugnent à reconnaître les points de vue étrangers s'ils sont moins favorables à l'arbitrage que les conceptions françaises. Mais ici encore, il faut se demander si cet *« Imperialismus der Liberalität »*, comme il a

59. Pour une présentation complète des objectifs et paramètres des contrôles imposés aux jugements étrangers, v. N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, pp. 182 et s.

60. En ce sens à propos des jugements qui relèvent pourtant du régime simplifié de reconnaissance applicable dans le cadre de la Convention de Bruxelles, N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, p. 210 et les auteurs cités à la note 227.

61. Cette affaire célèbre est assez compliquée. Pour un résumé, v. N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, p. 204. La Cour de cassation française a adopté récemment le même point de vue, en conférant l'exequatur à une sentence pourtant frappée d'un recours suspensif dans le pays où elle avait été rendue : Cass. fr., 17 octobre 2000, *Rev. Arb.*, 2000, p. 648, note P. MAYER, qui critique l'ingérence du point de vue français par rapport à celui du pays où la sentence a été prononcée car en l'occurrence il ne s'agissait pas d'une sentence rendue en matière internationale mais d'une sentence interne, en tous points liée au Sénégal.

été qualifié par un auteur[62], est vraiment défendable si, privant les parties de la reconnaissance de la décision rendue, il les oblige à recommencer la procédure.

En guise de conclusion

21. La jurisprudence française relative à la convention d'arbitrage est très libérale car en assouplissant les conditions imposées à cette clause, elle permet de favoriser le recours à l'arbitrage. Elle va particulièrement loin puisqu'il apparaît, dans de plus en plus de décisions, qu'un arbitrage a été admis alors même qu'il n'y avait pas volonté *réelle* de certaines parties d'y recourir. Cette jurisprudence, qui étend les effets de la convention d'arbitrage à des personnes ne l'ayant pas conclue par le truchement de présomptions du consentement ou par le recours inadéquat à l'idée de transmission de cette clause, a retenu particulièrement notre attention. Elle traduit en effet une *juridictionnalisation de l'arbitrage très avancée*, puisqu'elle signifie que, dans certaines hypothèses, la compétence de l'arbitre est reconnue alors qu'elle ne se fonde pas sur la volonté des parties mais sur les exigences de sa mission juridictionnelle qui recommande la concentration du contentieux. L'expression « juridictionnalisation de l'arbitrage » prend alors tout son sens puisqu'il apparaît que l'arbitre est appréhendé comme une juridiction, c'est-à-dire une instance extérieure à la volonté des parties.

Dans ces applications extrêmes, la jurisprudence française *suscite un conflit de valeurs*. Elle peut invoquer en sa faveur le souci d'une bonne administration de la justice qui encourage au regroupement des litiges et la faveur générale pour l'arbitrage. Mais elle compromet l'harmonie internationale. En ne tenant pas compte des options fondamentales qui existent dans les autres ordres juridiques, elle s'expose à ce que les sentences rendues sur la base de ces principes nouveaux de l'arbitrage ne soient pas reconnues ailleurs qu'en France, ce qui met en péril la sécurité juridique, la prévisibilité des solutions et la rapidité avec laquelle les parties verront leur contentieux définitivement résolu.

Certes il n'est pas mauvais en soi de faire œuvre pionnière. Au contraire, et nous avons souligné l'intérêt exemplatif que présente la jurisprudence française sur bien des points. Mais quand ces innovations ont pour effet ultime de remettre en cause le fondement contractuel de l'arbitrage, *la France ne peut faire cavalier seul*. Car cette juridictionnalisation poussée de l'arbitrage bouleverse les principes qui traditionnellement régissent les relations entre la justice arbitrale et les juridictions étatiques, françaises ou étrangères.

En réalité, la jurisprudence française évoquée a l'intérêt de mettre le doigt sur *la nécessité de doter l'arbitrage de nouveaux outils* pour mener à bien sa mission

62. P. SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2e éd., Verlag J.C.B. Mohr, Tubingen, 1989, n° 145.

juridictionnelle. Mais de tels changements ne peuvent venir uniquement de la jurisprudence qui n'a pas la vue d'ensemble nécessaire pour appréhender tous les problèmes. Et par ailleurs, ces modifications, dans la mesure où elles touchent au fondement de l'arbitrage, ne peuvent venir d'un seul pays, sauf à compromettre l'harmonie internationale entre États. Il faudrait plutôt que *la doctrine*, en France et ailleurs, se penche sur ces questions nouvelles. La voie à suivre, à notre avis, serait, eu égard aux ressemblances de plus en plus marquées entre la juridiction arbitrale et la juridiction étatique, de chercher à résoudre les problèmes qui se posent en s'inspirant des principes qui régissent les conflits entre juridictions étatiques entre elles, telle par exemple la règle de priorité que nous avons proposée pour résoudre le conflit entre une compétence dérivée du juge et une des « règles de compétence dérivée de l'arbitre »[63].

63. V. *supra*, n° 16.

L'incidence de la lisibilité de la loi sur la validité des conventions : l'erreur de droit, nouvelle *savonnette à vilains*

Alexandre CRUQUENAIRE[1]
Assistant à la Faculté de Droit des FUNDP,
Chercheur au CRID

Afin de préciser les situations respectives des parties à un contrat, il convient de se référer tout d'abord aux termes de leur convention[2]. Les droits et obligations des parties ne sont toutefois pas contenus exclusivement dans celle-ci. Certaines dispositions légales sont par ailleurs susceptibles de régir le contrat et ses effets[3]. Il s'agit, d'une part, des règles supplétives dont l'application n'aurait pas été implicitement ou explicitement écartée par les parties et, d'autre part, des règles impératives ou d'ordre public, qui s'appliquent nonobstant les dispositions contraires éventuellement convenues entre les parties. La connaissance de ces dispositions légales conduit souvent les parties à adapter les termes de leur contrat.

De plus, l'existence de droits ou obligations trouvant leur fondement dans une disposition légale constitue parfois la raison de l'engagement d'une partie contractante.

La portée de la loi a donc une incidence importante sur la délimitation des droits et obligations des parties à un contrat. Il n'est toutefois pas rare que la loi se présente de manière obscure, même pour un juriste (I).

Indépendamment de la question de sa clarté, la loi requiert un travail interprétatif dans sa démarche d'application. Cette nécessaire interprétation peut également susciter différents problèmes pour les parties à un contrat (II).

Dans certaines circonstances, ces difficultés de compréhension de la loi peuvent être à l'origine d'une erreur susceptible de conduire à l'annulation du contrat (III)[4].

---

1. Cette contribution a été enrichie suite aux échanges que j'ai pu avoir avec Marie Amélie DELVAUX, Jean HERVEG et Etienne MONTERO. Je les remercie de leur aide précieuse.
2. Conformément aux principes de l'autonomie de la volonté et de la convention-loi.
3. À ce propos, *cf.* M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999, pp. 79-80, n° 102 (se référant également aux usages et au principe de l'exécution de bonne foi).
4. L'objet de la présente contribution sera limité à l'incidence des difficultés de compréhension de la loi sur la validité des conventions, à travers la théorie de l'erreur. Les questions relatives à l'interprétation des termes du contrat ne seront dès lors pas abordées.

I. La lisibilité de la loi

A. Réflexions générales

Évoquer la lisibilité de la loi conduit à se poser la question suivante : l'idée selon laquelle la loi doit être compréhensible pour les citoyens, ses destinataires, a-t-elle un sens ?

Tout dépend du point de vue que l'on adopte, dans la mesure où l'intelligibilité de la loi est plurielle. Lorsque l'on envisage la situation des parties à un contrat, il convient d'entendre la lisibilité de la loi au sens de « *la compréhension de tous les éléments juridiques impliqués par le texte de la loi* »[5]. Dans une telle perspective, la compréhension de la loi est réservée au juriste, seul à même de décoder son texte pour en extraire les éléments juridiques qu'il recèle[6].

Le texte de la loi se dévoile difficilement aux non initiés.

L'évolution récente du droit tend à rendre cette assertion irréfutable. La complexification des rapports sociaux conduit à une quasi sacralisation de l'instrument législatif. Il suffit qu'un problème apparaisse pour que l'on en impute la faute aux lacunes de la législation et réclame, au titre de remède, une loi nouvelle[7].

L'inflation législative qui s'en découle rend la loi moins accessible, dans la mesure où il devient de plus en plus difficile d'identifier le texte appelé à régir une situation donnée. Il n'est d'ailleurs pas rare qu'une même situation soit soumise à plusieurs lois, qui l'envisagent à partir de points de vue différents[8] et peuvent s'y appliquer de manière cumulative. L'accès à la loi est désormais embouteillé[9].

De surcroît, la technicité accrue des lois rend celles-ci moins lisibles pour le commun des mortels. Pire, même le juriste éprouve de plus en plus de difficultés à trouver son chemin dans le maquis des lois. On en arrive dès lors à une situation où, pour chaque branche du droit, seul un spécialiste est à même de donner le renseignement utile[10].

---

5. V. Lasserre-Kiesow, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *D.*, 2002, Chron., p. 1159. Dans le même sens, voy. J.-L. Baudouin, « L'illisible : la lecture contemporaine de la loi et du jugement », in Y. Gendreau (éd.), *Le lisible et l'illisible*, Montréal, Editions Thémis, 2003, p. 7.
6. V. Lasserre-Kiesow, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *op. cit.*, p. 1159.
7. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 276.
8. Pour un exemple relatif à l'articulation de la loi vie privée et des règles relatives secret médical, voy. J. Herveg, M.-N. Verhaegen et Y. Poullet, « Les droits du patient face au traitement informatisé de ses données dans une finalité thérapeutique : les conditions d'une alliance entre informatique, vie privée et santé », *Rev. dr. Santé*, 2002-2003, n° 2, pp. 61-62. Voy. également A. Cruquenaire, « La loi du 26 juin 2003 relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine. Et la montagne accoucha d'une souris... », *J.T.*, 2004, pp. 545-552.
9. V. Lasserre-Kiesow, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *op. cit.*, p. 1159.
10. En ce sens, G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 350.

B. Problèmes particuliers

Les conséquences pratiques des éventuels problèmes de lisibilité de la loi peuvent être aggravées par le recours – volontaire ou forcé – à certaines techniques législatives, ou par l'intervention de juridictions exerçant, en tout ou en partie, un contrôle de conformité de la loi à des normes supérieures.

1. La technique consistant à légiférer par référence

Soucieux d'éviter d'inutiles répétitions (un peu) et de gagner du temps (beaucoup), le législateur utilise parfois la technique de la législation par référence : un texte nouveau renvoie à un texte existant.

A priori, le mécanisme semble rationnel. À l'usage, il pose toutefois des problèmes pratiques en cascade. L'origine de ces difficultés tient au fait que le renvoi vers un texte suppose une certaine fixation du texte référé. L'interprétation du texte référant devient un véritable casse-tête lorsque la loi référée est modifiée ou abrogée[11].

La référence à un autre texte législatif devrait donc demeurer exceptionnelle, lorsqu'il existe suffisamment d'assurances par rapport à la stabilité du texte référé[12].

En outre, même en l'absence de modification du texte référé, cette technique est de nature à compliquer la lecture du droit, car elle requiert la consultation de plusieurs textes afin de pouvoir comprendre le sens et la portée d'une disposition légale[13].

Le vice affectant le procédé atteint son paroxysme lorsque le texte référé appartient au droit européen. Le législateur utilise en effet parfois ce procédé lorsqu'il doit transposer en droit belge une directive européenne[14]. Dans ce contexte particulier, la référence contraint le destinataire d'une loi nationale à investiguer le droit européen afin de bien cerner la portée des dispositions de cette loi.

11. À ce propos, *cf.* A. DE THEUX et I. KOVALOVSZKY, *Précis de méthodologie juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1995, pp. 138-139.
12. En ce sens, M. NIHOUL et C. VISART DE BOCARMÉ, « Le risque accru de légiférer par référence en droit pénal : un exemple récent en matière d'écoutes téléphoniques », *J.T.*, 2002, p. 318.
13. *Ibidem*.
14. À ce propos, lire P. GILLIAUX, « Quelques considérations sur la transposition des directives européennes », in *La participation de la Belgique à l'élaboration et à la mise en œuvre du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 364-366.

2. L'incorporation en droit interne de dispositions de droit communautaire dérivé

La lisibilité de la loi n'est certainement pas améliorée du fait de l'influence du droit européen, que du contraire[15].

Les directives européennes sont généralement le fruit d'âpres négociations inter-étatiques. Il en découle bien souvent une formulation « de compromis », peu claire, difficile à mettre en œuvre en droit interne. Les lois de transposition des directives ne sont dès lors pas toujours des modèles sur le plan de la légistique.

La loi nationale est d'autant plus difficile à lire pour ses destinataires qu'elle doit être interprétée d'une manière conforme aux objectifs de la directive mise en œuvre[16]. La bonne compréhension de la loi nationale requiert donc parfois des investigations juridiques au sein du droit européen.

3. La remise en cause de la validité d'une loi

Le contrôle de conformité de la loi par rapport aux normes de niveau supérieur (Constitution, directives européennes, traités internationaux, etc.) constitue un élément déstabilisant supplémentaire.

En effet, un texte sur lequel les parties contractantes ont pu se baser (au moins partiellement) peut être, par la suite, déclaré inapplicable. L'équilibre contractuel peut s'en trouver bouleversé.

L'application dans le temps des décisions sanctionnant un acte du pouvoir législatif constitue à cet égard une question particulièrement cruciale[17].

En outre, dans l'hypothèse d'une décision antérieure à la rencontre des volontés, il est en tout cas possible que les parties, au moment de contracter, n'en aient pas connaissance.

II. L'interprétation de la loi

L'interprétation est une opération nécessairement inhérente à toute application de la loi[18]. car ce ne sont pas seulement ses imperfections qui rendent l'inter-

15. En ce sens, voy. A. Lucas, « La réception des nouvelles techniques dans la loi : l'exemple de la propriété intellectuelle », in Y. Gendreau (éd.), *Le lisible et l'illisible*, Montréal, Editions Thémis, 2003, pp.127-128 et pp. 132-133.
16. Sur cette question, voy. notamment : D. Symon, *La directive européenne*, Collection Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 1997, pp. 90-94 ; P. Gilliaux, *Les directives européennes et le droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 172 et s.
17. Elle déborde cependant le cadre de la présente contribution. À ce sujet, *cf.* notamment M. Mahieu, « L'autorité dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », Observations sous C.A., 19 févr. 1997, *J.T.*, 1997, p. 294.
18. P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des Imprimés de l'Etat, 1960, p. 327.

prétation nécessaire, mais, plus fondamentalement, sa nature même. En effet, la loi est générale et abstraite alors qu'elle est censée régir des rapports sociaux factuels et concrets[19]. Il revient dès lors au juge de lui donner une formulation concrète[20].

Dans certaines circonstances, l'importance du rôle des interprètes est accrue. Ainsi, le législateur décide parfois de s'en remettre à leurs lumières afin de préciser le sens de certains termes de la loi. Tel est le cas lorsqu'il utilise des concepts flous ou des standards[21]. Par ce biais, le législateur invite le juge à compléter le sens du texte de la loi par référence à des normes, de comportement ou autres, de la vie sociale. L'utilisation du standard des « usages honnêtes en matière commerciale » en constitue un bon exemple[22].

Si l'interprétation de la loi est principalement l'œuvre des cours et tribunaux (A), il convient de ne pas négliger les travaux de la doctrine, qui peuvent également contribuer à la détermination du sens de la loi (B). Enfin, les praticiens peuvent, dans certains cas, développer des interprétations particulières de la loi (C)[23].

A. L'interprétation de la loi par la jurisprudence

La démarche du juge ne peut être perçue comme une simple concrétisation du droit, mais contient en elle-même un aspect de création du droit. En effet, le juge n'énonce pas seulement une norme à portée individuelle, mais dit aussi le droit applicable à tous les cas similaires « *en formulant, (...) dans les motivations de la décision, la règle générale et abstraite virtuellement applicable aux hypothèses semblables* »[24].

---

19. *Ibidem*, p. 326.
20. V. Petev, « La 'transformation' du droit par le juge », in *Le temps et le droit*, Actes du 4e Congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique, organisé à Montréal du 21 au 23 septembre 1995, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1996, pp. 208-209.
21. Sur la distinction entre concept flou et standard, voy. M. Coipel, *Sources et méthodologie du Droit, Troisième partie : La création de la loi*, Syllabus du cours de première candidature en droit, tome III, Namur, FUNDP, année académique 2003-2004, pp. 65-67. A propos de la technique des standards (ou *open norms*) en général, voy. notamment : C. Renard et J. Hansenne, *Sources du droit et méthodologie juridique*, Presses universitaires de Liège, 1973, p. 122 ; P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 197, n° 130 ; J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruxelles, Paris, Bruylant, Sirey, 1935, p. 137 et s.
22. Sur la volonté du législateur à propos de l'article 94 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, voy. Projet de loi sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sén., sess. ord. 1984-1985, n° 947/1 et *Pasin.*, 1991, p. 2420 (s'en remettant de manière expresse à la jurisprudence pour définir les contours de la règle générale de la conformité aux usages honnêtes).
23. M. Coipel, *Sources et méthodologie du Droit, Quatrième partie : L'interprétation de la loi*, Syllabus du cours de première candidature en droit, tome III, Namur, FUNDP, année académique 2003-2004, pp. 75-76.
24. F. Ost, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », in *Le rôle du juge dans la cité*, Actes du →

La modernisation de la loi est en outre souvent l'œuvre de la jurisprudence, par le biais de l'interprétation qu'en fait le juge[25].

L'autorité de la jurisprudence est très variable. Elle est fonction de la répétition d'une solution interprétative ainsi que du niveau hiérarchique de la juridiction dont elle émane[26].

Il n'est en tout cas plus concevable d'exposer les règles de la loi sans tenir compte de la jurisprudence établie[27]. La connaissance du droit suppose dès lors, outre la compréhension de la loi, de tenir compte de l'interprétation qu'en fait la jurisprudence. Plusieurs difficultés peuvent apparaître pour les parties à une convention.

L'accessibilité, au sens propre du terme, des solutions dégagées par la jurisprudence constitue un premier écueil. Toutes les décisions des cours et tribunaux ne sont pas publiées. Certes, on peut présumer que les décisions intéressantes le sont. Mais la présomption est ici d'un maniement dangereux, car elle ne repose que sur une pétition de principe. De plus, les décisions judiciaires sont publiées de manière éparse, dans diverses publications, étiquetées tantôt comme « généralistes », tantôt comme « spécialisées ». Dès lors, les personnes n'ayant pas reçu une formation juridique trouveront difficilement les informations dont elles ont besoin.

Un autre élément perturbateur réside dans le caractère relatif de la stabilité des solutions interprétatives jurisprudentielles. Cette stabilité peut en effet se révéler limitée aussi bien dans l'espace que dans le temps[28].

→ colloque organisé par l'Institut d'Études sur la Justice, le 12 octobre 2001, Cahiers de l'Institut d'Etudes sur la Justice, n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 41. Sur l'influence des précédents, voy. notamment P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, pp. 112-113.

25. En ce sens, voy. : P. ORIANNE, « La maîtrise du juge sur le temps du droit », in *Le temps et le droit*, *op. cit.*, p. 191 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil - Introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 440-442. Sur l'apport du juge au droit positif, lire M. COIPEL, « Les réactions de la doctrine à la création de droit par les juges en droit civil », in *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXXI, Paris, Economica, 1982, pp. 29-42.
26. C. RENARD et J. HANSENNE, *Sources du droit et méthodologie juridique*, *op. cit.*, pp. 105-106 ; P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 113.
27. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, p. 385. Dans le même sens, V. LASSERRE-KIESOW, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *op. cit.*, p. 1160.
28. On pourrait ainsi parler de relativité spatio-temporelle des normes jurisprudentielles, pour reprendre une expression chère à Michel COIPEL (voy. *Sources et méthodologie du Droit, Première partie : Le droit et la régulation de la vie sociale*, Syllabus du cours de première candidature en droit, tome I, Namur, FUNDP, année académique 2003-2004, pp. 12-14). Dans le même sens, F. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Éditions Vie Ouvrière, 1974, pp. 97-101.

Dans l'espace, il est fréquent que certaines juridictions développent des jurisprudences qui leur sont particulières[29]. Outre les questions de droit matériel, il conviendrait donc de considérer également les questions de compétence territoriale.

La relativité dans le temps se traduit quant à elle par le phénomène du revirement de jurisprudence[30]. Certaines solutions, qui prévalent pendant une période de temps plus ou moins longue, se voient ainsi renversées. La Cour de cassation elle-même revoit parfois sa jurisprudence antérieure. Cette relativité est sans doute heureuse, car elle est la manifestation du souci des juges d'inscrire l'application de la loi dans les mœurs et les circonstances de leur époque[31]. Elle est toutefois porteuse d'insécurité juridique. La loi risque en effet de se trouver rétroactivement[32] et de manière imprévisible modifiée dans son sens par l'interprétation nouvelle qu'en donneraient les juges[33]. Afin de ne pas surprendre les attentes légitimes des justiciables, il convient donc que ces revirements ne soient pas intempestifs[34] et soient en tout cas accompagnés d'une motivation convaincante[35].

B. L'interprétation de la loi par la doctrine

La doctrine peut être définie comme « *l'ensemble des écrits qui traitent des matières juridiques de manière théorique et synthétique* »[36]. À l'instar de la jurisprudence, elle contribue à la définition du sens de la loi.

Elle complète utilement le travail des juges. En effet, elle peut se permettre des analyses plus approfondies car elle n'est pas limitée dans son champ d'action par la solution à donner à un litige concret. Par ses réflexions plus théoriques et détachées des particularismes du cas d'espèce, la doctrine permet

29. Il n'est ainsi pas rare de surprendre des avocats devisant sur la jurisprudence plutôt « pro-locataires » ou plutôt « pro-bailleurs » de tel ou tel juge de paix.
30. Pour une étude approfondie du phénomène, voy. I. Rorive, *Le revirement de jurisprudence*, Collection de la Faculté de Droit de l'ULB, Bruxelles, Bruylant, 2003.
31. P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 114.
32. En raison de sa nature fondamentalement différente de celle de la loi, la décision de justice ne peut se voir appliquer les règles du droit transitoire. En ce sens, *cf.* J. Heron, « L'application des jugements dans le temps », in *Le temps et le droit*, *op. cit.*, pp. 237-249. À propos des problèmes liés à la rétroactivité des normes jurisprudentielles, voy. C. Mouly, « Le revirement pour l'avenir », *J.C.P.*, 1994, éd. G., doctrine, n° 3776.
33. V. Lasserre-Kiesow, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *op. cit.*, p. 1160.
34. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil - Introduction générale*, *op. cit.*, p. 481, n° 517. Sur les motifs susceptibles de justifier un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation, voy. P. Leclercq, concl. préc. Cass., 1^ère ch., 26 janv. 1928, *Pas.*, 1928, I, pp. 63-67.
35. F. Ost, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *op. cit.*, pp. 41-42.
36. C. Renard et J. Hansenne, *Sources du droit et méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 108.

ainsi à la jurisprudence commentée de devenir un modèle pour les jugements futurs[37].

La valeur de l'interprétation doctrinale de la loi est fonction de l'autorité de l'auteur concerné ainsi que, le cas échéant, de l'éventuelle concordance de vues avec un ou plusieurs autre(s) auteur(s) reconnu(s)[38]. Le problème majeur consiste ici à disposer des connaissances suffisantes pour pouvoir séparer le bon grain de l'ivraie.

Les difficultés inhérentes à la relativité des solutions interprétatives affectent aussi l'œuvre de la doctrine. Elles sont d'autant plus grandes que cette dernière doit elle-même se soumettre aux solutions jurisprudentielles, qui peuvent varier dans le temps et dans l'espace (voy. *supra* à ce propos). La doctrine n'a en effet pas le pouvoir de modifier ou de censurer ces solutions, pas davantage qu'à l'égard de celles mises en œuvre par le législateur. Elle peut seulement tenter de les orienter, de les influencer (« dans le bon sens », par hypothèse)[39].

C. L'interprétation de la loi par les praticiens

Outre ses interprètes naturels que sont les magistrats et les scientifiques, la loi est également appliquée et, partant, interprétée par les praticiens, qu'ils soient fonctionnaires dans des administrations, juristes d'entreprises, avocats, notaires, etc.

Ainsi, certaines pratiques, fondées sur une interprétation de la loi, peuvent voir le jour et, le cas échéant, se généraliser au sein d'une profession, d'une administration[40], etc.

À l'instar de l'interprétation jurisprudentielle, ce type d'interprétation est souvent limité dans l'espace[41] et dans le temps[42]. L'incertitude et l'insécurité juridique entourant ce type d'interprétation sont grandes.

---

37. F. Zenati, *La jurisprudence*, Collection Méthode du droit, Paris, Dalloz, 1991, pp. 104-106.
38. En ce sens, voy. : J. Falys, *Introduction aux sources et principes du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 168 ; C. Renard et J. Hansenne, *Sources du droit et méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 109.
39. C. Renard et J. Hansenne, *Sources du droit et méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 109. À propos de ce « pouvoir » de la doctrine, lire en particulier P.-Y. Gautier, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », Article tiré d'une conférence prononcée le 16 octobre 2003 en la Grand'Chambre de la Cour de cassation à l'invitation de M. le premier président Canivet, *D.*, 2003, Chron., pp. 2389 et s.
40. Voy., par exemple, l'hypothèse d'une interprétation de dispositions fiscales retenue par l'ensemble des fonctionnaires d'un bureau de perception.
41. Un bureau de perception peut être réputé pour sa position « souple » ou « rigide » par rapport à l'interprétation de telle ou telle disposition de la législation fiscale.
42. Les pratiques peuvent évoluer dans le temps, par exemple en raison d'une éventuelle sanction jurisprudentielle.

III. L'incidence de la lisibilité de la loi sur la validité des conventions vue sous l'angle de la théorie de l'erreur

L'erreur vice du consentement peut être définie comme une représentation fausse ou inexacte de la réalité, ce qui implique une discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée[43].

La théorie de l'erreur occupe une position particulière dans le droit des obligations, tiraillée entre le souci de protéger l'intégrité du consentement et la nécessité de préserver la sécurité juridique[44]. L'erreur ne peut donc être prise en compte comme vice du consentement que moyennant le respect de certaines conditions (A).

La circonstance que l'erreur porte sur un élément de droit pose différentes questions. On pourrait tout d'abord s'interroger sur l'admissibilité de l'erreur de droit, compte tenu de l'adage selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi » (B). L'erreur de droit présente également la particularité de se situer à la limite entre l'erreur sur la substance et l'erreur sur la cause, ce qui peut avoir certaines conséquences pratiques (C). Enfin, il convient d'examiner dans quelle mesure les problèmes de lisibilité de la loi peuvent conduire à l'annulation d'une convention en raison de l'erreur viciant le consentement de l'une des parties (D).

A. Les conditions de prise en compte de l'erreur

Selon l'article 1110, alinéa 1er, du Code civil, « l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ».

Afin de concilier les impératifs contradictoires entre lesquels elle navigue, l'erreur n'est admise comme vice du consentement qu'à certaines conditions : elle doit être « substantielle » (1), commune (2) et excusable (3).

(1) Pour vicier le consentement, l'erreur doit porter sur un élément qui a déterminé principalement[45] la partie à contracter, de sorte que sans cet élément le contrat n'aurait pas été conclu[46]. La substance est donc envisagée

43. En ce sens, *cf.* notamment : C. Parmentier, « La volonté des parties », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1984, p. 56 ; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I, Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 37. L'existence de cette discordance doit être appréciée en fonction de la situation au moment de la conclusion du contrat. La théorie de l'erreur ne permet en effet pas de prendre en compte les modifications ultérieures de l'objet de la convention. À cet égard, *cf.* Civ. Hasselt, 2 avril 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 56.

44. À ce propos, voy. : C. Goux, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *R.G.D.C.*, 2000, p. 18 ; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 50, n° 38*bis*.

45. C'est en ce sens que l'on évoque l'exigence du caractère déterminant de l'erreur. Voy. notamment J. Ghestin, *Traité de droit civil – Les obligations. Le contrat : formation*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 410.

46. Cass., 31 oct. 1966, *Pas.*, 1967, I, p. 294 et Cass., 3 mars 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 811.

de manière subjective, ce qui permet d'aller au-delà de la matière de la chose qui est l'objet de la convention. Cette définition couvre en effet non seulement des erreurs portant directement sur l'objet de la convention, mais également des erreurs portant sur l'aptitude de l'objet à réaliser la fin poursuivie par la victime de l'erreur[47]. Afin de contrebalancer cette approche large et de préserver l'impératif de sécurité juridique, les deux conditions suivantes ont été progressivement mises en évidence[48].

(2) L'erreur doit être commune. L'expression n'est pas des plus heureuses et nourrit la confusion. Elle ne signifie en effet nullement que les deux parties doivent avoir versé dans l'erreur[49]. Il s'agit simplement de s'assurer que la qualité substantielle aux yeux de l'*errans* l'était également aux yeux de son cocontractant. Tel sera le cas lorsque cette qualité est considérée comme substantielle par la généralité des personnes, ou lorsqu'elle l'est en particulier par les deux parties contractantes[50], voire même par le seul *errans*, mais à la connaissance de son cocontractant[51]. Il convient en effet que cet élément soit entré dans le champ contractuel[52].

(3) Pour pouvoir être prise en considération au titre de vice du consentement, l'erreur doit être excusable[53]. En d'autres termes, l'erreur ne peut être admise lorsqu'elle n'aurait pas été commise par un homme raisonnable placé dans les mêmes circonstances objectives et subjectives[54]. La doctrine

47. En ce sens, C. PARMENTIER, « La volonté des parties », *op. cit.*, pp. 59-60. Ainsi, la possibilité d'utiliser un terrain pour agrandir un centre équestre peut être considérée comme une qualité substantielle de ce terrain (Liège, 4 nov. 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 374).
48. M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, p. 51.
49. C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *op. cit.*, p. 16, n° 11.
50. Pour autant que le cocontractant ait, au moins implicitement, accepté cette qualité comme élément déterminant de la conclusion du contrat. Voy., par exemple Mons, 28 févr. 1989, *Pas.*, 1989, II, p. 221 (considérant comme substantielle et excusable l'erreur portant sur l'existence des autorisations administratives nécessaires à l'exploitation d'un dancing dans le cadre de la cession du fonds de commerce y relatif).
51. À ce sujet, *cf.* notamment Com. Mons, 9 sept. 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 459 (jugeant que la liaison d'un système informatique de gestion de caisses pour magasins avec le système de paiement électronique C-Zam, permettant un encodage automatique plutôt que manuel des montants à payer, n'est pas une qualité essentielle du système informatique et que la preuve de son caractère déterminant pour l'*errans* n'est pas rapportée). Bruxelles, 21 nov. 1996, *J.T.*, 1997, p. 180 (jugeant que la seule connaissance du mobile poursuivi – en l'occurrence, la possibilité de rentabiliser la photocopieuse louée compte tenu de la taille de l'entreprise – ne suffit pas à faire entrer ce mobile dans le champ contractuel).
52. C. PARMENTIER, « La volonté des parties », *op. cit.*, pp. 65-66.
53. Cass., 6 janv. 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 133.
54. En ce sens : C. PARMENTIER, « La volonté des parties », *op. cit.*, p. 63 ; M. COIPEL, « L'erreur de droit inexcusable », note sous Cass., 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, p. 213 ; J. DABIN, « Erreur inexcusable et nullité des conventions », in *Études de droit civil*, Bruxelles, Larcier, 1947, pp. 48-49. *Cf.* également Liège, 25 janv. 1991, *R.R.D.*, 1991, p. 421.

est divisée quant à l'appréciation de cette condition.

Pour certains auteurs[55], il convient d'apprécier *in concreto* la condition d'excusabilité, car sa raison d'être est d'écarter du bénéfice de la théorie de l'erreur les contractants qui ne méritent pas la protection de la loi. Il convient donc de prendre en compte toutes les circonstances propres à la personne de l'*errans* (âge, inexpérience, incompétence, etc.).

Pour d'autres auteurs[56], il convient de prôner une appréciation *in abstracto*, par référence au critère du bon père de famille.

La controverse demeure toutefois assez théorique, dans la mesure où les deux approches se rejoignent largement dans la pratique. En effet, tous les auteurs s'accordent sur la prise en considération d'éléments tels que l'âge et le degré d'information de l'*errans*. Il s'agit là d'une entorse nette à une appréciation *in abstracto* au sens strict[57].

L'excusabilité de l'erreur s'apprécie également par référence à l'obligation d'information du cocontractant de l'*errans*[58], par exemple lorsque celui-ci dispose de connaissances particulières du fait de sa spécialisation[59]. À l'inverse, lorsque l'*errans* n'a pas adéquatement informé son cocontractant[60] ou ne s'est pas lui-même correctement informé auprès de celui-ci, son erreur ne sera pas excusable[61].

---

55. M. Coipel, *Eléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, p. 52 (s'appuyant notamment sur l'arrêt de cassation du 28 juin 1996, cité ci-après) ; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) : Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, p. 336 ; B. Bouckaert, « Verdwaald in de jungle van de wet. Biedt rechtsdwaling een uitkomst ? », *T.P.R.*, 1993, p. 1379 (indiquant cependant que la jurisprudence plus récente semble opter pour une appréciation *in abstracto* – p. 1380) ; N. Dejean de La Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965, pp. 208-209. Dans le même sens, voy. : Cass., 28 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 714 ; Cass., 20 avril 1978, *R.R.D.*, 1978, p. 625, note M. Coipel.
56. E. Dirix et A. Van Oevelen, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) », *R.W.*, 1992-1993, p. 1216, n° 20 ; P. Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) : Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 60, n° 14.
57. C. Jassogne, « Réflexions à propos de l'erreur », *R.G.D.C.*, 1994, p. 109
58. C. Goux, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *op. cit.*, p. 19 ; M. Coipel, *Eléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, p. 52. Dans le même sens, *cf.* J.P. Wervik, 8 févr. 1994, *J.J.P.*, 1996, p. 261, note E. Davio. Pour une analyse approfondie de cette interaction, voy. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Bibliothèque de droit privé, tome 221, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 347 et s.
59. À ce propos, voy., par exemple : Bruxelles, 23 nov. 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 910 (erreur portant sur l'authenticité d'un moutardier, qui avait été certifiée par une salle de ventes) ; Bruxelles, 21 nov. 1996, *J.T.*, 1997, p. 180 (à défaut de stipulation expresse, l'obligation de conseil du bailleur professionnel ne va pas jusqu'à l'évaluation des besoins du preneur en fonction de la nature et de l'importance de sa clientèle).
60. Sur ses besoins particuliers, sur les spécificités de ses activités, etc.
61. R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) : Verbintenissen », *op. cit.*, p. 338. Voy., par exemple : Civ. Bruxelles, 19 mai 1995, *R.G.D.C.*, 1996, p. 69 (jugeant inexcusable l'erreur afférente à l'authenticité d'une œuvre commise par un professionnel du commerce d'œuvres d'art qui n'avait procédé qu'à un examen →

B. L'adage « nul n'est censé ignorer la loi », un obstacle à l'erreur de droit ?

Il convient de relativiser la portée de cet adage[62]. Le caractère obligatoire de la loi ne repose en effet pas sur la connaissance qu'en auraient ses destinataires[63].

Historiquement, l'adage est apparu pour faire obstacle à l'admission de l'erreur de droit, car on posait comme postulat que les règles de droit étaient claires et accessibles à tous (le cas échéant, par l'intermédiaire d'un conseil)[64].

L'assimilation de l'erreur de droit à l'erreur de fait s'est toutefois progressivement imposée dans la doctrine et la jurisprudence modernes[65]. Le Code civil ne distingue en effet pas ces deux types d'erreur quant à leur admissibilité[66].

Il n'est donc plus question d'écarter l'erreur de droit en invoquant l'adage en vertu duquel « nul n'est censé ignorer la loi »[67].

C. L'erreur de droit, un cas particulier d'erreur sur les motifs

L'erreur de droit s'apparentera le plus souvent à une catégorie d'erreur que l'on qualifie d'erreur sur les motifs. L'erreur porte donc ici sur une des raisons pour lesquelles l'*errans* a contracté.

L'erreur sur les motifs se trouve à la frontière entre l'erreur substantielle (1110 C. civ.) et l'erreur sur la cause (1131 C. civ.). Il est malaisé de distinguer[68]. les deux hypothèses tant elles sont proches[69]. À titre d'exemple, l'erreur portant sur

---

→ sommaire de l'œuvre achetée) ; J.P. Westerlo, 28 avril 1995, *R.W.*, 1997-1998, p. 828 (jugeant inexcusable l'erreur de l'assureur qui avait négligé de s'informer complètement).

62. Il ne sera question ici que de la portée de l'adage en matière de droit civil.
63. M. Coipel, *La signification de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi »*, Cahiers de la Faculté des Sciences économiques et sociales de Namur, Série Recherche, n° 47, oct. 1982, p. 4. Dans le même sens : R. Decottignies, « L'erreur de droit », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, p. 309 ; G. Dereux, « Étude critique de l'adage 'nul n'est censé ignorer la loi' », *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, p. 528.
64. M. Coipel, *La signification de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi »*, *op. cit.*, pp. 9-10.
65. *Ibidem*, p. 10. En faveur de l'assimilation, voy. également : C. Goux, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *op. cit.*, p. 13, n° 8 ; S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 710, n° 55 ; B. Bouckaert, « Verdwaald in de jungle van de wet. Biedt rechtsdwaling een uitkomst ? », *op. cit.*, pp. 1351-1353 ; C. Parmentier, « La volonté des parties », *op. cit.*, p. 62 ; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 54, n° 42.
66. M. Coipel, « L'erreur de droit inexcusable », *op. cit.*, p. 204 ; R. Decottignies, « L'erreur de droit », *op. cit.*, pp. 309-310.
67. M. Coipel, *Eléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, p. 51 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil – Les obligations. Le contrat : formation*, *op. cit.*, p. 417 ; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 54, n° 42 ; J. Dabin, « Erreur inexcusable et nullité des conventions », *op. cit.*, p. 33.
68. Cette distinction a des implications pratiques. Voy. *infra* à ce sujet.
69. P. Van Ommeslaghe, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne », note sous Cass., 13 nov. 1969, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 353-354 (qui évoque le →

l'aptitude de l'objet à réaliser la fin poursuivie par l'*errans* pourrait être qualifiée aussi bien d'erreur sur la substance[70] que d'erreur sur la cause[71].

L'erreur de droit constitue un parfait exemple de ce type ambivalent d'erreur, affectant l'élément qui a justifié l'engagement de l'*errans*. Il est ainsi fréquent qu'un contrat soit conclu en raison de l'existence d'une obligation légale qui s'avère par la suite inapplicable en l'espèce. L'erreur sur la cause semble dès lors y correspondre. Il est toutefois possible, dans certaines circonstances, de délimiter l'erreur de droit rencontrée selon une formulation permettant de l'inscrire dans le champ de l'erreur sur la substance.

Ainsi, dans un arrêt du 31 mars 1987, la Cour d'appel de Mons a pris en compte l'erreur d'un maître de l'ouvrage quant à l'interprétation de dispositions légales relatives à des primes à la réhabilitation d'un immeuble[72]. Elle a, sur cette base, annulé un contrat d'entreprise portant sur des travaux de rejointoiement. En l'occurrence, l'identification de l'erreur telle qu'elle résulte de la présentation des faits est cruciale et permet d'approuver la décision. Selon la Cour, l'erreur rencontrée porte sur l'aptitude des travaux envisagés à être couverts par les aides à la réhabilitation. Présentée en ces termes, l'erreur peut en effet être qualifiée d'erreur sur la substance. On aurait toutefois pu considérer la possibilité d'obtenir une prime pour les travaux envisagés, et, partant, la possibilité de réaliser ceux-ci à moindres frais, comme la raison ayant justifié l'engagement de l'*errans* (erreur sur la cause dans ce cas).

De même, dans un arrêt du 26 mai 1983, la Cour d'appel de Gand a admis l'erreur portant sur la qualité de terrain à bâtir d'un bien situé à Westende[73]. En l'espèce, les acquéreurs entendaient y construire une maison d'habitation, alors que, selon le plan de secteur, le terrain était situé dans une zone réservée aux résidences de vacances (superficie maximale de la construction limitée à 60 m^2). L'erreur portait donc, selon la Cour, sur l'aptitude du terrain à recevoir une maison d'habitation (erreur sur la substance). Il aurait été également concevable de considérer que les acquéreurs s'étaient engagés à acquérir le terrain en vue de la construction d'une maison d'habitation, ce qui autorisait une qualification en tant qu'erreur sur la cause.

Des cas *a priori* plus évidents peuvent également susciter la discussion. Un arrêt du 9 avril 1963 de la Cour d'appel de Bruxelles en offre une bonne

---

→ rattachement arbitraire à la catégorie des erreurs sur la substance à la faveur d'une interprétation particulièrement extensive de cette notion). Voy. également : R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) : Verbintenissen », *op. cit.*, p. 327, n° 111 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil – Les obligations. Le contrat : formation*, *op. cit.*, pp. 419-420.

70. Compte tenu de la conception très large de la substance qui prévaut généralement. Voy. *supra*, note 46.
71. On pourrait en effet considérer que cette aptitude constitue la raison de l'engagement de l'*errans*.
72. Mons, 31 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 770.
73. Gand, 26 mai 1983, *Rec. gén. enr. not.*, 1986, p. 105, n° 23299.

illustration, dans le contexte de l'indemnisation d'un accident du travail mortel survenu à l'étranger[74]. L'employeur, une société belge exploitant des mines au Portugal, proposait de verser aux ayant-droits de son ex-employé une indemnité correspondant au capital reçu en vertu d'un contrat d'assurance contracté pour ce type d'accident. Bien que l'employeur était désigné comme bénéficiaire de l'assurance et débiteur des primes y afférentes, il était convenu entre l'employeur et l'employé que le capital éventuellement versé serait rétrocédé aux ayants-droits de l'employé décédé. À la suite de ce décès accidentel, l'employeur proposa aux ayants-droit de verser le montant convenu, pour solde de toutes obligations légales et contractuelles. Les ayants-droits refusèrent et réclamèrent des sommes complémentaires, en invoquant l'application de la loi belge, compte tenu de l'insuffisance de la protection offerte par la loi portugaise relative aux accidents du travail. Les juridictions belges ayant donné gain de cause aux ayants-droits concernant l'application de la loi belge, l'employeur invoqua la nullité de son engagement à payer les primes d'assurance, compte tenu de son erreur de droit sur la loi applicable. Il avançait à cet égard que son engagement était motivé par l'application de la loi portugaise et, partant, la nécessité de compenser le degré moindre de la protection légale de son employé par rapport à celle dont bénéficiaient ses collègues travaillant en Belgique. La Cour opte pour l'interprétation de l'élément invoqué comme indicatif d'une erreur sur la cause, dans la mesure où la considération de la loi applicable constitue la raison ayant déterminé l'employeur à s'engager[75]. Il aurait toutefois été possible de présenter les faits de manière à induire une autre interprétation. Ainsi, l'élément déterminant du consentement aurait pu être décrit comme l'aptitude de l'engagement pris (le paiement des primes d'assurances) à compenser un déficit de protection légale contre les accidents du travail. On aurait alors pu y déceler une erreur sur la substance.

La formulation de l'élément sur lequel porte l'erreur permettra donc de rattacher celle-ci à l'une ou l'autre des deux catégories précitées. Il n'est toutefois pas question d'arbitraire ici. L'erreur ne pourra être considérée comme substantielle que dans la mesure où l'élément sur lequel elle porte peut être lié à l'objet de la convention[76]. Si pareil lien s'avère impossible à justifier, l'erreur devra être qualifiée d'erreur sur la cause.

Le rattachement de l'erreur sur les motifs à la catégorie des erreurs substantielles ou à celle des erreurs sur la cause ne devrait pas avoir d'incidence sur le plan des conséquences juridiques, dans la mesure où l'absence de consentement[77]. est sanctionnée par la nullité relative de la convention, au même titre

74. Bruxelles, 9 avril 1963, *Pas.*, 1964, II, p. 65.
75. *Quod non.*
76. En ce sens, voy. J. Ghestin, Observations sous Paris, 18 déc. 1963, *J.C.P.*, 1965, n° 14060.
77. Résultant de l'erreur obstacle portant sur la cause, qui est destructrice du consentement.

que le vice du consentement[78]. Il a par contre une incidence sur les conditions de prise en considération de l'erreur.

Une doctrine majoritaire estime en effet que l'exigence du caractère excusable ne peut s'appliquer dans le cas d'une erreur sur la cause[79]. D'un point de vue historique, cette solution est tout à fait logique, car la condition d'excusabilité a été mise en évidence pour contrebalancer l'extension de la notion de substance[80].

Pour le surplus, les conditions traditionnellement exigées en matière d'erreur sur la substance sont également requises dans l'hypothèse d'une erreur sur la cause.

Ainsi, l'erreur sur les motifs ne peut être prise en compte que si le motif était un motif déterminant, c'est-à-dire s'il a eu une influence sur le consentement de la partie concernée[81].

Il convient en outre que les motifs soient entrés dans le champ contractuel, soit qu'ils tiennent aux caractéristiques et utilisations normales de l'objet, soit qu'ils se rattachent à certaines qualités spécifiques ou à certains usages de la chose, mais à condition alors que l'autre partie en ait connaissance et les ait acceptés comme tels (exigence que l'erreur soit « commune »)[82].

D. L'erreur de droit en cas de problème de lisibilité de la loi

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le manque de lisibilité du droit en général et de la loi en particulier n'implique pas la possibilité généralisée d'invoquer l'erreur de droit.

Paradoxalement, la complexification du droit et de son interprétation devrait réduire les hypothèses d'erreurs de droit susceptibles d'être admises comme

78. Cass., 21 oct. 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 175. Arrêt qualifié d'arrêt de principe par C. PARMENTIER (« La volonté des parties », *op. cit.*, p. 55). En ce sens, lire également R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) : Verbintenissen », *op. cit.*, pp. 325-326, n° 109. *Contra*, voy. M. COIPEL, « L'erreur de droit inexcusable », *op. cit.*, p. 208.

79. Voy. notamment : B. BOUCKAERT, « Verdwaald in de jungle van de wet. Biedt rechtsdwaling een uitkomst ? », *op. cit.*, p. 1387 ; M. COIPEL, « L'erreur de droit inexcusable », *op. cit.*, p. 210 ; J. DABIN, « Erreur inexcusable et nullité des conventions », *op. cit.*, pp. 54-57.

80. C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *op. cit.*, p. 18 ; M. COIPEL, « L'erreur de droit inexcusable », *op. cit.*, p. 206. Certains auteurs indiquent toutefois que si le fondement de la condition d'excusabilité devait plutôt être trouvé dans la faute de l'*errans*, il n'y aurait aucune raison de ne pas s'y référer en matière d'erreur sur la cause (en ce sens, *cf.* : R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) : Verbintenissen », *op. cit.*, p. 335, n° 116 ; C. PARMENTIER, « La volonté des parties », *op. cit.*, p. 64). Voy. également Bruxelles, 9 avril 1963, *Pas.*, 1964, II, p. 68 (la Cour considérant le caractère excusable alors qu'elle semble envisager une erreur sur la cause).

81. C. PARMENTIER, « La volonté des parties », *op. cit.*, p. 61. En faveur d'un rejet général de l'erreur sur les motifs, voy. cependant Liège, 10 mars 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1085.

82. En ce sens, P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne », *op. cit.*, pp. 355-356.

cause de nullité d'une convention. En effet, il ne peut tout simplement être question d'une erreur lorsque les parties contractantes se fondent sur des éléments plus ou moins aléatoires. L'erreur suppose que l'engagement de l'*errans* repose sur une vérité certaine et non sur une opinion même probable[83]. Or, le droit comporte de nombreuses zones d'ombre, de flou. La portée de ces incertitudes limite d'autant le champ d'application de la théorie de l'erreur[84]. À suivre cette logique, on pourrait s'interroger sur le devenir de la théorie de l'erreur en ce qu'elle porte sur des éléments de droit.

Il conviendrait, au contraire, d'opérer un remodelage de la théorie de l'erreur, afin de prendre pleinement en compte le manque de lisibilité du droit. À cet égard, deux évolutions seraient souhaitables. Le rôle accru des interprètes de la loi devrait tout d'abord être considéré (1). On pourrait ensuite s'interroger sur l'opportunité d'un assouplissement de la théorie de l'erreur de droit vis-à-vis du citoyen lambda (2). Il y aurait lieu, enfin, d'examiner si ces évolutions ne sont pas porteuses d'insécurité juridique, en ce qu'elles faciliteraient le recours à la théorie de l'erreur (3).

(1) Le renforcement du rôle des interprètes.

La doctrine est réticente à admettre une erreur de droit portant sur des éléments d'interprétation de la loi. Selon certains auteurs, même une jurisprudence bien établie ne devrait ainsi pas être suffisante pour asseoir une certitude, de sorte que le renversement d'une telle jurisprudence ne puisse fonder une erreur de droit[85].

S'il convient de préserver la sécurité juridique susceptible d'être mise à mal par une trop grande largesse dans l'acceptation de l'erreur de droit, l'excès inverse n'est pas davantage souhaitable[86]. Les difficultés de lisibilité de la loi renforcent le rôle des autres sources du droit, et principalement de la jurisprudence et de la doctrine. Dans la mesure où le législateur n'est plus toujours capable de s'exprimer d'une manière immédiatement intelligible, le travail d'interprétation est devenu un complément indispensable de la lecture de la loi. L'erreur portant sur des éléments interprétatifs fiables

83. J. Dabin, « Erreur inexcusable et nullité des conventions », *op. cit.*, p. 49. Dans le même sens, voy. R. Decottignies, « L'erreur de droit », *op. cit.*, pp. 327-328 (ajoutant que, en tout état de cause, la circonstance que les parties ont contracté en présence d'un aléa empêcherait de considérer l'élément aléatoire comme déterminant du consentement).

84. B. Bouckaert, « Verdwaald in de jungle van de wet. Biedt rechtsdwaling een uitkomst ? », *op. cit.*, pp. 1364-1365. *Contra*, voy. Bruxelles, 9 avril 1963, *Pas.*, 1964, II, p. 65 (ne prenant pas argument de la circonstance que les risques d'erreur sont importants en matière de droit international privé)

85. B. Bouckaert, « Verdwaald in de jungle van de wet. Biedt rechtsdwaling een uitkomst ? », *op. cit.*, p. 1365 ; R. Decottignies, « L'erreur de droit », *op. cit.*, pp. 327-328.

86. Cela reviendrait à restaurer l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » dans toute sa rigueur. Voy. M. Coipel, « L'erreur de droit inexcusable », *op. cit.*, p. 217, n° 18 (dénonçant ce risque à propos d'une appréciation trop sévère du caractère excusable de l'erreur).

devrait dès lors pouvoir être prise en compte.

Certaines décisions de jurisprudence vont en ce sens.

Le Tribunal de première instance de Liège, siégeant en degré d'appel, a ainsi considéré comme inexcusable le fait que l'*errans* se soit fondé sur une interprétation d'une disposition légale contraire à celle prônée par une jurisprudence et une doctrine « fermement établies »[87]. Cette décision doit être approuvée en ce qu'elle consacre le rôle de la doctrine et de la jurisprudence comme sources du droit. Elle peut en outre être lue, *a contrario*, comme autorisant les parties contractantes à déterminer leur engagement sur la base d'éléments interprétatifs tangibles (« fermement établis » en l'occurrence).

Cette ouverture vis-à-vis des interprétations de la doctrine et de la jurisprudence a été confirmée, dans une autre espèce, par la Cour d'appel de Liège, qui a jugé excusable l'erreur de droit portant sur l'interprétation d'une disposition légale[88]. Cette interprétation, résultat « d'un travail de réflexion sérieux » mené par les conseils de l'*errans*, avait fondé l'acquiescement de celui-ci au jugement rendu en première instance. Lorsque, par la suite, ils prirent connaissance de trois arrêts récents de la Cour de cassation contredisant leur interprétation, ces mêmes conseils décidèrent d'interjeter appel et de contester la validité de l'acquiescement sur la base de l'erreur de droit. La Cour d'appel de Liège considéra qu'il y avait bien erreur et que celle-ci était excusable, en s'appuyant notamment sur la circonstance que l'interprétation finalement infirmée avait été soumise à l'appréciation de la Cour de cassation dans des espèces fort similaires[89].

L'existence d'une certitude raisonnable[90] devrait donc être évaluée en fonction non seulement du texte de la loi, mais aussi des interprétations jurisprudentielles et doctrinales dominantes. Les parties pourraient contracter sur la base de cette certitude raisonnable, sans que cela exclue automatiquement la possibilité ultérieure d'invoquer l'erreur de droit.

(2) Vers un assouplissement de la théorie en faveur du citoyen lambda ?

L'évolution proposée au point précédent permet aux parties contractantes de se baser sur les éléments interprétatifs de la loi. Elle a le mérite de replacer la théorie de l'erreur de droit dans le contexte juridique actuel. Elle présente néanmoins l'inconvénient de consacrer la mainmise de fait des juristes sur le droit. En effet, seuls les juristes[91] disposent des connaissances permettant d'identifier les éléments interprétatifs fiables.

87. Civ. Liège, 5 juin 1979, *J.L.*, 1980, p. 289.
88. Liège, 2 mars 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1768.
89. Ce qui tendait à démontrer le caractère sérieux et raisonnable de cette interprétation de la loi.
90. La certitude absolue n'étant qu'une vue de l'esprit en matière juridique.
91. Bien souvent, même un juriste moyen ne dispose pas des connaissances requises. Seul un juriste spécialisé peut identifier ou connaître ces éléments interprétatifs.

Autoriser les parties à se fonder sur des éléments interprétatifs constitue une arme à double tranchant. Elle pourrait mener à une situation où les citoyens seraient contraints de consulter un conseil spécialisé pour pouvoir conserver la faculté d'invoquer une erreur de droit par la suite. La proposition suivante pourrait résumer le glissement de perspective induit par cette évolution : dans la mesure où le texte de la loi ne peut être compris indépendamment des éléments interprétatifs s'y rapportant et où seul un conseil spécialisée est à même d'identifier ces éléments interprétatifs, un citoyen raisonnable doit consulter un conseil spécialisé lorsqu'il s'interroge sur un point de droit. On en arriverait alors à une situation où la condition d'excusabilité constituerait un obstacle difficilement franchissable pour le citoyen n'ayant pas préalablement consulté un conseil spécialisé[92].

On constate d'ailleurs que l'erreur de droit partagée par un conseil est plus facilement accueillie[93].

Une telle évolution ne peut être cautionnée.

Il conviendrait dès lors de ne prendre en considération les éléments interprétatifs que dans les circonstances où le demandeur en annulation a contracté sur leur base. Il ne serait en effet pas raisonnable de rejeter une demande en annulation sur la base d'éléments interprétatifs lorsque le texte de la loi est a première vue clair[94] et que le demandeur s'y est fié. Le citoyen doit pouvoir se baser sur le seul texte de la loi en pareille hypothèse.

Par contre, lorsque le texte de la loi n'est pas *a priori* clair ou que les parties se déterminent sur la base d'éléments de doctrine ou de jurisprudence, la fiabilité de ces éléments devra être considérée[95]. Il appartient en effet au citoyen de se faire conseiller en cas de doute.

Il est important de rappeler que, en tout état de cause, il conviendra de rencontrer les exigences de la théorie de l'erreur, et en particulier son caractère excusable (voy. *infra*, point 3). L'éventuelle légèreté du citoyen à cet égard devrait donc l'empêcher d'obtenir l'annulation du contrat.

92. L'écueil demeurerait cependant franchissable, en raison de la possible prise en compte de circonstances propres à la personne de l'*errans*.

93. En ce sens, voy. : R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) : Verbintenissen », *op. cit.*, p. 339 ; B. Bouckaert, « Verdwaald in de jungle van de wet. Biedt rechtsdwaling een uitkomst ? », *op. cit.*, p. 1384 ; M. Coipel, « L'erreur de droit inexcusable », *op. cit.*, pp. 215-216. Voy. également Bruxelles, 9 avr. 1963, *Pas.*, 1964, II, p. 65 (erreur du service juridique de la demanderesse en annulation).

94. Il convient toutefois d'être prudent à ce propos, car la clarté d'un texte est une notion subjective qui relève du domaine...de l'interprétation. Pour une critique de la doctrine du sens clair, voy. M. Van De Kerckhove, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 13 et s.

95. En ce sens, voy. Civ. Liège, 5 juin 1979, *J.L.*, 1980, p. 289.

(3) Des évolutions dangereuses pour la sécurité juridique ?

Les assouplissements proposés à la théorie de l'erreur de droit ne constituent pas une menace pour la sécurité juridique. Il ne faut pas davantage craindre une éventuelle « désacralisation » de l'instrument législatif par un recours étendu à l'erreur de droit. Ces réserves ne sont pas fondées, car les conditions de prise en compte de l'erreur permettent de limiter le recours à la théorie, en excluant en particulier les erreurs dues à la légèreté ou à la négligence de l'*errans*.

L'exigence du caractère déterminant de l'erreur a ainsi pour effet d'écarter les hypothèses dans lesquelles l'élément de droit sur lequel porte l'erreur ne constitue pas l'élément qui a déterminé l'*errans* à s'engager[96].

La circonstance qu'une partie contracte à propos d'un objet qui présente un certain aléa suffit-elle à écarter la possibilité d'invoquer l'erreur s'il s'avère par la suite que les croyances ayant fondé le consentement étaient erronées ? Il est délicat de l'admettre sans réserve lorsque l'aléa résulte manifestement du manque de clarté de la loi. Dans ce cas, il devrait être possible de se déterminer sur la base d'éléments interprétatifs fiables. Cela suppose toutefois le recours à un conseil spécialisé[97]. À défaut, on pourrait en effet considérer, dans beaucoup de cas, que l'*errans* a sciemment pris un risque et doit dès lors l'assumer.

L'erreur doit également être commune[98]. À cet égard, l'existence d'un aléa relativement important quant à l'interprétation de la loi devrait conduire à considérer que, pour la généralité des personnes, les dispositions légales concernées n'ont pu, en raison de leur caractère aléatoire, déterminer la conclusion du contrat par *l'errans*.

D'un point de vue probatoire, il est donc prudent de mentionner dans le préambule de la convention les éventuels éléments de droit qui seraient considérés comme déterminants par l'une ou l'autre des parties.

La condition d'excusabilité[99] joue pleinement en matière d'erreur de droit[100], pour autant cependant que l'on se trouve en présence d'une erreur sur la substance[101].

Sur ce plan, on pourrait penser que l'existence d'incertitudes afférentes à l'interprétation de la loi facilite le recours à la théorie de l'erreur. Il convient toutefois de vérifier qu'un contractant raisonnable placé dans les mêmes

96. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 54, n° 42

97. Les avis des conseils doivent cependant être lus avec prudence, car ils soulignent généralement le niveau de risque lié à la solution interprétative proposée. Cette voie ne constitue donc pas la panacée. Voy. ainsi Cass., 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, p. 198, note M. Coipel.

98. À ce propos, voy. *supra*.

99. Voy. *supra*.

100. B. Bouckaert, « Verdwaald in de jungle van de wet. Biedt rechtsdwaling een uitkomst ? », *op. cit.*, p. 1378.

101. À propos du rejet de l'extension de la condition d'excusabilité au cas de l'erreur sur la cause, voy. notamment M. Coipel, « L'erreur de droit inexcusable », *op. cit.*, pp. 209-210.

circonstances aurait également versé dans l'erreur[102]. L'aléa entourant certaines solutions juridiques devrait avoir ici également un effet limitatif, dans la mesure où l'homme raisonnable placé face à une incertitude ne contracterait pas sur la base de cet élément manifestement aléatoire[103]. La circonstance que l'erreur de droit est partagée par un conseil juridique est de nature à faciliter la reconnaissance de son caractère excusable[104].

Conclusion

L'œuvre du législateur se distingue de moins en moins par sa clarté et son accessibilité pour les citoyens, destinataires de la loi.

Différents vices affectent la technique législative moderne et nuisent incontestablement à la lisibilité de la loi.

La situation est d'autant plus problématique qu'il est fréquent de contracter en considération de l'existence (supposée) d'une obligation et/ou d'un droit tirant leur origine dans le texte de la loi.

La constatation ultérieure que l'élément légal ne correspondait pas à l'interprétation que les parties s'en faisaient permet-elle une remise en cause de la validité de la convention conclue sur cette base ?

L'erreur – celle de droit en particulier – n'est admise qu'avec réserve, pour d'évidentes raisons de sécurité juridique.

En outre, la complexification du droit mène paradoxalement à une limitation des hypothèses d'erreur de droit, en raison de l'existence d'un aléa affectant l'interprétation de la loi.

Dans ce contexte de lisibilité amoindrie de la loi, un certain assouplissement des conditions de prise en compte de l'erreur de droit serait souhaitable, afin d'y consacrer l'importance accrue du rôle des différents interprètes de la loi. La complexification du droit devrait en outre induire une plus grande tolérance vis-à-vtis du citoyen lambda. Celui-ci ne dispose en effet pas des connaissances requises pour identifier les éléments interprétatifs pertinents et il devrait dès lors pouvoir se fonder sur la clarté apparente du texte de la loi, nonobstant l'existence d'interprétations jurisprudentielles ou doctrinales susceptibles de remettre en cause cette lecture « brute » du prescrit légal.

---

102. À ce propos, *cf.* Liège, 29 nov. 1983, *J.L.*, 1984, p. 86 (jugeant inexcusable l'erreur du cessionnaire d'un fonds de commerce qui ne s'était pas informé sur les conditions d'installation et d'exercice de la profession concernée « *dont on doit savoir, même si on y est étranger, qu'elle est strictement réglementée* » – p. 87).

103. *Contra*, *cf.* Bruxelles, 9 avril 1963, *Pas.*, 1964, II, p. 65 (admettant comme excusable l'erreur portant sur la loi applicable, car les risques d'erreur sont importants en matière de droit international privé).

104. En ce sens, voy. : Liège, 26 mai 1983, *J.L.*, 1983, p. 337 (erreur partagée par un avocat) ; Bruxelles, 22 avril 1969, *J.T.*, 1970, p. 12 (erreur partagée par un notaire) ; Civ. Nivelles, 27 mai 1959, *J.T.*, 1959, p. 551 (erreur partagée par une compagnie d'assurances).

Cette brève étude illustre bien les limites de l'erreur de droit. Jadis, la vénalité des offices judiciaires faisait de ceux-ci un outil de promotion sociale particulièrement prisé des descendants de vilains du Moyen-Âge[105]. En raison des différentes exigences qui conditionnent sa prise en considération, l'erreur de droit ne constitue, par contre, pas la solution miracle permettant de laver du mal d'incompréhension de la loi les nombreux citoyens qui en sont affectés.

Il appartient donc au législateur de prendre le problème de la lisibilité de la loi à bras-le-corps, afin de tendre vers une loi plus facilement compréhensible pour l'ensemble de ses destinataires[106].

105. A. LEBIGRE, *La Justice du Roi. La vie judiciaire dans l'ancienne France*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1995, pp. 65-71, spéc. pp. 67-68.

106. À ce sujet, voy. notamment J. DUMORTIER, M. PENNINCKX et Y. TIMMERMANS, « Qui est encore censé connaître la loi ? Une proposition pour un meilleur accès à la législation belge », *J.T.*, 1993, pp. 253-263.

La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence

Alexandre DE STREEL
Chercheur à l'Institut Universitaire européen à Florence,
collaborateur scientifique aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur[1]

1. Objet, plan et limite de l'étude

Michel Coipel m'a beaucoup appris. Outre les nombreuses qualités humaines dont il a montré l'exemple, il m'a instillé l'enthousiasme pour l'étude du droit et donné les outils pour en saisir et apprécier l'évolution. Comme à des générations d'étudiants, il m'a fait comprendre le caractère dialectique de l'évolution de la pensée juridique[2] et l'importance de lier le droit aux autres sciences sociales telles la sociologie ou l'économie (ce qu'il est désormais convenu d'appeler dans les cercles 'branchés' l'approche du *law in context*). Pour rendre hommage à ce double enseignement, ma contribution étudie le traitement juridique du refus de contracter[3], principalement au regard du droit de la concurrence. Cette question est une bonne illustration d'un droit tentant de concilier des valeurs contradictoires et soumis à une influence croissante de l'analyse économique.

Après cette introduction, la deuxième section rappelle brièvement le principe de la liberté contractuelle et ses fondements théoriques. La troisième section étudie la première exception à la liberté contractuelle qui découle du droit de la concurrence, entendu au sens strict du droit antitrust. La quatrième section étudie les autres exceptions à la liberté contractuelle et leurs rapports avec le droit de la concurrence : droit des obligations, offre permanente et droit de la régulation des industries en réseaux et lois sur les prix. Enfin, je terminerai par une brève conclusion.

Le refus de contracter s'entend comme la pratique d'une ou plusieurs entreprises qui refusent de conclure un contrat avec une autre entreprise ou un

1. Merci à E. VEGIS pour ses commentaires pertinents.
2. Sur cette approche, voy. *En hommage à Claude Renard : Textes choisis*, Faculté de droit de Liège, 1980, p. 281.
3. Le refus de contracter a déjà fait l'objet de plusieurs études en droit belge, voy. notamment : J.F. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, p. 440, et 1995, p. 7 ; J. STUYCK et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, « Weigering van verkoop en van levering », *R.D.C.*, 1984, p. 324 ; J. STUYCK, I. BUELENS et D. COUNYE, « Verkoopsweigering en eerlijke handelsgebruiken », *R.D.C.*, 1995, p. 788 ; L. VAN BUNNEN, « Le traitement jurisprudentiel du refus de vendre. État de la question », obs. sous Cass., 24 sept. 1992, *R.C.J.B.*, 1995, p. 10.

utilisateur final solvable et prêt à accepter les conditions contractuelles formulées[4]. Cette contribution se limite à l'étude du refus de contracter en l'absence de toute relation pré-contractuelle ou contractuelle entre sujets de droits. À la suite de J.F. Romain[5], on peut distinguer deux autres hypothèses qui ne seront pas abordées ici : refus en cas de relations pré-contractuelles préliminaires (pourparlers) ou avancées (offre), ou en cas de relations contractuelles. Dans ces hypothèses, le refus est principalement analysé au regard de la responsabilité pré-contractuelle et contractuelle, et particulièrement du principe de la bonne foi[6].

2. La liberté contractuelle : principe et fondements

Comme la plupart des ordres juridiques qui respectent le principe du système d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre[7], le droit belge consacre le principe de la liberté contractuelle et le droit de contracter ou de ne pas contracter. Ainsi, dans un arrêt de 1991[8], la Cour suprême casse deux arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles qui avait condamné un refus de vendre et note que : « *la liberté de toute personne de conclure des conventions à son gré (...) que celui à qui on fait une offre et qui ne souhaite pas l'accepter ne doit pas faire connaître les raisons de son refus* ». Toutefois comme toute liberté, elle n'est pas sans limites comme l'énonce un autre arrêt de la Cour de cassation de 1985[9] : « *la libre concurrence ne constitue pas un droit absolu mais est limitée par l'existence de droits égaux dans le chef d'autrui* ». Dès lors qu'un principe connaît des exceptions, il convient de déterminer son fondement pour pouvoir mieux comprendre et délimiter ces exceptions.

Selon la doctrine majoritaire, la liberté contractuelle est basée sur deux fondements complémentaires[10]. D'une part, le principe de la liberté de

4. Pour une formulation semblable : L. Van Bunnen, *op. cit.*, note 2, p. 10, n° 1.
5. J.F. Romain, *op. cit.*, note 2, p. 441.
6. Voy. notamment D. Philippe, « La bonne foi dans la formation des contrats : Rapport belge », in *La Bonne Foi – Travaux de l'Association Henri Capitant*, Litec, 1992, p. 61 ; M. Fontaine, « Portée et limites du principe de la convention-loi », in *Les obligations contractuelles*, éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984 ; P. Van Ommeslaghe, « La bonne foi dans la formation des contrats : Rapport général », in *La Bonne Foi – Travaux de l'Association Henri Capitant*, Litec, 1992, p. 25 ; P. Van Ommeslaghe, « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 881.
7. Selon l'expression de l'article 4, §1 CE.
8. Cass., 13 sept. 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 33.
9. Cass., 27 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1394.
10. En ce sens, J.F. Romain, *op. cit.*, note 2, pp. 441 à 449 ; P. Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) : Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 154, n° 64 ; J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial belge*, t. I, 2e éd., Bruylant 1976, p. 159, et t. III, 2e éd., Bruylant 1981, p. 18, n° 12.

commerce, consacré par l'article 7 du décret d'Allarde des 2-17 mars 1791, qui implique la liberté dans ses opérations commerciales et notamment la conclusion des contrats[11]. D'autre part le principe de l'autonomie de la volonté, implicitement consacré par les articles 6 et 1134 du Code civil, qui postule la liberté de choisir ses cocontractants. Comme le souligne De Page[12], ces fondements sont basés sur un jugement de valeur qui était en vigueur lors de la rédaction du Code civil et sont l'une des manifestations les plus marquantes, tant du point de vue économique que du point de vue juridique, du système individualiste et libéral qui marqua la période qui suivit la révolution française.

Toutefois, ce double fondement me paraît mettre trop l'accent sur la liberté et ne pas refléter le nouveau paradigme qui sous-tend l'ensemble du droit des contrats[13]. De Page soulignait déjà que tout régime contractuel est basé sur un jugement de valeur qui est essentiellement relatif en ce qu'il est lié à une époque, un état de mœurs et des conditions économiques et morales déterminées. La société a changé depuis la Révolution française et le paradigme contractuel doit donc s'y adapter. Ainsi, M. Coipel justifie aujourd'hui la force obligatoire du contrat par les deux grandes valeurs qui l'habitent : l'utile et le juste. Le contrat est utile car il favorise le progrès économique et social, mais il n'est obligatoire que s'il est juste, ce qui suppose notamment que l'échange ne soit pas disproportionné et que les plus faibles soient protégés[14]. De manière similaire, je pense que la liberté contractuelle trouve sa justification dans un essai de conciliation entre l'utile et le juste. Chacun peut choisir son cocontractant *parce que* et *dans la mesure où* ce choix est utile (dans le sens où il favorise l'efficacité) et juste (dans le sens où il respecte l'équité). Corrélativement, la liberté contractuelle peut être limitée si elle mène à l'inefficacité ou à l'iniquité. Sur base de ce fondement théorique, on peut alors se tourner vers les limites à la liberté contractuelle qui tiennent du droit de la concurrence, au droit des obligations et à des législations plus spécifiques.

11. En ce sens l'arrêt de la Cour de cassation du 13 sept. 1991 déjà cité.
12. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruylant, 1964, pp. 436 à 451, nos 462 à 463*ter*.
13. Sur ce nouveau paradigme : J.F. Romain, « Le principe de la convention-loi (portées et limites) : Réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », in *Les obligations contractuelles*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 43.
14. M. Coipel, *Eléments de théorie générale des contrats*, Kluwer, 1999, p. 28. Coipel suit ainsi l'approche de J. Ghestin, *Traité de droit civil : Le contrat : formation*, 2e éd., L.G.D.J., 1988, p. 178. Cette approche a recueilli un large assentiment au sein de la doctrine privatiste contemporaine : J.F Romain, *op. cit.*, note 12, p. 47 ; P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, note 5, p. 882.

3. Une première exception à la liberté contractuelle : le droit de la concurrence

3.1. Le droit de la concurrence au niveau européen

La jurisprudence européenne en matière de refus de vente est abondante tant sur pied de l'article 81 CE (interdiction d'accords et pratiques concertées anti-concurrentiels) que de l'article 82 CE (interdiction des abus de position dominante). Pour en dégager les principes généraux, on peut catégoriser les différents cas selon un critère relatif aux conditions du refus[15] ; (1) il y a *refus de vente pur et simple* lorsque qu'une entreprise refuse de contracter bien qu'elle n'ait jamais auparavant contracté avec personne ; (2) il y a *retrait de vente* lorsqu'une entreprise refuse de contracter avec un cocontractant avec qui elle avait accepté de contracter dans le passé ; (3) il y a le *refus de vente discriminatoire* lorsqu'une entreprise refuse de contracter avec un sujet de droit alors qu'elle accepte de contracter avec d'autres sujets de droit qui sont dans les mêmes conditions.

En matière de refus pur et simple, la Cour de justice a décidé dans l'affaire *Bonner*[16] que deux conditions doivent être remplies pour que le refus soit abusif. Ces conditions sont fort restrictives car le droit antitrust protège la concurrence et non les concurrents, et partant un refus n'est considéré comme abusif que si l'entreprise dominante dispose d'une véritable mainmise sur les marchés apparentés[17]. (1) La ressource à laquelle l'accès est demandé doit être essentielle pour accéder à un marché lié[18]. C'est ainsi que les cas de refus pur et simple ont été regroupés au sein de *la doctrine dite des ressources essentielles*[19]. Cela implique

15. Voy. une distinction similaire dans la Communication de la Commission du 31 mars 1998 relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, *J.O.C.E.*, C 265 du 22 août 1998, p. 2, point 84.
16. C.J.C.E., 26 nov. 1998, *Bronner c. MediaPrint*, C-7/97, *Rec.*, I-7791, sp. points 41-45-46 et les remarquables conclusions de l'avocat général Jacobs. Voy. aussi : T.P.I.C.E., 15 sept. 1998, *European Night Services (ENS) et autres c. Commission*, aff. jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, *Rec.*, p. II-3141, sp. points 209 à 221.
17. Conclusions de l'avocat général Jacobs citées en note 15, point 65. Comp. avec la définition de la dominance qui est une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et finalement, des consommateurs (C.J.C.E., 14 fév. 1978, *United Brands c. Commission*, 27/76, *Rec.*, p. 207, point 65).
18. Par exemple, une entreprise de télécom comme Belgacom qui contrôle le réseau et offre des services de téléphonie peut vouloir refuser l'accès de son réseau à tout nouvel entrant voulant offrir des services de téléphonie.
19. B. Doherty, « Just what are essential facilities ? », *Comm. Market Law Rev.* 38, 2001, p. 397 ; D. Ridyard, « Essential Facilities and the Obligations to Supply Competitors under UK and EC Competition Law" », *Eur. Comp. Law Rev.*, 1996, p. 438 ; J. Temple Lang, « Defining Legitimate Competition : Compagnies' Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities », in B. Hawk (ed), *Fordham Corporate Law Institute*, 1995, p. 245 ; J. Temple Lang, « The Principle of Essential Facilities in European Community Competition Law – The Position since Bronner », *Jour. of Network Industries* 1, 2000, p. 375.

deux exigences cumulatives. D'une part, il ne peut exister aucun substitut réel à l'infrastructure : il n'y pas d'alternative existante, fût-elle même moins favorable, pour pénétrer le marché lié. D'autre part, il ne peut y avoir de substitut potentiel : il n'est pas possible de construire une nouvelle infrastructure dans des conditions raisonnables. Cette impossibilité peut être due à des raisons techniques, financières ou d'intérêt général comme la protection de l'environnement et elle peut évoluer avec le temps. En particulier pour évaluer s'il est économiquement raisonnable d'établir une nouvelle installation, le juge ne peut se baser sur les caractéristiques propres du demandeur d'accès mais il doit le faire sur base de celles d'une entreprise abstraite et fictive ayant les mêmes parts de marché sur le marché lié que le détenteur de la facilité. En pratique, cette condition revient à exiger que la ressource présente les caractéristiques d'un monopole naturel[20]. (2) Le refus d'accès ne peut être objectivement justifié. Ce deuxième aspect n'a pas été fort développé par la Cour de justice, mais la doctrine[21] s'accorde à accepter comme justification le fait que le demandeur d'accès ne présente pas assez de sécurité financière, qu'il n'est pas capable d'utiliser la ressource d'une manière technique appropriée ou encore que la ressource est déjà utilisée à pleine capacité. En l'espèce, la Cour a jugé qu'un important éditeur de journaux autrichien pouvait refuser l'accès à son système de portage à domicile à un autre éditeur de plus petite taille car il existait des substituts au système de portage.

En outre, lorsque la ressource demandée est protégée par un droit de propriété intellectuelle, la Cour de justice a décidé dans l'affaire *IMS Health*[22]. qu'une condition supplémentaire devait être établie pour que le refus soit abusif : l'entreprise qui a demandé la licence doit offrir des produits ou des services nouveaux que le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs. En l'espèce, la Cour a jugé qu'une entreprise de traitement de données pharmaceutiques ne devait pas donner l'accès à sa structure de collecte de données protégée par un droit d'auteur à un concurrent de plus petite taille qui comptait offrir les mêmes services de traitement de données.

---

20. M.A. Bergman, « The Bronner Case-A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine ? », *Eur. Comp. Law Rev.*, 2000, p. 61 ; *contra* B. Doherty, *op. cit.*, note 18, p. 424.
21. R. Whish, *Competition Law*, 5e éd, Butterworths, p. 677 ; B. Doherty, *op. cit.*, note 17, p. 430.
22. C.J.C.E., 29 avr. 2004, *NDC c. IMS Health*, C-481/01, non encore publié au Recueil, sp. point 52. Voy. aussi : C.J.C.E., 5 oct. 1988, *Volvo c. Veng*, 238/87, *Rec.*, p. 6211, sp. points 8-9 ; C.J.C.E., 5 oct. 1988, *CICRA et Maxicar c. Renault*, 53/87, *Rec.*, p. 6039 ; C.J.C.E., 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications (ITP) c. Commission*, aff. jointes C-241/91P et C-242/91P, *Rec.*, p. I-743, sp. points 50-56. Sur l'application de la doctrine des ressources essentielles aux droits de propriété intellectuelle, voy. I.S. Forrester, « EC Competition Law as a limitation on the use of IP rights in Europe : Is there reason to panic ? », in C.D. Ehlermann et I. Atanasiu (eds), *European Competition Law Annual 2003 : What is an Abuse of a Dominant Position ?*, Hart, 2004 ; V. Korah, « The interface between intellectual property and antitrust : the European experience », *Antitrust Law Journal*, 2002, p. 801.

En matière de refus pur et simple par un couplage de produits, la Cour de justice a décidé dans l'affaire *Tetra Pak II*[23], qu'une entreprise dominante ne peut lier la vente de deux produits, même si le couplage des deux produits est conforme aux pratiques commerciales, s'il n'était pas objectivement justifié. En l'espèce, la Cour a jugé que la société Tetra Pak ne pouvait lier la vente de ses machines pour conditionner des liquides alimentaires avec les cartons utilisés pour ce conditionnement.

En matière de retrait de vente, la Cour de justice a décidé dans l'affaire *Commercial Solvents*[24] que le détenteur d'une position dominante sur le marché des matières premières qui, dans le but de les réserver à sa propre production des dérivés, en refuse la fourniture à un client, lui-même producteur de ces dérivés, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de ce client, exploite sa position dominante d'une façon abusive. En l'espèce, la Cour a confirmé une décision de la Commission condamnant un grand groupe chimique qui produisait des matières premières utilisées pour la fabrication d'un médicament contre la tuberculose et qui avait cessé de les fournir à une petite entreprise pharmaceutique car le groupe avait décidé de produire lui-même les médicaments. Dans cette affaire, la Cour de Luxembourg ne semble pas avoir imposé le standard du monopole naturel comme elle l'a fait dans *Bonner*. Cela pourrait s'expliquer par le fait que la Cour souhaiterait traiter différemment le refus pur et simple et le retrait car l'élimination d'un concurrent existant heurte plus le sens de la justice que celle d'un concurrent potentiel. Toutefois, je pense que cela s'explique plutôt par le fait que durant ces dernières années, la Cour a renforcé son analyse économique, partant le cas *Commercial Solvents* serait peut-être décidé différemment s'il était jugé aujourd'hui[25].

Enfin en matière de refus de vente discriminatoire, la majorité des cas concerne des réseaux de distribution exclusive ou sélective sur pied de l'article 81 CE. Dans le passé, la Cour[26] suivait une approche plus économique que la

23. C.J.C.E., 14 nov. 1996, *Tetra Pak II*, C-333/94P, *Rec.*, p. I-5951. Voy. aussi C.J.C.E., 31 mai 1979, *Hugin c. Commission*, 22/78, Rec., p. 1869.

24. C.J.C.E., 6 mars 1974, *ICI et Commercial Solvents c. Commission*, aff. jointes 6 et 7/73, *Rec.*, p. 223, sp. point 25. Dans le même sens : C.J.C.E., 3 oct. 1985, *Centre Belge d'Etudes de Marchés-télémarketing (CBEM) c. CLT*, 311/84, *Rec.*, p. 3261 ; C.J.C.E., 13 déc. 1991, *RTT c. GIB*, 18/88, *Rec.*, p. I-5941, sp. point 18.

25. Selon C. Esteva Mosso et S. Ryan (« Article 82 », in J. Faull et A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 1999, p. 152, n° 3.145), le refus pur et simple et le retrait de vente sont traités de manière équivalente au regard de l'article 82 CE car ils ont le même effet sur la concurrence. Toutefois, un retrait est normalement plus difficile à justifier objectivement qu'un refus pur et simple. Voy. aussi les conclusions de l'avocat général Jacobs, *op. cit.*, note 15, point 59.

26. Pour les réseaux de distribution exclusive : C.J.C.E., 30 juin 1966, *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm*, 56/65, *Rec.*, p. 235 ; C.J.C.E., 13 juill. 1966, *Consten et Grunding c. Commission*, aff. jointes 56/64 et 58/64, *Rec.*, p. 299. Pour les réseaux de distribution sélective : C.J.C.E., 25 oct. 1977, *Metro I*, 26/76, *Rec.*, p. 1875 ; C.J.C.E., 16 juin 1981, *Salonia*, 126/80, *Rec.*, p. 1563 ; C.J.C.E., 25 oct. 1983, *AEG-Telefunken c. Commission*, 107/82, *Rec.*, 1983, →

Commission qui avait une approche trop formaliste[27]. Néanmoins, depuis son Livre Vert de 1996 sur les restrictions verticales qui mena à un nouveau règlement d'exemption et à des lignes directrices en 1999[28], la Commission s'est résolument tournée vers un raisonnement économique et adopte une politique plus souple en faveur des réseaux de distribution exclusive et sélective. En pratique, si un producteur n'a pas plus de 30% de parts de marché, il peut mettre sur pied tout réseau de distribution exclusif ou sélectif, à moins qu'il ne contienne un certain nombre de clauses interdites qui sont particulièrement dangereuses pour la mise en place du marché intérieur (comme la fixation des prix de vente)[29]. Si les parts de marché sont supérieures à 30%, l'accord est autorisé s'il n'est pas anti-concurrentiel selon l'analyse économique. Par exemple, un réseau de distribution sélective est permis si la nature particulière du produit requiert un tel système (produits de luxe, ...) et si les revendeurs sont choisis sur base de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires de caractère qualitatif[30].

On le voit, la jurisprudence européenne pose des conditions de plus en plus restrictives pour condamner les trois de types de refus de vente analysés et se rapprochent ainsi des enseignements des juristes américains[31] et des économistes[32]. En matière de refus pur et simple et de retrait de vente d'une entreprise intégrée verticalement ou horizontalement, on oppose généralement trois argu-

---

→ p. 3151 ; T.P.I.C.E., 27 fev. 1992, *Vichy c. Commission*, T-19/91, *Rec.*, p. II-415 ; T.P.I.C.E., 12 dec. 1996, *Édouard Leclerc c. Commission*, T-88/92, *Rec.*, p. II-1961.

27. B. HAWK, « System Failure : Vertical Restraints and EC Competition Law », *Comm. Market Law Rev.* 32, 1995, p. 973 ; V. KORAH, *An Introductionary Guide to EC Competition Law*, 7e éd, Hart, 2000, p. 347.

28. Livre Vert sur les restrictions verticales, COM(96) 721 ; Règlement 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, §3 du traité à des catégories d'accords verticaux et pratiques concertées, *J.O.C.E.*, L 336 du 29 déc. 1999, p. 21 et la Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, *J.O.C.E.*, L 291 du 13 oct. 2000, p. 1. V. KORAH and D. O'SULLIVAN, *Distribution Agreements under the EC Competition Rules*, Hart, 2002.

29. Règlement sur les restrictions verticales, *op. cit.*, note 28, articles 2 à 5.

30. Voy. l'arrêt *Metro I*, cité en note 26 ; Lignes directrices sur les restrictions verticales, *op. cit.*, note 27, point 185.

31. Ph. AREEDA, « Essential Facilities : An epithet in need of limiting principles », *Antitrust Law Jour.* 58, 1990, p. 841 ; Ph. AREEDA et H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, vol. 3A, 2nd ed, Aspen Publishers, 2002, n° 787 ; A.B. LIPSKY et J.G. SIDAK, « Essential Facilities », *Stanford Law Rev.* 51, p. 1187 ; G.J. WERDEN, « The Law and Economics of the Essential Facility Doctrine », *Saint Louis University Law Jour.*, 1987, p. 433.

32. M. MOTTA, *Competition Policy : Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004 ; S.C. SALOP, « Vertical Mergers and Monopoly Leverage », in P. NEWMAN (ed), *The New Palgrave Dictionary on Economics and the Law*, 1999, p. 669 ; P. REY, P. SEABRIGHT, J. TIROLE, « The Activities of a Monopoly Firm in Adjacent Competitive Markets : Economic Consequences and Implications for Competition Policy », *Miméo*, Université de Toulouse, 2001 ; P. REY et J. TIROLE, « A Primer on Foreclosure », in M. ARMSTRONG et R. PORTER (eds), *Handbook of Industrial Organization*, v. III, North-Holland, à paraître. Un courant d'écono-
→

ments d'efficacité contre l'imposition d'une obligation de contracter. Premièrement, la majorité des cas d'intégration verticale ou de couplage de produits ne sont pas anti-concurrentiels. En effet, une entreprise dominante ne peut récolter qu'une seule rente de monopole et elle n'a en général pas besoin d'exclure un concurrent sur un marché lié pour s'en emparer. Ainsi, la plupart des refus de vendre s'expliquent par des raisons d'efficacité et ce n'est que dans certaines hypothèses rares qu'un refus de vendre est anti-concurrentiel. Deuxièmement, toute obligation de contracter risque de diminuer les incitants à l'investissement tant des entreprises qui doivent donner l'accès (pourquoi investir s'il faut ensuite partager sa ressource avec ses concurrents ?) que de celles qui en bénéficient (pourquoi prendre le risque d'investir dans une infrastructure si on peut demander au juge l'accès à celle de son concurrent ?). Ainsi, en imposant une obligation de contracter, le juge risque de sacrifier la concurrence à long terme sur l'autel de la concurrence à court terme. Troisièmement, même si le refus est anti-concurrentiel, l'autorité administrative ou le juge appliquant le droit antitrust est mal équipé pour remédier à ce problème. En effet, il doit non seulement imposer une obligation d'accès mais aussi en déterminer le prix, ce qui est particulièrement difficile si la ressource n'a jamais été mise sur le marché. En matière de refus discriminatoire dans le cadre de réseaux de distribution exclusive et sélection, l'analyse économique montre que les effets pro-concurrentiels[33] (comme par exemple la lutte contre le parasitisme, la protection des investissements ou le maintien des normes de qualités) contre-balançent souvent les prétendus effets anti-concurrentiels (comme l'exclusion de certains distributeurs).

En résumé, on serait dans une phase de transition d'un droit de la concurrence protégeant la liberté économique des entreprises[34] vers un droit antitrust protégeant l'efficacité[35]. Désormais, il ne suffit plus de montrer qu'une pratique heurte ou même exclut un concurrent du marché pour la condamner. Il faut aussi prouver qu'elle porte atteinte à l'efficacité économique. C'est le cas lorsque l'exclusion d'un concurrent ne résulte pas du jeu normal de la concurrence mais

→ mistes plus extrêmes, associé à l'université de Chicago, avait même considéré que les refus de contracter et l'intégration verticale n'étaient jamais anti-compétitifs. Les juristes de cette mouvance en avaient presque déduit que le refus de contracter dans ce cas devait être *per se* légal : R. BORK, *The Antitrust Paradox*, Free Press, 1978 (ré-édité en 1993), p. 346 ; R. POSNER, *Antitrust Law*, 1e ed, University of Chicago Press, 1976.

33. Lignes directrices sur les restrictions verticales, *op. cit.*, note 28, points 115 à 118.
34. Sur cette conception, voy. G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power*, Hart, 1997 ; et sur l'évolution de la conception du droit européen de la concurrence : D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Clarendon Press, 1998.
35. Sur cette conception, voy. R. BORK, *op. cit.*, note 32 ; E. FOX, « You protect competitors, we protect competition », *World Competition* 26, 2003, p. 149 ; MOTTA, *op. cit.*, note 32.

est basée sur des pratiques dites anti-concurrentielles[36]. Cette évolution implique une utilisation accrue de la science économique[37] (principalement l'économie industrielle et l'économétrie) puisque c'est le rôle de cette science de déterminer la manière d'atteindre une allocation optimale des ressources et de repérer les pratiques anti-concurrentielles. Cette transition encore inachevée me semble devoir être approuvée car, d'une part, elle introduit plus de rigueur dans le raisonnement de l'antitrust, et, d'autre part, elle concentre l'intervention publique antitrust sur un objectif bien défini, ce qui est souhaitable au vu de la théorie des distorsions dans les politiques publiques[38].

À son tour, le recours à la science économique mène à une approche plus souple (i.e. moins de condamnations) au regard des refus de vendre car les économistes ont montré qu'un refus de vente était souvent justifié et que l'impression d'une diminution de l'efficacité suite à l'exclusion d'une entreprise n'était souvent pas fondée. Ainsi, se dessinerait de manière de plus en plus rigoureuse une limite à la liberté contractuelle qui tiendrait à son premier fondement lié à l'efficacité : la liberté n'est plus admise lorsque, selon les enseignements de l'analyse économique, elle mène à l'inefficacité.

---

36. Notez qu'une pratique anti-concurrentielle est rationnelle, *i.e.* dans l'intérêt de l'entreprise qui la commet. Mais comme elle n'est pas dans l'intérêt de la société en général, elle justifie une intervention publique l'interdisant. En d'autres termes, une intervention publique se justifie lorsque l'hypothèse de la coïncidence des intérêts privés et de l'intérêt public d'Adam Smith n'est plus vérifiée suite aux caractéristiques particulières du marché.

37. Communication de la Commission du 20 avril 2004, Une politique de concurrence proactive pour une Europe compétitive, COM(2004) 293, p. 8 qui note que « l'analyse économique est un élément clé parce que la politique de concurrence influe sur les décisions économiques fondamentales en matières d'investissement, de concentrations et de prix, et donc sur la performance économique. Elle met résolument l'accent sur les effets économiques du comportement des entreprises ou des mesures prises par les Etats. Elle permet plus généralement de déterminer les circonstances dans lesquelles des caractéristiques telles que les profits élevés et une part de marché substantielle sont l'indice d'un pouvoir de marché ». Voy. aussi J. STUYCK, « Le droit de la concurrence : Réalisme économique, subsidiarité et intérêt général dans l'évolution du droit de la concurrence », in O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL (eds), *Une Constitution pour l'Europe : Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, 2004, p. 305. La multiplication des ouvrages européens traitant de l'analyse économique dans la politique de concurrence témoigne également de cette tendance : S. BISHOP et M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, 2e éd, Sweet & Maxwell, 2003 ; D. HILDEBRAND, *The Role of Economics in the EC Competition Rules*, 2e éd, Kluwer, 2002 ; M. MOTTA, *op. cit.*, note 31 ; R.J. VAN DEN BERGH et P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics*, Intersentia, 2001.

38. L'idée est que chaque instrument d'intervention économique se concentre et poursuive un seul objectif. Elle fut développée initialement par Jan Tinbergen, premier prix Nobel d'économie (voy. notamment J. TINBERGEN, *Economic policy : Principles and design*, North-Holland, 1978). Voy. aussi J. BHAGWATI, « The Generalized Theory of Distortions and Welfare », in J. BHAGWATI et al. (eds), *Trade, Balance of payments and Growth : Papers in Honor of Charles P. Kindleberger*, North-Holland, 1971, p. 69 ; et T.N. SRINIVASAN, « The Generalized Theory of Distortions and Welfare Two Decades Later », in R.C. FEENSTRA et al. (eds), *The Political Economy of Trade Policy : Papers in Honor of Jagdish Bhagwati*, MIT Press, 1996, p. 3.

3.2. Le droit de la concurrence au niveau belge

Le droit antitrust au niveau belge est appliqué par les articles 81 et 82 CE qui ont un effet direct[39] et par les articles 2 et 3 de la loi sur la protection de la concurrence économique (LPCE)[40] qui sont inspirés du Traité CE. Dès lors, la lutte contre les refus de vente anti-concurrentiels devrait suivre l'approche européenne. Certains cas ont été jugé directement sur base de la LPCE, particulièrement dans le secteur audiovisuel pour les relations entre les producteurs de programmes et les cablo-distributeurs[41]. Toutefois en pratique, la grande majorité des refus de vente[42] n'a pas été attaquée au Conseil de la concurrence ou devant les juges du fond directement sur base du Traité CE ou de la LPCE, mais devant le juge des cessations sur pied de l'article 93 de la loi sur les pratiques du commerce et de la protection du consommateur (LPCC)[43]. Depuis que la Cour de cassation a considéré que toute violation d'une disposition légale est un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale[44], il est désormais acquis que chaque pratique anti-concurrentielle interdite par la LPCE viole également la LPCC. Et les plaideurs préfèrent recourir à la LPCC car ils disposent de la redoutable action en cessation.

---

39. C.J.C.E., 30 janv. 1974, *BRT c. SABAM I*, 127/73, *Rec.*, p. 51.
40. Lois coordonnées par l'Arrêté royal du 1er juillet 1999 (*M.B.*, 1er sept. 1999) portant coordination des lois du 5 août 1991 et 26 avril 1999 sur la protection de la concurrence économique. Sur cette loi : P. De Vroede (ed), *Protection de la concurrence économique*, La Charte, 1993 ; P. De Vroede, *De wet tot bescherming van de economische mededinging*, Mys & Breesch, 1997 ; J. Stuyck et P. Wytinck (eds), *De hervormde Belgische mededingingswet*, Kluwer, 2000 ; J. Stuyck et P. Wytinck (eds), *De Belgische mededingingswet Anno 2003*, Kluwer, 2003 ; D. Vandermeersch, *De Mededingswet*, Kluwer, 1994.
41. Ainsi, le refus de certains câblo-distributeurs de mettre Canal + sur le câble a été jugé contraire à l'article 3 LPCE : Bruxelles (réf.), 21 janv. 1999, *Auteurs & Médias*, 1999, p. 259. Toutefois, dans des circonstances similaires, le refus de certains distributeurs de mettre TF1 ou Eurosport sur le câble n'a pas été jugé contraire à la LPCE : Bruxelles, 19 nov. 1997, *Auteurs & Médias*, 1997, p. 364 ; Bruxelles (réf.), 29 mars 1996, *Auteurs & Médias*, 1996, p. 436. Voy. aussi : Conseil de la concurrence, 4 sept. 1995, *Auteurs & Média*, 1996, p. 47. Également décidé sur base de la LPCE dans le domaine de l'électricité : Comm. Bruxelles (réf.), 12 fev. 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1146.
42. Et plus généralement de tous les comportements anti-concurrentiels.
43. Sur cette loi : A. De Caluwé, A.C. Delcorde et X. Leurquin, *Les pratiques du commerce*, Larcier ; F. de Patoul, L. Van De Kerchove et Z. Pletinckx, « Les pratiques de commerce », in *Guide juridique de l'entreprise*, Livre 84*bis*, Kluwer, 2003 ; J. Stuyck en P. Wytinck (eds), *De nieuwe wet handelspraktijken*, Story-Scientia, 1992 ; J. Stuyck, *Beginselen van Belgische Privaatrecht, t. XII 2A : Handelspraktijken*, 2e éd, Story Scientia, 2004.
44. Cass., 2 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1081 ; et Cass., 31 janv. 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 481. Voy. A. Puttemans, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruylant, 2000, pp. 130 à 140 et les références citées. Sur la notion d'usages honnêtes en matière commerciale, voy : P. De Vroede, « La notion d'usages honnêtes en matière commerciale », *R.C.J.B.*, 1982, p. 65 ; A. Puttemans, « Usages honnêtes, distribution sélective et vente hors réseau : mention impossible ? », *R.C.J.B.*, 1999, p. 29 ; J. Stuyck, « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur*, éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 141.

Ainsi en matière de refus de vente pur et simple, dans l'affaire *Isopress*, le Président du tribunal de commerce de Bruxelles[45] a considéré qu'une agence de presse avait commis un abus de position dominante (et partant enfreint la LPCC) en refusant de communiquer à des agences de presse photographiques concurrentes les informations relatives aux événements futurs et ayant pour conséquence de les éliminer du marché. La même juridiction a considéré dans l'affaire *Kapitol Trading*[46] que Belgacom avait commis un abus de position dominante (et partant enfreint la LPCC) en tentant d'empêcher la mise sur le marché d'un CD-Rom reprenant les données issues de l'annuaire téléphonique. On pourrait considérer que ces deux décisions consacrent implicitement en droit belge la doctrine des ressources essentielles qui a été développée au niveau européen[47] et qui a été consacrée par plus États membres[48].

En matière de retrait de vente, dans l'affaire *Télémarketing*[49], la Cour d'appel de Bruxelles a considéré, sur base des réponses reçues de la Cour de justice, que la CLT avait commis un abus de position dominante (et partant enfreint la LPCC) en ne permettant plus à une petite société de télémarketing de diffuser ses numéros de téléphone sur les chaînes de RTL-TVi car la CLT voulait se lancer elle-même dans les activités de télémarketing. La même Cour a jugé dans l'affaire *Promédia*[50] que Belgacom avait commis un abus de position dominante (et partant enfreint la LPCC) en décidant d'offrir les informations relatives à ses abonnés à des prix excessifs (ce qui équivalait à un refus) à ITT-Promédia qui éditait les annuaires dans le passé car Belgacom avait décidé d'éditer ses propres annuaires.

En matière de refus discriminatoire, la majorité du contentieux s'est concentré sur les systèmes de distribution mis en place par les éditeurs de journaux[51].

---

45. Prés. Comm. Bruxelles, 14 août 1992, *Ann. prat. comm*, 1992, p. 351.
46. Prés. Comm. Bruxelles, 19 juill. 1995, *Ann. prat. comm*, 1995, p. 788 ; Voy. C. de TERWANGNE et Y. POULLET, « Les annuaires téléphoniques au carrefour des droits », *J.T.*, 1996, p. 425 ; J. DERENNE, « Les annuaires téléphoniques et le droit communautaire », *Auteurs & Médias*, 1996, p. 206.
47. En ce sens : E. VEGIS, « La théorie des 'essential facilities' : genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteintes à la concurrence », *R.D.C.*, 1999, p. 4.
48. Comme la France : Cass. fr. (com.), 25 janv. 2000 (aff. Héli-Inter Assistance), *BOCCRF*, 7 mars 2000 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *L'abus de position dominante*, L.G.D.J., 2002 ; ou le Royaume-Uni : High Court of Justice en 1998 (aff. aéroport d'Heathrow), cité par D. CHALMERS, « Application of Community Law in the United Kingdom », *Comm. Market Law Rev.*, 2000, p. 117.
49. Bruxelles, 17 mai 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 448 et la note de D. PUTZEYS.
50. Bruxelles, 9 juin 1998, *Ann. prat. comm*, 1998, p. 720. Cette affaire des annuaires mena à prés de vingt décisions judiciaires toutes instances confondues ; voy. W. DEVROE, « Proliferatie van de toezichthouders », *Miméo*, Octobre 2001 ; C. de TERWANGNE et Y. POULLET, *op. cit.*, note 42, p. 425.
51. Comme le note VAN BUNNEN (*op. cit.*, note 2, p. 18), « en matière judiciaire, il existe des modes : certains types de conflits surgissent et se multiplient presque en même temps, devant plusieurs juridictions du pays et puis passent et ce type de conflit disparaît ». Pour d'autres affaires récentes dans lesquelles un système de distribution sélective a été condamné : Bruxelles, 22 avril 1999, *R.D.C.*, 1999, p. 418 ; Liège, 14 sept. 1999, *Ann. Prat. Comm.*, 1999, p. 554.

En 1976, sous pression des revendeurs, l'ensemble des éditeurs de journaux belges et l'Agence Média Presse (AMP) en charge de la distribution ont mis en place un système de distribution sélective faisant dépendre l'agréation de tout candidat revendeur de l'avis d'une commission régionale composée de représentants des éditeurs, de l'AMP et des revendeurs. Ce système restrictif, qui fut légèrement modifié en 1983, a été condamné à plusieurs reprises. En 1983, le Conseil du contentieux économique[52]. le jugea contraire à l'ancienne loi sur les abus de puissance économique car l'agréation était arbitraire et discriminatoire. En 1985, dans l'affaire *Club*[53], la Cour de cassation rejeta un pourvoi contre un arrêt fort bien motivé de la Cour d'appel de Bruxelles. Cet arrêt avait jugé que l'AMP avait enfreint l'article 81 CE en refusant d'agréer les revendeurs Club qui créaient un danger de concurrence pour les revendeurs déjà présents et géographiquement proches. La même année dans l'affaire *Binon*[54]. remarquablement motivée et étonnamment moderne, le président du tribunal de commerce de Bruxelles condamna une nouvelle fois l'AMP pour violation des articles 81 et 82 CE en refusant d'agréer le revendeur Binon. Par la suite, apparemment dégoûtée, l'AMP s'est cantonnée dans sa fonction d'intermédiaire en laissant à chaque éditeur de journaux, individuellement, le soin d'agréer un candidat. Si ce changement mit fin au problème d'intégration verticale et diminua substantiellement le pouvoir de marché de l'entité chargée de l'agréation, il ne réduisit pas pour autant le contentieux. Ainsi en 1994 dans l'affaire *Press Corner*[55], la Cour d'appel de Bruxelles a confirmé une condamnation du groupe Rossel (éditeur du Soir) pour refus de livrer à la librairie Press Corner. Le premier juge avait décidé que le Soir était indispensable à la survie de Press Corner et que le refus était discriminatoire. De même en 1995, la Cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire *Malliet*[56] considéra que l'éditeur flamand Hoste (publiant notamment Het Laastse Nieuws et De Morgen) était dominant sur un marché défini étroitement de ses propres publications et avait abusé de sa position en refusant de livrer un revendeur. Toutefois, cette jurisprudence n'est pas unanime car pour des faits similaires, le même éditeur ne fut pas condamné par trois autres juridictions du pays[57].

La mode du contentieux a aussi touché l'allocation des noms de domaines

52. Avis du Conseil du contentieux économique du 10 mai 1983, *M.B.* 17 août 1983.
53. Cass., 27 juin 1985, *Pas.*, I, p. 1394, rejetant le pourvoi contre Bruxelles, 20 déc. 1983, *J.T.*, 1984, p. 74, confirmant Prés. Comm. Bruxelles, 15 nov. 1982, *J.T.*, 1983, p. 101.
54. Prés. Comm. Bruxelles, 23 oct. 1985, 1987, p. 293 avec la note de B. van de Walle de Ghelcke ; et C.J.C.E., 3 juill. 1985, *Binon c. AMP*, 243/83, *Rec.*, p. 2015. Voy. aussi : Communication de la Commission, cas 31.609, *A.M.P.*, *J.O.C.E.*, C 164 du 23 juin 1987, p. 2.
55. Bruxelles, 25 fév. 1994, cité par L. Van Bunnen, *op.cit*,. note 2, p. 18, confirmant Prés. Comm. Bruxelles, 29 mars 1993, *Ann. Prat. Comm.*, 1993, p. 384 avec la note D. Van Bunnen, « Le caractère abusif du refus de vente de journaux ».
56. Bruxelles, 21 juin 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 567 confirmant Prés. Comm. Bruxelles, 14 oct. 1994, *Ann. prat. comm.*, 1994, p. 543.
57. Prés. Comm. Malines, 5 fév. 1988, *Ann. prat. comm.*, 1988, p. 215 ; Anvers, 31 mars 1992, *Ann.* →

Internet par la société DNS.be[58]. Lorsque DNS.be s'est vu attribuer le monopole pour allouer les noms de domaine '.be', elle a d'abord mené une politique assez restrictive qui donna lieu à de nombreux litiges (principalement pour abus de droit mais également pour abus de position dominante). En 2000, dans l'affaire *F.E.*, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a ainsi condamné DNS.be pour avoir octroyé les noms de domaine de façon subjective et partiale. Incidemment, le président ajoute que DNS 'résiste avec peine au reproche d'abuser de sa position dominante'[59]. Le contentieux s'est finalement tari lorsque DNS a décidé de libéraliser totalement l'attribution des noms de domaine et de les allouer selon le principe du 'premier arrivé, premier servi'. Dans une autre affaire de refus discriminatoire *RVA*[60], la Cour d'appel de Bruxelles a jugé que la concession de la Régie des Voies Aériennes à Belgavia pour le traitement des passagers à l'aéroport de Zaventem et le refus d'accorder ce même droit a Lufthansa étaient contraires aux articles 81 et 82 CE, et partant violaient la LPCC.

En résumé, la plupart des cas de refus de vente attaqués sur base du droit de la concurrence a été jugée *via le prisme déformant* de la loi sur les pratiques du commerce. Si on peut l'expliquer pour des raisons de procédure, cela a eu une influence certaine sur la manière dont les cas ont été décidés. Les juges des cessations ne sont pas tous des experts en droit de la concurrence et encore moins en théorie économique. Dès lors, ils ont tendance à juger les cas qui leur sont soumis sur base d'une analyse sommaire des conditions et des motifs du refus, sans se livrer à un examen approfondi des caractéristiques économiques du marché[61]. Cette attitude est regrettable car elle est contraire au droit européen (à tout le moins à son évolution récente) qui intègre mieux l'analyse économique. En particulier, l'abus de position dominante doit se juger objectivement selon son effet sur la concurrence et non subjectivement selon

---

→ prat. comm., 1992, p. 267 ; Prés. Comm. Courtrai, 6 fév. 1995, *Auteurs & Media*, 1996, p. 176 et la note H. De Bauw, « Marktpositie en Machtsmisbruik van Krantenuitgevers ». Dans le même sens : Anvers, 7 déc. 1993, *Ann. Prat. Comm.*, 1993, p. 355 ; Prés. Comm. Verviers, 1 oct. 1992, *Ann. Prat. Comm.*, 1992, p. 364 ; Prés. Comm. Bruxelles, 5 mai 1997, *Ann. Prat. Comm.*, 1997, p. 790.

58. Sur la question des noms de domaine, voy. A. Cruquenaire, « La loi du 26 juin 2003 relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine : et la montagne accoucha d'une souris... », *J.T.*, 2004, p. 545.

59. Prés. Comm. Bruxelles, 8 nov. 2000, *J.T.*, 2001, p. 507 et la note de A. Cruquenaire ; « Les règles d'attribution des noms de domaine et le droit de la concurrence ».

60. Bruxelles, 7 déc. 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 676. Notez également la décision de la Commission du 28 juin 1995, *Régie des Voies Aériennes*, *J.O.C.E.*, L 216 du 12 sept. 1995, p. 8 : la Commission a condamné l'Etat belge car la Régie des Voies Aériennes pratiquait des redevances d'atterrissage discriminatoires entre les différentes compagnies aériennes.

61. Et ce d'autant plus que les plaideurs basent leur action tant sur l'abus de position dominante que sur l'abus de droit.

l'intention de l'entreprise dominante[62]. En outre, elle risque d'introduire d'autres valeurs que l'efficacité dans l'application de l'antitrust, ce qui n'est pas souhaitable au vu de la théorie des distorsions dans les politiques publiques. Toutefois, avec le temps et notamment suite à la décentralisation du droit européen de la concurrence[63], le droit belge devra évoluer lui aussi vers plus d'analyse économique[64].

4. Autres exceptions au refus de vente et leurs relations avec le droit de la concurrence

4.1. Droit des obligations : Faute et abus de droit

À côté (et souvent en parallèle) du droit de la concurrence, l'autre moyen juridique principal pour attaquer un refus de vendre tient aux institutions traditionnelles du droit des obligations que sont la faute extra-contractuelle et l'abus de droit. Depuis longtemps, la Cour de cassation a admis qu'un refus de vendre pouvait être illicite[65]. Là encore pour bénéficier de l'efficacité de l'action en cessation, les plaideurs invoquent la faute et l'abus de droit *via* l'article 93 LPCC.

Par exemple en matière de distribution de journaux, la Cour de cassation a rejeté dans l'affaire *Franck*[66] un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Liège. Cet arrêt avait jugé que l'éditeur du journal La Meuse avait commis un abus de droit en refusant de livrer ses journaux à la librairie Franck car le motif utilisé (meilleure rentabilité) ne correspondait pas au motif réel (élimination de Franck qui était de nature à représenter un danger de concurrence pour les revendeurs géographiquement proches) et aucun autre motif légitime ne pouvait être invoqué. Dans deux affaires semblables *JGIN* et *Max & Zoë*[67], le président du tribunal de commerce de Bruxelles (chambre francophone) a considéré que DNS.be avait commis un abus de droit en refusant d'accorder des noms de domaine aux sociétés JGIN et Max & Zoë car le refus était insuffisamment motivé et discriminatoire. De même dans l'affaire *F.E.* déjà

62. C.J.C.E., 23 mai 1978, *Hoffman-La Roche c. Commission*, 102/77, *Rec.*, p. 1139, point 91.
63. Règlement 1/2003/CE du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, *J.O.C.E.*, L. 1, du 4 janvier 2003, p. 1.
64. Pour une appréciation critique de l'application actuelle de l'analyse économique en droit de la concurrence belge, voy. R.J. Van den Bergh et P.D. Camesasca, « De Wet Economische Mededinging en een economische en rechteconomische analyse », in J. Stuyck et P. Wytinck (eds), *De Belgische mededingingswet Anno 2003*, Kluwer, 2003, p. 1.
65. Cass., 18 fév. 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 621 ; Cass., 9 oct. 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 126.
66. Cass., 24 sept. 1992, *R.C.J.B.*, 1995, p. 10 avec les obs. de L. Van Bunnen, cité note 2.
67. Prés. Comm. Bruxelles, 21 fév. 2001, *Ann. prat. comm*, 2001, p. 877 ; Prés. Comm. Bruxelles, 22 mars 2001, *Ann. prat. comm*, 2001, p. 596.

citée[68], le président du tribunal bruxellois a jugé que le refus de DNS.be était constitutif d'un abus de position dominante et d'un abus de droit. Toutefois, cette jurisprudence n'est pas unanime car dans *Glystorff*[69], une affaire aux circonstances fort similaires, la Cour d'appel de Bruxelles (chambre néerlandophone) a jugé qu'aucun abus de droit n'avait été commis. D'autres décisions récentes[70] ont considéré comme constitutif d'un abus de droit le refus d'une ASBL organisant une foire annuelle d'accepter un exposant pourtant admis les autres années[71] ; le refus brutal d'un agent commercial de transmettre les commandes d'un client au principal alors que l'acheteur avait constitué une clientèle pour ce produit et risquait de perdre celle-ci[72] ; le refus d'une compagnie aérienne de permettre aux agences de voyage de vendre des billets aux mêmes conditions 'avantageuses' que celles qui sont proposées sur Internet[73]. Toutefois, ces quelques arbres ne devraient pas cacher la forêt et, dans la plupart des cas, les juges semblent réticents à considérer qu'un refus de vendre est abusif et à en ordonner la cessation[74].

Cette jurisprudence appelle plusieurs observations. Premièrement, deux principaux moyens de droit ont été utilisés pour condamner un refus de vente comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale : la violation de la loi sur la concurrence et/ou l'abus de droit. Dans le premier cas, le juge prend en compte le pouvoir de marché de l'entreprise qui refuse et l'effet sur le

68. *Cf.* note 59.
69. Bruxelles, 30 oct. 2002, *Ann. prat. comm.*, 2002, p. 509.
70. Pour un aperçu des décisions plus anciennes, voy. R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) : Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, p. 247, n^os^ 53-54 ; P. DE VROEDE, Y. MERCHIERS, I. DEMUYNCK, « Overzicht van rechtspraak : Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming 1992-1997 », *T.P.R.*, 1999, p. 276, n^os^ 308-309 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, note 10, p. 160, n^os^ 68-69.
71. Bruxelles, 16 sept. 1997, *Ann. prat. comm,* 1997, p. 425.
72. Anvers, 2 nov. 1998, *Ann. prat. comm,* 1998, p. 515.
73. Prés. Comm. Bruxelles, 26 mars 2001, *D.C.C.R.*, 2002, p. 58 et la note de F. LONGFILS, « Le refus de vente par Internet : concurrence illicite ou consommation séduite ? ».
74. Pour des exemples récents où la demande d'action en cessation a été rejetée, voy. : Prés. Comm. Bruxelles, 15 fev. 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 744 ; Bruxelles, 16 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1622 ; Prés. Comm. Bruxelles, 29 juin 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 383 ; Prés. Comm. Bruxelles, 2 oct. 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 419 ; Liège, 3 oct. 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 336 ; Prés. Comm. Bruxelles, 4 oct. 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 838 ; Anvers, 22 nov. 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 345 ; Prés. Comm. Louvain, 10 oct. 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 840 ; Bruxelles, 8 mars 1996, *Ann. prat. comm.*, 1996, p. 627 ; Mons, 22 mai 1996, *Ann. prat. comm.*, 1996, p. 437 ; Prés. Comm. Bruxelles, 12 juin 1996, *Ann. prat. comm.*, 1996, p. 903 ; Bruxelles, 13 juin 1996, *Ann. prat. comm.*, 1996, p. 692 ; Bruxelles, 9 oct. 1996, *Ann. prat. comm.*, 1996, p. 808 ; Prés. Comm. Anvers, 29 mai 1997, *Ann. prat. comm.*, 1997, p. 793 ; Prés. Comm. Bruxelles, 27 août 1997, *Ann. prat. comm.*, 1997, p. 807 ; Bruxelles, 7 janv. 1998, *Ann. prat. comm.*, 1998, p. 426 ; Gand, 30 juin 1999, *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 541 ; Bruxelles, 15 sept. 1999, *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 894 ; Prés. Comm. Bruxelles, 27 déc. 2001, *Ann. prat. comm.*, 2001, p. 910 ; Prés. Comm. Louvain, 23 janv. 2002, *Ann. prat. comm.*, 2002, p. 1005 ; Anvers, 27 juin 2002, *Ann. prat. comm.*, 2002, p. 496. Dans ce sens également, Cass., 13 sept. 1991, déjà cité à la note 7 et Cass., 7 janv. 2000, cité à la note 95.

concurrent qui se voit opposer le refus. Dans le second cas, le juge prend en compte les motifs du refus et les conditions dans lesquelles il prend place. Deuxièmement, si certains ont noté une sévérité accrue des juges du fond et même des décisions qui procèdent à un renversement de la charge de la preuve obligeant le défendeur à justifier le caractère légitime de son refus de contracter[75], il apparaît que la jurisprudence reste réticente à imposer une obligation de contracter[76]. Troisièmement, si les juges ont été de plus en plus rigoureux dans l'appréciation des circonstances économiques de l'espèce et dans leurs motivations[77], leurs décisions n'appliquent pas avec suffisamment de rigueur les principes qu'elles invoquent, rendant le contrôle de la Cour de cassation plus difficile et menant à une incertitude juridique d'autant plus préjudiciable pour l'économie qu'une obligation de contracter a un impact important dans l'organisation des entreprises. J'ai montré dans la section précédente que les décisions basées sur le droit de la concurrence appliquaient insuffisamment les principes économiques qui en sont à la base. De manière semblable, les juges n'appliquent pas avec rigueur et précision les différents critères de l'abus de droit.

Dans le passé, on a pu discuter de l'application de l'institution de l'abus de droit aux libertés, mais certains auteurs ont montré de manière convaincante que l'abus de droit est un principe de nature à s'appliquer tant aux droits qu'aux libertés (notamment à la liberté de contracter)[78]. Traditionnellement, on considère que l'exercice d'un droit ou d'une liberté est abusif dans cinq hypothèses[79] : (1) exercice dans l'intention exclusive de nuire à autrui ; (2) exercice sans intérêt et en causant un préjudice à autrui ; (3) détournement de la finalité du droit ; (4) choix, entre plusieurs manières d'exercer un droit, de la manière la plus dommageable pour autrui ; (5) avantage retiré de l'exercice du droit qui est hors de toute proportion avec le préjudice causé à autrui.

L'application de ces critères à la liberté contractuelle est sans doute plus complexe que dans d'autres domaines pour plusieurs raisons. Premièrement, les firmes se comportent le plus souvent de manière rationnelle et il est peu probable qu'elles entreprennent une action qui ne leur procure aucun bénéfice, partant le critère 1 (et dans une certaine mesure le critère 2) n'est pas souvent d'application[80]. Deuxièmement, la liberté contractuelle n'est pas un droit ou

75. J.F. Romain, *op. cit.*, note 2, p. 452 et 462 ; P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, note 9, p. 164, n° 69 et les décisions citées.
76. J.F. Romain, « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et de proportionnalité en droit privé », *Rev. dr. ULB*, 2002-1, p. 249, n° 52.
77. P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, note 9, p. 162, n° 68.
78. J.F. Romain, *op. cit.*, note 2, pp. 452 à 458 ; J.F. Romain, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, 2000.
79. Voy. notamment : P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, note 6, pp. 902 à 905 ; P.A. Foriers, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *R.C.J.B.*, 1994, p. 189, sp. n° 16 ; S. Stijns, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? », *J.T.*, 1990, p. 40.
80. Néanmoins, pour des exemples d'application des critères 1 et 2, J. Stuyck, I. Buelens et D. Counye, *op. cit.*, note 2, p. 795, n^{os} 17 à 21.

une liberté-fonction et ses finalités ne sont pas limitativement définies, partant le critère 3 n'est pas applicable[81]. Troisièmement, les droits et libertés des firmes sont nécessairement en conflit et il est dans la logique même de notre système d'économie libérale de marché que les firmes causent des dommages à leurs concurrents, partant le critère 4 doit être utilisé avec une extrême prudence[82]. Cela ne veut pas dire qu'il n'est jamais d'application car promouvoir la concurrence ne signifie pas que 'tous les coups sont permis' sous réserve de l'antitrust. Par exemple, une grande entreprise qui s'intègre verticalement peut décider de ne plus fournir en matière première un petit opérateur actif sur le marché en aval et ainsi entraîner la faillite de ce petit opérateur. On pourrait estimer que le refus de la grande entreprise est constitutif d'un abus de droit.

En d'autres termes, la limite posée par l'abus de droit à la liberté contractuelle participerait du deuxième fondement de cette liberté, à savoir l'équité. Comme l'application d'un simple principe d'équité doit être rejetée car il est trop incertain et trop difficile à contrôler par la Cour de cassation[83], son application est ainsi médiée par des institutions juridiques précises comme l'abus de droit ou encore la faute civile. Toutefois, en pratique, les juges du fond devraient appliquer de manière plus rigoureuse les principes des ces institutions et ils ne devraient pas se contenter de seulement scruter les motifs et les circonstances d'un refus de contracter. Comme le note J.F. Romain[84], la jurisprudence en matière de refus de vente contient des tendances qui font apparaître des extensions – non-conformes au principe – des critères de l'abus de droit. D'abord, la jurisprudence opère un glissement du critère 2 de l'absence totale d'intérêt et de l'absence d'intérêt raisonnable suffisant vers l'absence d'intérêt légitime voire de motifs légitimes, ce qui rend plus subjectif un critère qui devrait rester dans l'ordre objectif. Ensuite, les juges opèrent un glissement du critère 4 de la notion de proportionnalité économique vers celle de la proportionnalité fonctionnelle, et condamnent des refus sans se livrer à un véritable bilan avantages/préjudices. Enfin, des juges ont interdit le simple fait de pratiquer une discrimination, ce qui n'est actuellement pas un critère indépendant de l'abus de droit.

Ainsi les deux limites à la liberté contractuelle se dessinent : l'une tenant à l'efficacité (et appliquée *via* le droit antitrust) et l'autre à l'équité (appliquée *via* l'abus de droit principalement ou la faute civile). Si ces deux institutions juridiques aboutissent souvent au même résultat (le comportement anti-concurrentiel est également un abus de droit), elles ne se basent pas sur les mêmes valeurs et appliquent des critères différents. Ainsi, on peut imaginer des hypo-

81. J.F. Romain, *op. cit.*, note 2, p. 460 ; J. Stuyck, I. Buelens et D. Counye, *op. cit.*, note 2, p. 795, n° 16.
82. Pour des exemples d'application, J. Stuyck, I. Buelens et D. Counye, *op. cit.*, note 2, p. 796, n^{os} 22 à 23.
83. P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, note 5, p. 883.
84. J.F. Romain, *op. cit.*, note 76, p. 249, n^{os} 52-56.

thèses où elles ne mènent pas aux mêmes résultats[85]. On peut imaginer des comportements efficaces (et admis par les droits de la concurrence) qui heurtent l'équité. Pour reprendre mon exemple, il se peut que l'intégration de la grande entreprise soit efficace. Néanmoins, il faut la condamner au nom d'autres valeurs comme celle des intérêts sociaux de l'entreprise à protéger[86]. En cas de conflit de valeurs, le juge doit les mettre en balance pour faire prévaloir celle qui lui semble la plus raisonnable dans le cas d'espèce. Ce conflit potentiel m'amène à la question fort discutée en doctrine des relations entre la loi sur la protection de la concurrence et la loi sur les pratiques du commerce. Notons d'emblée que cette question concerne seulement les actes qui relèvent du champ d'application de la LPCE, comme le refus de vente, la discrimination, la concurrence directe du fabricant avec ses revendeurs ou la vente à perte. Ils ne concernent pas les autres pratiques qui peuvent être contraires à la LPCC comme le parasitisme.

Trois thèses principales s'affrontent. La première thèse[87], qui affirme *l'effet limitatif absolu*[88], considère que seuls les comportements interdits par la LPCE peuvent être prohibés par la LPCC. Corrélativement, tous les comportements permis par la LPCE (et notamment toutes les actions unilatérales des firmes non dominantes) ne pourraient pas être ensuite condamnés par la LPCC. La deuxième thèse[89], qui affirme *l'effet limitatif relatif*, considère que seuls les comportements interdits par la LPCE *ou* ceux constitutifs d'un abus de droit peuvent être interdits par la LPCC. Enfin la troisième thèse[90], qui soutient *l'absence d'effet limitatif*, considère que les deux lois sont indépendantes et que

85. Comme le souligne J.F. Romain (*op. cit.*, note 76, p. 237, n° 42), l'abus de droit n'est pas nécessairement l'abus de position dominante et réciproquement. Notez que puisque toute violation d'une loi est une faute (Cass., 10 avr. 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 682), tout acte violant la LPCE est une faute mais toute faute n'est pas nécessairement anti-concurrentielle. En d'autres termes, la notion de faute est plus large que la notion de comportement anti-concurrentiel car elle englobe d'autres valeurs que la seule efficacité.

86. Sur le caractère anti-concurrentiel de certaines politiques publiques, voy. G. Amato et L.L. Laudati (eds), *The Anticompetitive Impact of Regulation*, E. Elgar, 2001.

87. H. De Bauw, « Onrechtmatige mededinging en vrije concurrentie. Over de wisselverwerking tussen de Wet van Handelspraktijken en de Wet Economische Mededinging », *R.D.C.*, 1992, p. 19 ; L. Garzaniti et D. Vandermeersch, « L'effet limitatif du droit de la concurrence sur le droit de la concurrence déloyale : état de la question », *R.D.C.*, 1997, p. 4 ; R. Van Den Bergh, « Beroepsdeontologieën en eerlijke handelspraktijken : geen synoniemen », *R.W.*, 1983-84, p. 546 ; R. Van Den Bergh, « Discriminatie van een onafhankelijke afnemer », *Ann. prat. comm.*, 1993, p. 467.

88. Ou effet réflexe selon l'expression plus heureuse de J. Stuyck.

89. J. Stuyck, I. Buelens et D. Counye, *op. cit.*, note 2, p. 801.

90. A. De Caluwé, « La norme générale de conformité aux usages honnêtes est-elle principale ou résiduelle ? Est-elle subordonnée à la loi du 5 août 1991 ? », in C.U.P., *Pratiques du Commerce*, Liège, 1997, p. 104 ; A. Dessard et B. Francq, « Application par les juridictions ordinaires », in P. De Vroede (ed.) *Protection de la concurrence économique*, La Charte, 1993, p. 162 ; A. Delcorde, « Concurrence macro vs concurrence micro », in J. Gillardin et D. Putzeys (eds.), *Les pratiques du commerce : Autour et alentour*, Presses des Facultés universitaires Saint-
→

la notion d'usages honnêtes en matière commerciale n'est pas limitée par la LPCE.

La première thèse se base principalement sur deux arguments relatifs à la politique législative et à la sécurité juridique. Premièrement, en adoptant la LPCE qui serait tant une *lex specialis* qu'une *lex posterior* à la LPCC, le législateur aurait clairement choisi une organisation de marché basée sur la concurrence libre et effective et aurait privilégié la valeur d'efficacité inhérente à la LPCE. En outre, la LPCE participerait de la protection de l'intérêt général (la concurrence) alors que la LPCC ne protégerait que des intérêts particuliers (les concurrents). Dès lors, la première devrait primer sur la seconde et l'application de la LPCC ne pourrait avoir pour effet de porter atteinte à l'objectif suprême de concurrence effective. Deuxièmement, si un comportement admis par la LPCE devait être interdit par la LPCC, cela créerait une insécurité juridique puisqu'une entreprise respectant le droit de la concurrence pourrait néanmoins se faire condamner sur pied d'autres critères pas toujours très clairs. La deuxième thèse se base sur les deux mêmes arguments, tout en les nuançant et prévoyant une porte de sortie au juge qui voudrait condamner un refus de vente sans prouver qu'il est anti-concurrentiel. La troisième thèse se base sur l'indépendance des objectifs des deux lois : la LPCE vise à protéger la concurrence effective dans un objectif d'efficacité économique, alors que la LPCC vise à protéger la loyauté et l'équité dans les relations commerciales. Un conflit de lois reflète en réalité un conflit de valeurs et il n'y a pas de raison légitime de faire primer une valeur sur les autres.

Pour ma part, je me rallie à la troisième thèse qui me paraît respecter les multiples valeurs de notre société, l'intégrité des institutions juridiques et la sécurité juridique. La thèse de l'effet limitatif absolu ne me convainc pas car elle revient à faire primer l'efficacité sur toute autre valeur. Heureusement, cela ne correspond pas à notre modèle de société et au paradigme contractuel qu'il implique[91]. Dès lors, cette thèse risque de mener à une alternative dont les deux branches sont également regrettables. Soit le seul droit antitrust est d'application *et* ce droit poursuit exclusivement l'efficacité. Dans cette hypothèse, le système normatif serait en décalage avec la société qu'il régule. Soit le seul droit antitrust est d'application mais ce droit poursuit d'autres objectifs et valeurs que l'efficacité. Dans cette hypothèse, le droit de la concurrence belge serait en

→ Louis, 1997, p. 39 ; P. De Vroede, « De stakingsrechter en de Belgische mededingingswet », *R.W.*, 1995-1996, p. 137 ; Voy. pour une vision plus nuancée : B. Remiche, « La relation actuelle entre le droit de la concurrence et le droit de la concurrence déloyale est-elle satisfaisante ? », *Rev. Int. Conc.*, 1995/3, p. 35 ; B. Remiche, « Droits de la concurrence et de la concurrence déloyale : objets différents et objectifs communs », *Rev. Int. Conc.*, 1996/2, p. 29.

91. En ce sens, J.F. Romain (*op. cit.*, note 76, p. 240, n° 45) qui relève « qu'il n'existe pas de raison véritable de donner la prééminence au droit de la concurrence sur le droit restreignant et sanctionnant les pratiques déloyales au risque de développer une vision excessivement libérale du système juridique ».

contradiction avec l'évolution de droit européen et avec les enseignements de la théorie des distorsions des politiques publiques. En outre, il ne me semble pas que l'application indépendante de la LPCC augmente l'insécurité juridique par rapport à la situation antérieure qui prévalait lorsque la LPCE n'était pas en vigueur et que la seule LPCC était d'application[92]. Et à l'époque, les entreprises ne semblaient pas se plaindre d'une insécurité juridique inacceptable. Il est vrai que la thèse d'absence d'effet limitatif augmente inévitablement l'insécurité juridique par rapport à la thèse de l'effet limitatif absolu puisqu'elle multiplie les institutions juridiques pouvant être utilisées pour condamner un refus de vente. Néanmoins, cette augmentation de l'insécurité ne me paraît pas excessive car il s'agit d'exceptions – d'interprétation restrictive – à une liberté et semble être le prix à payer pour une société plus juste. La thèse de l'effet limitatif relatif ne me convainc pas non plus. D'une part, elle souffre de la même critique – dans une moindre mesure – que la thèse de l'effet limitatif absolu[93]. D'autre part, elle est difficile à justifier juridiquement. Si l'on admet qu'un comportement licite au regard de la LPCE peut être interdit par la LPCC, on ne voit pas pourquoi cette interdiction devrait se limiter à l'abus de droit et non à la notion plus large de faute qui reste le fondement des actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale[94].

En 2000, la Cour de cassation s'est prononcée sur cette controverse dans l'affaire *Multipharma*[95]. La Cour d'appel de Gand n'avait pas condamné le refus de livrer des entreprises du groupe Louis Widmer aux parapharmacies Equiform appartenant au groupe Multipharma car il n'était pas contraire pas au droit de la concurrence (vu les faibles parts de marché de Widmer) et n'était pas constitutif d'un abus de droit. Le pourvoi formé par Multipharma invoquait que toute faute civile pouvait être un acte contraire aux usages commerciaux, partant la Cour d'appel n'avait pas correctement motivé sa décision puisqu'elle n'avait pas écarté l'existence d'une faute généralement définie. En rejetant le pourvoi, la Cour de cassation note que « *la pratique d'une entreprise qui restreint la concurrence mais est admise tant par le droit européen concernant la concurrence que par la loi belge relative à la concurrence ne peut être interdite en vertu de l'obligation de respecter les usages honnêtes en matière commerciale, lorsque la violation des usages honnêtes, telle qu'elle est invoquée, consiste pour l'essentiel uniquement en une restriction de la concurrence entre les distributeurs (...) que (la Cour d'appel) décide à cet égard que (les entreprises Louis Widmer) ne commettent pas un abus de droit et, dès lors, exclut par ce motif, que la preuve de la violation des usages honnêtes en matière commerciale soit apportée* ». La majorité

92. En ce sens, l'avocat général De Riemaecker, cité en note 95, p. 44.
93. En particulier, l'extension mentionnée supra du principe de l'abus de droit pourrait s'expliquer par le fait que le juge tente de faire passer toutes valeurs par cette institution juridique au lieu de recourir à la faute civile.
94. En ce sens, J.F. Romain, *op. cit.*, note 76, p. 240, n° 45.
95. Cass., 7 janv. 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 39 avec les conclusions de l'avocat général De Riemaecker.

de la doctrine a noté avec satisfaction que la Cour a consacré la théorie de l'effet limitatif[96].

Toutefois, une certaine prudence s'impose. D'abord, c'est la théorie de l'effet limitatif relatif et non absolu que la Cour aurait ainsi consacré. Ensuite dans des conclusions remarquablement bien motivées, l'avocat général De Riemaecker s'est prononcé contre tout effet limitatif[97]. Troisièmement, la Cour a précisé que l'effet limitatif ne jouerait que si la violation invoquée consiste uniquement en une restriction de concurrence. L'effet limitatif de la LPCE se voit donc singulièrement 'limité' et des actes dont la composante fautive serait distincte de leur composante d'acte restrictif de concurrence pourraient être condamnés sur base de la LPCC indépendamment de la LPCE[98]. Enfin dans une affaire ultérieure *Iverlek*[99], la Cour de cassation a jugé, sans se référer à l'abus de droit, qu'une entreprise non dominante qui pratiquait des prix d'éviction (en-dessous des coûts) pour ses services pouvait être condamnée sur pied de l'article 93 LPCC. Ainsi, une pratique admise par la LPCE (car l'entreprise n'était pas dominante) peut être interdite par la LPCC sans devoir explicitement invoquer l'abus de droit. Dès lors, il me semble qu'on ne peut pas considérer que notre Cour suprême a fermement consacré la théorie de l'effet limitatif absolu ou même relatif, et on peut s'en réjouir vu la vision excessivement libérale que cette théorie implique.

4.2. L'offre permanente et les lois de libéralisation des industries de réseaux

Depuis le siècle dernier, il est admis que certaines entreprises se trouvent en situation d'offre permanente de sorte qu'elles doivent contracter avec les personnes qui s'adressent à elles après avoir accepté les conditions qu'elles posent[100]. Cette obligation trouve généralement sa justification dans une notion d'offre singulièrement étendue[101]. Par exemple, ont été considérées en état

96. J. Stuyck, « L'effet réflexe du droit de la concurrence sur les normes de loyauté de la loi sur les pratiques du commerce », *R.C.J.B.*, 2001, p. 249 ; E. Terryn, « Verkoper, consument en de beperkende werking van de W.E.M. op de W.H.P.C. », *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 629 ; M. Tison, « L'égalité de traitement dans la vie des affaires sous le regard du droit belge », *J.T.*, 2002, p. 702, n° 56 ; D. Vandermeersch, « Een door het mededingingsrecht toegelaten beperking van de mededinging strijdt op zich niet met eerlijke handelspraktijken : De verkoopsweigering opnieuw beteken », *R.D.C.*, 2000, p. 369.

97. En outre, notez que le conseiller Verougstraete, rapporteur dans l'affaire *Multi karma*, s'est, me semble-t-il, implicitement prononcé contre l'effet limitatif dans : I. Verougstraete, « La loi sur les pratiques du commerce : Loi pour une société en mutation ? », in *Liber Amicorum Aimé De Caluwé*, Bruylant, 1995, p. 365.

98. En ce sens, J.F. Romain, *op. cit.*, note 76, p. 244, n° 47.

99. Cass., 25 oct. 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1714 ; *R.D.C.*, 2002, p. 350 et la note de K. Daele, « De verkoop met verlies van diensten : *status questionis* na twee belangrijke cassatiearresten » ; *Ann. prat. comm*, 2001 et la note H. De Bauw.

100. Voy. H. De Page, *op. cit.*, note 11, t. II, n° 525 ; J. Van Ryn et J. Heenen, *op. cit.*, note 9, t. III, n° 12.

d'offre permanente[102] : des entreprises de spectacles, des sociétés productrices et distributrices de produits pharmaceutiques, les entreprises de transport, de distribution d'eau, de gaz et d'électricité, d'articles de presse, ... Le champ d'application de cette obligation était controversé. Il était admis qu'elle s'appliquait aux entreprises jouissant d'un monopole de droit, mais la doctrine discutait si elle s'appliquait également aux entreprises jouissant d'un monopole de fait. Ce devait être le cas si l'entreprise en monopole de fait assurait un service public au sens fonctionnel du terme. Avec P. Van Ommeslaghe[103], il me semble alors que le champ d'application de l'offre permanente doit se déterminer par référence à la notion de service public fonctionnel plutôt que par référence à celle de monopole de droit ou de fait.

Cette doctrine de l'offre permanente doit maintenant être combinée avec les récentes législations qui ont été adoptées, sous l'influence du droit européen, pour ouvrir à la concurrence certaines industries en réseau (télécommunications, électricité, ...). Cette libéralisation posait au moins deux problèmes au regard du refus de contracter. D'une part, il fallait assurer que tout nouvel entrant potentiel bénéficie d'un accès au réseau de l'ancien monopoleur, faute de quoi il leur serait économiquement impossible d'entrer sur le marché et la libéralisation resterait purement théorique. D'autre part, il fallait assurer que les citoyens continuent d'avoir accès à un service de base de bonne qualité et à un prix abordable.

Quant au premier problème relatif à l'accès des concurrents aux réseaux, le législateur européen, et à sa suite le législateur belge, ont estimé que le seul droit de la concurrence serait insuffisant pour garantir un accès efficace aux infrastructures et qu'il fallait le compléter par une législation spécifique prévoyant des droits d'accès avec des autorités de régulation particulières chargées de les mettre en œuvre. Par exemple, dans le secteur des télécommunications, Belgacom doit donner l'accès à son réseau à tout nouvel entrant sous le contrôle de l'Institut Belge des Postes et des Télécommunications, notamment via un catalogue d'interconnexion revu annuellement[104]. De même dans le secteur de l'électricité, il y a eu une séparation des opérations de génération, de transport et de distribution, et le gestionnaire du réseau de transport doit en donner l'accès

101. P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, note 9, p. 156, n° 65.
102. Voy. J.F. Romain, *op. cit.*, note 2, p. 8 pour les références des cas cités.
103. P. Van Ommeslaghe, *Cours de droit des obligations*, t. I, Presses Universitaires de Bruxelles, 1985, p. 186. Voy. également la note 108.
104. Chapitre X de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991, telle qu'amendée notamment par la loi du 19 décembre 1997. Sur cette loi, voy. F. Dehousse et T. Zgajewski, « Le basculement du marché belge des télécommunications dans la concurrence totale : les nouvelles perspectives ouvertes par la loi du 19 décembre 1997 », *J.T.*, 1999, p. 73 ; et F. Dehousse et T. Zgajewski, « Les nouveaux développements de la réglementation des télécommunications en Belgique (1999-2003) », *J.T.*, 2003, p. 425. Notez que cette loi est en train d'être modifiée pour adapter le droit belge au nouveau cadre réglementaire européen des communications électroniques adopté en 2002.

sous le contrôle de la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz[105]. Ces entreprises sont donc en état d'offre permanente en vertu d'une disposition législative. Comme ces obligations d'accès sont inspirées des principes du droit de la concurrence (en particulier de la doctrine des ressources essentielles[106]), on pourrait penser qu'elles ne devraient être imposées que sous les conditions fort restrictives de cette doctrine. Toutefois, la deuxième et la troisième objections des économistes contre l'accès obligatoire vues plus haut ne s'appliquent pas ici. D'une part, les infrastructures dont l'accès est demandé ont été déployées en période de monopole légal et non en période de concurrence, partant l'objection tenant aux effets négatifs sur les incitants à l'investissement est moins pertinente. D'autre part, un régulateur avec l'expertise et les moyens nécessaires pour fixer et contrôler le respect d'une obligation d'accès existe. Dès lors, il peut être justifié d'accorder plus facilement l'accès en régulation sectorielle qu'en droit de la concurrence[107].

Quant au second problème relatif à l'accès des utilisateurs finals aux réseaux et services, le législateur européen, et à sa suite le législateur belge, a estimé qu'un filet de sécurité (appelé service universel) devait être prévu pour assurer la continuité du service public au sens fonctionnel. Ainsi, les législations sectorielles prévoient le droit de chaque citoyen de bénéficier d'un service universel de qualité et des mécanismes de désignation des entreprises chargées de fournir ce service, sous contrôle du régulateur sectoriel. Les entreprises désignées pour la fourniture du service universel sont ainsi en état d'offre permanente en vertu d'une disposition légale[108]. Par exemple dans le secteur des télécommunications, Belgacom doit assurer les services téléphoniques de base[109].

4.3. Les lois sur les prix

Enfin, certaines lois sur les prix ont interdit le refus de contracter dans diverses hypothèses. Ainsi, une loi de 1924 sur la spéculation illicite de denrées et marchandises[110] punit de sanctions pénales les personnes qui ont tenté de

105. Chapitre IV de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.*, 11 mai 1999 ; et Chapitre IV*ter* de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisation tel qu'inséré par la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché du gaz, *M.B.*, 11 mai 1999.

106. E. Vegis, *op. cit.*, note 47, p. 19, n° 31.

107. En ce sens également, M. Motta, *op. cit.*, note 31, p. 66 ; et les conclusions de l'avocat général Jacobs sous Bronner, *op. cit.*, note 15, point 66.

108. Comme le service universel doit être fourni par des entreprises qui ne sont plus en monopole ni légal ni de fait, il apparaît que la justification de l'offre permanente basée sur la notion de service public fonctionnel plutôt que sur la notion de monopole est plus convaincante et se trouve ainsi consacrée par la loi dans certains secteurs particuliers.

109. Chapitre V de la loi du 21 mars 1991 reprise à la note 103. Voy. aussi le chapitre V de la loi du 29 avril 1999 reprise à la note 105.

110. Loi du 18 juillet 1924 sur la spéculation illicite en matière de denrées et de marchandises, *M.B.*, 14 août 1924. Voy. J.F. Romain, *op. cit.*, note 2, p. 8.

provoquer ou de maintenir des hausses ou baisses anormales de prix, notamment par des restrictions à la libre circulation de produits. Toutefois, l'application de cette loi a été très rare vu la définition stricte de l'infraction et la sévérité des peines prévues. En outre, l'article 4 de l'arrêté-loi de 1945 sur le contrôle des prix[111]. prévoit qu'il est défendu de soustraire à la circulation des produits soumis au régime de contrôle du prix normal ou maximum notamment en refusant de les vendre. Cet article a été interprété de manière extensive par un arrêt de la Cour de cassation de 1965[112]. Toutefois, cette interprétation a été unanimement critiquée par la doctrine car elle revenait à considérer que tout refus de vente d'un produit visé par l'arrêté-loi était interdit et elle semblait incompatible avec l'article 2, §3 du même arrêté-loi de portée beaucoup plus restrictive (pour qu'un refus soit abusif, il fallait notamment que la demande soit normale et émane d'un consommateur ou d'un détaillant). Vu la difficulté de compréhension de l'ensemble du système, il n'a été que très rarement appliqué.

Les lois sur les prix ont donc été de plus en plus rarement appliquées en matière de refus de vente. Avec l'entrée en vigueur de la loi sur la protection de la concurrence, les lois sur les prix ont encore perdu un peu plus de sens puisque le législateur a alors estimé que les prix sont mieux régulés (et les consommateurs mieux protégés) par une concurrence effective sur les marchés plutôt que par un contrôle étatique des prix[113].

5. Conclusion

En résumé, la liberté contractuelle est un principe fondamental de notre droit des contrats, et plus généralement de l'organisation de notre système économique. Toutefois, tant le législateur que les juges ont prévu des exceptions à cette liberté. Si les limites mises en place par la jurisprudence ne me semblent pas être excessives (à quelques exceptions près), elles me paraissent ne pas être suffisamment claires ni appliquer de façon suffisamment rigoureuse les principes juridiques. Dès lors, un travail de systématisation s'impose en partant des fondements mêmes de la liberté contractuelle.

Je propose de cadrer cette liberté dans le nouveau paradigme du droit des contrats, partant de la fonder sur les valeurs d'efficacité et d'équité. Corrélativement, les limites à la liberté sont également fondées sur ces deux valeurs. Un

111. Arrêté-loi du 22 janvier 1945 sur le contrôle des prix, devenu la loi sur la réglementation économique et les prix, *M.B.*, 24 janv. 1945, tel qu'amendée notamment par la loi du 23 décembre 1969. Voy. J. Van Ryn et J. Heenen, *op. cit.*, note 9, t. III, n° 153.

112. Cass. 24 mai 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1030.

113. J. Steenlant, « De nieuwe wet tot bescherming van economische mededinging », *T.P.R.*, 1992, p. 348 ; J. Stuyck, I. Buelens et D. Counye, *op. cit.*, note 2, p. 792, n° 9 ; D. Vandermeersch, *op. cit.*, note 39, p. 9.

refus de contracter est interdit s'il mène à une inefficacité pour la société *ou* s'il est injuste. Ces deux valeurs doivent alors être médiées par des institutions juridiques appliquées de manière rigoureuse par les juges du fond et contrôlées strictement par la Cour de cassation.

D'une part, la valeur d'efficacité est médiée par le droit de la concurrence (entendu au sens strict du droit antitrust) dont l'objectif principal est d'assurer une allocation optimale des ressources. Un refus de vente est interdit s'il ne peut se justifier par des raisons d'efficacité. Dans ce cas, le refus est sans doute bénéfique à l'entreprise qui la commet, mais non à l'intérêt général. Le juge doit faire preuve d'une grande rigueur dans son analyse et se baser sur les enseignements les plus récents de la science économique (principalement les modèles d'économie industrielle). En particulier, le simple fait qu'un concurrent est exclu du marché n'est pas nécessairement contraire à l'efficacité. D'autre part, la valeur d'équité est médiée par le droit des obligations, et principalement les institutions de la faute et de l'abus de droit. Un refus de vente est interdit s'il respecte un des critères de l'abus de droit (et particulièrement celui relatif à la disproportion des intérêts) ou les critères de la faute (l'homme normalement prudent et diligent). Là encore, le juge doit faire preuve de rigueur et démontrer en quoi les circonstances de l'espèce constituent un abus ou une faute civile. Si les deux institutions mènent souvent au même résultat, ce ne sera pas toujours le cas. Par exemple, un comportement efficace peut heurter l'équité. Dans ces hypothèses, le juge doit, via les institutions du droit des obligations, mettre en balance les valeurs d'efficacité et d'équité et faire prévaloir celle qui lui semble la plus raisonnable dans le cas d'espèce[114]. Ainsi, je ne pense pas que l'adoption de la loi sur la protection de la concurrence et le climat libéral de ces dernières années signifient une primauté absolue de la valeur d'efficacité en droit des contrats. Notre société recherche et promeut la concurrence, mais une concurrence juste, ce qui doit être reflété dans les décisions judiciaires.

Michel Coipel enseignait que l'art du juriste est de concilier des valeurs contradictoires en tenant compte des mœurs et des priorités de la société dans laquelle il vit. Il enseignait également que pour exercer son art, le juriste devait nécessairement se tourner vers les autres sciences sociales pour mieux appréhender les valeurs en présence et leurs conflits éventuels. Les limites à la liberté contractuelle me semblent illustrer le propos. Pour poser ces limites, le juge doit entrer dans un dialogue, constamment renouvelé, avec l'économiste, le sociologue, et pourquoi pas l'historien.

114. Notez que les institutions du droit des obligations ont ainsi une double fonction : d'une part, elles introduisent d'autres valeurs que la seule efficacité dans le traitement juridique des refus de vendre ; d'autre part, elles introduisent une mise en balance entre les diverses valeurs.

La figure contractuelle dans la formation du lien matrimonial, le divorce et l'établissement de la filiation

Jacques FIERENS
Avocat,
Professeur aux FUNDP et à l'ULg

Nuptias enim non concubitus sed consensus facit.
Ulpien, 3^e siècle après J.C.

Mariage : contract civil par lequel un homme est joinct à une femme pour la procréation des enfans legitimes
Antoine FURETIÈRE, 1690.

Les conventions finissent par former les êtres..
Marguerite YOURCENAR, 1976.

1. Les quelques remarques qui suivent tentent de montrer à quel point l'hypothèse contractuelle dans la formation des liens sociaux fondamentaux précède de loin le siècle qui a vu naître le Code civil et celui que nous vivons, et comment l'idéologie du contrat se marque dans l'établissement des liens familiaux, où elle devrait pourtant se heurter à des phénomènes naturels, au sens où ceux-ci s'imposeraient à l'être humain en limitant le champ de sa volonté.

2. Le droit de la famille repose sur deux relations essentielles, l'union de deux adultes et la filiation. La première se décline de plusieurs manières : mariage, cohabitation légale, union dite « libre ». Toutes ces modalités de formation des couples sont d'essence contractuelle. Cette remarque peut paraître banale parce que notre culture lui donne l'apparence de l'évidence, mais il n'en a pas toujours été ainsi. Longtemps, l'union de l'homme et de la femme a été considérée comme un impératif dicté par la nécessité de la reproduction, et l'autonomie de la volonté – surtout celle des premiers concernés et singulièrement celle de la femme – n'y a occupé qu'une place restreinte. Dans le cadre limité de cette communication, nous n'évoquerons que la conclusion du mariage et son corollaire, le divorce[1]. Du côté de l'établissement de la filiation, l'imposition par le

1. Nous laisserons également de côté les aspects patrimoniaux du mariage, au sujet duquel la →

droit du modèle contractuel est moins évidente. Jusque dans un passé récent, l'homme et la femme ne devaient-ils pas se soumettre, avec plus ou moins de joie ou de souffrance, aux évènements que constituaient la grossesse aléatoire de la mère, la naissance éventuelle d'un enfant ou au contraire l'attente déçue de celui-ci ? Or, bien avant l'apparition des moyens de maîtriser la fécondité, ou l'intervention médicale active dans la procréation, l'établissement de la filiation juridique a été tenue pour essentiellement contractuelle. Cette caractéristique est surtout celle de la filiation qui a longtemps été la seule valorisée par le droit, la filiation dans le mariage[2].

3. Nous entendons le contrat au sens de convention juridique que rappelle M. Coipel : « Il y a contrat lorsque deux ou plusieurs personnes concluent un accord et lorsqu'une personne au moins prend l'engagement de fournir une prestation – quelle qu'elle soit – envers la ou les autres »[3]. La loi enseigne que « toutes les dispositions relatives au droit de la famille sont en principe *d'ordre public*. Il n'est pas permis d'y déroger par convention (Code civ., art. 10). Elles fixent l'état d'une personne, qui est une *chose hors du commerce* (Code civ., art. 1128) »[4]. Le caractère péremptoire de ces prescriptions légales n'empêche pas que le champ ouvert au contractualisme dans l'établissement des rapports familiaux est aujourd'hui de plus en plus large.

4. Nul doute, comme le souligne encore M. Coipel dans la foulée de Henri De Page, que les grands principes du droit des contrats sont liés à la philosophie libérale du dix-neuvième siècle. La contractualisation du mariage et de la filiation est cependant l'aboutissement d'une conception de l'individu, du couple et de l'enfant qui puise ses racines dans l'Antiquité, s'abreuve aux conceptions chrétiennes et au droit canonique, ne cesse de s'amplifier depuis la Renaissance en se sécularisant, recueille les postulats du Siècle des Lumières et s'épanouit au sein d'une conception contemporaine de la liberté qui ne voit de

---

→ détermination du régime matrimonial secondaire relève du contrat explicite (le « contrat de mariage ») si les époux ne choisissent pas le régime légal, ainsi que les éventuels arrangements patrimoniaux sous forme de contrat qui peuvent accompagner le divorce.

2. L'adoption, qui n'établit pas de lien de filiation, présente un caractère conventionnel qui fait de moins en moins de doute. Voy. B. MAINGAIN, « La nature contractuelle de l'adoption et ses incertitudes », dans M.-Th. MEULDERS-KLEIN, (dir.), *Adoption et formes alternatives d'accueil*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, pp. 37-46, qui estime cependant que « depuis 1940, le droit belge de l'adoption s'éloigne insensiblement de son pôle contractuel. » (p. 45) Voy. aussi F. BOULANGER, *Enjeux et Défis de l'Adoption. Etude comparative et internationale*, Paris, Economica, 2001.

3. M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, Story-Scientia et Kluwer [Coll. À la rencontre du droit], 1999, n° 1, p. 3.

4. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, *Les personnes*, 4e éd. par J.-P. MASSON, 1990, vol. I, n° 443 ; souligné par l'auteur.

bornes à la maîtrise de l'individu sur lui-même et sur autrui que dans la liberté réciproque. En droit, cette conception s'exprime très bien dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 – texte fondateur de l'État moderne s'il en est : « La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. » (Article 4)

5. La contractualisation du mariage, du divorce et de la filiation se voit en effet déterminer des bornes. Cependant, même si elle n'est pas absolue, elle n'est circonscrite aujourd'hui que partiellement par la mobilisation de concepts comme « vérité biologique » ou « intérêt de l'enfant ».

La nature du mariage et sa conclusion

6. Le mariage, en tant qu'acte créateur de l'état matrimonial, est un contrat solennel[5]. Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement (art. 146 C. civ.). Certes, le mariage n'est pas uniquement un contrat ; il a été longtemps considéré d'abord comme l'adhésion volontaire à une institution[6]. La théorie institutionnelle, qui puise ses racines jusque dans le stoïcisme[7], est cependant critiquée depuis plusieurs décennies, notamment parce qu'elle est jugée inutile[8].

7. Dès l'origine et jusqu'à aujourd'hui, *la fin du mariage* a été prioritairement mobilisée pour sa définition, sa compréhension et la détermination de ses effets juridiques. Cette approche est héritée de la philosophie grecque, et est surtout explicite chez Aristote. Le Stagirite propose de comprendre tout étant en fonction de son essence, de son entéléchie, de son parfait accomplissement : « La nature d'une chose, c'est sa fin »[9]. Cette démarche philosophique, essentielle au sens littéral du terme, est ancrée profondément dans notre civilisation. Il y va aussi d'une conception à prétention naturaliste, au sens ou elle convoque

5. Le terme « mariage » est ambigu en droit, puisqu'il désigne à la fois le contrat initial et l'état qui en résulte. Voy. H. De Page, *op. cit.*, n° 488.
6. « En raison de son importance dans l'organisation de la cité, c'est un ensemble de règles imposées par le droit, qui forment un tout, et auxquelles les parties ont seulement *la faculté d'adhérer*. » (H. De Page, *op. cit.*, citant Planiol et Ripert, t. II, n° 69. Souligné par l'auteur.)
7. L'hypothèse de Michel Foucault est que les stoïciens auraient fondé le mariage comme état de vie permettant, dans la restriction qu'il impose à la sexualité, de s'accorder chacun à soi-même un plus grand souci de soi comme être raisonnable. Voy. M. Foucault, *Histoire de la sexualité*, t. III, *Le Souci de soi*, Paris, Gallimard 1984.
8. Voy. F. Rigaux, *Les personnes*, t. 1, *Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier [Précis de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain], 1971, n^{os} 690 et s.
9. Aristote, *Politique*, Livre 1er, II, 8, traduction française J. Aubonnet, Paris, Les belles lettres, 1960, p. 13. Comme on le verra, en 2003, le Ministre de la juriste recourra encore à une définition téléologique du mariage pour justifier l'admission de celui des homosexuels. Voy. *infra*, n° 16.

inévitablement une certaine perception de la « nature » considérée comme ordonnée, téléologique, à laquelle l'homme et le droit qu'il produit doivent se soumettre.

8. En Grèce et à Rome, en contraste avec d'autres sources littéraires antiques exaltant l'amour dans le mariage ou en dehors[10], les philosophes présentent l'institution matrimoniale quasi exclusivement selon sa fonction reproductrice[11]. Le mariage est par conséquent d'abord considéré comme un devoir moral, surtout pour l'homme. L'Antiquité vilipende le célibataire.

9. La tradition hébraïque, l'autre racine principale de notre philosophie du droit avec la Grèce, représente le mariage comme création de Dieu, dans laquelle la volonté des époux n'est pas première. À propos de l'homme créé à l'image de Dieu, la Genèse précise : « Homme et femme il le créa »[12]. Sous l'influence de Saint Paul[13], le mariage devient un pis-aller dans une tradition chrétienne qui valorise la virginité et le célibat. Contrairement donc à une idée trop souvent reçue, la perception du mariage sous l'angle de sa fonction reproductrice n'est pas d'abord le fait du christianisme, même si un Clément d'Alexandrie, héritier de la pensée antique, dira que « s'unir pour une autre raison que la procréation des enfants, c'est faire injure à la nature »[14]. C'est au contraire l'Église qui a souligné la nécessaire liberté individuelle des époux et leur bien comme visée essentielle du mariage, même si elle n'a jamais abandonné une perspective téléologique. Augustin d'Hippone, parfois surnommé le « docteur du mariage chrétien » présente une doctrine des trois fins de l'union conjugale : *proles*, *fides*, *sacramentum* (procréation, fidélité, sacrement)[15]. La pensée d'Augustin a ceci de très actuel qu'à ses yeux, l'amour conjugal est le principal bien du mariage, et la procréation seulement une conséquence naturelle. Thomas d'Aquin a une vision moins valorisante du mariage. Les trois biens relevés par Augustin paraissent à

10. Voy. chez Euripide et Homère, les sentiments de Ménélas et de Pâris à l'égard d'Hélène, ceux qui unissent Hector et Andromaque, ou Ulysse et Pénélope...
11. Voy. PLATON, *Les Lois*, I, 631d ; IV, 739-74 ; VI, 772-776, 783d ; *La République*, V, 457 et 460. ARISTOTE, *Politique*, Livre 1[er], II, 2. LUCRÈCE, *De la nature*, II, 77-79.
12. *Gn* 1, 27. Remarquons que, contrairement à ce que livrent la plupart des traductions, dont la Traduction œcuménique de la Bible, le texte ne dit pas « Homme et femme il *les* créa, mais *le* créa ».
13. « Je pense qu'il est bon pour l'homme de ne point toucher de femme. » (*1Co* 7, 7). « Il vaut mieux se marier que de brûler » (*1Co* 7, 9). Voy. cependant la comparaison valorisante entre le mariage de l'homme et de la femme et celui du Christ et de l'Eglise dans *Ep* 5, 21-33.
14. *Le Pédagogue*, 2, 10, dans J.-P. MIGNE (éd.) *Patrologie grecque*, T. 8, 141, col. 511.
15. Voy. *De gratia Christi et de peccato originali*, dans J.-P. MIGNE (éd.), *Patrologia latina*, T. 44, 404 ; *De bono coniugali*, *ibidem*, T. 40, 373-396. *Sacramentum* est la traduction du grec *mysterion* que Saint Paul utilise dans l'Épître aux Éphésiens pour désigner l'union du Christ et de l'Église. Il faudra attendre le XII[e] siècle pour que l'Église reconnaisse le mariage comme un sacrement au sens de celui qui s'attache au baptême, à la pénitence ou à l'eucharistie. A partir de 1520, Luther contestera le caractère sacramentel du mariage.

ses yeux, au mieux, des excuses à la sexualité. Le Docteur angélique insiste sur deux buts : la propagation de l'espèce et le secours mutuel des époux. Le mépris de la première est un péché mortel[16]. L'amour comme sentiment ou l'érotisme de l'union n'ont guère de place dans cette conception. C'est si vrai que l'amour courtois tel que chanté dans le Midi à la même époque, tient pour impossible l'amour dans le mariage, et que Pierre Lombard, un siècle avant Thomas d'Aquin, avait même du convaincre de la validité des mariages d'amour !

10. C'est donc l'Église qui fera preuve de modernisme en combattant dès l'origine en faveur de la liberté des époux eux-mêmes, spécialement contre l'autorité paternelle. À partir du XII^{e} siècle, lorsqu'elle se prétend seule responsable des mariages, elle introduit la vérification du consentement des époux dans les *ordines*. De plus, elle considère que l'échange des consentements, c'est-à-dire somme toute la conclusion du contrat, *est* le sacrement que les époux se confèrent l'un à l'autre en présence du prêtre, ce dernier ne l'administrant pas lui-même, contrairement à tous les autres sacrements. Le Concile de Latran, en 1215, devra d'ailleurs défendre l'Église des accusations proférées contre elle de faciliter les « rapts » en se fondant sur le consentement des conjoints. Il y répondra par l'exigence de publicité de la cérémonie, mais jamais en imposant l'accord des parents. Le droit civil, de son côté, exigera jusqu'en 1990, pour des raisons patrimoniales, le consentement des parents dans le cas d'époux âgés de moins de 25 ans[17]. Il fallait que les biens demeurent dans la classe des possédants et ne puissent être aliénés ou dissipés par des unions socialement malencontreuses. Ce n'est donc que récemment que le consensualisme civil a rejoint, en matière de mariage, celui que l'Église avait forgé au cours des siècles.

11. Selon le droit canonique contemporain, « c'est le consentement des parties légitimement manifesté entre personnes juridiquement capables qui fait le mariage. »[18]. Le canon 1055, § 1er du Code de 1983 définit toujours le mariage de manière téléologique, dans une synthèse de la tradition naturaliste héritée des Grecs et de l'interventionnisme divin hérité des Hébreux : « L'alliance matrimoniale, par laquelle un homme et une femme constituent entre eux une communauté de toute la vie, ordonné par son caractère naturel au bien des conjoints ainsi qu'à la génération et à l'éducation des enfants, a été élevée entre baptisés par le Christ Seigneur à la dignité de sacrement ». Selon le canon 1057, § 2, le consentement matrimonial est « l'acte de la volonté par lequel un homme et

16. *Summa theologica*, IIIa, q. 49, articles 1 à 6.
17. Loi du 19 janvier 1990 abaissant à dix-huit ans l'âge de la majorité civile. Le consentement des ascendants reste la règle en cas de mariage d'un enfant mineur, par hypothèse après dispense de la condition d'âge par le tribunal de la jeunesse (voy. art. 148 C. civ.). Sur l'évolution de la législation relative au consentement des aïeux depuis le Code civil, voy. H. De Page, *op. cit.*, n° 511.
18. Canon 1057 du Code de 1983.

une femme se donnent et se reçoivent mutuellement par une alliance irrévocable pour constituer le mariage ». La Constitution pastorale *Gaudium et spes* dira : « La communauté profonde de vie et d'amour que forme le couple a été fondée et dotée de ses lois propres par le Créateur ; elle est établie sur l'alliance des conjoints, c'est-à-dire sur leur consentement personnel irrévocable. (...) Et c'est par sa nature même que l'institution du mariage et l'amour conjugal sont ordonnés à la procréation et à l'éducation qui, tel un sommet, en constituent le couronnement ».(48, 1) Or, l'idée de contrat s'affirme ici clairement, à travers celle d'« alliance »[19], surtout à travers celle de « consentement ». La figure de l'alliance, qui parcourt toute la Bible, puise son origine dans les traités que les peuplades sémites concluaient, spécialement les traités de paix. Elle s'apparente ainsi à une des formes les plus archaïques de la figure contractuelle, sous l'importante réserve que, dans la Bible, le pacte n'est pas le *fondement* du droit, de la loi, qui réside dans la volonté de Dieu ; il en est la suite, la mise en œuvre, la conséquence. Ainsi, aux yeux de *Gaudium et spes*, sans solution de continuité avec les textes bibliques évidemment, le mariage est fondé par Dieu, et les époux y adhèrent. Le moment du contrat est cependant strictement limité à la conclusion du mariage, absent pendant la durée de celui-ci et exclu en ce qui concerne sa fin.

12. Dès le XVI[e] siècle, la référence aux fins de l'union conjugale s'estompe progressivement pour accentuer toujours davantage le rôle de la volonté. Le droit, qui se laïcise, renforce la tendance consensualiste du droit canonique, mais en négligeant de plus en plus souvent le but de procréation du mariage[20]. C'est l'époque qui voit naître le triomphe du contractualisme moderne. Le contrat entre individus est considéré comme l'origine, la justification et l'interprétation du lien social et politique en général[21], donc celles du mariage en particulier. Nous entrons dans une conception juridique où le contrat *s'oppose* plus souvent à la nature qu'il ne prétend s'y conformer. Notre siècle est plus que jamais tributaire de ces représentations exprimées par Grotius, Hobbes, Locke, Rousseau. Elles façonnent tout le droit contemporain[22]. Grotius, dont on connaît la célèbre formule « *Etiamsi daremus non esse Deum* » [23], qu'il qualifiait lui-même de criminelle mais qui accomplit par elle un pas de géant dans la

19. Il est sans doute inutile de rappeler que l'anneau symbolisant le mariage, depuis le Concile de Trente (1545-1563), s'appelle aussi « alliance ».
20. Pour Montesquieu, la justification du mariage sera la nécessité d'avoir un père pour nourrir les enfants et les « conduire »(*De l'esprit des lois*, XXIII, II).
21. Voy. J.Terrel, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Paris, Seuil [coll. Points essais n° 450], 2001.
22. Voy. l'ensemble de l'œuvre de S. Goyard-Fabre, et spécialement *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, PUF [coll. Thémis philosophie], 1997.
23. « Quand même nous accorderions qu'il n'y a pas de Dieu ». Il est vrai que Grotius ajoute, « ce qui ne peut être concédé sans un grand crime ». (*Le droit de la guerre et de la paix*, traduction française P. Pradier-Fodér, Paris, Presses universitaires de France, 1999, Prolégomènes, § 11).

sécularisation du droit, est un des premiers à négliger la procréation dans le mariage et à privilégier son caractère conventionnel, lequel à ses yeux a d'abord pour objectif de légaliser et de légitimer la subordination de la femme à l'homme. Protestant, il est bien sûr en rupture avec l'enseignement de l'Église et contribuera à instaurer le caractère consensuel du mariage en dehors de celle-ci, dans le droit civil. Le consensualisme moderne tente aussi de faire en sorte que le contrat soit conclu entre les époux, et non exclusivement entre les familles et singulièrement entre les pères des mariés. Grotius écrit encore : « Le droit qu'on acquiert sur les personnes en vertu du consentement, vient d'une association, ou d'un assujettissement. L'association la plus naturelle apparaît dans le mariage ; mais à cause de la différence du sexe, l'autorité n'est pas égale : le mari est le chef de la femme. (...) Si, en effet, les fils doivent en toutes choses respect à leurs père et mère, ils le doivent principalement lorsqu'il s'agit d'un acte qui, tel le mariage, intéresse la famille entière. Mais il ne suit pas de là que le fils soit dépouillé de ce droit qu'on explique par le mot de faculté ou de pouvoir. (...) Or la seule obligation du respect n'a point l'effet de rendre nul l'acte qui lui est contraire »[24].

13. Dans le discours préliminaire du Code civil prononcé par Portalis, à propos du mariage, l'orateur distingue le comportement « naturel » de l'homme de celui des animaux pour aboutir solennellement à la sacralisation du contrat : « Sans doute, le désir général qui porte un sexe vers l'autre, appartient uniquement à l'ordre physique de la nature : mais le choix, la préférence ; l'amour, qui détermine ce désir, et le fixe sur un seul objet, ou qui, du moins, lui donne son objet préféré, un plus grand degré d'énergie ; les égards mutuels, les devoirs et les obligations réciproques qui naissent de l'union une fois formée, et qui s'établissent entre des êtres raisonnables et sensibles ; tout cela appartient au droit naturel. Dès-lors, ce n'est plus une simple rencontre que nous apercevons, c'est un véritable contrat. (...) Tel est le mariage, considéré en lui-même et dans ses effets naturels, indépendamment de toute loi positive. Il nous offre l'idée fondamentale d'un contrat proprement dit, et d'un contrat perpétuel par sa destination »[25]. Le contrat, comme chez Hobbes, Locke ou Rousseau est bien, dans cette conception, ce qui *s'oppose* chez l'homme à l'état de nature qu'il partage avec les animaux, ce qui précisément permet d'en prendre distance. On est loin du naturalisme antique, de plus en plus proche du règne de la seule volonté.

14. Le mariage se définit aujourd'hui toujours davantage par l'engagement contractuel qu'il suppose, plutôt que par l'institution qu'il représente ou par

24. *Ibidem*, Livre II, V, VIII, 1 et X, 1.
25. P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, réimpression de l'édition 1827, Osnabrück, Otto Zeller, 1968, pp. 483-485.

ses fins, même si l'évolution des conceptions a évacué toute idée de subordination de la femme. Au contraire, l'affirmation de l'égalité de cette dernière par rapport à l'homme et celle de sa liberté ont accentué la tendance contractualiste, la validité d'un contrat étant d'autant moins contestable que les parties sont reconnues égales et libres[26]. La régression de l'aspect procréatif du mariage au profit de ses dimensions consensuelles est notamment illustrée par un arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 1988, qui envisage explicitement l'hypothèse où « les conjoints seraient convenus, au moment de contracter mariage, qu'ils n'auraient pas d'enfants », et la déclare licite[27].

15. La possibilité, en droit belge, du mariage homosexuel est l'indice le plus récent et le plus spectaculaire de l'extension du contractualisme et du recul de la perception téléologique du mariage[28]. Un proverbe chinois dit, paraît-il, que le mariage est une forteresse assiégée : ceux qui sont dehors veulent y entrer et ceux qui sont dedans veulent en sortir. Le législateur ni les destinataires de la règle de droit n'ont probablement encore mesuré la portée culturelle, sociale ou psychologique de la brèche percée dans les murs de la forteresse. Les règles relatives à la formation des couples hommes-femmes, comme l'ont montré de manière convaincante les anthropologues (on pense bien sûr à Marcel Mauss et surtout à Claude Lévi-Strauss) sont non seulement au cœur de l'émergence même du phénomène juridique, les premières règles de droit ayant vraisemblablement été celles de la régulation des rapports sexuels[29], mais au cœur de toute civilisation. Elles représentent, selon la formule célèbre, le passage de la nature à la culture[30]. La psychanalyse a par ailleurs montré l'importance incommensurable du couple masculin-féminin dans la structuration de la personnalité. Or, c'est à cette relation originaire que le législateur a touché de manière fondamentale. Quelles que soient les opinions au sujet de l'opportunité de cette réforme, comme l'ont très bien perçu les protagonistes d'un débat qui n'est sans doute pas clôturé, la suppression de la condition de différence de sexe des conjoints, jusque là tellement évidente qu'elle n'avait jamais été formulée

26. Depuis plusieurs décennies, sous l'influence des théories libérales et en conformité avec le Code civil, la doctrine retient, dans la discussion sur la validité des contrats, la condition de liberté mais omet celle d'égalité (Voy. par exemple M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, cité, p. 50). Cette dernière est pourtant bien présente chez les contractualistes du XVIIe siècle, comme Hobbes (*Lévathan*, Chap. XIII, § 1er) ou Rousseau (*Du contrat social*, ch. VI), qui supposent d'ailleurs l'égalité plutôt qu'ils la constatent.
27. « Attendu qu'en écartant le cas où les conjoints seraient convenus, au moment de contracter mariage, qu'ils n'auraient pas d'enfants, le refus injustifié d'un des conjoints d'avoir un enfant issu du mariage, malgré l'insistance de l'autre conjoint, peut constituer une injure grave, au sens de l'article 231 du Code civil. » (Cass., 6 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, 136, obs.)
28. Voy. l'article 143 du nouveau du Code civil, introduit par la loi du 13 février 2003.
29. Voy. N. ROULAND, *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991.
30. C. LÉVI-STRAUSS, *Les Structures élémentaires de la parenté*, Paris, Presses universitaires de France, 1949 ; 2e éd., Mouton-Maison des sciences de l'homme, 1967.

explicitement par le Code civil, impliquait d'abord une contractualisation sans précédent de l'union matrimoniale. Certains parlementaires l'ont clairement aperçu : « Aujourd'hui, un nouveau pas est franchi et le mariage entre dans la sphère contractuelle. D'aucuns plaident pour que l'on aille plus loin et que tous les liens entre personnes, homosexuelles ou hétérosexuelles se réduisent à un contrat »[31].

16. L'adoption du nouvel article 143 du Code civil impliquait aussi de manière radicale la perte du lien entre le contrat et la procréation, la première fin que la tradition lui avait assignée et un de ses effets le plus ordinaires (mais la discussion sur la procréation en tant que but de l'union refera sans doute surface à travers la problématique de l'adoption par les mariés de même sexe[32]). Si le mariage est toujours évoqué, aujourd'hui, en fonction de ses fins, l'autre finalité classique est privilégiée, celle du bonheur des conjoints que mentionnait Augustin d'Hippone, à présent appréhendé en fonction des seuls sentiments[33]. Lors de l'élaboration de la loi du 13 février 2003, le Ministre livrait ainsi sa propre approche aristotélicienne du mariage : « Dans notre société contemporaine, le

31. Intervention de M. Fred ERDMAN, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2002-2003, Doc. 50 2165/002, p. 17.

32. Voy proposition de loi du 7 janvier 2004 modifiant le Code civil afin d'autoriser l'adoption par des couples homosexuels déposée par M. Guy SWENNEN, *Doc. parl., Ch.*, sess. 2003-2004, Doc. 51 0664/001 ; proposition de loi du 8 janvier 2004 modifiant le Code civil en vue d'autoriser l'adoption par des couples du même sexe déposée par Mmes Martine TAELMAN, et Maggie DE BLOCK, M. Geert VERSNICK, Mme Hilde VAUTMANS, MM. Rik DAEMS et Karel DE GUCHT et Mme Annemie TURTELBOOM, *Doc. parl., Ch.*, sess. 2003-2004, Doc. 51 0666/001 ; proposition de loi du 8 janvier 2004 modifiant le Code civil en vue d'autoriser l'adoption par des couples de même sexe déposée par Mmes Els VAN WEERT et Annelies STORMS et M. Stijn BEX, *Doc. parl., Ch.*, sess. 2003-2004, Doc. 51 0667/001.

33. Sur la controverse, voy. J.-L. RENCHON, « Mariage et homosexualité », *J.T.*, 2002, 505-514, n^os^ 21-22. Voy. aussi F. SANT'ANGELO, « Les homosexuels et le mariage : une réponse à l'article de Jean-Louis Renchon dans le Journal des Tribunaux du 29 juin 2002 », *J. dr. jeun.*, 2002, liv. 218, 3-4. N. COLETTE-BASECQZ, « Utilisation des techniques de procréation médicalement assistée pour satisfaire le désir d'enfant chez un couple homosexuel. Questions éthiques et juridiques », *Rev. dr. Santé*, 1998-99, 246-249. K. DEKELVER, « Homofiel huwelijk en homofiel gezin : juridische, filosofische en beleidsmatige kanttekeningen », note sous Trib. jeun. Courtrai, 18 mars 1997, *R.G.D.C.*, 1996, 82-119. J. DELVA, « Homohuwelijk en homo-ouderschap onder het kijkglas van de wetgever. Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel en aan het kinderrechtenverdrag », *T.B.P.*, 1998, 463-470 ; F. HAENTJES, « Het homohuwelijk. Ethische, sociologische en juridische noot bij het wetsvoorstel betreffende het geregistreerd partnerschap », dans X., *Liefde's onrecht. Het onmogelijke huwelijk tussen liefde en recht*, Gand, Mys & Breesch [Tegenspraak-Cahiers n° 18], 1998 ; N. MASSAGER, « L'insémination artificielle avec donneur au profit des femmes formant un couple homosexuel », note sous Trib. jeun. Courtrai 18 mars 1997, *J.T.*, 1998, 731-733. C. MECARY et G. de la PRADELLE, *Les droits des homosexuel/les*, Paris, Presses Universitaires de France, 3^e^ éd. mise à jour [Coll. « Que sais-je ? », n° 3367], 2002. P. SENAEVE, « Liberalisering van de echtscheiding en institutionalisering van de homofiele tweerelatie op de drempel van de 21ste eeuw », in X., *Liber Amicorum Roger Dillemans*, deel I, Familierecht en familiaal vermogensrecht, Anvers, Story-Scientia, 1997, 251-269. D. BORRILLO (éd.), *Homosexualités et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Paris, Presses Universitaires de France [coll. « Les voies du droit »], 1999.

mariage est vécu et ressenti comme une relation entre deux personnes, ayant comme but principal la création d'une communauté de vie durable. Le mariage offre aux deux partenaires la possibilité d'affirmer au grand jour leur relation et les sentiments qu'ils ont l'un pour l'autre. Les mentalités ayant évolué — aujourd'hui, le mariage sert essentiellement à extérioriser et à affirmer la relation intime de deux personnes et perd son caractère procréatif —, il n'y a plus aucune raison de ne pas ouvrir le mariage aux personnes du même sexe. »[34]

17. La question demeure évidemment de savoir si la mobilisation de la figure du mariage à cette fin était adéquate dans le cas de partenaires homosexuels. Le Ministre et plusieurs parlementaires ont présenté la mutation de la conception du mariage comme un fait auquel le droit devait s'adapter[35], reposant implicitement la vieille question de l'antériorité du fait sur le droit ou l'inverse. L'influence réciproque étant en réalité de l'ordre de la causalité circulaire, il est évident que le mariage homosexuel confortera la nouvelle vision du mariage, essentiellement tournée vers ses aspects contractuels entre adultes et dissociée de ses rapports avec les enfants, voire de leur intérêt, démentant ainsi les affirmations selon lesquelles ceux-ci auraient aujourd'hui une place centrale dans l'élaboration du droit de la famille.

Le divorce contractuel

18. Pendant longtemps, le principe selon lequel il peut être mis fin au mariage par convention n'a pas été admis, quoi que les Romains de la fin de la République et de l'Empire aient été à ce sujet fort modernes[36]. Ceci ne signifie pas qu'il était considéré comme indissoluble. Dans l'Antiquité, de manière généralisée, il pouvait être rompu par répudiation du mari. La loi de Moïse tente d'adoucir le sort des femmes en se bornant à prescrire la remise d'un acte de divorce[37]. Le rôle de l'Église catholique sera cette fois de confiner le contractualisme du mariage au moment de sa conclusion, et d'interdire qu'il soit invoqué pour y mettre fin. Les paroles du Christ reprises en *Mt* 19, 6-9, « Que l'homme donc ne sépare pas ce que Dieu a uni ! » et « Si quelqu'un répudie sa femme – sauf en cas d'union illégale – et en épouse une autre, il est adultère »[38].

34. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mmes Kristien GRAUWELS et Karine LALIEUX, Exposé du Ministre, *Doc. parl., Ch.*, sess. 2002-2003, Doc. 50 2165/002, p. 4.
35. « Le projet de loi ne donne pas une nouvelle signification au mariage. Dans notre ordre social, le mariage a déjà, dans les faits, reçu une autre signification depuis longtemps. Le droit est à présent adapté en fonction de cette évolution. » (*Doc. parl., Ch.*, sess. 2002-2003, Doc. 50 2165/002, p. 20.)
36. Voy. R. ROBAYE, *Le droit romain*, t. 1, Bruxelles-Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 1997, pp. 66-67.
37. *Dt* 24, 1-4.
38. Traduction œcuménique de la Bible. La célèbre incise, que l'on retrouve en *Mt* 5, 32, →

sont interprétées comme une interdiction du divorce. Pour compenser les inconvénients sociaux de celle-ci, l'Église développera la théorie des nullités et facilitera, jusqu'à ce jour, leur admission.

19. La cessation de l'état matrimonial par divorce s'est (re)contractualisée à la Renaissance, non pas d'abord pour des raisons d'opportunité politique comme celles qui étaient dictées par la situation d'Henry VIII et qui aboutiront, on le sait, au schisme anglican, mais surtout parce que l'idéologie contractualiste de l'époque le veut, et que, comme on l'a vu à propos du mariage, elle s'oppose volontiers à l'Église. Henry VIII n'a finalement fait qu'utiliser opportunément les nouvelles conceptions. Même Érasme multipliera les arguments en faveur du divorce. Montesquieu y sera favorable, parce qu'il pensait que le maintien artificiel du mariage était de nature... à nuire à la natalité. Diderot et Rousseau invoquent l'intérêt des enfants pour justifier le divorce, à contre-courant de la tradition précédente[39]. Surtout, le divorce est une conséquence du parti qui a été pris à l'égard du mariage. Si celui-ci est d'abord un contrat aux yeux de la loi civile, il doit pouvoir être rompu librement par l'accord des parties, conformément au principe selon lequel la liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention.

20. Le caractère contractuel du divorce s'affirme aujourd'hui à travers les règles du divorce par consentement mutuel. La lettre de l'article 233 du Code civil envisage celui-ci sous l'angle de la preuve d'une vie commune insupportable, mais cette preuve est apportée par le moyen exclusif d'un contrat. La notion de consentement est centrale[40]. L'article 1134 du Code civil ne dit-il pas que les conventions légalement formées peuvent être révoquées du « consentement mutuel » de ceux qui les ont faites, utilisant la même terminologie que l'article 233 relatif à cette forme de dissolution du lien conjugal ? La cause péremptoire

→ l'« exception matthéenne », fait l'objet d'interminables controverses. « Union illégale » tente de traduire le grec *pornéia*, que Saint Jérôme a traduit par *fornicatio*. La tradition orthodoxe voit dans l'adultère une base de divorce. Saint Paul permet aussi de quitter un conjoint non chrétien pour se remarier avec un conjoint chrétien (*1Co* 7, 12-15). Ce sont deux exceptions à l'absoluité de la doctrine chrétienne, que l'Église aura cependant toujours tendance à réduire et à minimiser.

39. Voy., pour plus de détails, J.C. Bologne, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, J.-C. Lattès, 1995, pp. 190 et s. Henri De Page présente encore l'indissolubilité de principe du mariage, fondée sur son caractère institutionnel opposé au caractère contractuel, en fonction de l'intérêt des enfants. Voy. H. De Page, *op. cit.*, n° 648.

40. « Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce ». (art. 233 C. civ.).

de divorce est supposée existante quoique secrète, mais en pratique, chacun sait que le consentement *suffit*[41].

21. En 1804, dans un contexte d'hostilité à ce genre de divorce, néanmoins préservé parce qu'autorisé quelques années plus tôt par la loi du 20 septembre 1792 (et parce que le Premier Consul comptait bien l'utiliser...), la possibilité d'un tel contrat était strictement jugulée. Le divorce par consentement mutuel n'était pas admis si le mari avait moins de 25 ans, si la femme était mineure de 21 ans (art. 275 ancien abrogé par la loi du 20 novembre 1969), si le mariage n'avait pas duré deux ans (art. 276 du Code civil ; cette condition existe encore de nos jours mais une proposition de loi visant à la supprimer a cependant été déposée[42].), si le mariage avait duré au moins vingt ans ou si la femme avait atteint l'âge de 45 ans (art 277 ancien abrogé par la loi du 20 novembre 1969). De plus, le divorce devait être autorisé par les ascendants des époux, quel que soit l'âge de ces derniers (art. 278 ancien abrogé par la loi du 20 juillet 1962).

22. Le divorce par consentement mutuel a toujours été précédé de « conventions préalables » conclues par les époux, visant à « régler préalablement leurs droits respectifs sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger »[43]. Ces conventions concernent non seulement les questions patrimoniales mais aussi des questions personnelles, ce qui renforce encore le consensualisme de la rupture, au point que certains s'en sont émus, non seulement au nom des enfants mineurs, mais des contractants eux-mêmes : « Tenons-nous en fermement à la liberté des contrats, mais sous l'expresse réserve que si l'on demande à un tribunal de donner force de loi à des conventions privées, il lui soit pour le moins loisible de les examiner auparavant et d'inviter les parties 1) à en écarter les clauses qui contreviennent manifestement aux principes de la liberté et de l'égalité de chacune d'elles ; 2) à revoir ensemble, à remanier et à modifier, s'il échet, celles dont l'application porterait préjudice à l'un et/ou à l'autre et enfin 3) à reconsidérer et à redresser celles qui lèseraient l'intérêt bien compris de leur enfant commun »[44]. Ces critiques ont été suivies de la loi du 30 juin 1994 visant à mieux protéger au moins les enfants mineurs contre les accords de leurs parents[45], *res inter alios acta*. Le juge peut, en cours de procédure, « faire

41. L'incompatibilité d'humeur n'est plus une cause de divorce, alors qu'elle l'était sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792.
42. Proposition de loi visant à abroger l'article 276 du Code civil déposée le 9 décembre 2003 par Madame Christine DEFRAIGNE, *Doc. parl.*, *Sénat*, sess. 2003-2004, 3 - 406/1.
43. Article 1287 du Code judiciaire.
44. F. POELMAN, « Pour une réforme urgente du divorce par consentement mutuel », *J.T.*, 1982, 372.
45. « Il n'a pas paru opportun, par contre, de permettre au procureur du Roi de s'immiscer dans le contenu des conventions préalables alors qu'elles ne sont pas relatives au statut des enfants mineurs. » (*Doc. parl.*, Ch., 1991-1992, n° 545/1) Le nouvel article 1290 du Code judiciaire « autorise le juge à proposer aux parties de modifier les dispositions des conventions préalables dans la mesure où il lui apparaîtrait qu'elles heurtent l'intérêt des enfants mineurs. Encore une →

supprimer ou modifier » les dispositions critiquables concernant les enfants mineurs[46], ce qui ne modifie pas la nature des conventions. Le contrôle du contrat de divorce n'aboutit de toute façon jamais à substituer à la volonté des contractants celle d'un tiers, fût-il le tribunal, mais uniquement à refuser, le cas échéant, d'homologuer les conventions et de prononcer le divorce[47]. La jurisprudence de la Cour de cassation a toujours répondu aux questions relatives aux modifications ultérieures des conventions préalables en réaffirmant le caractère strictement contractuel de celles-ci[48].

23. L'aspect consensuel du divorce par consentement mutuel est si marqué qu'il fait problème en pratique. En effet, en dehors d'un accord sur tous les points visés aux articles 1287 et 1288 du Code judiciaire, souvent problématique dans une situation relationnelle par hypothèse difficile, le divorce ne peut être prononcé. Or, beaucoup d'époux conviennent que la vie commune leur est devenue insupportable, mais ne peuvent s'entendre sur tel ou tel point relatif, par exemple, aux pensions et contributions alimentaires, à la liquidation d'une éventuelle communauté de biens ou à la sortie d'une éventuelle indivision. Il faut être d'accord sur tout, sinon on n'est d'accord sur rien, ce qui pousse les couples, en cas de difficultés même mineures, à se rabattre sur des procédures plus agressives[49].

24. Même dans la procédure de divorce pour cause déterminée, par définition contentieuse, l'aspect contractuel peut refaire surface malgré l'existence de mesures provisoires décidées d'autorité. La Cour de cassation a ainsi été amenée à préciser, en matière d'obligation d'entretien des enfants, qu'aucune disposition légale ne s'oppose à ce que les parents concluent un accord sur leur contribution respective aux frais d'entretien, d'éducation et de formation adéquate de leurs enfants qui déroge aux modalités de contribution fixées par le président statuant en référé au cours de la procédure en divorce, pour autant

---

→ fois, seule la situation de ceux-ci est prise en considération, le surplus des conventions préalables continuant à relever de l'autonomie des volontés. » (*Ibid.*)

46. Article 1290, dernier al. du Code judiciaire.

47. Voy. l'article 1298 du Code judiciaire ; également la loi du 20 mai 1997 modifiant le Code judiciaire et le Code civil en ce qui concerne les procédures en divorce, qui tente de pallier divers inconvénients pratiques de la loi du 30 juin 1994 sans guère toucher au fond des réformes de 1994 et surtout sans remettre en question le consensualisme de principe.

48. Voy. dernièrement Cass. (aud. plén.), 16 juin 2000, *Arr. Cass.*, 2000, 1119 ; *Bull.*, 2000, 1100 ; *Div. Act.*, 2001, 163 ; *R.C.J.B.*, 2002, liv. 3, 400, note H. Casman ; *R.W.*, 2000-01, 238, note W. Pintens ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, 653 ; *T. not.*, 2000, 526 ; *R.G.D.C.*, 2000, 652, note F. Buyssens et Y.-H. Leleu.

49. Il conviendrait à cet égard de pouvoir faire acter une convention au sujet du divorce lui-même tout en donnant la possibilité aux parties de faire trancher par le juge les points de discorde quant à certains effets de leur décision.

que cet accord ne porte pas atteinte aux intérêts légitimes des enfants et n'entraîne pas dans le chef des parents ou de l'un d'eux, une exonération de l'obligation de contribution à l'entretien, à l'éducation et à la formation adéquate des enfants[50]. La même solution s'applique sans nul doute à la procédure en divorce après séparation de fait de plus de deux ans.

L'établissement de la filiation dans le mariage

25. Les aspects contractuels du mariage et du divorce ne sont guère étonnants. C'est plutôt leur accentuation contemporaine qui a retenu l'attention. La filiation, en droit, semble par contre, à première vue, devoir se soumettre davantage aux faits qu'au consensualisme. Or, il n'en est rien. Le fait de la procréation et l'établissement juridique de la filiation dans le mariage ont toujours été considérés par notre droit avant tout comme affaire de consentement des parents. La circonstance que pendant longtemps les mécanismes physiologiques de la reproduction aient été méconnus et que la fécondité n'ait pu être efficacement maîtrisée par dissociation de l'acte sexuel et de la conception, comme c'est le cas aujourd'hui (du moins dans les pays riches), n'énerve pas cette constatation. Selon la doctrine traditionnelle en Occident, dans le mariage, la survenance d'un enfant est une conséquence du contrat que constitue le mariage. Par celui-ci, du moins jusqu'à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe, les époux étaient censés s'accorder sur la fin du mariage qu'est la procréation et s'engageaient à former une société faite d'abord pour accueillir leur progéniture. La survenance de celle-ci est une conséquence de leur contrat.

26. Plus spécifiquement en ce qui concerne la filiation paternelle dans le mariage, lorsque la Cour d'arbitrage rappelle que « le législateur a pu estimer que l'homme, en se mariant, accepte d'être considéré, en principe, comme le père de tout enfant que sa femme aura »[51], il ne s'agit ni d'une « certaine ironie », ni d'« extrapolation pour le moins étonnante et savoureuse », et encore moins d'une « avancée pour le moins audacieuse »[52], mais de l'expression correcte de l'idéologie sous-jacente à la filiation juridique dans le mariage depuis plusieurs siècles. C'est l'interprétation contractuelle de l'adage *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. C'est pour cela aussi que le contrat conjugal ne peut être remis en cause par un tiers, même pas par le père biologique de l'enfant adultérin.

50. Cass., 8 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, 784 ; Cass., 16 janvier 1997, *J.T.*, 1997, 435. La solution de la Cour renvoie à la distinction entre l'obligation à la dette et la contribution à la dette.
51. C.A., n°138/2000 du 21 décembre 2000, § B. 7, *R.G.D.C.*, 2001, 359, note G. VERSCHELDEN. Voy. aussi C.A., n° 95/2001 du 22 juillet 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, 725, note.
52. Selon les termes de N. MASSAGER, « Droit de la filiation – chronique de jurisprudence (1999-2001) », *Revue de la Faculté de droit de l'ULB*, 2003, n° 2, p. 182.

L'action en contestation de paternité du mari ne lui est pas ouverte par l'article 332 du Code civil. La Cour d'arbitrage n'a pas estimé cette solution discriminatoire[53].

27. Dans l'hypothèse ou ni le mari, ni la mère, ni l'enfant ne contestent la paternité du premier, un enfant biologiquement adultérin ne verra jamais sa véritable filiation établie[54]. Une filiation de complaisance peut être établie par reconnaissance, sous réserve de contestations dont la possibilité est limitée[55]. La possession d'état ou le simple fait d'avoir « élevé l'enfant comme le sien » font souvent obstacle à la vérité biologique[56].

28. L'idéologie contractuelle s'est renforcée avec les progrès de la science, qui permet de dissocier le consentement aux relations sexuelles et le contrat de filiation, et qui ouvre concrètement un choix aux époux : avoir ou non des enfants[57]. La volonté de procréer dans le mariage n'est plus seulement supposée au moment de la conclusion de celui-ci, mais peut s'exercer ou non, en fait, tout

53. « Selon l'exposé des motifs, un des objectifs de la loi du 31 mars 1987, en ce qui concerne la filiation, était de 'cerner le plus près possible la vérité', c'est-à-dire la filiation biologique » (*Doc. parl.*, Sénat, 1977-1978, n° 305, 1, p. 3). S'agissant de l'établissement de la filiation paternelle, il a été indiqué que « la volonté de régler l'établissement de la filiation en cernant le plus possible la vérité [devait] avoir pour conséquence d'ouvrir largement les possibilités de contestation » (*ibidem*, p. 12). Toutefois, il ressort des mêmes travaux préparatoires que le législateur a également entendu prendre en considération et protéger ce que ces travaux appellent 'la paix des familles', en tempérant si nécessaire à cette fin la recherche de la vérité biologique (*ibidem*, p. 15) ». (C.A. n° 12/98 du 11 février 1998, § B.6.1 ; voy. aussi C.A. n° 41/97 du 14 juillet 1997)

54. Voy. article 332 du Code civil et C.A. n° 12/98 du 11 février 1998 qui estime cette solution constitutionnelle et C.A. n° 138/2000 du 21 décembre 2000 : « Le législateur a pu estimer que l'homme, en se mariant, accepte d'être considéré, en principe, comme le père de tout enfant que sa femme aura. (...) Il n'apparaît pas déraisonnable de donner la priorité à la paternité légale plutôt qu'à la paternité biologique et de rendre une action en contestation de paternité impossible, dans l'intérêt de l'enfant, dès lors que celui-ci peut prendre conscience de la paternité et qu'il peut être raisonnablement admis qu'il y a possession d'état à l'égard du père, avec le consentement de la mère, qui n'a pas exercé son droit personnel de contester cette paternité ». L'article 313, § 2 interdit en outre l'établissement de la double filiation des enfants incestueux. Voy. D. Pire, « L'enfant 'incestueux' et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.L.M.B.*, 1990, 1169-1170, note sous Liège, 27 févr. 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, 239.

55. Voy. article 330 du Code civil.

56. Voy. article 312, § 3 du Code civil en ce qui concerne la contestation de la reconnaissance par la mère ; article 330, § 2, alinéa 2 en ce qui concerne la contestation de la reconnaissance maternelle ou paternelle ; articles 320 et 323 en ce qui concerne la reconnaissance par un autre homme que le mari ou l'établissement de la filiation d'un autre homme par jugement ; article 332, alinéa 5 en ce qui concerne la contestation de la paternité du mari.

57. Ainsi, lorsque la mère de l'enfant a été fécondée par insémination artificielle dans le cadre d'un contrat de mère porteuse et que les données factuelles, propres à la cause, ne permettent pas de déduire que le mari de la mère aurait donné son accord pour l'insémination artificielle, l'action introduite par le mari en contestation de sa paternité est recevable. (Civ. Gand, 31 mai 2001, *Juristenkrant*, 2001, liv. 34, 5 ; *R.G.D.C.*, 2002, liv. 1, 27, note G. Verschelden)

au long du mariage, ou en tout cas pendant toute la période où les conjoints peuvent enfanter[58].

L'établissement de la filiation hors mariage

29. Dans la filiation hors mariage, la maternité n'est pas contractualisée. En droit, une femme ne peut s'opposer à l'établissement de la filiation maternelle à l'égard de l'enfant dont elle a accouché, si elle est désignée comme mère dans l'acte de naissance[59]. En fait, elle peut choisir d'accoucher à l'étranger de manière à ce que son nom n'apparaisse pas. Elle peut reconnaître son enfant si son nom n'apparaît pas dans l'acte ou à défaut de celui-ci. Si la paternité a été antérieurement établie, elle n'a nul besoin du consentement du père[60]. L'action en recherche de maternité, plus subsidiairement encore, peut être intentée par l'enfant ou par le père s'il existe[61]. Point de contrat dans ces différents mécanismes.

30. Toutefois, la Cour d'arbitrage a estimé contraire aux article 10 et 11 de la constitution le fait que le consentement de l'enfant majeur ou mineur émancipé, ou mineur de plus de quinze ans, ne soit pas requis lors de sa reconnaissance éventuelle par une femme[62]. En d'autres mots, la juridiction constitutionnelle estime que la filiation maternelle doit, sur ce point, se contractualiser, au moins dans la mesure qui prévaut en ce qui concerne l'établissement de la paternité hors mariage.

31. L'aspect contractuel est en revanche patent quand il s'agit de cette dernière. La rencontre du consentement du père dans l'acte de reconnaissance et celui de la mère qui, en vertu de l'article 319, § 3 du Code civil, doit accepter lorsqu'est en cause un enfant mineur non émancipé, constitue un véritable contrat. Certes, la filiation paternelle peut aussi être établie par le biais d'une action en recherche

58. Sur ce point, on sait que l'Eglise catholique demeure en totale rupture avec la logique volontariste. « Cette doctrine, plusieurs fois exposée par le Magistère, est fondée sur le lien indissoluble que Dieu a voulu et que l'homme ne peut rompre de son initiative entre les deux significations de l'acte conjugal : union et procréation. » (PAUL VI, Encyclique *Humanae vitae*, 25 juillet 1968, 12).
59. Article 312, § 1er du Code civil. En Belgique, cette mention est obligatoire en application de l'article 57 du Code civil.
60. Art. 313 du Code civil. « La reconnaissance d'un enfant par sa mère (...) est un mode d'établissement de la filiation exceptionnel ; il ne requiert aucun consentement préalable ni du père ni de l'enfant et n'est soumis à aucun contrôle judiciaire » (C.A. n° 36/96 du 6 juin 1996, B.2).
61. Article 332*ter* du Code civil.
62. Arrêt n° 112/2002 du 26 juin 2002, *J.L.M.B.*, 1996, 1684, note D. PIRE ; *R.W.*, 1996-97, 977, note F. APS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, 542, note.

de paternité[63] ; certes encore, la Cour d'arbitrage a de nombreuses fois fixé des limites à l'autonomie de la volonté de la mère, plus sévères que celles que le législateur avait imaginées en 1987[64]. Il n'en demeure pas moins que le principe même de ce consentement demeure en droit et que la reconnaissance d'un enfant mineur non émancipé constitue à l'évidence, en fait, le mode le plus habituel de l'établissement de la filiation paternelle hors mariage.

32. Ces mécanismes ont provoqué l'apparition du contrat avec l'enfant lui-même. Le consentement de ce dernier, s'il est majeur, mineur émancipé ou s'il a quinze ans accomplis, est en effet requis par l'article 319, §§ 2 et 3 du Code civil. Dans ces cas, en principe, la volonté de l'enfant doit rencontrer celle du père. Celui-ci dispose d'un recours dans le cas où l'enfant mineur de plus de quinze ans, non émancipé, oppose son refus[65], mais on ne conçoit guère en pratique que le tribunal autorise la reconnaissance contre l'accord de l'enfant. En cas de refus de l'enfant majeur ou émancipé de consentir à la reconnaissance, quelle que soit la vérité biologique, aucun recours n'est ouvert. La Cour d'arbitrage a au surplus estimé, essentiellement sur la base de la Convention relative aux droits de l'enfant, que l'article 319, § 3, alinéa 1er du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en l'absence d'une procédure permettant la prise en compte par le juge du consentement du mineur de moins de quinze ans, soit en personne s'il est capable de discernement, soit par voie de représentation du mineur par les personnes qui en assument la charge[66].

33. Inversement, en cas d'accord, si l'enfant n'est pas biologiquement celui de l'homme à l'égard duquel la filiation est établie, celle-ci ne peut plus être contestée par ceux qui ont donné leur consentement[67]. L'auteur de la reconnaissance d'un enfant et celui qui y a consenti ne peuvent contester la reconnaissance que s'ils prouvent que leur consentement a été vicié[68]. Le vice est établi en rapportant la preuve de l'erreur, de la violence, du dol ou de l'absence

63. Articles 322 et s. du Code civil.
64. Voy. C.A. n° 66/2003 du 14 mai 2003, C.A. n° 79/95 du 28 novembre 1995, C.A. n° 62/94 du 14 juillet 1994, C.A. n° 63/92 du 8 octobre 1992, C.A. n° 39/90 du 21 décembre 1990. Ce phénomène avait été prévu dès avant la promulgation de la loi du 31 mars 1987 (voy. entre autres F. Rigaux, « Le partage d'attribution entre le législateur et le juge », *R.C.J.B.*, 1987, pp. 26-27, n° 26 ; M.-Th Meulders-Klein, « L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987 », *Ann. de droit de Louvain*, 1987, pp. 259-261, nos 90 et 93). Voyez également les discussions relatives au pouvoir de la mère dans l'attribution du nom de l'enfant né hors mariage (art. 335, § 3 du Code civil) et la jurisprudence de la Cour d'arbitrage à cet égard : C.A. n° 68/97 du 6 novembre 1997, C.A. n° 64/96 du 7 novembre 1996, C.A. n° 79/95 du 28 novembre 1995, C.A. n° 79/95 du 28 novembre 1995, C.A. n° 38/93 du 19 mai 1993.
65. Voy. l'article 319, § 3, alinéa 2 et 3 du Code civil.
66. Arrêt n° 66/2003 du 14 mai 2003.
67. Article 330, § 1er, alinéa 3 du Code civil.
68. Article 330, § 1er, alinéa 2 du Code civil.

de discernement suffisant[69], toutes notions tirées du droit commun des contrats. Au surplus, la demande, quel que soit celui qui la formule, doit être rejetée si l'enfant a la possession d'état à l'égard de celui qui l'a reconnu[70]. Bref, l'accord des volontés d'un homme, d'une femme et éventuellement de l'enfant de plus de quinze ans, ou même, à suivre la Cour d'arbitrage, de l'enfant doué de discernement, peut établir un lien de filiation paternelle hors mariage, le cas échéant sans aucun rapport avec la vérité biologique.

Conclusion : le consensualisme dans l'établissement des relations familiales et ses improbables limites

34. Le contrat est aujourd'hui la figure juridique mobilisée par excellence lorsqu'il s'agit de définir la spécificité, les conditions de formation et les conséquences des liens humains les plus originaires et les plus fondamentaux, les relations familiales. Une illusion rétrospective pourrait faire croire qu'il en a toujours été ainsi. Or, pour ce qui concerne le mariage, le principe du consentement des époux, dans une relation d'égalité des parties au contrat, ne s'est imposé que peu à peu. L'aspect institutionnel, lié surtout à une perception téléologique centrée sur la procréation, est demeuré prépondérant jusqu'il y a peu, avant d'être remis en question de manière radicale par l'instauration du mariage homosexuel. Les restrictions au divorce par contrat, fondées d'abord sur des raisons religieuses, puis, après sécularisation du droit, sur une certaine interprétation de l'intérêt des enfants, ont aujourd'hui pratiquement disparu. La filiation dans le mariage est la conséquence du caractère conventionnel de celui-ci. La filiation hors mariage est largement contractualisée elle aussi, et quand elle ne l'est pas, comme dans le cas de la reconnaissance par la mère, la Cour d'arbitrage indique qu'elle devrait l'être davantage.

35. Le champ de l'autonomie des volontés s'étend constamment. Il n'est pas illimité, mais ses bornes sont lointaines et énigmatiques. L'« intérêt de l'enfant », si souvent invoqué aujourd'hui, ne semble occuper à cet égard qu'une place marginale, ou est en tout cas peu lisible quant à son contenu. Comme tant de notions à contenu variable, elle sert surtout à justifier les solutions retenues, même quand elles sont successivement contradictoires. La vérité biologique est une fausse limite au consensualisme, alors même qu'elle peut être de mieux en mieux connue. La paternité physiologique spécialement, scientifiquement expliquée ou non, n'a jamais eu d'importance dirimante. En matière de filiation, la volonté des adultes est plus forte qu'elle.

69. Civ. Bruxelles 25 février 1998, *J.T.*, 1999, 216 ; *Pas.*, 1999, III, 24.
70. Article 330, § 2, alinéa 2 du Code civil.

36. La vraie limite au contractualisme du mariage est constituée par le régime primaire, qui en représente l'aspect institutionnel, ou ce qui en demeure. La limitation du contractualisme dans le divorce par consentement mutuel ne porte que sur l'énigmatique intérêt de l'enfant et n'est en pratique qu'un aménagement du contrat plutôt qu'une véritable exception. La limitation de l'aspect contractuel de la filiation est indiscernable. Seuls s'opposent des prétendants à des contrats concurrents, dont l'arbitrage mobilisera à nouveau un « intérêt de l'enfant » souvent incertain.

37. La figure du contrat dans le droit de la formation du lien matrimonial, du divorce et de l'établissement de la filiation n'est pas encore totalitaire. Elle est cependant, pour le moins, déjà triomphante. Asservissement idéologique à l'individualisme ou liberté des personnes ? Un mélange des deux, peut-être ?

Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé

Marcel FONTAINE
Professeur émérite à la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain

1. Les études comparatives conduisent ceux qui s'y livrent à repenser et à faire évoluer leur propre droit. Nombreuses sont les réformes législatives inspirées par des exemples étrangers. Dans bien des cas cependant, point n'est besoin de mobiliser le Parlement. Une analyse doctrinale persuasive d'un concept ou d'une solution d'un autre droit peut souvent suffire à affiner ou à compléter le droit national.

Le phénomène n'est pas nouveau, mais il connaît un important développement, suite à la véritable explosion que connaissent actuellement les études comparatives. La multiplication des efforts d'harmonisation du droit appelle une profusion de recherches comparatives préalables. Ces travaux ne sont plus le fait de quelques spécialistes œuvrant de manière isolée, pour le seul plaisir de l'esprit. Ils sont assumés par des groupes de travail internationaux, où les solutions respectives des différents systèmes juridiques sont confrontées de manière approfondie, parfois passionnée, dans la perspective de retenir les meilleures (ou d'innover à partir des éléments rassemblés)[1].

Indépendamment de leur rôle dans les travaux d'harmonisation eux-mêmes, les modèles tirés de ces débats comparatifs viennent directement affecter notre perception de notre propre droit et influencer son évolution. Nous donnerons quelques illustrations caractéristiques. Nous montrerons ensuite que le mouvement est réciproque, et que certaines de nos solutions constituent également de bons produits d'exportation...

A. Importations

2. Nous proposerons trois exemples : la différence de niveaux entre « contrat » et « déclaration de volonté », la distinction entre « obligation » et « incombance », et celle entre dommages-intérêts « positifs » et « négatifs ».

1. Nous ne rappellerons pas ici les travaux de groupes bien connus, comme ceux qui ont été ou sont encore animés par les professeurs J. BONELL (Unidroit), O. LANDO, G. GANDOLFI et Chr. VON BAR.

1. Contrat et déclaration de volonté

3. Un comparatiste non initié entend s'informer sur le régime de l'erreur en droit allemand. Il ouvre le Livre II du *Bürgerliches Gesetzbuch*, consacré au droit des obligations. À sa grande surprise, il n'y trouve aucune disposition relative aux vices du consentement. Il se tourne vers les ouvrages de doctrine consacrés au droit des contrats ou au droit des obligations, pour aboutir au même constat inattendu[2].

À peine revenu de son étonnement, il entame une nouvelle recherche. Il se demande quelle est la solution du droit allemand au problème du contrat entre absents. Les §§ 145 à 156 du *B.G.B.* traitent de l'offre et de l'acceptation, mais le titre relatif au contrat, où ces paragraphes sont inscrits, ne contient rien concernant la question recherchée ! Pareillement, les exposés doctrinaux relatifs au processus de l'offre et de l'acceptation paraissent ignorer la discussion du contrat entre absents[3]. Comment est-ce possible, alors que cette problématique constitue dans notre droit le prolongement naturel de la théorie de l'offre et de l'acceptation ?

4. Ces énigmes apparentes ont une explication simple. Le *B.G.B.* ne traite pas les questions en cause dans son Livre II, relatif au droit des obligations, ni même dans le titre de la Partie générale (*Allgemeiner Teil* - Livre I[er]) consacré au contrat (Titre 3 - §§ 145 à 157), mais dans un autre titre de cette Partie générale, le Titre 2 (Déclaration de volonté - *Willenserklärung*, §§ 116-144) de la Section III (Actes juridiques - *Rechtsgeschäfte* - §§ 104-185). En doctrine, ce sont les commentaires de ce titre de la Partie générale que notre comparatiste frustré aurait dû consulter[4].

Il ne s'agit pas d'un simple déplacement de matières d'une partie à l'autre de la codification civile. Les problèmes en cause ont changé de plan. En décidant d'introduire leur code par une substantielle Partie générale (elle compte 240 paragraphes), les auteurs du *B.G.B.* se sont engagés dans un important effort de décantation de bon nombre de problèmes, afin de les traiter à leur plus haut niveau de généralité. C'est ainsi qu'ils ont construit cette remarquable théorie des actes juridiques, au sein de laquelle se détachent les dispositions relatives à la déclaration de volonté.

Cette notion de « déclaration de volonté » occupe une place importante en droit allemand. Elle vise l'expression de volonté en vue de créer des effets juridiques : émission d'une offre, acceptation, envoi d'un préavis, etc... Elle ne se confond pas avec la notion d'« acte juridique », qui nous est plus familière. La déclaration de volonté est un acte juridique en soi, mais il est des actes

2. *Cf.* p. ex. P. Schlechtriem, *Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, 4[e] éd., 2000.
3. *Cf.* p. ex. H. Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, 22[e] éd., 1998, pp. 89-101.
4. *Cf.* p. ex. H. Brox, *op. cit.*, pp. 84-85.

juridiques plus complexes, qui résultent de l'expression de plusieurs déclarations de volontés. Un contrat, par exemple, est un acte juridique qui résulte de la rencontre de deux déclarations de volontés.

Cette décantation conduit à des progrès remarquables de l'analyse juridique et à une présentation plus rationnelle de nombreux problèmes. C'est le cas des deux questions qui préoccupaient notre comparatiste non initié.

5. Le droit belge comme le droit français traitent des vices du consentement à propos de la formation des contrats. La présentation est tellement traditionnelle qu'elle ne paraît appeler aucune justification. Le droit allemand met cependant en évidence que pareille présentation est inadéquate. Erreur, dol ou violence n'affectent pas le contrat en tant que tel, mais l'expression de volonté (offre ou acceptation) de la partie qui en est victime.

Par ailleurs, de tels vices peuvent affecter des déclarations de volonté autres que celles qui contribuent à la formation du contrat, comme l'envoi d'un préavis ou l'offre unilatérale de récompense. En présence de telles situations, nous appliquerions sans doute par analogie le régime du vice de consentement correspondant s'il était survenu lors de la conclusion d'un contrat. Admettons qu'il s'agirait d'un expédient peu satisfaisant, mettant en lumière une étonnante lacune de notre système juridique.

La manière dont le droit allemand pose le problème est plus correcte : c'est au niveau de la déclaration de volonté, et non à celui du contrat, que le régime des vices du consentement doit être rattaché.

6. Des réflexions analogues peuvent être formulées à propos de notre théorie du « contrat entre absents ».

À quelle question précisément cette théorie veut-elle apporter réponse ? Le but est de déterminer le moment exact où un contrat est formé lorsque offre et acceptation sont échangées entre parties éloignées l'une de l'autre. En d'autres termes, quand l'offre peut-elle être considérée comme acceptée ? Plus précisément encore, à quel moment l'acceptation produit-elle son effet, qui est de provoquer la formation du contrat ?

La question ainsi posée ne ressortit-elle pas à une problématique plus large ? Prenons le cas de l'offre elle-même. On sait qu'en droit belge, l'offre lie son auteur, qui ne peut la révoquer pendant le délai qu'il a fixé, ou un délai raisonnable. Supposons que l'offre soit adressée à une personne non présente. À partir de quel moment produit-elle son effet de devenir irrévocable ? Dès son émission ? Dès son expédition, ou sa réception, ou dès l'information du destinataire ? On le voit, les mêmes questions se posent à propos de la prise d'effet de l'offre qu'à propos de l'efficacité de l'acceptation.

À propos de l'irrévocabilité de l'offre, la doctrine belge mentionne parfois au passage qu'une offre envoyée par la poste peut encore être révoquée par un moyen qui parvient plus rapidement au destinataire (télégramme - on évoque à

présent le fax et le courrier électronique). L'affirmation n'est cependant pas rapprochée de la théorie du contrat entre absents, qui sera traité dans un chapitre ultérieur. Elle revient cependant à dire que l'offre, comme l'acceptation, produit ses effets lorsqu'elle est reçue par son destinataire.

À quel moment un préavis prend-il effet ? Dès que la décision est prise de l'envoyer ? Dès qu'il est effectivement envoyé ? Lorsqu'il est reçu par son destinataire ? Lorsque ce dernier en a pris connaissance ? Nous ne sommes plus ici dans le contexte de la formation d'un contrat, et les mêmes questions se posent.

Ceci fait apparaître que la théorie du contrat entre absents ne règle que l'une des nombreuses applications d'une problématique beaucoup plus vaste, celle de l'efficacité d'une déclaration de volonté adressée à un absent.

C'est à ce niveau que le *B.G.B.* traite de la question (§ 130). Il est dès lors inutile d'y revenir à propos du cas particulier qu'est la détermination du moment où une acceptation adressée à un absent produit ses effets. Les exposés sur la formation du contrat ne doivent plus s'arrêter à une question déjà réglée à un niveau supérieur.

7. Le droit allemand de la déclaration de volonté traite également de certaines autres matières que notre droit lie au domaine des contrats. C'est notamment le cas de la licéité (§§ 134 et 138) et de questions relatives aux nullités (§§ 139 à 144), matières qui peuvent concerner des déclarations de volonté unilatérales aussi bien que des contrats.

8. Le droit comparé révèle ici que notre analyse de certaines questions importantes manque de finesse, les problèmes en cause étant situés à un insuffisant niveau de généralité.

Il n'est pas question, dans un avenir prévisible, de réformer notre Code civil[5]. Les dispositions sur les vices du consentement restent situées dans la partie relative aux obligations conventionnelles. Rien ne nous empêche cependant, dans nos enseignements, dans les exposés doctrinaux, de mettre en évidence le caractère non satisfaisant de cette présentation de 1804, et de proposer une analyse plus correcte.

Notre liberté d'action est encore plus grande à propos du contrat entre absents, puisque dans notre droit, il s'agit d'une pure construction doctrinale et jurisprudentielle ne reposant sur aucune disposition du Code civil. Le passage pourrait se faire sans problème à une théorie de la déclaration de volonté adressée à un absent.

L'étude du droit comparé conduit ici à une fructueuse remise en cause de notre propre système juridique.

5. Nous nous situons ici au niveau national. On connaît les débats actuels relatifs au projet de Code civil européen.

2. Obligation et incombance

9. Le droit comparé révèle aussi l'existence d'« obligations »... non susceptibles d'exécution forcée ! C'est ce que les Allemands et les Suisses alémaniques appellent des *« Obliengenheiten »*, terme que les Suisses romands traduisent par *« incombances »*. Le concept suscite d'abord la curiosité ; celle-ci cède rapidement la place à la surprise de se rendre compte que le phénomène est également présent dans notre droit, presque dans la clandestinité...

10. Faut-il rappeler que l'obligation est un lien de droit permettant au créancier d'exiger quelque chose de la part de son débiteur (une prestation ou une abstention), le créancier disposant d'une action en exécution forcée (en nature ou par équivalent), en cas de défaillance du débiteur ?

L'incombance met également une exigence de comportement à charge d'une partie. Toutefois, en cas de manquement, l'autre partie ne peut contraindre son partenaire à s'exécuter : la seule conséquence de la défaillance est d'exposer le « débiteur » à un certain désagrément, en général la perte d'une situation juridique favorable ou la soumission à un désavantage juridique particulier. Comme l'écrit un auteur allemand, *« le système juridique n'exige pas le respect d'une « Obliegenheit » de manière catégorique, mais seulement hypothétique »*[6]. Si vous n'adoptez pas tel comportement, vous subirez tel désagrément.

11. La notion a d'abord été dégagée en droit allemand des assurances. Certains des devoirs que nous qualifions d'« obligations » du preneur ou de l'assuré sont appelés *« Obliegenheiten »*. Ainsi, les exigences relatives à la déclaration du risque à la conclusion du contrat, à la déclaration rapide du sinistre, à l'atténuation du dommage. On s'aperçoit en effet qu'il ne s'agit pas d'« obligations » au sens plein, car l'assureur co-contractant ne dispose d'aucun moyen de contraindre le preneur ou l'assuré à s'exécuter dans ces domaines (au contraire, par exemple, du cas où le preneur manquerait à son obligation de payer la prime). Mais en cas de manquement à ces exigences, le preneur ou l'assuré s'expose à certaines conséquences juridiques défavorables : selon les cas, l'indemnité est réduite, voire même perdue[7].

Il est d'ailleurs inutile de conférer à l'assureur le droit d'agir en justice en de telles circonstances, par exemple pour contraindre l'assuré à atténuer le dommage. Il suffit de pénaliser l'assuré qui n'agit pas dans le sens souhaité, et de le laisser dès lors être son propre juge de ce qui constitue son meilleur intérêt. Le droit réalise ainsi une économie de moyens : là où l'incombance suffit à atteindre le résultat souhaité, nul besoin d'imposer une obligation au sens plein.

Si la notion d'*« Obliegenheit »* a vu le jour en droit des assurances, la doctrine

6. *Cf.* K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Munich, 7e éd., 1989, p. 205.
7. *Cf.* p. ex., en droit belge, les articles 6, 7 et 21 de la loi du 25 juin 1992.

allemande a rapidement découvert qu'elle trouvait des applications en d'autres matières. Dans le droit de la vente, par exemple, l'acheteur se doit d'inspecter sans retard les marchandises reçues et de dénoncer immédiatement tout défaut au vendeur. Ici non plus, le vendeur ne dispose pas d'action afin de contraindre l'acheteur à agir de la sorte. Mais l'acheteur qui manque à ces exigences de comportement perdra ses recours contre le vendeur. Ce ne sont que des incombances, ce qui ne retire rien à l'efficacité du système mis en place.

12. La notion est accueillie en droit suisse. Un auteur helvétique écrit ainsi que *« se conformer aux* Obliegenheiten, *ce n'est pas exécuter des obligations, mais agir dans son intérêt bien compris en vue d'éviter une perte de droits »*[8].

13. Peut-on importer le concept d'incombance ?

Les situations données en exemple plus haut paraissent se présenter de la même manière dans notre droit.

Le droit belge des assurances impose des exigences analogues en matière de déclaration du risque, de déclaration du sinistre et d'atténuation du dommage (loi du 25 juin 1992, art. 5, 19 et 20). Dans le premier cas, la doctrine critique l'emploi du terme *« obligation »* car le devoir de déclarer le risque est antérieur à la formation du contrat ; elle pourrait ajouter que l'assureur ne dispose en la matière d'aucune action en exécution forcée, mais que le preneur qui déclare mal le risque s'expose à une réduction, voire à la perte de l'indemnité si un sinistre survient (art. 6 et 7). Les deux autres catégories d'exigences sont qualifiées d'*« obligations en cas de sinistre »* tant par la doctrine que par la loi elle-même (art. 21). Mais on découvre immédiatement que ces devoirs répondent aux caractéristiques de l'incombance, non de l'obligation au sens plein.

Le droit des contrats révèle également nombre de situations relevant de la notion d'incombance. L'acheteur « doit » agir à bref délai en garantie pour vice caché, sous peine de déchéance (art. 1648 C. civ.) ; mais le vendeur ne peut aucunement l'y contraindre. L'« obligation » de plus en plus souvent reconnue à charge du créancier de minimiser le dommage, sous peine de ne pouvoir réclamer réparation du préjudice qu'il aurait pu éviter[9], relève également de l'incombance. On en dira autant de l'« obligation » de ne pas adopter un comportement contradictoire avec la volonté de faire valoir ses droits (*rechtsverwerking* ou abus de droit, sanctionné par la perte du droit en cause)[10].

---

8. *Cf.* A. Von Thur, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3e éd. par H. Peter, 1979, pp. 12-13.
9. *Cf.* R. Kruithof, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass., 22 mars 1985, *Rev. Crit. Jur. B.*, 1989, pp. 12-55 ; B. Hanotiau, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extra-contractuelle », *Rev. Gén. Ass. Resp.*, 1987, n° 11289.
10. *Cf.* S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 705-706.

14. La notion est progressivement découverte par quelques auteurs belges[11]. Il nous paraît certain qu'elle mérite d'être introduite dans nos outils de pensée, pour y occuper une place fort importante.

L'accueil du concept d'incombance conduit en effet à une étonnante révélation. Nous n'avons pas aperçu que nous rangeons parmi les « obligations » diverses exigences de comportement qui ne répondent pas à la définition, car le créancier n'est pas en mesure d'en exiger l'exécution forcée. Il s'impose évidemment de mettre de l'ordre, et de classer ces situations dans une catégorie distincte[12].

15. La réception du concept d'« incombance » peut s'effectuer sans difficulté. Il n'y a pas de définition légale de l'« obligation », seulement quelques impropriétés de langage du législateur lorsqu'il appelle occasionnellement « obligation » ce qui constitue en réalité une « incombance ».

Les présentations doctrinales pourraient sans difficulté adopter ce raffinement de l'analyse juridique. Elles devraient même le faire, à notre avis, car il est impropre de continuer à parler d' « obligation » là où faut défaut la caractéristique majeure du concept, la possibilité d'obtenir l'exécution forcée.

La découverte de la notion d'incombance offre un très bel exemple de l'apport de la réflexion comparative à la compréhension de notre propre droit[13].

3. Dommages-intérêts positifs, dommages-intérêts négatifs

16. Certains systèmes qualifient de « positifs » les dommages-intérêts qui correspondent à l'indemnisation du dommage résultant de l'inexécution du contrat. Ces dommages-intérêts sont établis sur base de la comparaison entre la situation actuelle du cocontractant lésé et la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté.

Quant aux dommages-intérêts « négatifs », ils correspondent à l'indemnisation du dommage résultant de la confiance mal placée dans le partenaire. Ils sont établis sur base de la comparaison entre la situation actuelle du cocontractant lésé et la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas conclu le contrat.

Ce sont deux manières différentes de calculer les dommages-intérêts, selon les circonstances. Nous en donnons un exemple en note[14].

---

11. *Cf.* notamment M. Storme, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, Bruxelles, 1990, pp. 197-200.
12. Une comparaison s'impose avec les « obligations naturelles ». Celle-ci ne donnent pas lieu non plus à exécution forcée. Toutefois, la méconnaissance d'une obligation naturelle n'entraîne aucune conséquence juridique, alors que l'inobservation d'une incombance pénalise celui qui en était tenu.
13. Nous avons examiné la notion d'incombance de manière plus étendue dans notre contribution au *Liber amicorum Hubert Claassens*, 1998, pp. 151-163.
14. Une agence de spectacles vend à un mélomane un billet d'opéra pour € 20. L'agence a elle-même →

17. La distinction est bien connue de certains droits européens, notamment du droit allemand (*« Erfüllingsinteresse »* et *« Vertrauensschaden »*). En *common law*, l'on distingue pareillement les *« expectation damages »* et les *« reliance damages »* ; le mouvement *Law and Economics* s'y intéresse beaucoup, dans son souci de préconiser le recours à des critères de calcul des dommages-intérêts qui favorisent les *« violations efficaces »*[15].

18. Curieusement, ni le droit français ni le droit belge n'ont accueilli ces notions. Nos systèmes juridiques sont d'une imprécision consternante quant aux modes de calcul des dommages-intérêts en matière contractuelle.

Des nombreux articles que le Code civil consacre aux *« dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation »* (art. 1149-1155), un seul traite du mode de calcul. C'est l'article 1139, selon lequel *« Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après ».*

En principe donc, le bénéfice perdu devrait être indemnisé. Pour le surplus, le créancier a droit à être indemnisé de la *« perte »* qu'il a subie... Mais quels sont les critères de détermination de cette perte autre que celle résultant de la privation du bénéfice ? Par rapport à quoi doit-on la calculer ? Le Code civil est silencieux. Les *« exceptions et modifications »* annoncées rencontrent d'importantes questions, comme celles du dommage imprévisible, du dommage indirect, de la force majeure, des dommages intérêts légaux et de l'anatocisme[16], mais elles n'éclairent en rien le sens à donner à l'article 1139 en dehors des situations particulières qu'elles rencontrent. Le législateur de 1804 ajoute à l'obscurité de son texte en lui faisant prévoir qu'il ne s'applique qu'*« en*

→ acheté le billet à l'organisateur pour € 15. Le mélomane ne prend pas livraison du billet. L'agence réussit à le revendre à un autre amateur d'opéra pour € 12.
- Les *dommages-intérêts positifs* de l'agence seraient calculés comme suit :
  Bénéfice escompté : 20 – 15 = 5
  Perte : 15 – 12 = 3
  Dommages-intérêts positifs : 5 + 3 = 8.
  Ces 8 euros correspondent en effet à la différence entre la situation actuelle du cocontractant lésé (perte de € 3) et la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté (bénéfice de € 5).
- Les *dommages-intérêts négatifs*, dans le cas présent, correspondraient à la perte de € 3 subie par l'agence. Tel est en effet le préjudice résultant de la confiance trompée. Si l'agence n'avait pas fait confiance au mélomane défaillant, elle n'aurait pas acheté le billet. Cette perte de € 3 correspond bien à la différence entre la situation actuelle de l'agence et la situation qui aurait été la sienne si elle n'avait pas conclu le contrat.

15. *Cf.* p. ex. Th. S. Ulen, « The Efficiency of Specific Performance : Toward a Unified Theory of Contract Remedies », 83 *Michigan Law Rev.* (1984), pp. 356-364.

16. L'article 1152 initial, à présent abrogé en Belgique et modifié en France, proclamait l'intangibilité des clauses pénales.

général », ce qui paraît impliquer — sans autre précision — l'existence d'autres exceptions que celles qui sont traités dans les dispositions suivantes.

La doctrine n'est pas toujours mieux inspirée. Ainsi, à propos des dommages-intérêts pouvant accompagner la résolution judiciaire, H. De Page écrit qu'ils sont calculés « *selon les principes du droit commun* »[17], alors que ces principes suscitent tant d'interrogations et que surtout, l'hypothèse en cause appelle sans doute un mode de calcul spécifique.

19. La distinction entre dommages-intérêts positifs et dommages-intérêts négatifs est de nature à apporter plus de rigueur et de clarté en matière de calcul des dommages-intérêts contractuels. D'autres systèmes juridiques, on l'a dit, utilisent ces concepts depuis longtemps. Le libellé à la fois ouvert (« *en général* ») et imprécis (« *la perte* ») de l'article 1139 du Code civil autorise leur importation par la voie doctrinale et jurisprudentielle. Les notions en cause ne sont aucunement liées à des particularités des systèmes juridiques dont elles sont issues ; la distinction résulte d'une simple réflexion sur deux manières d'évaluer un préjudice lié à un contentieux contractuel : soit on se réfère à ce qui se serait passé si le contrat avait été convenablement exécuté (dommages-intérêts positifs), soit on prend pour base la situation où le contrat n'aurait pas été conclu (dommages-intérêts négatifs).

20. Accueillir la distinction dans notre arsenal de concepts n'est évidemment qu'un premier pas. Doctrine et jurisprudence devront ensuite manier ces deux notions nouvelles afin de déterminer leurs domaines d'application respectifs dans notre droit. Nous ne ferons qu'esquisser certaines des orientations possibles.

Trois catégories principales de dommages-intérêts existent en matière contractuelle.

Des indemnisations accompagnent parfois des problèmes de formation : rupture abusive des négociations, annulation pour dol ou pour violence. Ces situations nous paraissent relever du domaine des dommages-intérêts négatifs. Dans le premier cas, il n'y avait aucune obligation de conclure le contrat, même si le comportement abusif mérite sanction. Dans les deux autres cas, la victime a choisi de demander la nullité du contrat. Aucune de ces situations ne justifie que la victime soit placée dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été valablement exécuté (ce qui impliquerait notamment de lui accorder compensation pour les bénéfices escomptés). Les dommages-intérêts doivent être calculés afin de remettre la victime dans la situation qui aurait été la sienne si elle n'avait jamais entrepris de traiter avec ce partenaire décevant : indemnisation des frais exposés, du temps perdu, de la perte éventuelle d'une chance de contracter avec une autre partie, etc...

17. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., 1964, t. II, n° 890.

La catégorie principale est sans doute celle où le contrat valablement conclu n'ayant pas été exécuté par une partie, le co-contractant réclame une exécution « par équivalent », à savoir des dommages-intérêts compensant l'absence d'exécution en nature. C'est le domaine naturel des dommages-intérêts positifs, qui vont replacer la partie lésée dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été valablement exécuté. La perte de bénéfices y occupe une bonne place.

La troisième catégorie est celle des dommages-intérêts pouvant accompagner la résolution du contrat pour inexécution. Ici, le co-contractant lésé a choisi la résolution plutôt que l'exécution forcée. À première vue, les dommages-intérêts négatifs sont les plus appropriés au regard de l'option prise. La résolution ne crée-t-elle pas une situation analogue à celle de la nullité, le contrat étant anéanti *ab initio* ? Il y a cependant des raisons d'hésiter, notamment parce que la doctrine moderne a considérablement nuancé l'effet rétroactif de la résolution, et que le contrat était au départ valablement conclu[18]. Ce débat montre le chemin restant à parcourir à partir de l'affirmation lapidaire de De Page selon laquelle en cas de résolution pour inexécution, les dommages-intérêts se calculent *« selon les principes du droit commun »*...

21. Nous n'avons fait qu'aborder certaines des applications possibles des concepts de dommages-intérêts positifs et négatifs. Les solutions proposées appellent des approfondissements. L'essentiel était ici de mettre en évidence un autre apport constructif possible du droit comparé à notre système juridique, de nature à introduire plus de rigueur dans la question importante du calcul des dommages-intérêts.

B. Exportations

22. Les exemples qui viennent d'être présentés démontrent que les droits étrangers peuvent avoir une influence directe sur l'évolution de notre droit des contrats.

Le mouvement n'est évidemment pas à sens unique. Certains de nos concepts juridiques retiennent également l'attention des comparatistes étrangers, qui n'hésitent pas à s'en inspirer à leur tour. Le phénomène est de nature à nous éclairer sur notre propre droit : de tels jugements venus de l'extérieur mettent en évidence l'intérêt et la qualité des éléments qui nous sont empruntés.

Nous donnerons deux exemples, le premier d'une exportation accomplie, le second d'une matière où pareille influence pourrait avoir lieu dans l'avenir.

---

18. *Cf.* une discussion de ces questions dans *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, (sous la dir. de) M. FONTAINE et G. VINEY, 2001, pp. 1074-1079.

1. Obligations de moyens, obligations de résultat

23. La distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat est l'un de nos instruments d'analyse les plus familiers.

Ces expressions se réfèrent à deux degrés différents d'intensité des obligations : le débiteur s'engage tantôt à faire toute diligence sans promettre le succès, tantôt à atteindre le résultat promis. Les deux concepts concernent également la charge de la preuve : le créancier insatisfait doit prouver la faute du débiteur d'une obligation de moyens, alors que cette faute est présumée en cas d'inexécution d'une obligation de résultat, le débiteur devant alors prouver la cause étrangère s'il entend s'exonérer de sa responsabilité.

On sait que la distinction a été conçue par Demogue, afin de résoudre ce qui paraissait une incompatibilité entre les articles 1137 et 1147 du Code civil. Depuis lors, elle a connu un succès remarquable, les notions étant devenues d'utilisation courante.

Des réflexions plus approfondies ont cependant révélé que la distinction n'épuisait pas la réalité. Il y a des obligations encore plus intenses que les obligations de résultat : dans les obligations de garantie, le débiteur s'engage de manière absolue, perdant la possibilité de s'exonérer par la preuve d'une cause étrangère[19]. D'autre part, ces trois types d'obligations ne sont que des situations caractéristiques, laissant la voie ouverte à toute une gamme de variantes et de situations intermédiaires.

24. Cette « invention » française a fait recette. Le droit belge l'a assimilée sans réserves. Elle est également entrée dans l'arsenal des concepts de base du droit de plusieurs autres pays de *civil law*, comme les Pays-Bas, l'Italie, le Québec ou la Roumanie[20]. L'Allemagne, cependant, ne s'est pas laissé séduire. Dans leur traité de droit comparé, les auteurs allemands Zweigert et Kötz évoquent la distinction française, mais ils paraissent la traiter comme un développement isolé[21].

25. Toutefois, la distinction entre obligations de moyens et de résultat vient faire deux nouvelles conquêtes significatives.

Elle a d'abord retenu l'attention favorable d'un éminent représentant de la doctrine américaine. Dans un article remarqué[22], le professeur Farnsworth fait un rapprochement entre l'obligation de moyens et l'obligation de *« best efforts »*,

19. *Cf.* J.L. FAGNART, « Les obligations de garantie », in *Mélanges Jean Baugniet*, 1976, pp. 233-262.
20. *Cf.* M. FONTAINE et F. DE LY, *Droit des contrats internationaux*, 2e éd., 2003, pp. 245-246 et les références citées.
21. K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, trad. T. WEIR, 3e éd., 1998, pp. 591-592.
22. E.A. FARNSWORTH, « On Trying to Keep One's Promises : the Duty of Best Efforts in Contract Law », 46 *Univ. of Pittsburgh Law Rev.* (1984), pp. 1-20.

notion très présente dans les contrats de *common law* et dans les contrats internationaux en général[23]. C'est l'occasion pour l'auteur de présenter la distinction française aux lecteurs américains et de suggérer qu'elle est transposable en *common law*.

Mais on soulignera surtout l'entrée en force de la distinction dans les Principes d'Unidroit[24]. L'article 5.4 des Principes définit explicitement les contenus respectifs des obligations de résultat (*« fournir le résultat promis »*) et des obligations de moyens (*« apporter à l'exécution de sa prestation la prudence et la diligence d'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation »*). L'innovation la plus intéressante est contenue dans l'article 5.5, qui s'efforce de déterminer les critères permettant de distinguer les deux types d'obligations. Cette question donne lieu à beaucoup de jurisprudence dans notre droit[25]. L'article 5.5 des Principes d'Unidroit représente la première tentative de codification de ces critères. Le texte, évidemment inspiré par les solutions des jurisprudences française et belge, est susceptible d'avoir une influence en retour.

2. Effets internes, effets externes

26. La distinction entre effets internes et effets externes des contrats est familière aux juristes belges. Nos collègues français la connaissent également sous une expression différente : ils distinguent force obligatoire et opposabilité du contrat[26].

Les effets internes sont les droits et les obligations nés du contrat. En principe, ils ne concernent que les parties. C'est à propos de ces seuls effets internes que joue la relativité des conventions. La formule trop large de l'article 1165 du Code civil (*« Les conventions n'ont d'effet qu'entre parties contractantes... »*) doit être comprise comme ne concernant que les effets internes.

Mais un contrat produit également des effets externes (la situation nouvelle qu'il crée dans l'environnement juridique), susceptibles d'affecter les tiers de diverses manières. Parfois, les tiers peuvent se prévaloir à leur avantage d'un contrat auquel ils ne sont pas parties (les créanciers de l'acheteur peuvent désormais saisir le bien acheté). Parfois, au contraire, les tiers doivent subir le désavantage que la conclusion du contrat leur occasionne (les créanciers du vendeur ne peuvent plus saisir le bien vendu). Dans certains de ces derniers cas, la loi reconnaît implicitement la réalité de ces effets externes en conférant aux tiers des recours contre des contrats qui leur sont défavorables (*cf.* l'action paulienne).

23. *Cf.* M. Fontaine et F. De Ly, *op. cit.*, pp. 211-257.
24. Unidroit, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, 2ème éd., 2004.
25. *Cf.* S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, *op. cit.*, pp. 723-724.
26. *Cf. Les effets du contrat à l'égard des tiers - Comparaisons franco-belges*, (sous la dir. de) M. Fontaine et J. Ghestin, 1992, 464 pages.

La distinction a mis un certain temps à apparaître tant en France qu'en Belgique, mais elle est à présent bien établie dans les deux pays. Il ne paraît plus possible de comprendre la relativité des conventions sans faire la différence entre effets internes (force obligatoire) et effets externes (opposabilité).

27. Le droit comparé n'est jamais avare de surprises. Il est bien difficile de trouver trace d'une distinction correspondante dans les autres systèmes juridiques. On en cherche vainement l'écho dans la doctrine étrangère. Un collègue italien, éminent spécialiste du droit des contrats, s'est montré très surpris lorsque je l'ai interrogé sur la question. Il n'imaginait pas qu'un contrat puisse avoir des effets envers les tiers, en dehors des exceptions bien connues à la relativité des conventions (comme la stipulation pour autrui).

Un excellent chercheur allemand, en séjour au Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, a fait montre du même étonnement. Confronté à une longue liste d'applications de ce que nous qualifions d'effets externes[27], ce chercheur a d'abord constaté qu'une partie des situations trouvaient des solutions analogues aux nôtres sur base de justifications différentes propres au droit allemand. Il a cependant dû admettre que d'autres applications de nos effets externes se produisaient également en droit allemand sans que la doctrine ait songé jusqu'ici à les justifier.

28. Il n'est pas certain que la distinction entre effets internes et effets externes des contrats connaîtra la même fortune internationale que celle qui sépare obligations de moyens et obligations de résultat. Il appartiendra aux systèmes juridiques étrangers d'en décider.

L'exemple mérite cependant d'être évoqué, car il nous semble qu'avec cette distinction, les droits français et belge ont construit deux concepts fort importants pour la bonne compréhension des effets des contrats. Or, dans les droits étrangers, l'idée continue à prévaloir que les contrats n'ont en principe d'effets qu'entre parties, comme l'affirmait notre doctrine du XIX^{e} siècle sur base du texte trop général de l'article 1165 du Code civil. La prise de conscience qui s'est produite tant en France qu'en Belgique nous paraît mériter de retenir l'attention des juristes étrangers.

27. Cette liste de plus de trente situations est reprise dans l'ouvrage cité à la note précédente, pp. 48-53.

Dol par réticence dolosive et erreur inexcusable

Paul Alain FORIERS
Avocat,
Professeur ordinaire à l'Université Libre de Bruxelles

1. *Fraus omnia corrumpit* : la fraude fait exception à toutes les règles[1]. C'est elle qui conduit à écarter le jeu normal des principes applicables en matière de partage de responsabilité lorsque l'auteur d'une infraction intentionnelle se prévaut de la faute de la victime[2], c'est elle encore qui fait obstacle à ce que l'auteur d'un dol se prévale de l'erreur inexcusable de son cocontractant[3].

Cette dernière solution ne fait guère de difficulté lorsque le dol consiste en de véritables manœuvres. Elle paraît en revanche moins évidente lorsque le dol se résume en une simple réticence – ce qui est le plus souvent le cas dans la pratique des affaires, notamment dans les acquisitions d'entreprises.

Le dol par réticence suppose en effet une obligation de parler dans le chef de celui à qui il est reproché. Or, cette obligation ne trouve-t-elle pas une limite dans l'obligation de l'autre partie de s'informer ? Ne doit-on pas en conclure que le dol par réticence ne se conçoit pas en cas d'erreur inexcusable, car l'on ne saurait exiger d'un négociateur qu'il informe son futur cocontractant d'éléments qu'il devait manifestement connaître ?

La question mérite assurément que l'on s'y attarde à l'occasion de ces mélanges offerts à Michel Coipel qui manie, on le sait, avec autant de bonheur

---

1. Il s'agit, suivant notre Cour suprême, d'un principe général de droit : R. SOETAERT, « Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie », in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Story Scientia, 1986, p. 54 ; conclusions de M. le procureur général KRINGS, alors avocat général, avant Cass., 23 septembre 1977, *Arr. Cass.*, 1978, p. 111 à 113 ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, Vol. I, L'acte illicite, Bruxelles Anvers, Bruylant Maklu Ced Samson, 1991, n° 57, p. 103 et *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers, Intersentia, 2000, n° 44, p. 299.
2. Cass. 6 novembre 2002, P. 2001. 1108. F, *J.T.*, 2003, p. 310 et conclusions de M. l'avocat général SPREUTELS ; voy. sur cet arrêt J. KIRKPATRICK, « La maxime *Fraus omnia corrumpit* et la réparation du dommage causé par un délit intentionnel en concours avec une faute involontaire de la victime. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 2002 », *J.T.*, 2003, p. 575.
3. Cass. 23 septembre 1977, *Pas.* 1978, I, p. 100 ; *Arr. Cass.*, 1978, p. 107 et concl. de M. le procureur général KRINGS, alors avocat général ; Cass. 6 oct. 1977, *Pas.* 1978, I, p. 157 ; Cass., 29 mai 1980, *Pas.* 1980, I, p. 1190 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1986, n° 18, p. 68 ; R. KRUITHOF, Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen », *T.P.R.*,1983, n^{os} 57 et 58 ; J. DECLERCK-GOLDFRACHT, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1972, p. 250, n° 29 et les références citées.

le droit des obligations et celui des sociétés. Le dol apparaît en effet comme l'arme naturelle de l'acheteur déçu d'une participation de contrôle, lorsqu'il ne peut se prévaloir d'une garantie contractuelle ou se heurte à une clause limitative de garantie ou de responsabilité. L'on se rappellera à cet égard que lorsqu'une cession porte sur des actions et non sur l'entreprise exploitée par la société concernée, il est assez généralement admis que la garantie de droit du vendeur ne s'étend pas, en principe, aux éléments du patrimoine social[4] et que, dans la logique de ce système, l'erreur commise par l'acheteur sur l'un de ces derniers ne saurait constituer une erreur sur la substance de la chose vendue (à savoir les actions cédées).

Dol par réticence et devoir d'information

2. Si, dans sa conception classique, le dol suppose des artifices[5] et une mise en scène, il est admis de longue date qu'il puisse aussi résulter d'une réticence. La Cour de cassation de Belgique[6] comme la Cour de cassation de France[7] se sont clairement prononcées en ce sens.

Le simple silence est cependant neutre. Il ne saurait être fautif ni *a fortiori*

4. B. Tilleman, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Overeenkomsten, Deel 2 : Bijzondere overeenkomsten, A. Verkoop, Deel I : totstandkoming en kwalificatie van de koop*, Anvers, 2001, éd. Story Scientia, n° 425, p. 176 et les références citées ; W. Dejonghe et M. Corynen, « De rechtspositie van de overnemer bij de verwerving van een onderneming door acquisitie van aandelen », *V.R.F.*, 1997, n° 1, pp. 85 et s. ; L. Simont, J. De Gavre et P.A. Foriers, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1995, n° 47, p. 185 ; I. Corbisier, « Quand J.R. manqua de discernement dans la sélection de puits de pétrole au Texas... : des vicissitudes affectant le cas échéant une cession d'actions ou de l'omniprésence discrète de la cause dans une vision contractualiste de l'entreprise », note sous Liège, 1er avril 1992, *R.P.S.*, 1993, pp. 137-139 ; D. Devos, « La notion de vices cachés dans la vente d'actions », *R.D.C.*, 1988, pp. 53-54 et les références citées ; D. Devos, « La vente d'actions au porteur d'une société anonyme », in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, éd. Nemesis, Bruxelles, 1986, pp. 176 et s. ; voy. aussi antérieurement Fredericq, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, T. I, 1976, p. 412 ; J. Corbiau, « Du vice caché dans les ventes d'actions et d'obligations de sociétés », *R.P.S.*, 1914, n° 2388, p. 89 ; *R.P.D.B.*, V° Titres au porteur, n° 116 ; comp. cependant en sens contraire X. Dieux, « Les garanties en matière de cessions d'actions. Pour un retour au droit commun. », Séminaire Vanham et Vanham du 25 février 1996, pp. 4 et 5 ; S. Van Crombrugge, « De rechtsverhouding tussen de koper en de verkoper van een controleparticipatie », *R.D.C.*, p. 188 et s., spéc. 198 et s. Cette solution explique l'importance pratique des garanties contractuelles et le soin mis à les rédiger.

5. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. I, 3e éd., n° 50 et 51 ; Cl. Parmentier, « La volonté des parties », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1984, pp. 71 et s.

6. Cass. 16 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 465 ; Arr. Cass. 1999, 1116 ; *A.J.T.* 2001-01, 787, note W. De Bondt ; Cass., 8 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1156 ; *R.C.J.B.*, 1979, p. 534, note J.P. Masson ; Cass., 28 avril 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 925.

7. Depuis 1958, voy. Cass. fr. (civ., 1ère ch.), 19 mai 1958, *Bull. civ.*, n° 251 ; sur cette question voy. not. P. chauvel, V° Dol., *Rép. civ. Dalloz* (juin 1999), n° 41 et réf.

dolosif. Le silence n'a de portée que s'il est entouré de circonstances particulières[8]. Le silence gardé par l'un des cocontractants ne sera constitutif d'une réticence dolosive que si celui qui le garde avait une obligation de parler, d'une part, et s'il était animé d'une intention frauduleuse, d'autre part[9]. À défaut de pareille intention, sa réticence se réduirait à une simple *culpa in contrahendo*.

On ne reviendra pas ici sur le fondement du devoir précontractuel d'information. Il peut résulter de la loi[10] ou des usages ou plus généralement du principe de bonne foi dont la portée dépasse de loin la simple exécution du contrat comme le vise l'article 1134 alinéa 3 du Code civil[11]. Le professeur Stoffel-Munck a d'ailleurs rappelé à cet égard, dans une thèse remarquée, que dans l'esprit des auteurs du Code civil, il allait de soi que les conventions devaient être

8. Voy. les arrêts cités à la note (6) ; voy. également L. Cornelis, « Le dol dans la formation des contrats », note sous Cass. 2 mai 1973, *R.C.J.B.*, 1976, pp. 37 et. s. ; J. Declercq-Goldfracht, « Le dol dans la conclusion des conventions », *R.C.J.B.*, 1972, n° 16, pp. 262 et s. ; R. Kruithof, « Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen », *T.P.R.*, 1983, p. 557 et références citées ; P. Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence (1968 à 1973) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, pp. 446 et s. et « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 69 et s. ; J.P. Masson, « Les fourberies silencieuses », *R.C.J.B.*, 1979, n° 12, p. 537 ; J.F. Romain, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n^{os} 161 et s.

9. J. Declerck-Goldfracht, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1972, p. 264 ; L. Cornelis, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1976, p. 50 ; J.P. Masson, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1979, n° 4, p. 531 ; P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, *R.C.J.B.* 1986, n° 19, p. 69 et *R.C.J.B.*, 1975, n^{os} 14 et s., pp. 443 et s. ; M. Coipel, *Eléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, n° 67 ; J.F. Romain, *op. cit.*, n° 162.

10. Que l'on pense à l'article 1602 du Code civil ou aux nombreux textes relevant du droit de la consommation (voy. not. les textes assez généraux des articles 11 de la loi du 12 juin 1991 relatives au crédit à la consommation ou 30 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur).

11. Voy. W. Wilms, « Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek »., *R.W.*, 1980-81, 499-501 ; J.L. Fagnart, « L'obligation de renseignement du vendeur fabriquant », *R.C.J.B.* 1983, n° 16, p. 237 ; J.L. Fagnart et M. Deneve, « Chronique de jurisprudence, la responsabilité civile (1976-1984) », *J.T.*, 1985, n° 3, p. 456 ; F. Domont-Naert, « Obligation de renseignement et confiance légitime », *R.D.C.*, 1986, n° 3, p. 112. La question du fondement de l'obligation de renseignement est toutefois débattue par la doctrine belge. Certains auteurs désignent en effet les articles 1382 et 1383 du Code civil comme fondement de cette obligation (voy. not. A. De Boeck, *Informatierechten en – plichten bij de totstandkoming en uitvoering van de overeenkomsten*, Anvers, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, spéc. n^{os} 74 et s., pp. 32 et s. ; L. Cornelis, « La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel », *R.G.D.C.*, 1990, n° 21, pp. 412 et s. ; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly, B. De Temmerman, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1994, n° 75, p. 279 et les références citées). Selon ces auteurs, le principe de la bonne foi qui découle de l'article 1134 du Code civil ne s'appliquait qu'à l'exécution des contrats et non à leur formation. De plus, un manquement à la bonne foi s'apprécie au regard du critère de l'homme prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait, ce qui constitue une simple application des articles 1382 et 1383 C. civ. (voy. W. Wilms, *op. cit.*, *R.W.*, 1980-81, n° 6, p. 501 ; L. Cornelis, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1990, n° 21, p. 413). La question nous paraît en réalité oiseuse. Il est en effet parfaitement raisonnable de considérer que le devoir de bonne foi s'impose à tous et que la sanction d'un manquement à celui-ci dans la phase précontractuelle réside dans l'article 1382 du Code civil.

négociées de bonne foi et que c'était pour ce motif que dans sa version finale, l'article 1134, alinéa 3 n'avait pas repris l'idée que les conventions devaient être « contractées et exécutées de bonne foi », comme le prévoyait un projet précédent[12].

Le principe de bonne foi, on le sait, ne se réduit pas à une simple obligation de ne pas agir de mauvaise foi, il est générateur de normes de bon comportement[13]. Le devoir de bonne foi sanctionne à cet égard non seulement l'auteur d'un dol, mais aussi les comportements du négociateur qui, par négligence, s'écarterait des devoirs d'un négociateur normalement diligent et prudent placé dans les mêmes circonstances. On en revient ainsi au standard du bon père de famille[14].

C'est donc à la lumière de toutes les circonstances que l'étendue du devoir d'information d'une partie à une négociation doit être appréciée. Il est constant à ce propos que l'obligation d'information du vendeur, par exemple, est non seulement à la mesure de sa qualité (professionnel ou non), de ses qualifications (spécialiste ou non) et de la complexité de la chose vendue, mais aussi des particularités de l'acheteur[15].

3. Le devoir d'information est ainsi plus étendu à l'égard du consommateur ou de l'acheteur profane que vis-à-vis du professionnel, spécialement s'il est du même secteur d'activité que le vendeur[16]. Il paraît par ailleurs logique de tenir compte des conseillers ou des experts dont l'acquéreur s'est entouré pour négocier son acquisition, même si on ne peut imposer à un profane de se faire

12. P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, Paris, L.G.D.J., 2000, n^{os} 129 et s., pp. 118 et s.
13. Sur le principe de bonne foi, voy. not. P. Van Ommeslaghe, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit », *R.G.D.C.*, 1987, p. 101-112. ; M. Storme, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, spéc. n^{os} 56, 98, 105, 107 et 115 ; J.F. Romain, *op. cit*, spéc. n^{os} 361 et s., pp. 828 et s. ; voy. aussi S. Stijns, D. Van Gerven, P. Wéry, *op. cit.*, *J.T.*, 1996, n^{os} 33 et s., pp. 701 et s.
14. W. Wilms, *op. cit.*, *R.W.*, 1980-81, n° 6, p. 501 ; L. Cornelis, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1990, n° 21, p. 413 ; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly, B. De Temmerman, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1994, n° 75, pp. 279-280.
15. L. Simont, J. De Gavre et P.A. Foriers, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux » *R.C.J.B.*, 1995, n° 58, pp. 209 et s. ; C. Parmentier, *op. cit.*, p. 73 ; K. Geens, R. Tas, M. Denef, J. Vananroye et F. Hellemans, « Overzicht van rechtspraak, vennootschappen (1992-1998) », *T.P.R.*, 2000, n° 378 ; S. Stijns, D. Van Gerven, P. Wéry, « Chronique de jurisprudence, les obligations : les sources », *J.T.*, 1996, p. 711, n° 59 et les références citées ; Bruxelles 20 mai 1987, *R.D.C.*, p. 35 et note D. Devos ; W. Wilms, *op. cit.*, *R.W.*, 1980-81, p. 489 et s. ; J.P. Masson, « Les fourberies silencieuses », *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1979, pp. 527 et s., spéc. pp. 534-535.
16. J. Declerck-Goldfracht, *op. cit.*, n° 17, pp. 266-267 et les références citées ; J.P. Masson, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1979, p. 535 ; C. Parmentier, *op. cit.*, p. 73 et références citées ; C. Jassogne, « Observations sur le dol du professionnel », note sous Cass. 21 avril 1988, *R.D..C.*, 1991, pp. 205 et s. ; D. Freriks, « Onderzoek – en mededelingsverplichting in het contractenrecht », *T.P.R.*, 1992, p. 1251, n^{os} 47 et s. ; cons. en France Cass. fr. (com.), 19 février 2002, *R.T.D. Civ.*, 2003, p. 81, obs. B. Fages ; Com. fr. (civ., 1^{ere} ch.)., 3 juin 1998, *Bull. Civ.*, I, n° 198.

assister par un expert[17]. Le vendeur peut en effet escompter que l'acheteur sera renseigné par ses propres conseils[18].

Lorsqu'un investisseur professionnel acquiert une participation de contrôle dans une société en s'entourant de conseillers financiers, de réviseurs et d'avocats, et que ceux-ci ont eu l'opportunité d'examiner en détail la situation de la société, il paraît difficile de faire grief au vendeur de ne pas avoir attiré l'attention sur des éléments résultant des dossiers mis à disposition ni, *a fortiori*, sur les risques liés de manière générale à tel ou tel type d'activités[19]. Ce n'est que si, en l'espèce, ces risques théoriques se concrétisaient de manière particulière qu'une information devrait, le cas échéant, être donnée[20].

Un point est donc certain, on peut exiger de l'acheteur, comme de tout contractant, un certain devoir de vigilance[21].

Dans la ligne de la doctrine française[22], la doctrine et la jurisprudence belge tendent à ce propos à considérer que chaque partie au contrat est tenue d'apporter à la conduite de ses affaires un minimum de discernement et d'attention, et de veiller avec soin à la défense de ses intérêts[23], de telle manière qu'une partie ne sera tenue d'informer son cocontractant que lorsque ce dernier n'est

17. Comm. Courtrai, 4 septembre 1981, *R.W.*, 1982-83, col. 1399, cité par L. Simont, J. De Gavre et P.A. Foriers, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1995, n° 58, p. 210.
18. R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly, B. De Temmerman, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1994, n° 77, p. 284 et les références citées ; W. Wilms, *op. cit.*, *R.W.*, 1980-81, n° 11, p. 508-509.
19. La Cour d'appel de Liège a excellemment relevé à cet égard : « *qu'en cas de simple réticence sur ce qui apparaît comme déterminant du consentement du partenaire (...), [le dol] se mesure par rapport au contenu de l'obligation de renseignement pesant sur le vendeur. Que la réticence dolosive ne saurait résulter du seul fait qu'une partie aurait négligé de donner une information de nature à dissuader l'autre de contracter (...), le devoir de conseil ne s'étendant pas à l'obligation d'évaluer les besoins de son interlocuteur, des possibilités de rentabilisation qui seront les siennes (...) et s'appréciant nécessairement en fonction du caractère professionnel et de la compétence de la victime prétendue du dol* » (Liège, 21 décembre 1999, *R.P.S.*, 2000, p. 173) ; cons. aussi Liège, 5 avril 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1321.
20. Gand, 2 mars 1999, *R.D.C.*, 2001, p. 48, note A. Coibion ; comm. Charleroi, 12 novembre 1987, *R.R.D.*, 1988, p. 384.
21. De Page, *op. cit.*, T. I, n° 50, p. 59 ; C. Parmentier, *op. cit.*, *Les obligations contractuelles*, p. 63 ; R. Kruithof, F. De Ly, B. De Temmerman, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1994, n° 77, p. 284 ; W. De Bondt, « De invloed van de nalatijdigheid van de bedragene op de vordering tot nietigverklaring en/of de vordering tot schadeloosstelling », *T.P.R.*, 1986, n° 8, p. 1180 ; J. Matthijs, « Des effets de la négligence ou de l'imprudence de la victime du dol », *R.C.J.B.*, 1980, pp. 45-46.
22. Voy. not. P. Jourdain, « Le devoir de "se" renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement) », *D.*, 1983, Chron., 139 ; cons. aussi M-N. Capogne-Charles, *De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat* (*Etude du droit positif français*), Th. microf., Toulouse, 1988.
23. Voy. W. Wilms, *op. cit.*, *R.W.*, 1980, n° 8, p. 502-503 et n° 15, p. 516-518 ; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly Et B. De Temmerman, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1994, n° 77, p. 284 ; voy. également A. Vanwijck, « La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats », *Ann. Dr. Lg.*, 1980, p. 55 ; M. Coipel, *op. cit.*, n° 47 et réf. qui parle de « l'obligation de se renseigner ».

pas tenu de s'informer lui-même[24] – ce qui s'appréciera évidemment, ici aussi, en fonction de toutes les circonstances[25].

4. Il est par conséquent constant que le vendeur ne saurait être tenu d'une obligation générale et invariable d'informer l'acheteur sur tout élément qui présenterait de l'intérêt pour lui[26], ni *a fortiori* d'attirer son attention sur tous les inconvénients de l'acquisition qu'il envisage[27]. La Cour d'appel de Liège a, à cet égard, jugé qu'un courtier qui négocie la cession de son portefeuille d'assurances à un professionnel de l'assurance n'est pas tenu à un devoir particulier d'information l'obligeant à insister, à son détriment, sur un élément discutable de la négociation que le cessionnaire pouvait aisément découvrir[28]. « *La morale n'impose pas de donner des armes contre soi, en révélant à celui avec qui l'on traite les inconvénients qu'il peut y avoir pour lui à s'engager ; (...) c'est « à l'autre » de défendre ses intérêts* »[29].

La licéité du « *bonus dolus* » est d'ailleurs généralement admise. Le vendeur peut ainsi vanter les qualités de la chose vendue de manière quelque peu excessive et faire abstraction de ses défauts bénins[30]. *A fortiori*, le vendeur, même professionnel, ne doit-il pas mettre en avant les mérites de ses concurrents[31]. L'article 11, 2° de la loi relative au crédit à la consommation le confirme implicitement. En effet, si en vertu de cette disposition le prêteur est tenu de rechercher parmi ses produits habituels le produit le mieux adapté à son client, il n'est toutefois pas tenu de procéder à une comparaison avec d'autres produits offerts sur le marché.

Certes, le professeur Masson a-t-il écrit que « *l'obligation générale de renseignement peut être définie comme le devoir d'indiquer à son cocontractant tout ce qui peut normalement être pris en considération par une personne raisonnable pour décider si elle va conclure le contrat et dans l'affirmative à quelles conditions* »[32].

---

24. J. Matthijs, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1980, n° 7, pp. 45-46.
25. A. De Boeck, *Informatierechten en – plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, précité, spéc. n^{os} 1017 et 1018, pp. 440-441 et n° 998, p. 431 et 432 ; S. Stijns, D. Van Gerven, P. Wéry, *op. cit.*, *J.T.*, 1996, n° 59, p. 711 ; C. Parmentier, *op. cit.*, p. 73 ; R. Kruithof, F. De Ly, B. De Temmerman, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1994, n° 77, pp. 282 et s. ; L. Cornelis, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1990, n° 25, p. 417 ; J. Matthijs, *op. cit.*, R.C.J.B., 1980, n° 7, pp. 45-46 ; J. Declerck-Goldfracht, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1972, n° 16, p. 262.
26. S. Stijns, D. Van Gerven, P. Wéry, *op. cit.*, n° 59, p. 711 et les références citées.
27. J.F. Romain, *op. cit.*, n° 163 ; S. Stijns, D. Van Gerven, P. Wéry, *op. cit.*, n° 59, p. 711.
28. Liège, 5 avril 1996, précité.
29. J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations : l'acte juridique*, 10è éd., Paris, Coll. U, Armand Colin, 2002, n° 213, p. 151.
30. A. De Bersaques, « La culpa in contrahendo », *R.C.J.B.*, 1964, spéc. p. 286 et note (44) ; A. De Caluwe, C. Delcorde et X. Leurquin, *Les pratiques du commerce*, Bruxelles, Larcier, 1973, pp. 258 et s.
31. J.F. Romain, *op. cit.*, n° 163 et références citées.
32. J.P. Masson, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1979, n° 14, p. 540.

Cette conception est cependant vivement critiquée[33]. et elle doit d'ailleurs être sérieusement nuancée à la lumière même des écrits de son auteur. M. Masson admet en effet que « *tout sera cas d'espèce selon le contrat et (qu')il n'y aura pas plus d'imprécision que lorsqu'on décide, par exemple, qu'il faut se comporter en bon père de famille* »[34]. On ne saurait donc prêter à cet auteur l'affirmation « *de façon catégorique (de) l'existence d'une obligation d'information* » absolue qui s'appliquerait avec la même intensité en toutes circonstances[35].

Un texte aussi protecteur que l'article 30 de la loi du 14 juillet 1991 ne va d'ailleurs pas aussi loin s'agissant de l'information du consommateur puisqu'il impose seulement au vendeur d'« *apporter de bonne foi au consommateur les informations correctes et utiles relatives aux caractéristiques du produit ou du service et aux conditions de vente,* ***compte tenu du besoin d'information exprimé par le consommateur et compte tenu de l'usage déclaré par le consommateur ou raisonnablement prévisible*** »[36].

La réticence dolosive est donc à la mesure précise d'un devoir d'information qui trouve finalement sa limite dans le devoir de l'autre partie de s'informer.

Dol par réticence et erreur inexcusable

5. L'erreur inexcusable est l'erreur que n'aurait pas commise une personne normalement diligente et prudente placée dans les mêmes circonstances[37]. Pour des raisons de sécurité juridique, elle ne donne pas ouverture à nullité. La solution ne se ramène pas à la simple réparation en nature des conséquences dommageables de la faute commise par celui qui a agi sous l'empire d'une erreur inexcusable[38]. La Cour de cassation considère en effet clairement que la condi-

33. L. Simont, J. De Gavre et P.A. Foriers, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1995, n° 13, p. 125 ; P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1986, n° 19, p. 70 ; voy. également A. Coibion, « Le dol en matière de conventions de cession d'actions – la revanche de l'ingénu », *R.D.C.*, 2001, p. 48, et spéc. p. 56 : « *Force est de constater que, malgré de nombreux appels de pied d'une partie de la doctrine, la jurisprudence en matière de dol – particulièrement dans le cadre de cessions de droits sociaux – est restée remarquablement stable. Les dernières décisions rendues dans ce contexte ne laissent pas présager de revirement, par exemple dans le sens d'une extension de la portée du dol via le développement d'une lourde obligation de renseignement.* »

34. J.P. Masson, *op. cit.*, *loc. cit.*

35. Voy. en ce sens J.F. Romain, *op. cit.*, note (69), p. 297.

36. C'est moi qui souligne.

37. Cass. 20 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, 950, *R.C.J.B.*, 1980, p. 210 note M. Fontaine ; Cass. 28 juin 1996, I, n° 267, p. 714. Ce qui ne signifie pas que l'erreur excusable constitue l'erreur qu'aurait *nécessairement* commise toute personne normalement diligente et prudente, voy. Cass. 28 juin 1996, précité.

38. Sur cette approche, voy. cependant C. Goux, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *R.G.D.C.*, 2000, n° 12, p. 17-19 ; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1994, n° 116, pp. 335-336 ; F. Freriks, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1992, n° 17, pp. 1205-1206 ; P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, n° 6, pp. 437-438 et *R.C.J.B.*, 1986, n° 14, p. 60 ; W. De Bondt, « Redenlijkheid en billijkheid in het contractenrecht », *T.P.R.*, →

tion d'excusabilité de l'erreur participe de la définition même de l'erreur substantielle, vice de consentement[39].

Dans son arrêt de principe du 6 janvier 1944, elle décide en effet que « *dans la conception traditionnelle du droit français, remontant jusqu'au droit romain, et que le Code civil n'a pas répudiée, il fut entendu que la loi ne venait au secours de l'erreur que pour autant que celle-ci pût être le fait d'un homme raisonnable.* »

Elle ajoute qu'ayant « *abjugé la demande en nullité du contrat* », l'arrêt attaqué « *n'avait plus à justifier le maintien de l'obligation par la notion d'une réparation qui serait due au cocontractant pour le dommage que lui eût causé la rupture de ce lien, la décision rendue excluant jusqu'à l'hypothèse d'une pareille discussion.* »[40].

Le rejet de l'action en nullité est donc indépendant de toute idée de réparation d'un préjudice concret. La nullité est exclue qu'il y ait ou non dommage réalisé.

Tout se passe donc comme si la victime de l'erreur inexcusable était déchue de son action en nullité en raison de son manque de discernement. Le devoir de se renseigner se transformerait ainsi en une sorte d'« obligenheit », en français, d'« incombance »[41], comme l'observe finement Mme Hélène Boucard à propos de l'exclusion de la garantie des défauts apparents dans la vente et de l'absence de protection de l'erreur inexcusable de l'acheteur[42].

6. Dans ce système, on conçoit certes que l'auteur de manœuvres dolosives ne puisse se prévaloir de l'erreur inexcusable de sa victime pour échapper à la sanction de la nullité. La fraude fait en effet exception à toutes les règles.

Encore, dans ce cas, peut-on se demander si la solution ne se justifie pas par le fait que l'erreur est légitimée, dans la mesure où elle est le produit non pas d'un manque de discernement mais de manœuvres ; la négligence de la victime serait ainsi sans relation causale avec son erreur[43].

Mais peut-on réellement concevoir en pratique un dol par réticence en cas d'erreur inexcusable ? La Cour de cassation de France paraît l'admettre dans un

---

→ 1984, n° 6, p. 100 ; L. HERVE, « Du caractère inexcusable de l'erreur commise par l'acheteur d'un terrain à bâtir », note sous Liège, 11 décembre 1989, *Act. Droit*, 1991, 220-222.

39. Cass. 6 janvier 1944, *Pas.* 1944, I, 113, note R.H. ; Cass. 28 juin 1996, *Pas.* 1996, I, n° 267, p. 714, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 12 et s. ; voy. B. TILLEMAN, *op. cit.*, n° 374, p. 155 ; R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1994, n° 116, p. 335.

40. *Pas.*, 1944, I, 113 et s.

41. Sur cette notion M. FONTAINE, « Obligenheit, incombance ? », *Liber Amicorum Hubert Claassens, Assurance : théorie et pratique*, Louvain la Neuve, Academia, Bruylant, 1998, pp. 151-163 ; M.E. STORME, *op. cit.*, n° 29 et n^{os} 196 et s. (qui utilise en néerlandais le terme « last ») ; Hélène BOUCARD, *L'agréation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, thèse, Poitiers, 2003, n° 150, pp. 157 et 492, p. 508.

42. H. BOUCARD, thèse précitée, n° 302, p. 300 ; voy. dans un sens analogue, M.E. STORME, *op. cit.*, n^{os} 56 et 57.

43. Comp. H. BOUCARD, *op. cit.*, n° 302, p. 301 à propos de la garantie des vices apparents ; cons. aussi J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, *J.T.*, 2003, p. 575 à propos de la réparation du dommage résultant d'un délit intentionnel en concours avec une négligence de la victime.

arrêt du 21 février 2001 en considérant que « *la réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée* »[44]. Une réponse négative me paraît toutefois s'imposer en bonne logique. Comment pourrait-on en effet établir l'existence d'une obligation de parler dans le chef de celui qui a gardé le silence alors que l'autre partie a versé dans une erreur inexcusable ? Il pouvait raisonnablement estimer que son cocontractant avait aperçu la difficulté ou le point faible. Il pouvait donc rester muet. Son obligation d'information cessait là où commençait le devoir de son cocontractant de s'informer.

7. Tout autre est évidemment la situation du négociateur qui, constatant que sa contrepartie a versé dans une erreur inexcusable, exploiterait malicieusement cette situation pour en retirer un avantage inacceptable.

Cette situation me paraît cependant dépasser la simple réticence dolosive. On peut d'ailleurs se demander si, strictement parlant, l'hypothèse relève du dol. Sans doute plusieurs auteurs l'affirment-ils[45]. Le professeur Ghestin a cependant montré que cette approche était sujette à discussion. Le dol constitue en effet une manœuvre qui provoque une erreur. Or, ici, l'erreur précède la manœuvre. Elle n'est pas provoquée mais entretenue[46].

La nuance paraît, certes, assez théorique. Il n'en reste pas moins que l'hypothèse envisagée se situe aux confins du domaine du dol et d'autres formes de *culpa in contrahendo*. Elle fait notamment immanquablement penser à la lésion qualifiée. Il y a en effet lésion qualifiée lorsqu'une partie obtient des conditions déséquilibrées en exploitant les besoins, les faiblesses ou les passions, mais, aussi, l'ignorance ou l'inexpérience de l'autre partie[47]. Entre l'exploitation de l'ignorance ou de l'inexpérience de l'autre partie et l'exploitation de son erreur inexcusable, il n'y a qu'un pas. Et celui-ci est d'autant plus aisé à franchir que l'erreur provoquée par le dol ne doit pas nécessairement être « substantielle »[48].

8. Encore bien sûr, faut-il être raisonnable et réaliste et ne pas verser dans l'angélisme. Il serait excessif d'affirmer que tout négociateur aurait l'obligation de relever les erreurs de l'autre. Il en est spécialement ainsi en présence de professionnels entourés de conseils. Chaque négociation complexe est un jeu où chaque partie tente de tirer avantage de la faiblesse de l'autre. Il ne s'agit là que d'une forme de *bonus dolus* – pratiqué par tout négociateur normalement diligent et prudent.

Et il semble raisonnable que chaque partie – dans une négociation équili-

44. *Bull. Civ.*, I, n° 20, D. 2001, pp. 2702-2705, note D. Mazeaud, et somm. p. 3236, obs. L. Aynes.
45. J.F. Romain, *op. cit.*, n° 163, pp. 299 et s. ; J.P. Masson, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1979, n° 11, p. 537.
46. J. Ghestin, « La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », *D.*, 1971, Chron. n° 15, p. 249.
47. Solution constante, voy. récemment J.F. Romain, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, n^{os} 21 et s., pp. 101 et s. et réf. citées.
48. H. De Page, *op. cit.*, T. I, 3^{e} éd., n° 49.

brée[49]– doive avoir la prudence d'investiguer et de ne pas s'en remettre benoîtement à l'autre.

On rappellera d'ailleurs que le dol, même lorsqu'il n'est qu'incident, doit porter sur un élément suffisamment déterminant du consentement[50] et non sur des aspects accessoires finalement sans incidence sur les conditions contractuelles. Quant à la lésion qualifiée, elle suppose un déséquilibre fondamental des prestations des parties.

L'exploitation consciente d'une erreur inexcusable ne saurait donc constituer un dol que si elle portait sur un élément essentiel ou suffisamment substantiel du contrat à conclure.

Dans ce cas, la manœuvre dolosive aboutirait en quelque sorte à rendre l'erreur excusable. En effet, on peut imaginer que la victime de celle-ci en l'absence de cette manœuvre aurait pu découvrir sa méprise d'un instant. L'erreur devient ainsi excusable car elle est entretenue par l'autre partie. La fraude est par conséquent sanctionnée.

9. Mais pareil raisonnement ne saurait être suivi si le reproche formulé se réduisait à une simple réticence. Celui qui garde le silence sur un point ou une question dont il pouvait raisonnablement penser que l'autre partie devait être consciente ne saurait, par définition, commettre un dol.

À mon sens donc, la réticence dolosive ne rend pas « *toujours excusable l'erreur qu'elle provoque* », comme l'affirme la Cour de cassation de France[51]. Elle suppose toujours une erreur excusable de la victime...

49. Tout autre est la question de la négociation où l'une des parties est dans une position telle que la négociation n'est pas à armes égales.
50. Il faut en effet qu'en l'absence de ce dol, la victime n'ait pas conclu (dol principal) ou, à tout le moins, n'ait conclu qu'à d'autres conditions (dol incident), H. De Page, *op. cit.*, T. I, 3e éd., n° 51 ; P. Chauvel, *op. cit.*, *Rép. civ. Dalloz*, nos 84 et s.
51. Voy. ci-dessus note (44).

La responsabilité civile personnelle des agents de l'administration. Du code civil à la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques

Paul LEWALLE
Conseiller d'État,
Professeur extraordinaire à l'Université de Liège

Comment convient-il de régler la responsabilité civile personnelle des agents de l'administration, à l'heure de la « *culture managériale* » ?

C'est, entre autres[1], à cette question qu'a entendu répondre le législateur fédéral belge lorsqu'il a adopté la loi du 10 février 2003 « *relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques* »[2] — intitulé dont il faut pardonner l'inélégance légistique —.

Le problème n'est certes pas neuf.

Mais il a pris, dans la société de ce troisième millénaire, un tour nouveau, tant y sont débattues les questions les plus fondamentales, en ce compris celle de la responsabilité civile individuelle ou collective.

Il dépasse, au demeurant, les divisions du droit public et du droit privé :

1. *Brevitatis causa*, seule sera envisagée ici la responsabilité personnelle « *des membres du personnel au service d'une personne publique* », telle qu'organisée par l'article 2 de la loi du 10 février 2003. L'ambition du législateur ne s'est cependant pas limitée à cette réforme : comme l'indique l'intitulé, malencontreux, de la loi, il a entendu réaménager encore le régime de la responsabilité des personnes publiques du fait de leurs agents, forgé au fil du temps par les Cours et tribunaux. Sans condamner purement et simplement la théorie de l'organe, comme l'a écrit trop rapidement un de ses premiers commentateurs (B. DE CONINCK, « Responsabilité des personnes publiques, La théorie de l'organe aux oubliettes », *Journ. jur.*, 2003, n° 20, p. 11), la loi du 10 février 2003 en a sensiblement modifié les termes en introduisant, nous paraît-il, une hiérarchie nouvelle dans la catégorie des agents des personnes publiques : il faut y distinguer désormais ceux qui sont les représentants indépendants de l'autorité, tels que les mandataires politiques, qui demeurent ses organes, et ceux qui sont les membres du personnel au service d'une personne publique, parmi lesquels on retrouve aussi bien des agents considérés jusqu'ici comme des organes que des agents qualifiés de préposés (voy. *doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n° 50 1736/001, p. 23 ; S. COVEMAEKER, « De nieuwe wet van 10 februari 2003 betreffende de aansprakelijkheid van en voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen », *T.B.B.R*, 2003, p. 483 ; D. DEOM, « La responsabilité civile des fonctionnaires : une page se tourne », *Rev. dr. commun.*, 2003, p. 22).
2. *M.B.*, 27 février 2003.

Michel Coipel a pu observer qu'un arrêt prononcé par la Cour d'arbitrage le 18 décembre 1996, qui intéresse directement notre sujet, « *mérite de retenir l'attention de ceux qui s'intéressent au droit des sociétés car il s'inscrit dans un mouvement de remise en cause des solutions traditionnelles concernant le responsabilité personnelle des organes* »[3].

L'administration et ses agents n'ont pas échappé à cet « *aggiornamento* ».

Comme l'a pertinemment expliqué Christian De Visscher, se référant aux travaux du politologue suisse Matthias Finger, « *la Nouvelle Gestion Publique* » se fonde, notamment, sur deux principes directeurs, celui de la recherche constante de l'amélioration et de l'efficience, et celui de la « *responsabilisation* », qui conduit à l'abandon du modèle hiérarchique au profit de celui du management par contrat[4].

Ce n'est certes pas l'effet du hasard si le projet dont est issue la loi du 10 février 2003 porte la signature du ministre Luc Van Den Bossche, qui avait dans ses attributions, à cette date, la Fonction publique et la Modernisation de l'administration.

On sait qu'en application de la déclaration du Gouvernement fédéral du 14 juillet 1999[5], c'est ce même ministre qui a entrepris de réformer en profondeur l'administration de l'État fédéral.

Le projet, connu sous la dénomination de « *Copernic* »[6], s'est développé en deux volets, portant l'un sur les structures administratives, caractérisé par la disparition des ministères remplacés par les services publics fédéraux, et l'autre, sur la gestion du personnel.

Bien que ni le texte ni les travaux préparatoires de la loi du 10 février 2003 ne rattachent ouvertement le « *nouveau* » régime de responsabilité civile des personnes publiques et des membres de leur personnel à la réforme « *Copernic* », il est permis d'observer une certaine convergence entre les deux mouvements de réforme.

Le législateur s'est largement aligné sur les règles du droit privé du travail, en énonçant, à l'article 2 de la loi du 10 février 2003, que : « *Les membres du personnel au service d'une personne publique, dont la situation est réglée statutairement, en cas de dommage causé par eux dans l'exercice de leurs fonctions à la*

3. Obs. sous C.A., 18 décembre 1996, n° 77/96, n° de rôle 920, B.1.4. à B.4., *M.B.*, 8 février 1997, *J.D.S.C.*, 2000, Livre II, p. 4.
4. C. De Visscher, « Les grandes tendances dans l'évolution des fonctions publiques et les enjeux de la réforme Copernic de l'administration fédérale », in *La réforme de la fonction publique*, La Charte, Bruxelles, 2002, pp. 3 et s. ; spécialement p. 10.
5. *Doc. parl.*, Ch., sess. extra. 1999, n° 20/1-1999.
6. L'on doit à Jérôme Sohier une explication de cette dénomination impressionnante : la référence à Copernic s'explique par le fait que la première proposition de plan a été présentée, le 16 février 2000, qui correspondait à la date de naissance de l'astronome polonais. Ce sont apparemment des journalistes qui ont relevé cette coïncidence et ont fait systématiquement usage de cette dénomination (« La Fonction publique face à l'effet '*Copernic*' : mythe ou réalité ? », *J.T.*, 2003, p. 221, note 1).

personne publique ou à des tiers ne répondent que de leur dol ou de leur faute lourde. Ils ne répondent de leur faute légère que si celle-ci présente dans leur chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel »[7].

Cette disposition est inspirée de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. Elle marque une espèce de révolution en droit belge, si l'on veut bien voir qu'en l'adoptant, le législateur rompait, par une formule de portée générale, avec le régime de la responsabilité civile de l'administration et de ses agents élaboré par la jurisprudence judiciaire au cours du XIX^e^ et du XX^e^ siècle.

Sans doute la norme nouvelle n'est-elle pas née d'une inspiration subite. Elle fait suite à la mise en vigueur de plusieurs autres, d'objet analogue, relatives à la responsabilité personnelle des pilotes des bâtiments de mer, des fonctionnaires de police, des militaires, des bourgmestres, échevins et députés permanents.

Mais c'est par son caractère général qu'elle se distingue des précédentes.

1. Les antécédents — Le « *droit commun* »[8]

« *La responsabilité est l'obligation qu'assume tout être intelligent et libre de subir la conséquence de ses actes.*

La responsabilité juridique est pénale ou civile.

La première est réglée par les lois criminelles.

La seconde est réglée par l'article 1382 du Code civil... ».

Ainsi écrivait Giron, conseiller à la Cour de Cassation et professeur à l'Université libre de Bruxelles, dans le « *Verbo* » qu'il réservait, en 1896, à la responsabilité des fonctionnaires publics[9].

Idées claires et certitudes....

Le Code civil s'imposait alors, apparemment sans partage.

---

7. Avec la loi du 10 février 2003, le législateur a organisé un système de responsabilité civile de l'administration et de ses agents applicable à l'ensemble des personnes publiques, fédérales, communautaires ou régionales. Dans l'avis qu'elle a donné le 17 janvier 2002 sur le projet appelé à devenir la loi du 10 février 2003, la section de législation du Conseil d'État a admis que l'élaboration de règles générales en matière de responsabilité civile relevait de la compétence résiduelle du législateur fédéral et n'excluait pas, comme en témoignait l'article 7 du projet, l'application de décrets instaurant un régime particulier de responsabilité pour certaines catégories de membres du personnel des personnes morales de droit public (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n° 50 1736/001, p. 31). Voy. encore J. De Staercke, « De wet van 10 februari 2003 betreffende de aansprakelijkheid van en voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen », *C.D.P.K.*, 2003/2 p. 189.

8. Voy. notamment K. Stangherlin, « A la rescousse de l'article 1382 du Code civil. À propos d'une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage », *R.G.D.C*, 2003, pp. 614 et s.

9. Dictionnaire de droit administratif et de droit public, T. III, V° *Responsabilité des fonctionnaires publics*, n° 1, Bruxelles, Bruylant, 1896.

Quelque vingt-cinq ans plus tard, la Cour de cassation de Belgique, s'écartant de la jurisprudence française relative à la responsabilité de l'État[10], décidait, par un célèbre arrêt du 5 novembre 1920, que la responsabilité extracontractuelle d'une administration communale, la Ville de Bruges, devait être soumise aux dispositions du Code civil : « *Attendu que la Constitution a déféré aux Cours et tribunaux la connaissance exclusive des contestations qui ont pour objet des droits civils (art.92) ; Attendu que par ces travaux, elle a mis sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils, c'est-à-dire tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent* (...) ; *Attendu que l'action est* (...) *fondée sur le droit civil de propriété qu'avait la société sur les plantes détruites et qu'elle tend à faire consacrer le droit civil à la réparation du dommage causé par la faute de la ville et la lésion du droit de la société* (...) ».

Ce choix – car c'en était un, la référence au Code civil dans les circonstances de l'espèce n'étant dictée par aucune norme juridique supérieure, ni imposée par la nature de choses – devait avoir des conséquences considérables.

Ainsi, il n'y aurait, en principe, de droit à la réparation du dommage dans le chef de la victime et, corrélativement, d'obligation de le réparer dans le chef de l'administration, que si l'auteur du dommage avait commis une faute.

Lorsqu'un litige s'élevait à propos d'une question de responsabilité civile, il relevait de la compétence exclusive des Cours et tribunaux, puisqu'il portait sur le droit civil à la réparation du dommage[11]. Ceci, sans qu'il faille avoir égard, selon les « *attendus* » de la Cour de cassation, « *ni à la qualité des parties contendantes, ni à la nature des actes qui avaient causé la lésion d'un droit...* », mais seulement à « *la nature du droit lésé* ».

Le « *droit commun* » n'usurpait pas sa dénomination : il s'appliquait, aussi uniment, que l'auteur du dommage fût un particulier, l'autorité publique ou l'un de ses agents.

Ainsi s'élaborait, pour le long terme, une logique, un « *système juridique* », fondé sur l'article 92, devenu 144, de la Constitution et sur l'article 1382 du Code civil.

Il est apparu, au fil du temps, que ce système sacrifiait, à maints égards, l'impératif de justice à une logique formelle.

Ainsi la « *culpa levis* », la « *poussière de faute* », suffisait à entraîner la responsabilité de l'auteur du dommage.

Cependant, cette rigueur ne garantissait pas à la victime un droit à la réparation du dommage, il s'en fallait de beaucoup.

---

10. « *La responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier* » (T. C., 8 février 1873, Blanco ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolve et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2003, n° 1).
11. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 193 ; voy. P. Lewalle, *Contentieux administratif*, Larcier 2002, n° 255.

Nul espoir de réparation pour elle, pendant des décennies, si elle ne prouvait pas la faute.

Ce ne fut que par la loi du 23 décembre 1946 portant création d'un Conseil d'État que s'ouvrit – que s'entr'ouvrit, tant étaient sévères les conditions de compétences et de recevabilité – un recours en réparation du dommage exceptionnel imputé à une autorité administrative. Fait remarquable néanmoins, le législateur fondait expressément cette voie de droit non sur la faute, mais sur l'équité[12].

Suivra, en 1960, la reconnaissance jurisprudentielle d'un droit à la compensation du trouble excessif du voisinage[13].

Même ainsi aménagé, le « *système* » demeurait très imparfait. Il n'était ni clair, ni cohérent, ni équitable[14].

Il était temps qu'il cédât la place.

2. La responsabilité personnelle des agents de l'administration et la faute simple — Droit commun et tempéraments

S'agissant de la responsabilité personnelle des agents, les applications se sont développées à partir des mêmes postulats.

Il est vrai qu'une jurisprudence des juges du fond tendait à limiter la responsabilité personnelle des fonctionnaires aux seuls cas de dol et de faute lourde[15] ; cette jurisprudence n'était pas sans trouver des appuis dans la doctrine[16].

Toutefois, par un arrêt prononcé le 14 avril 1921, qui passait, jusqu'il y a peu,

---

12. P. LEWALLE, *op. cit.*, n° 192 et s.
13. Voy. Cass., 6 avril 1960 *Pas.*, 1960, I, p. 915. P. LEWALLE, *op. cit.*, n° 258.
14. Voy. en particulier, F. GLANSDORFF, « Réflexions sur la théorie de l'organe », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Actes du colloque organisé les 14 et 15 mars 1991 par la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain et la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant 1991 ; R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence 1987-1993 », *R.C.J.B.*, 1995, p. 679.
15. Voy. C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Bruxelles, Larcier, 1947, p. 246.
16. Ainsi GIRON soutenait-il que « *Tout fonctionnaire assume, en acceptant la mission que l'État lui confie, l'obligation de la remplir avec zèle et impartialité et de réparer le préjudice qu'il causerait aux citoyens par malice, négligence ou impéritie (...) tout fonctionnaire public est donc personnellement responsable des attentats et des actes vexatoires qu'il se permettrait, en abusant de son autorité et en excédant les limites de cette autorité (cass., 25 février 1833)* ». Cependant, le même auteur n'hésitait pas à écrire, quelques lignes plus loin, que : « *Pour que la responsabilité soit encourue, il faut que l'acte incriminé constitue un abus d'autorité et qu'on puisse reprocher une faute grave au fonctionnaire qui s'en est rendu coupable (...). Il faut que l'acte incriminé présente un caractère doleux ou soit, tout au moins, le résultat d'une faute grave et circonstanciée. Un bourgmestre, par exemple, n'est pas responsable du dommage causé par une mesure administrative qu'il a prise par suite d'une interprétation erronée des dispositions réglementaires qu'il était chargé d'exécuter* » (Dictionnaire de droit administratif et de droit public, T. III, V° *Responsabilité des fonctionnaires publics*, Bruxelles, Bruylant 1896, n° 2).

pour être l'énoncé de la règle[17], la Cour de cassation affirma, après rappel des articles 1382 du Code civil et 24 de la Constitution du 7 février 1831 « *qu'en restreignant en cette matière l'action des tribunaux aux trois seuls cas de dol, excès de pouvoir et abus d'autorité strictement limités et compris en ce sens que sont exclus de leur acception les faits d'imprudence et de négligence, d'erreur et de mauvaise volonté, l'arrêt attaqué crée une distinction arbitraire, sans fondement légal* » [18].

En 1950, Marcel Vauthier écrivait encore : « *Du moment, en effet, où le caractère civil du droit lésé dans le chef du demandeur est seul envisagé, il doit s'ensuivre, en bonne logique, que le fonctionnaire est responsable de toutes ses fautes, y compris sa faute la plus légère. Telle est la règle rigoureuse de l'article 1382 du Code civil, puisque cet article ne prévoit aucune exception en faveur de celui qui n'est coupable que d'une simple imprudence ou négligence* »[19].

Pourtant, ces solutions n'avaient jamais été ni accueillies, ni appliquées sans réserve.

Fort opportunément, Roger Dalcq a observé, notamment, que : « *lorsqu'on affirme que, selon le droit commun, toute faute, si légère fût-elle, du fonctionnaire engage sa responsabilité, cela ne signifie nullement que tout fait dommageable du fonctionnaire le rendra responsable. Il faut qu'il s'agisse d'un acte illicite et la faute s'appréciera selon le droit commun, c'est-à-dire* 'in concreto'. *Le critère de l'appréciation de la faute du fonctionnaire sera donc l'adaptation du critère général... à cette situation concrète. Selon l'excellente formule de Seeldrayers, le critère se traduira comme suit, en ce qui concerne les agents de l'État : « la responsabilité civile d'un agent de l'État retiendra pour faute tout fait quelconque de celui-ci qui n'est pas compatible avec l'activité normale ou correcte d'un agent qui s'acquitte loyalement et scrupuleusement de ses fonctions* » [20] — *ce qui revient à dire que constituera une faute l'acte qu'un agent normalement attentif, diligent et prudent placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu n'aurait pas commis* »[21].

Le même enseignement se retrouvait sous la plume de Maurice-André Flamme : « *la faute doit s'apprécier* 'in concreto' *; il s'agira de l'acte qu'un agent normalement attentif, diligent et prudent, placé dans les mêmes circonstances de temps, de lieu ou de service, n'aurait pas commis* »[22].

Cyr Cambier, pour sa part, écrivait, en 1968, « *Manié sans beaucoup de circonspection, le principe déduit du droit commun conduirait à des conséquences intolérables. Il ne faut pas qu'il y ait dol, abus d'autorité ou excès de pouvoir, mais*

17. Voy. en ce sens, M.A. Flamme, « La responsabilité personnelle des fonctionnaires », *Revue de l'administration*, 1968, p. 83.
18. *Pas.*, 1921, I, 143.
19. *Précis du droit administratif de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1950, p. 688.
20. *Revue de l'Administration*, 1940, p. 149-164.
21. *Novelles, Droit civil*, T. V, Volume I, n° 1387.
22. *Op. cit.*, p. 85.

un manquement suffisamment caractérisé pour constituer une infraction aux devoirs d'un état professionnel de même responsabilité ». Il relevait, dans la jurisprudence des juges du fond, « *la tendance (...) d'exiger une certaine gravité pour que l'agent réponde personnellement d'un manquement* »[23].

Dans l'édition de 1978 de son traité de droit administratif, Jacques Dembour énonçait que l'agent d'une personne morale de droit public ne devait être considéré comme personnellement responsable que s'il avait commis une faute lourde ou, à tout le moins, si son comportement n'avait pas été celui d'un agent loyal ou celui d'un agent normalement attentif et diligent[24].

C'était là plaider « *contra legem* », la « *lex* » de référence étant l'implacable article 1382 du Code civil.

Des arguments non négligeables étaient avancés pour en tempérer la rigueur : à la différence des particuliers, les agents de l'administration sont tenus d'accomplir leur tâche selon les instructions reçues de leur supérieurs ; ils agissent avec les moyens mis à leur disposition ; ils sont fréquemment amenés à causer des dommages considérables, sans commune mesure avec la gravité de la faute reprochée ; ils n'agissent pas en vue d'un profit personnel[25].

Ce plaidoyer favorable aux agents de l'administration ne devait pas demeurer sans échos sur le plan du droit positif.

Par interventions successives, le législateur a établi un régime propre à la responsabilité civile personnelle des agents contractuels, d'abord, des pilotes des bâtiments de mer, des fonctionnaires de police et des militaires ensuite.

La loi du 4 mai 1999 relative à la responsabilité civile et pénale des bourgmestres, échevins et membres de la députation permanente participe de la même évolution, qui a fini par toucher l'ensemble des « *membres du personnel statutaire au service d'une personne publique* » avec la mise en vigueur de la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques[26].

---

23. *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 582 et note 3.
24. N° 154.
25. Voy. obs. Ch. Goossens sous Cass., 3 octobre 1955, *R.C.J.B.*, 1958, p. 38 et s. ; voy. encore les références citées par R.O. Dalcq, *op. cit.*, n° 1382, par M.A. Flamme, *La responsabilité personnelle des fonctionnaires*, *op. cit.*, n° 7 et s. ; par A. Van Oevelen, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Maklu, 1987, n° 145.
M.B., 27 février 2003.
26. Une note contenant un avant-projet de loi relatif au régime de responsabilité des agents de certains services publics a été déposée au Conseil des ministres le 6 mars 1996 par M. André Flahaut, alors ministre de la Fonction publique. Pour l'essentiel, il y était prévu que lorsqu'un agent viendrait à commettre un fait dommageable dans l'exercice de ses fonctions, son service instruirait la cause et déterminerait l'étendue de sa responsabilité. La responsabilité de l'agent ne pourrait être engagée qu'en cas de faute intentionnelle, de faute lourde ou de faute légère présentant dans son chef un caractère habituel. L'agent se voyait reconnaître de solides garanties procédurales pour assurer la défense de son point de vue. À l'issue de la procédure, il pouvait être condamné à une réparation pécuniaire, mais seulement dans les limites de la loi
→

Les esprits chagrins y verront peut-être un signe de fléchissement, une baisse du niveau d'exigence contraire à l'intérêt général.

À nos yeux, il y a là, au contraire, une adaptation de la règle de droit, inspirée à la fois du réalisme et de l'équité.

3. La responsabilité personnelle des agents de l'administration engagés par contrat

La loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail a un champ d'application très étendu, puisque, aux termes de son article 1er, celle-ci règle *« les contrats de travail d'ouvrier, d'employé, de représentant de commerce et de domestique. Elle s'applique aussi aux travailleurs occupés par l'État, les provinces, les agglomérations, les fédérations de communes, les communes, les établissements publics qui en dépendent, les organismes d'intérêt public et les établissements d'enseignement libre subventionnés par l'État qui ne sont pas régis par un statut ».*

Le législateur ouvre ainsi une alternative fort nette : les agents engagés par les autorités publiques sont sous contrat lorsqu'ils ne sont pas sous statut.

Surtout, il impose une manière de « *cadre obligatoire* » : si les agents sont sous contrat, celui-ci est par principe le contrat de travail régi par la loi du 3 juillet 1978.

La jurisprudence du Conseil d'État ne fait qu'appliquer ces règles, en admettant que les pouvoirs publics engagent régulièrement des agents sous contrat[27], hors les cas où la loi ou les règlements imposent la situation statutaire[28].

Du même coup, se trouve fixé le régime de la responsabilité civile personnelle de l'agent sous contrat, puisqu'aux termes de l'article 18 de la loi du 3 juillet

---

→ sur la protection de la rémunération. Si la demande de réparation était introduite en justice par un tiers, l'agent pouvait appeler son administration à la cause et obtenir dans certains cas l'assistance d'un avocat aux frais de celle-ci. On retrouve une part notable de ces solutions dans la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité de et pour les membres du personnel au service des personnes publiques.

27. Il a été jugé que le personnel d'un service public se trouve, en règle générale, placé à l'égard de ce service dans une relation de droit public, et est dès lors, à défaut d'un statut du personnel qui lui est propre, réputé soumis aux principes généraux qui sont à la base de la situation du personnel en service public ; qu'un service public peut aussi occuper du personnel engagé sous contrat, auquel personnel sont alors appliquées les lois sur le contrat d'emploi ; que cette situation particulière doit alors être constatée de manière non équivoque dans un arrangement contractuel entre l'organe de gestion du service public et l'agent intéressé (C.E., 13 juillet 1979, *Solon*, n° 19.954, Rec., p. 791).

28. Nous rappellerons en particulier que, pour ce qui concerne les agents de l'État, des Communautés et des Régions, ainsi que des personnes morales qui en dépendent, l'article 2 de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent, limite les possibilités d'engagement par contrat aux circonstances qu'il énumère.

1978, « *En cas de dommages causés par le travailleur à l'employeur ou à des tiers dans l'exécution de son contrat, le travailleur ne répond que de son dol ou de sa faute lourde. Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel* »[29].

Cette disposition n'est pas, il est vrai, sans avoir attiré certaines critiques et interrogations de la part de la doctrine[30] : un telle limitation de la responsabilité personnelle de l'agent sous contrat n'est-elle pas de nature à placer la victime du dommage dans une situation défavorable ? N'en ressort-il pas qu'elle ne pourra pas réclamer réparation de ce dommage s'il résulte d'une faute légère ? Ne s'agit-il pas d'une violation de l'égalité devant la loi ?

Par un arrêt du 17 février 1999, la Cour d'arbitrage a tranché : l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il a pour effet qu'un tiers victime d'une faute, au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, qualifiée de légère et non habituelle, est traité différemment selon que le fait fautif a été commis par un travailleur qui en vertu de cet article 18 bénéficie d'une exonération totale de sa responsabilité ou par un organe de l'autorité qui peut être tenu comme personnellement responsable. Sur la base des articles 1382 et suivants du Code civil, les organes[31] peuvent être tenus pour responsables du dommage qu'ils ont causé à des tiers dans l'exercice de leur fonction, même par suite d'une faute légère occasionnelle. Mais « *dans la pratique, la victime d'un fait fautif poursuivra généralement du reste d'abord l'autorité ou l'employeur, selon que la faute a été commise par un organe ou par un travailleur. Dans un cas comme dans l'autre, la victime peut en principe être indemnisée et il n'y a pas de différence de traitement. En règle générale, la limitation de responsabilité inscrite à l'article 18 précité n'a donc pas de conséquences défavorables pour la victime* »[32].

Cet arrêt nous paraît affirmer, à juste titre, que le principe de l'égalité devant

29. Cette disposition législative est apparue au terme d'une lente évolution. Le législateur décida d'abord de limiter au dol, à la faute lourde et à la faute légère présentant un caractère habituel la responsabilité personnelle des ouvriers et employés pour les dommages qu'ils causaient à l'employeur dans l'exécution du contrat. Tel fut l'objet de l'article 4 de la loi du 4 mars 1954 modifiant et complétant la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail puis de l'article 7 de la loi du 21 novembre 1969 modifiant la législation sur les contrats de louage de travail. L'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 fonde la même limitation de responsabilité mais l'étend aux relations du travailleur avec les tiers. Voy. J. JACQMAIN, « La loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des agents des services publics », *J.D.J.*, avril 2003, p. 32.

30. Voy. notamment Ph. COENRAETS, « La responsabilité aquilienne des organes de la puissance publique et la restauration du principe d'égalité », obs. sous C.A., 18 décembre 1996, *R.C.J.B.*, 1998, pp. 222 et s.

31. L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 17 février 1999 doit être replacé dans son contexte. Depuis la mise en vigueur de la loi du 10 février 2003, seul l'organe entendu au sens strict, soit celui qui représente la personne publique sans être au service de celle-ci, peut encore voir sa responsabilité engagée s'il a commis un dommage par sa faute légère occasionnelle.

32. C.A., 17 février 1999, n° 20/99, n° de rôle 1286, B.3.3. à B.4., *M.B.*, 1er juin 1999. Voy. J. DE STAERCKE, *op. cit.*, *C.D.P.K.*, 2003/2, p. 188.

la loi n'exige nullement que la responsabilité civile des particuliers et celle des agents de l'administration obéissent à des règles identiques[33].

4. La responsabilité personnelle des pilotes de bâtiments de mer

En vertu de l'article 3*bis*, § 1er, de la loi du 3 novembre 1967 sur le pilotage des bâtiments de mer, tel qu'introduit par la loi du 30 août 1988, le membre du personnel qui, par son fait ou son omission, a causé le dommage, n'est responsable que s'il a commis une faute intentionnelle ou une faute grave. Il n'est tenu de réparer le dommage qu'il a causé par sa faute grave qu'à concurrence de cinq cent mille francs par événement dommageable. Le Roi peut adapter ce montant en tenant compte de la situation économique[34].

5. La responsabilité personnelle des fonctionnaires de police et des militaires

Sans mettre en question la situation statutaire qui est le plus souvent celle des fonctionnaires de police et des militaires, le législateur a soumis la responsabilité civile personnelle de ceux-ci à des conditions analogues à celles qui déterminent la responsabilité personnelle des agents contractuels.

L'article 48 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, tel que modifié par l'article 194 de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux, prévoit que les fonctionnaires de police qui, dans leurs fonctions, causent un dommage à l'État, à la commune à la zone pluricommunale ou à des tiers, ne doivent le réparer que s'ils commettent une

33. Géraldine Chavrier défend une position du même ordre, en droit français, en ce qui concerne la responsabilité civile des particuliers et celle de l'administration même, en certaines de ses activités (« Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », *A.J.D.A.*, 2003, p. 1026 et s.).

34. S. Covemaeker, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2003, p. 480 ; A. Van Oevelen, « De nieuwe wettelijke regeling betreffende de aansprakelijkheid van en voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen », *R.W.*, oktober 2003, p. 176. Sur l'origine de cette disposition législative nous nous permettrons de renvoyer à P. Lewalle, « La responsabilité délictuelle de l'administration et la responsabilité personnelle de ses agents », *A.P.T.*, 1989, p. 10 à 12. On observera que par son arrêt du 22 novembre 1990 (n° 36/90, n° de rôle 171, *M.B.*, 28 décembre 1990 ; *R.G.A.R.*, 1991, n° 11.756, obs. X. Delgrange et L. Hardÿ de Beaulieu), la Cour d'arbitrage a décidé que l'article 3*bis*, § 2, de la loi du 30 août 1988 ne violait pas les articles 6 et 6*bis* de la Constitution en ce qu'il disposait que le § 1 entrait en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge*, avec un effet rétroactif de trente ans à compter de ce jour. Cependant, en son arrêt du 20 novembre 1995, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que, dans la mesure où elle concerne des faits antérieurs au 17 septembre 1988, date de sa publication et de son entrée en vigueur, la loi de 1988 avait violé l'article 1er du Protocole n° 1 qui garantit le droit de propriété. Consécutivement, une loi du 26 juin 2002 a modifié l'article 3*bis* de la loi du 3 novembre 1967 sur le pilotage des bâtiments de mer, en supprimant la phrase *« il a un effet rétroactif dans le temps pour une période de trente ans à compter de ce jour »*.

faute intentionnelle, une faute lourde, ou une faute légère qui présente dans leur chef un caractère habituel[35].

L'article 92 de la loi du 20 mai 1994 relative aux statuts du personnel militaire dispose, en termes fort proches, que le militaire qui dans ses fonctions cause un dommage à l'État ou à des tiers ne doit le réparer que s'il commet une faute intentionnelle, une faute lourde ou une faute légère qui présente dans son chef un caractère habituel.

Le législateur a prévu en outre que le fonctionnaire de police visé à l'article 47 de la loi du 5 août 1992 qui fait l'objet d'une action en dommages et intérêts devant la juridiction civile ou répressive peut appeler à la cause l'État, la zone pluricommunale ou la commune ; ceux-ci peuvent intervenir volontairement[36].

Selon l'article 94 de la loi du 20 mai 1994, le militaire bénéficie d'une garantie du même ordre : s'il fait l'objet d'une action en dommages et intérêts devant la juridiction civile ou répressive, il peut appeler l'État à la cause ; celui-ci peut intervenir volontairement.

Avantage non moins négligeable, l'État, la commune ou la zone pluricommunale, selon le cas, prend en charge les frais de justice auxquels le fonctionnaire de police visé à l'article 47 de la loi du 5 août 1992 est condamné en justice pour des faits commis dans ses fonctions, sauf s'il a commis une faute intentionnelle, une faute lourde, ou une faute légère qui présente dans son chef un caractère habituel[37].

Aux termes de l'article 197 de la loi du 7 décembre 1998, cette disposition est complétée comme suit :

> *« Lorsqu'une de ces fautes est établie, l'État, la commune ou la zone pluricommunale décide, après avoir entendu le fonctionnaire de police, si celui-ci doit supporter la totalité ou bien une partie des frais de justice ».*

Au surplus, le fonctionnaire de police visé à l'article 47, ou l'ex-fonctionnaire de police, qui est cité en justice ou contre lequel l'action publique est intentée pour des actes commis dans l'exercice de ses fonctions, bénéficie de l'assistance en justice d'un avocat à charge de la commune, de la zone pluricommunale ou de l'État[38]. Aucune assistance en justice n'est fournie cependant au fonctionnaire de police contre lequel l'État ou la commune ou la zone pluricommunale

35. La Cour de cassation a fait application de ces dispositions en cassant une décision qui avait condamné un gendarme au paiement de dommages et intérêts sans constater qu'il s'était personnellement rendu coupable d'une faute intentionnelle, grave ou répétitive (Cass. 2 décembre 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 235 ; F. Tulkens et J. Sohier, « Les Cours et tribunaux, Chronique de jurisprudence 1997-1998 », *R.B.D.C.*, 1998, p. 438).
36. Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, article 50, modifié par l'article 196, de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux.
37. Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, article 51, alinéa 1er.
38. Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, article 52, § 1er, alinéa 1er, modifié par l'article 198, 1°, de la loi du 7 décembre 1998.

exerce l'action civile prévue aux articles 48 et 49[39]. En outre, l'assistance en justice peut être refusée, selon le cas, par la commune, la zone pluricommunale ou par l'État, lorsque les faits ne présentent manifestement aucun lien avec l'exercice des fonctions[40].

L'assistance en justice peut également être refusée lorsqu'il est manifeste que le fonctionnaire de police concerné a commis une faute intentionnelle ou une faute lourde ou qu'il a, en tant que victime, refusé d'emblée et sans motifs fondés la médiation pénale visée à l'article 216*ter*, § 1er, alinéa 1er, du Code d'instruction criminelle[41].

Lorsque l'assistance en justice n'a pas été accordée conformément au § 3 et qu'il ressort de la décision de justice que ce refus n'était pas fondé, le fonctionnaire de police a droit au remboursement des frais qu'il a exposés pour assurer sa défense.

L'assistance en justice ainsi prévue n'entraîne de la part de l'État, de la commune ou de la zone pluricommunale aucune reconnaissance de leur responsabilité[42].

Le militaire ou ancien militaire peut bénéficier de la même assistance en justice aux termes des articles 95 et 96, § 1er à 6, de la loi du 20 mai 1994 relative aux statuts du personnel militaire.

Une garantie supplémentaire est offerte au fonctionnaire de police dont la responsabilité personnelle est mise en cause vis-à-vis de l'administration même.

L'article 49, § 1er, de la loi du 5 août 1992, modifié par l'article 195 de la loi du 7 décembre 1998, soumet l'action exercée contre un fonctionnaire de police par l'État, la zone pluricommunale ou la commune sur la base de l'article 48 à une condition préalable : elle n'est recevable que si elle est précédée d'une offre de transaction faite au défendeur.

Cette offre comporte, outre l'évaluation du montant de la somme exigée, les modalités de son paiement.

L'autorité compétente peut décider que le dommage ne sera que partiellement réparé.

Les dommages et intérêts dus à l'État, à la commune ou à la zone pluricommunale par le fonctionnaire de police visé à l'article 47, dont le montant a été soit convenu par transaction, soit fixé par décision judiciaire, peuvent être imputés sur sa rémunération, dans les limites fixées par l'article

39. Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, article 52, § 2, modifié par l'article 198, 4°, de la loi du 7 décembre 1998.
40. Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, article 52, § 3, modifié par l'article 198, 5°, de la loi du 7 décembre1998.
41. Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, article 52, § 3, alinéa 2, complété par l'article 198, 6°, de la loi du 7 décembre 1998.
42. Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, article 52, § 6, modifié par l'article 198, 10°, de la loi du 7 décembre 1998.

23 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs[43].

On retrouve un régime semblable à l'article 93, § 1er et § 2, de la loi du 20 mai 1994 relative aux statuts du personnel militaire[44].

6. La responsabilité personnelle des bourgmestres, échevins et membres de la députation permanente

Le législateur s'est inquiété des conditions dans lesquelles ces mandataires publics pouvaient être amenés à engager leur responsabilité personnelle dans l'exercice de leurs fonctions, les cas d'application de cette responsabilité personnelle étant de plus en plus fréquents[45].

---

43. Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, article 49, § 2, modifié par l'article 195 de la loi du 7 décembre 1998.

44. La Cour d'arbitrage a jugé que la différence de traitement entre les militaires, d'une part, et les autres agents publics, d'autre part, en ce qui concerne l'obligation pour l'État de faire une offre transactionnelle avant d'engager une action en responsabilité fondée sur l'article 92 de la loi du 20 mai 1994 reposait sur un critère objectif, à savoir le statut particulier auquel sont soumis les militaires par comparaison avec d'autres agents publics. Le législateur a raisonnablement pu estimer que les missions spécifiques dont les militaires sont chargés les exposent, plus que d'autres agents publics, au risque de causer un dommage qui excède très souvent leur capacité contributive personnelle et, dès lors, qu'ils avaient besoin d'une protection particulière en obligeant l'État, avant d'engager une action en responsabilité, à faire une offre transactionnelle qui doit émaner de l'autorité désignée par le Roi et qui peut consister en ce que le dommage ne doit être indemnisé que partiellement, ajoutant que dès lors que cette disposition permet de régler plus rapidement les contestations et, partant, d'éviter les procédures judiciaires coûteuses et inutilement longues, elle sert les intérêts des militaires mais également ceux de l'État. La Cour constata en outre que des mesures analogues avaient été prises à l'égard d'autres agents publics ayant un statut comparable et des missions comparables, en particulier les fonctionnaires de police. La Cour conclut que l'article 93, § 1er, de la loi du 20 mai 1994 ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution ni lus séparément, ni lus en combinaison avec l'article 13 de la Constitution (C.A., 21 mars 2000, n° 29/2000, rôle n° 1615, B.5.2., *M.B.*, 5 juillet 2000).

45. Le 3 mars 1999, la Cour de cassation s'est prononcée sur un cas exemplaire. Elle a décidé que la signalisation à placer par l'autorité compétente en présence d'un danger devait être efficace et proportionnée au péril couru par les usagers de la voirie. Des chicanes en béton, censées constituer un système ralentisseur de la circulation des véhicules automoteurs, deviennent un véritable obstacle source d'un grave danger et de nature à tromper la légitime confiance des usagers lorsqu'elles ne sont ni suffisamment visibles de nuit ni signalées de façon exceptionnelle. Même si le collège des bourgmestre et échevins est un corps délibérant dont les membres pris isolément n'ont, en règle, aucun pouvoir de décision, une faute pénale peut être imputée au fait personnel de chacun d'eux lorsque la décision s'avère prise à l'unanimité et qu'en l'espèce, chacun d'eux avait dès lors décidé de mettre en œuvre le dispositif dont il devait pourtant apercevoir le danger. Le bourgmestre est responsable de la sécurité publique. Informé du danger que constituaient les chicanes concernées et devant réaliser que le moindre retard pouvait occasionner des dangers ou des dommages pour les habitants, il avait le devoir de prendre une ordonnance de police en vue de remédier à ce danger anormal (Cass., 3 mars 1999, *Rev. dr. commun.*, 2001, p. 134).

Le législateur s'est dit sensible à l'inquiétude que cette situation suscitait légitimement dans le chef de ces mandataires publics. Il y a vu un frein à l'initiative et à l'innovation dans la gestion des affaires locales et une cause de découragement et de désaffection pour l'exercice de mandats *« à risques »*, parfois importants[46].

La loi du 4 mai 1999 relative à la responsabilité civile et pénale des bourgmestres, échevins et membres de la députation permanente a institué un régime spécial de garanties au bénéfice de ces mandataires publics[47].

À cette fin, des dispositions additionnelles ont été introduites dans la Nouvelle loi communale[48], d'une part, dans la loi provinciale, d'autre part[49].

C'est ainsi que le bourgmestre ou l'échevin qui fait l'objet d'une action en dommages et intérêts devant la juridiction civile ou répressive peut appeler à la cause l'État ou la commune.

L'État, ou la commune, peut intervenir volontairement.

La commune est civilement responsable du paiement des amendes auxquelles sont condamnés le bourgmestre et un ou plusieurs échevins à la suite d'une infraction commise dans l'exercice normal de leurs fonctions, sauf en cas de récidive.

L'action récursoire de la commune à l'encontre du bourgmestre, d'un échevin ou des échevins condamnés est limitée au dol, à la faute lourde ou à la faute légère présentant un caractère habituel.

La commune est tenue de contracter une assurance visant à couvrir la responsabilité civile, en ce compris l'assistance en justice, qui incombe personnellement au bourgmestre et à l'échevin ou aux échevins dans l'exercice normal de leurs fonctions.

Le Roi doit arrêter les modalités d'exécution de cette disposition.

Tel est l'objet d'un arrêté royal du 4 mai 1999 portant exécution de l'article 329*bis* de la Nouvelle loi communale et de l'article 144 de la loi provinciale[50].

Des dispositions parallèles concernent les membres de la députation permanente[51].

---

46. Voy. *doc. parl.*, Sénat, sess. 1997-1998, n° 987/1 ; rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 4 mai 1999 portant exécution de l'article 329*bis* de la Nouvelle loi communale et de l'article 144 de la loi provinciale, *M.B.*, 28 juillet 1999, p. 28.241. Voy. M. Boverie, « La responsabilité pénale des mandataires locaux », *Mouv. Com.*, 1998, p. 146 à 153 ; E. Maron, « La responsabilité pénale des bourgmestres et échevins à la lumière de la loi du 4 mai 1999 », *Mouv. comm.*, 2000, pp. 121 et s. ; L.M. Veny, « De burgerrechtelijke aansprakelijkheid en strafrechtelijke verantwoordelijkheid van lokale mandatarissen », *R. Cass.*, 1999, p. 317 à 323.
47. La loi du 4 mai 1999 est issue d'une proposition déposée au Sénat le 15 mai 1998. Elle n'a fait l'objet d'aucune consultation de la Section de législation du Conseil d'État. Son interprétation n'est pas sans soulever de multiples interrogations.
48. Articles 271*bis*, 271*ter* et 329*bis* de la Nouvelle loi communale.
49. Articles 106*bis*, 106*ter* et 144 de la loi provinciale.
50. *M.B.*, 28 juillet 1999.
51. Voy. articles 106*bis*, 106*ter* et 144 de la loi provinciale insérés par les articles 5, 6 et 7 de la loi du 4 mai 1999.Nous nous bornerons à signaler ici que ces dispositions ne règlent pas clairement la →

Si l'un ou plusieurs d'entre eux font l'objet d'une action en dommages et intérêts devant la juridiction civile ou répressive, ils peuvent appeler à la cause l'État ou la province.

L'État, ou la province, peut intervenir volontairement.

La province est civilement responsable du paiement des amendes auxquelles sont condamnés les membres de la députation permanente à la suite d'une infraction commise dans l'exercice normal de leurs fonctions, sauf en cas de récidive.

L'action récursoire de la province à l'encontre du membre condamné de la députation permanente est limitée au dol, à la faute lourde ou à la faute légère présentant un caractère habituel.

La province est tenue de contracter une assurance visant à couvrir la responsabilité civile, en ce compris l'assistance en justice, qui incombe personnellement aux membres de la députation permanente dans l'exercice normal de leurs fonctions.

Les modalités d'exécution de cette disposition ont été déterminées par un arrêté royal du 4 mai 1999.

7. La responsabilité personnelle des membres du personnel au service des personnes publiques

Le régime de responsabilité personnelle des agents de l'administration décrit jusqu'ici fait apparaître de nettes différences entre les agents, en général, selon qu'ils sous statut ou sous contrat, et entre les agents sous statut, selon qu'ils sont ou non pilotes de bâtiments de mer, fonctionnaires de police, militaires, bourgmestres, échevins ou députés permanents.

Ces différences se font jour lorsque la responsabilité personnelle de l'agent est mise en cause, tant vis-à-vis des tiers que vis-à-vis de l'administration elle-même.

On sait que cette dernière hypothèse se rencontre notamment lorsque l'administration et l'agent ont été condamnés « *in solidum* », et que la première entend exercer contre le second une action récursoire fondée sur l'article 1251, 3°, du Code civil[52] ; la même hypothèse se réalise encore lorsque le dommage a

---

→ situation du Gouverneur de province : à proprement parler, celui-ci ne fait pas partie de la députation permanente (voy. art. 96 de la loi provinciale) ; cependant, c'est lui qui la préside, sans voix délibérative, sauf lorsqu'elle exerce une mission juridictionnelle (voy. art. 104 de la même loi). Il nous paraît difficile, dans ces conditions, de considérer que les dispositions de la loi du 4 mai 1999 sont applicables au Gouverneur de province, mais il faut déplorer que le législateur ne soit pas exprimé clairement à cet égard..

52. La Cour de cassation a déclaré, dans un arrêt du 17 juin 1982, que : « *l'État qui a dédommagé les victimes d'un accident dont son organe a été déclaré responsable, peut exercer son recours contre celui-ci non seulement sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, mais aussi sur celui de l'article 1251, 3°, du même Code, la loi ne refusant le bénéfice de la subrogation qu'à celui qui* →

été causé directement à l'administration par l'agent et que celle-ci entend agir contre lui en application de l'article 1382 du Code civil[53].

Ces différences de traitement étaient-elles conformes ou non aux articles 10 et 11 de la Constitution ? Reposaient-elles sur un critère objectif ? N'étaient-elles pas disproportionnées ?

Comme on pouvait s'y attendre, la Cour d'arbitrage a été saisie du problème par la voie de questions préjudicielles.

Ses prises de position successives ont exercé une influence déterminante sur l'évolution législative.

A. L'enseignement de la Cour d'arbitrage

Par un arrêt du 18 décembre 1996, la Cour d'arbitrage a constaté notamment que : « *En ce qui concerne la responsabilité civile découlant d'une faute légère occasionnelle, le législateur a établi une différence de traitement entre les membres du personnel statutaire occupés par les pouvoirs publics, d'une part, et les travailleurs contractuels en général, d'autre part, puisque seuls les premiers sont exposés au risque d'une action récursoire de l'employeur visant au remboursement payé par celui-ci à des tiers. Cette différence de traitement, qui n'a d'ailleurs pas été défendue devant la Cour, n'est pas justifiée étant donné la similitude des relations de travail comparées, notamment sous l'angle de la subordination juridique* ».

La Cour d'arbitrage a conclu que « *Dans l'état actuel de la législation, les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés en ce que, en matière de responsabilité civile, d'une part, les articles 1382 et suivants et 1251, 3°, du Code civil permettent aux pouvoirs publics d'intenter une action récursoire contre le membre de leur personnel statutaire lorsqu'à la suite d'une faute légère occasionnelle commise par celui-ci dans le cadre de ses fonctions, lesdits pouvoirs ont indemnisé la victime du dommage dont cet agent a été déclaré responsable, et, d'autre part, l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 précitée limite la responsabilité civile du*

→ *s'acquitte exclusivement de sa propre dette (...) néanmoins (...) le débiteur qui a payé avec d'autres ou pour d'autres n'est subrogé que dans la mesure où il n'est pas lui-même personnellement tenu de la dette* ». La Cour ajoutera : « *que si, par application de l'article 1er de la loi du 24 mai 1937, formant l'article 20, 9°, de la loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire, celui qui a indemnisé les victimes d'un accident peut, en vertu de la subrogation légale, poursuivre contre l'assureur le paiement de sa créance par privilège sur les sommes dues à l'assuré reconnu responsable, encore ne peut-il exercer ce droit, au cas où il serait personnellement tenu d'une partie de la dette, que pour autant que sa créance soit déterminée à l'égard de l'assuré, l'assureur ayant pour seule obligation de se prêter à l'exécution de celle-ci* » (*J.T.*, 1982, p. 800).

53. A. Van Oevelen, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, *op. cit.*, n° 147.

travailleur, lié par un contrat de travail, aux seuls cas de dol, de faute lourde et de faute légère habituelle »[54].

Par un arrêt du 9 février 2000, la Cour d'arbitrage a déclaré encore qu'il résultait de l'article 1384, alinéa 4, du Code civil, selon lequel les instituteurs sont responsables du dommage causé par leurs élèves pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance, et de l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail, « *qu'en ce qui concerne la responsabilité civile résultant d'une faute légère occasionnelle, le législateur a établi une différence de traitement entre les membres du personnel statutaire occupés par les pouvoirs publics, d'une part, et les travailleurs contractuels en général, d'autre part, puisque seuls les premiers doivent répondre de leur faute légère. Cette différence de traitement n'est pas justifiée étant donné la similitude des relations de travail comparées, notamment sous l'angle de la subordination juridique ; (...) les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés par le fait qu'un enseignant du secteur public, organe de la puissance publique, peut faire l'objet d'une condamnation personnelle à des dommages et intérêts en faveur d'une victime sur la base de l'article 1384, alinéa 4, du Code civil et donc sur la base d'une faute si légère soit-elle* »[55].

54. C.A., 18 décembre 1996, n° 77/96, n° de rôle n° 920, B.1.4. à B.4., *M.B.*, 8 février 1997. Dans les observations qu'il a consacrées à cet arrêt, Michel COIPEL a pu noter que celui-ci ne semble viser que la discrimination entre les travailleurs salariés bénéficiant d'une immunité en cas de faute légère occasionnelle, en vertu de l'article 18 de la loi du 3 juin 1978, et par ailleurs les organes de l'État qui sont dans une relation de travail similaire « *notamment sous l'angle de la subordination juridique. Il ne semble donc pas transposable aux organes de sociétés qui disposent d'une autonomie dans la réalisation de la mission de gestion qui leur est confiée* » (*J.D.S.C.*, 2000, Livre II, p. 4). M. Ph. COENRAETS écrit que, rompant apparemment avec une jurisprudence traditionnelle, la Cour d'arbitrage n'a pas entendu mettre en balance les intérêts contradictoires de la victime du dommage et de l'auteur de celui-ci. « *Sans doute une immixtion dans le domaine des conflits de valeur impliquait-elle un jugement en opportunité, apanage du seul législateur. La Cour n'a, peut-être, pas entendu s'avancer sur un terrain trop glissant* » (Ph. COENRAETS, « La responsabilité aquilienne des organes de la puissance publique et la restauration du principe d'égalité », *R.C.J.B.*, 1998, pp. 222 et s. ; voy. encore J. DE STAERCKE, *op. cit.*, *C.D.P.K.*, 2003/2, p. 187 ; B. ELIAS, « Naar een gelijkschakeling werknemers-ambtenaren inzake burgerlijke aansprakelijkheid tegenover derden ? », *A.J.T.*, 1996-1997, pp. 551 et s. ; P. HENRY, « La responsabilité des organes : le début et la fin ? », *J.L.M.B.*, 1997, pp. 265 à 274. On remarque que par un jugement prononcé le 20 avril 1999, le tribunal de première instance de Bruxelles, tirant expressément la conséquence de l'arrêt précité de la Cour d'arbitrage, s'est refusé à reconnaître la responsabilité personnelle du directeur d'un établissement scolaire alors qu'un accident avait été causé à un élève à la suite de travaux d'entretien, en affirmant que, quand bien même le comportement de cet agent eût été fautif, ce qui n'était pas le cas, « *encore ne pouvait-il à l'évidence s'assimiler au dol ni à la faute lourde qui lui est proche, non plus à une faute légère qui serait devenue habituelle ; que, partant, l'action telle que dirigée contre le défendeur, agent statutaire, pour une faute de nature légère commise dans l'exercice de ses fonctions, n'aurait pu (...) qu'être déclarée non fondée sous peine d'accorder aux articles 1382 et 1383 du Code civil une interprétation discriminatoire par rapport aux personnes engagées dans les liens d'un contrat de travail qui eussent commis une faute identique, ce qui violerait les article 10 et 11 de la Constitution* » (*R.G.A.R.*, 2001, 13378).

55. C.A., 9 février 2000, n° 19/2000, n° de rôle 1826, *M.B.*, 25 mars 2000 ; *J.L.M.B.*, 2000, pp. 576 et s., obs. P. HENRY ; *R.G.A.R.*, 2001, 13322, obs. R.O.D. ; J. DE STAERCKE, *op. cit.*, *C.D.P.K.*, 2003/2, p. 188.

La même conclusion se retrouve dans un arrêt du 28 janvier 2003, prononcé à la veille de la promulgation de la loi du 10 février 2003 : la Cour d'arbitrage y a jugé que les articles 10 et 11 de la Constitution étaient violés en ce qu'un enseignant du secteur public, qui est un organe de la puissance publique, pouvait être personnellement condamné à réparation en faveur d'une victime sur la base de l'article 1382 du Code civil et, partant, sur la base d'une faute, quelque légère qu'elle fût, alors qu'un enseignant de l'enseignement libre, lié par un contrat de travail, bénéficiait de l'exonération prévue à l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail qui limite sa responsabilité aux cas de dol, de faute lourde ou de faute légère présentant un caractère habituel[56].

B. Les innovations de la loi du 10 février 2003 : la limitation de la responsabilité civile personnelle « des membres du personnel au service d'une personne publique dont la situation est réglée statutairement », la faculté d'appeler la personne publique en intervention forcée et l'offre préalable de règlement amiable

C'est en considération de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, évoquée ci-dessus, que le législateur a adopté la loi du 10 février 2003. L'exposé des motifs du projet dont elle est issue est clair sur ce point[57].

L'article 2 énonce que : « *Les membres du personnel au service d'une personne publique, dont la situation est réglée statutairement, en cas de dommage causé par eux dans l'exercice de leurs fonctions à la personne publique ou à des tiers ne répondent que de leur dol ou de leur faute lourde. Ils ne répondent de leur faute légère que si celle-ci présente dans leur chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel* »[58].

Le législateur a insisté sur le fait que les termes « *personne publique* », dont il renonçait – prudemment – à donner la définition ou à préciser les critères[59], devaient être pris dans un sens plus large que celui d'autorité administrative, supposé défini, son intention étant d'inclure dans le champ d'application de la loi les agents parlementaires et les membres du personnel d'un certain nombre

56. La Cour a répondu dans les termes suivants : « *En ce qu'un enseignant du secteur public, organe de la puissance publique, peut faire l'objet d'une condamnation personnelle à des dommages et intérêts en faveur d'une victime sur la base de l'article 1382 du Code civil et donc sur la base d'une faute, si légère soit-elle, cet article viole les articles 10 et 11 de la Constitution* » (C.A., 28 janvier 2003, n° 17/2003, n° de rôle 2540, *M.B.*, 20 mars 2003).
57. Voy. *doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n° 50 1736/001, pp. 12-13.
58. Sur les définitions du dol, de la faute lourde et de la faute légère, et sur la charge de la preuve, voy. spécialement D. Deom, *Rev. dr. commun.*, *op. cit.*, p. 10 et 11.
59. La seule indication est que l'autorité visée ait la personnalité morale. « *Il appartiendra sans doute à la jurisprudence d'affiner ce concept en tenant compte du souci de donner à la loi un champ d'application étendu* » (B. Dubuisson, « La loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents », *J.T.*, 2003, p. 508). Voy. encore D. Deom, *op. cit.*, p. 24.

de sociétés de droit privé ayant des activités d'intérêt public, ainsi que le personnel de l'enseignement officiel subventionné[60].

Le législateur a tenu à préciser que la responsabilité personnelle, telle qu'il l'organisait par la disposition précitée, valait pour « *les membres du personnel au service d'une personne publique dont la situation est réglée statutairement* ».

Tenant compte des leçons du passé, le législateur a voulu éliminer la différence de traitement qui prévalait, sur le plan considéré, entre agents statutaires et agents contractuels des personnes publiques, d'une part, et entre agents préposés et agents organes, d'autre part, ceux-ci étant souvent seuls responsables et comparaissant seuls devant le juge pénal en cas de constitution de partie civile[61].

On peut lire à l'article 4 de la loi du 10 février 2003 que : « *Les membres du personnel au service d'une personne publique qui font l'objet d'une action en dommages et intérêts devant la juridiction civile ou pénale en raison d'un dommage causé à un tiers dans l'exercice de leurs fonctions en informent la personne publique. Ils peuvent appeler en intervention forcée la personne morale ; celle-ci peut également intervenir volontairement* ».

Ainsi, le membre du personnel peut-il associer la personne publique à la procédure, et obtenir, le cas échéant, le prononcé d'un jugement qui lui soit « *opposable* ».

Ce jugement sera de nature à clarifier la situation en cas d'action récursoire de la personne publique à l'encontre de son agent[62]. Cette action ne pourra s'exercer que si l'une des conditions prévues par l'article 2 est rencontrée[63].

L'article 5 de la loi du 10 février 2003 porte encore que : « *L'action en dommages et intérêts ainsi que l'action récursoire exercée par une personne publique contre un membre de son personnel, n'est recevable que si elle est précédée d'une offre de règlement amiable faite au défendeur. Les personnes publiques peuvent décider que le dommage ne doit être réparé qu'en partie* ».

Selon l'exposé des motifs, l'objectif de cette disposition est d'éviter autant que possible l'intervention du juge.

---

60. *Doc. parl.* Ch., sess. 2001-2002, n° 50 1736/001, p. 16. C'est sur la recommandation de la section de législation du Conseil d'État que les termes de « *personnes morales de droit public* », qui figuraient dans les articles 2 à 5 de l'avant-projet de loi, ont été remplacés par ceux de « *personnes publiques* ». « *L'utilisation de ces termes plus flous permet de mieux faire apparaître le champ d'application étendu de la loi en projet et d'éviter le risque de contradiction entre l'exposé des motifs et le texte de la loi actuellement en projet* » (*Doc. parl.* Ch., sess. 2001-2002, n° 50 1736/001, p. 32).
61. *Doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n° 50 1736/001 p. 14. J. De Staercke, *op. cit.*, *C.D.P.K.*, 2003/2 p. 185.
62. *Doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n° 50 1736/001, p. 25.
63. D. Deom, *op. cit.*, p. 13.

L'article 5 de la loi du 10 février 2003 donne un fondement à ce qui n'était antérieurement qu'une pratique, celle de ne réclamer, dans l'hypothèse visée, qu'une réparation partielle du dommage[64].

On peut observer que la loi du 10 février 2003 n'a pas prévu que les membres du personnel au service d'une personne publique bénéficient d'une assistance judiciaire gratuite, analogue à celle qu'organisent les articles 51 et 52 de la loi du 7 août 1992 sur la fonction de police et les articles 95 et 96 de la loi du 20 mai 1994 relative aux statuts des militaires. Le législateur a considéré qu'il s'agissait là « *d'une matière devant être réglée par chaque collectivité publique* »[65].

Le législateur s'est gardé encore de préciser ce qu'il faudrait entendre par dol, faute lourde ou faute légère présentant dans le chef de l'agent un caractère habituel plutôt qu'accidentel.

On aurait mauvaise grâce à le lui reprocher, car aujourd'hui comme hier, c'est au juge judiciaire qu'il revient de qualifier le manquement dommageable et de reconnaître à la victime un droit à réparation.

Il faut s'attendre cependant à ce que, dans la mise en cause de la responsabilité personnelle des agents, en application de l'article 2 de la loi du 10 février 2003, le débat sur les rapports entre l'illégalité et la faute, sans cesse récurrent, prenne un nouveau départ.

Si, comme nous n'avons cessé de le soutenir, toute illégalité ne peut être assimilée purement et simplement à une faute[66], *a fortiori* ne peut-elle l'être à un dol, une faute lourde ou une faute légère habituelle.

Des distinctions sont à ménager. Elles laissent prévoir des difficultés d'application...

---

64. « *A la base d'une telle décision se trouvent une évaluation et un examen méticuleux. L'autorité devra motiver sa décision et veiller au traitement similaire de cas similaires* » (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n° 50 1736/001, p. 26). Diane DEOM fait observer que le législateur s'est inspiré des dispositions prévues au bénéfice des policiers et des militaires, que la Cour d'arbitrage a considéré comme justifiées, eu égard aux risques supérieurs auxquels ils étaient exposés (voy. C.A., 21 mars 2000, n ° 29/2000). Mais en généralisant la formule à l'ensemble des membres du personnel au service des personnes publiques, le législateur n'a-t-il pas à son tour méconnu le principe de l'égalité ? (*op. cit.*, p. 15).

65. *Doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n° 50 1736/001, p. 14. « *S'agissant de dispositions statutaires, seules les Communautés et les Régions sont en effet habilitées à les prendre en vertu des articles 9 et 87, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980, pour les agents de leurs services ou agents des établissements publics qui relèvent des Communautés et des Régions* » (B. DUBUISSON, *op. cit.*, *J.T.*, 2003, p. 507).

66. Voy. notamment P. LEWALLE, *op. cit.*, n° 255 ; Voy. aussi K. STANGHERLIN, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 612 et s.

C. L'application résiduelle du « droit commun » aux agents organes en situation statutaire qui sont les représentants des personnes publiques, sans être au service de celles-ci

Il faut le souligner, avec la loi du 10 février 2003, le législateur a eu pour objectif exclusif de fixer les conditions de la responsabilité personnelle des membres subordonnés de l'autorité[67]. – en ce compris, a-t-il insisté, les fonctionnaires dirigeants, lesquels se trouvent sous l'autorité des mandataires politiques[68] –.

Ne sont pas visés, « *Pour le pouvoir exécutif* », les ministres, pas plus qu'à la province, le gouverneur et les députés permanents et dans la commune, le collège des bourgmestre et échevins[69].

Il pourrait en aller de même des membres des organes d'administration ou de gestion d'organismes publics autonomes, telles les régies communales auto-

67. *Doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n° 50 1736/001 p. 18 et 19. Le législateur a cru nécessaire d'entrer dans les précisions suivantes : « *Il est possible d'énumérer un certain nombre de catégories de personnes morales dont le personnel tombe en tout cas sous le champ d'application de la limitation de responsabilité. Cela concerne :*
   1° les administrations fédérales et autres services de l'État, y compris le pouvoir législatif fédéral et le pouvoir judiciaire,
   2° les organismes d'intérêt public soumis à l'autorité, au pouvoir de contrôle ou de tutelle de l'État, ainsi que les entreprises publiques autonomes classées à l'article 1er, § 4, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques,
   3° les administrations et autres services des conseils et des gouvernements des communautés et des régions, ainsi que les administrations et services de l'assemblée réunie et du collège réuni de la commission communautaire commune,
   4° les administrations et autres services des assemblées et collèges des commissions communautaires française et flamande,
   5° les organismes d'intérêt public soumis à l'autorité, au pouvoir de contrôle ou de tutelle d'une communauté, d'une région, de la commission communautaire commune ou de la communauté française,
   6° les services du Conseil de l'enseignement communautaire, des universités communautaires et des écoles supérieures autonomes, ainsi que les établissements d'enseignement subventionné, les centres psycho-médico sociaux et les services d'orientation professionnelle,
   7° les provinces, les agglomérations, les fédérations de communes, les communes et les organismes d'intérêt public qui en dépendent, ainsi que les entreprises provinciales et communales autonomes et les entreprises portuaires communales,
   8° les centres publics d'aide sociale,
   9° les polders et les wateringues,
   10° les associations de droit public, ainsi que les sociétés de droit public,
   11° les associations qui sont composées de personnes morales de droit public ou de telles personnes et de personnes de droit privé, et ont été créées sous la forme d'une société de droit privé mais ont une activité d'intérêt public.
   En d'autres termes : le personnel de l'enseignement officiel subventionné est visé par le 7°. Le personnel de l'enseignement libre est spécifiquement visé sous l'article 6 de ce projet.
   Cette énumération n'est toutefois pas limitative. » (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n° 50 1736/001 p. 15 et 16).
68. *Doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n° 50 1736/001 p. 18.
69. *Doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n° 50 1736/001, p. 23.

nomes ou les intercommunales[70], peut-être encore du Recteur d'une Université publique, élu par ses pairs, chargé, notamment, de représenter l'Université[71], mais évidemment non subordonné à celle-ci...

Il faut poser, « *prima facie* », que les uns et les autres continuent à répondre personnellement du dommage causé par leur faute simple accidentelle.

Il y a là comme un domaine d'application résiduelle du droit commun[72].

Toutefois, lorsqu'on prend connaissance des exemples cités, on s'aperçoit que, pour certains d'entre eux, et non des moindres, un régime particulier de responsabilité pénale et civile a été prévu : ainsi en est-il des ministres, en vertu des articles 103, *in fine*, et 125, in fine, de la Constitution, ainsi que des bourgmestres, échevins et membres de la députation permanente en vertu de la loi du 4 mai 1999 relative à la responsabilité civile et pénale de ceux-ci, comme dit plus haut[73].

Découvrira-t-on le critère objectif permettant de justifier ces différences de traitement ?

Rien ne nous paraît moins sûr.

Mais, qui l'ignore, les voies de la jurisprudence sont imprévisibles...

70. Voy. D. Deom, *op. cit., Rev. dr. commun.*, p. 22.
71. Voyez l'article 16 de la loi du 28 avril 1953 sur l'organisation de l'enseignement universitaire par l'État.
72. A. Van Oevelen, *op. cit., R.W.*, 2003-2004, p. 167.
73. Nous avons dit que la loi du 4 mai 1999 ne nous paraissait pas applicable aux Gouverneurs de province.

Éléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance

Étienne MONTERO
Professeur aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix

INTRODUCTION

1. Propos liminaires. – « Voilà une belle et classique question (...) », écrit Michel Coipel à propos de la formation des contrats entre absents[1]. Et de noter, à juste titre, qu'elle devrait connaître de nouveaux développements avec l'essor du commerce électronique[2]. Il n'échappe à personne que les techniques modernes de communication sont de plus en plus utilisées non seulement pour passer des contrats, mais aussi, plus largement, pour échanger des messages, transmettre des documents, réaliser des notifications... Cette facilité de communication – rapide, commode, efficace – porte à faire un usage généreux des technologies disponibles pour s'adresser à des commerçants, des prestataires de services ou d'autres correspondants établis au loin. En même temps, on ne peut exclure une multiplication des hypothèses dans lesquelles un e-mail, un appel téléphonique ou un fax, voire un SMS, vient court-circuiter l'expédition d'une lettre missive... L'éventualité d'un usage croisé des techniques plaide, selon nous, en faveur d'une appréhension globale, toutes techniques confondues, des situations où les parties contractantes sont géographiquement éloignées (*infra*, n° 2, *in fine*).

La question de la formation des contrats entre absents est du goût de Michel Coipel ; elle présente un regain d'intérêt à mesure que se généralise l'utilisation des nouvelles techniques de communication à distance pour adresser des notifications et conclure des contrats. Deux bonnes raisons pour reprendre le sujet en hommage au destinataire du présent *Liber*.

2. Remarque terminologique. – Michel Coipel note qu'en matière de commerce électronique, « on a tendance à parler de contrats à distance plutôt que de contrats entre absents ; ce qui est probablement plus approprié »[3]. Cette

1. *Éléments de théorie générale des contrats*, Coll. A la rencontre du droit, Diegem, Kluwer, 1999, p. 49, n° 61.
2. *Ibid.*
3. *Ibid.* En réalité, l'expression « contrats à distance » a été consacrée par le législateur bien au-delà du commerce électronique. En effet, la section 9 du chapitre VI de la loi sur les pratiques du commerce est intitulée « Des contrats à distance » et concerne la conclusion entre un vendeur et →

observation laconique a éveillé notre curiosité. Il n'en dit pas davantage. Tentons une explication. Un double motif conduit effectivement à privilégier l'expression « contrats à distance ». Le premier est relativement accessoire. Il n'est pas ici question de « l'absence » *proprio sensu*, telle qu'envisagée et réglée dans le Code civil[4]. Or, il n'est pas indiqué de désigner à l'aide d'un même terme deux notions étrangères. Peut-être est-ce la raison pour laquelle certains auteurs préfèrent parler de « contrats par correspondance »[5], ou de « contrats entre personnes non présentes »[6] ? Ces expressions ne sont pas des plus heureuses, ni tout à fait satisfaisantes.

Le second motif est plus intéressant. De façon générale, la théorie des contrats entre absents concerne les hypothèses où l'éloignement des parties rend problématique la détermination précise du moment et du lieu de formation du contrat. Or, l'on sait que si l'intervalle de temps écoulé entre la déclaration d'offre et celle d'acceptation est sinon nul, en tout cas négligeable, seul le lieu de conclusion du contrat demeure délicat à identifier. Ainsi affirme-t-on généralement, avec raison, que les contrats conclus par téléphone sont à assimiler aux contrats entre présents, mais, du point de vue du lieu, ce sont des contrats entre absents[7]. Tout se passe comme si certains contrats entre absents (du point de vue du lieu de conclusion) devaient être regardés comme contrats entre présents (du point de vue du moment de conclusion). Cette présentation des choses est gênante. En toute hypothèse, la théorie envisagée prend en charge la distance séparant les parties, alors que, sous l'angle du facteur temps, il n'est pas toujours permis de parler de contrat entre absents. On préférera donc l'expression de « contrats à distance ». Il nous paraît, en effet, plus satisfaisant d'envisager dans

---

→ un consommateur de tout contrat moyennant l'utilisation d'une technique de communication à distance, quelle qu'elle soit : sont ainsi visés non seulement les contrats conclus par voie électronique (directement sur le Web ou par échange de courriers électroniques...), mais aussi ceux conclus par des moyens tels que le téléphone, la télécopie ou le courrier postal... *Cf.*, en particulier, l'article 77 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (LPCC).

4. Livre premier, titre IV, articles 112 et s. A ce propos, voy. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1 : obligations. Théorie générale, 9e éd., par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, p. 138, n° 140.

5. *Cf.*, par ex., J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 346 ; J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, 2e éd., Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 272. Cette expression n'a pas notre faveur. Elle semble réductrice en ce qu'elle suggère, à tort ou à raison, que seuls seraient visés les contrats formés par échange de lettres missives. Si elle paraît pouvoir concerner les contrats conclus par échange de courriers électroniques ou par fax, elle s'applique plus difficilement, sauf à forcer le sens des mots, aux contrats conclus sur le Web ou par téléphone.

6. Parmi d'autres, voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1968-1973) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, p. 490, n° 40 ; IDEM, « Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 138, n° 55.

7. En ce sens, voy. déjà G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, t. I, Paris, 1897, p. 55, n° 40.

le cadre d'une théorie globale des « contrats à distance » tous les cas de contrats conclus entre parties géographiquement éloignées[8].

3. Élargissement de la problématique. – L'approche classique de la matière procède à une double réduction.

Lorsqu'est étudiée en doctrine la théorie dite des contrats entre absents, l'attention est d'ordinaire focalisée sur la détermination précise du moment et du lieu de formation du contrat conclu à distance[9]. Comme si ces questions faisaient difficulté seulement à propos des contrats ! En réalité, le cas de figure le plus couramment envisagé n'est qu'un aspect particulier d'un problème plus large. Toute déclaration de volonté adressée à un absent – ou mieux : transmise à distance – pose la question de la détermination du moment, voire du lieu, où elle sortit ses effets juridiques. Ce point de vue plus général est adopté en droit allemand, qui connaît un régime de la « déclaration de volonté adressée à un absent » (BGB, § 130)[10]. À propos de la notification d'un congé ou de la décision de renoncer au contrat, on peut aussi se demander à quel moment précis ses effets se produisent. Est-ce à l'instant où l'expression de volonté est émise ou quand elle est expédiée ou reçue, ou est-ce encore au moment de sa prise de connaissance effective par le destinataire ?

Au lieu d'examiner le problème par le petit bout de la lorgnette, en s'attachant seulement au cas particulier de l'acceptation de l'offre, il semble plus correct de l'envisager au niveau général auquel il se pose. Si ce n'est le confort des habitudes prises, rien n'empêche, au demeurant, d'adopter ce point de vue plus englobant[11]. Il s'en suit un rapatriement dans une théorie d'ensemble d'une série de questions étudiées d'ordinaire séparément, parmi lesquelles celles relatives au retrait de l'offre ou de l'acceptation, à leur caducité, etc[12].

---

8. Ce qui n'empêche pas d'opérer des distinctions en fonction de la qualité des parties contractantes et de règles spécifiques (incidence d'un délai de rétractation...).
9. Voy., parmi d'autres, A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2003, pp. 51-52, n° 68 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations – 1. L'acte juridique*, 10e éd., Paris, Armand Colin, 2002, pp. 107 et s., n° 157 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Obligations – 2. Contrats et quasi-contrats*, 11e éd., Paris, Cujas, 2001-2002, pp. 80 et s., nos 92 et s.
10. Pour un commentaire de cette disposition, voy. l'ouvrage collectif *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* – Beck'sche Kurz-Kommentare, n° 7, München, Verlag C. H. Beck, 2004, pp. 111 et s. ; C. Witz, *Droit privé allemand*, vol. 1, Paris, Litec, 1992, pp. 93 et s., nos 86 et s.
11. En ce sens, M. Fontaine, « Fertilisation croisée du droit des contrats », in *Études offertes à J. Ghestin – Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 347-361, spéc. p. 360, n° 18.
12. Certains auteurs échappent à la règle. Ainsi, dans une publication consacrée à la formation des contrats sous un angle dynamique, C. Delforge se garde bien de recourir à l'expression « théorie des contrats entre absents » (ou autre formulation analogue). Elle envisage successivement, entre autres, l'offre de contracter, l'acceptation et « le moment de la formation du contrat ». Ainsi, intègre-t-elle dans une approche d'ensemble toutes les questions relatives à la prise d'effet de ces différentes manifestations de volonté. Ses réflexions s'inscrivent de surcroît dans une →

Par ailleurs, en se bornant à examiner les questions du moment et du lieu de conclusion du contrat, la théorie des contrats entre absents néglige d'autres préoccupations entourant l'utilisation d'une technique de communication à distance pour accorder les volontés.

Ainsi, la conclusion de contrats à distance soulève une diversité de questions inhérentes, notamment, à l'absence de rapport direct entre parties et de contact tangible avec le produit convoité. Soucieux de prendre en charge les risques liés à la distance séparant les contractants, le législateur a jugé utile de voler au secours du consommateur, en prévoyant, notamment, une obligation renforcée d'information lors de l'offre en vente à distance (LPCC, art. 78) et une obligation de confirmer un certain nombre d'informations préalables « par écrit ou sur un autre support durable » (LPCC, art. 79), en instituant à son profit un délai de sept jours pour renoncer au contrat (LPCC, art. 80, § 1er) et en interdisant au « vendeur » d'exiger un acompte ou paiement quelconque avant la fin du délai de renonciation (LPCC, art. 80, § 3).

Ainsi encore, il y a lieu de pointer les risques spécifiques liés à la conclusion de contrats à distance par le biais des réseaux numériques, particulièrement dans les environnements ouverts[13]. Afin de rencontrer ce nouvel ordre de préoccupations, diverses règles particulières ont été conçues par le législateur européen[14] et transcrites en droit interne dans les lois du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information[15].

→ perspective comparative. À ce double titre, son étude nous a donc été particulièrement précieuse. *Cf.* C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, (sous la dir. de M. FONTAINE), Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 139-478.

13. Pour un aperçu de ces risques, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, sous la dir. de M. FONTAINE, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 693-788, spéc. pp. 701-704, nos 13 à 17.

14. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1. Pour un commentaire complet de la directive, voy. E. MONTERO (sous la dir. de), *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La Directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Un cadre juridique pour l'Internet », *J.T.*, 2001, pp. 133-145 ; E. TERRYN, « De omzetting van de richtlijn elektronische handel in Belgisch recht : geen sinecure ? », *D.C./C.R.*, n° 51, 2001, pp. 115-165 ; E. CRABIT, « La directive sur le commerce électronique. Le projet 'Méditerranée' », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2000/4, pp. 749-833.

15. *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12960 et p. 12963. Pour un commentaire général de ces lois, voy. P. VAN EECKE et J. DUMORTIER (éds), *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Bruges, Die Keure, 2003 ; E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 →

Idéalement, toutes ces questions devraient être prises en considération dans une théorie générale des contrats – ou déclarations de volonté transmises – à distance.

4. Articulation et limite de l'exposé. – Dans les limites du genre et de l'espace imparti, la présente étude se borne à poser quelques jalons pour une théorie globale de la déclaration de volonté transmise à distance. Nonobstant les considérations émises au point précédent, le propos se limite au problème du moment et, le cas échéant, du lieu de la prise d'effet de l'expression de volonté. Afin de mieux mettre en évidence l'intérêt de l'approche suggérée, l'exposé suit un schéma relativement classique. Après avoir examiné le cas des déclarations unilatérales de volonté, en général, on se penchera sur ces déclarations de volonté particulières que sont l'offre de contracter et l'acceptation de l'offre, pour déboucher, au final, sur la question du moment et du lieu de la conclusion du contrat à distance.

§ 1er. – Les notifications

5. Généralités. – Les déclarations unilatérales de volonté s'analysent en des actes juridiques unilatéraux dans la mesure où leur auteur a l'intention de produire des effets de droit, par sa seule manifestation de volonté, sans le concours d'autrui.

Les actes juridiques unilatéraux sont légion. On songe à la manifestation de la décision de renoncer à un contrat, à une prescription acquisitive ou à une succession ou de la décision d'exercer la faculté de résiliation unilatérale, prévue dans tous les contrats à durée indéterminée et dans certains contrats à durée déterminée (art. 1794, 1944, 2004, 2007, C. Civ.), ou encore à certains actes déclaratifs telle la reconnaissance de dette. On mentionne également l'engagement par déclaration unilatérale de volonté, le testament, l'acceptation d'une succession, la promesse de récompense, le congé en matière de bail ou de contrat de travail, ou encore certaines « incombances »[16] ; parmi ces dernières, outre la

→ sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, pp. 81-95. Sur les dispositions relatives aux contrats, voy. E. Montero, « La conclusion du contrat par voie électronique après la loi du 11 mars 2003 », in *Le droit des affaires en évolution – Le contrat sans papier*, Institut des Juristes d'Entreprise, n° 14, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Kluwer, 2003, pp. 1-53 ; C. Biquet-Mathieu et J. Decharneux, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs », in *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Formation permanente CUP, vol. 64, 2003, pp. 7-135.

16. Sur cette notion, voy. M. Fontaine, « Obliegenheit, incombance ? », in *Liber amicorum Hubert Claassens. Verzekering : theorie en praktijk – Assurance : théorie et pratique*, Louvain-la-Neuve/Anvers, Academia Bruylant/Maklu, 1998, pp. 151 et s. Mise en évidence par la doctrine récente, la notion d'incombance désigne des « obligations » d'une nature particulière : elles ne confèrent →

mise en demeure, on cite, à titre d'exemple, le devoir pesant sur l'assuré de déclarer le sinistre à l'assureur dans un délai déterminé[17].

Certains actes juridiques unilatéraux, qui font figures d'exceptions, sortissent leurs effets dès l'instant où leur auteur a manifesté sa volonté. Ces actes ne doivent pas être portés à la connaissance d'une personne particulière pour exister, même s'il conviendra d'avertir les tiers pour des raisons *pratiques* évidentes. Ainsi en est-il dans les hypothèses où l'effet juridique qu'ils visent à produire est relatif à la propre sphère juridique du déclarant[18]. Tel est le cas, par exemple, de l'établissement d'un testament ou de l'acceptation d'une succession.

La plupart des actes juridiques unilatéraux exigent, au contraire, d'être portés à la connaissance de leur destinataire pour être juridiquement efficaces. Ils doivent lui être *notifiés*. En ce sens, ces actes sont dits *réceptices* : ils ne produisent leurs effets qu'à partir du moment où ils sont reçus par leur destinataire. En réalité, toute déclaration de volonté vise à faire connaître à l'entourage une décision, mais seule est sujette à réception celle qui s'adresse à une personne déterminée touchée par ses effets[19]. Autrement dit, il y a acte réceptice toutes les fois que la déclaration de volonté a pour but direct d'informer une certaine personne, de lui donner un ordre juridique ou de porter atteinte à ses droits[20].

6. Intérêt et illustration du problème. – Parmi les actes qui exigent une notification pour être juridiquement efficaces, on peut citer, outre l'offre de contracter (*infra*, § 2), la révocation du mandataire, le congé en matière de contrat de travail, la mise en demeure préalable à l'exercice de la faculté de remplacement unilatéral ou de résolution extrajudiciaire, etc. Dans ces différentes hypothèses, la détermination du moment précis où l'acte sortit ses effets ne représente d'ordinaire pas un enjeu crucial. Mais, il est des hypothèses où la question peut se révéler plus décisive.

Ainsi, en matière de crédit à la consommation, le consommateur a le droit de faire savoir qu'il renonce au contrat pendant un délai de sept jours ouvrables à dater de la signature du contrat[21]. En pareille hypothèse, il sera parfois important de déterminer à quel moment précis l'acte de renonciation prend effet. Ainsi encore, en matière de ventes au consommateur conclues en dehors de

---

→ à leur « créancier » aucune action en exécution forcée, leur violation exposant néanmoins le « débiteur » à de fâcheuses conséquences.

17. *Cf.* les art. 19 et 21 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.
18. *Cf.* A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 56 ; C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 198, n° 92.
19. A. RIEG, *Ibidem*.
20. Rappr. J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral – Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Paris, Sirey, 1951, p. 182, cité par P. WÉRY, *Droit des obligations*, t. I, Louvain-la-Neuve, 2002-2003, p. 235.
21. Article 18 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation.

l'entreprise, ce dernier bénéficie d'un délai de réflexion de sept jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la signature du contrat. Pendant ce délai, il a le droit de faire savoir par envoi recommandé au vendeur qu'il renonce à l'achat[22]. Ici aussi, il n'est pas indifférent de savoir quand exactement le délai prend effet.

Dans une série d'hypothèses, la loi précise elle-même le moment où la déclaration unilatérale de volonté devient juridiquement efficace. Ainsi, la loi sur le contrat de *time-sharing* accorde au consommateur le droit de renoncer au contrat dans un délai de quinze jours, en précisant que le délai est réputé respecté si la notification par lettre recommandée a été *expédiée* avant l'expiration de celui-ci[23]. En matière de contrat d'agence commerciale, la notification pour résiliation peut être faite par lettre recommandée à La Poste, sortissant ses effets le troisième jour ouvrable suivant la date de son *expédition*[24]. Un dernier exemple : l'article 29 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation prescrit, dans une hypothèse particulière, « le dépôt à la poste d'une lettre recommandée contenant mise en demeure »[25].

À défaut d'un texte légal ou réglementaire qui fixe expressément le moment où la notification d'une déclaration unilatérale de volonté prend effet, il y a lieu de pouvoir se référer à une règle supplétive pour déterminer ce moment.

7. Principes de solution. – On n'aperçoit pas ce qui pourrait empêcher l'auteur d'une déclaration unilatérale de volonté de se rétracter aussi longtemps que celle-ci n'est pas parvenue à son destinataire. Ce dernier n'est pas susceptible de souffrir le moindre préjudice puisque, par hypothèse, il n'a pas pu connaître la manifestation de volonté qui lui a été adressée, avant d'être retirée par un moyen plus rapide. De toute façon, dès lors qu'elle doit être notifiée à son destinataire pour sortir ses effets de droit, la déclaration de volonté ne pourra pas être juridiquement efficace avant sa réception par ce dernier. Cette prise d'effet doit-elle être retardée jusqu'au moment où le destinataire prend effectivement connaissance de la déclaration de volonté ? Non, car elle dépendrait alors du bon vouloir du destinataire à qui il suffirait de ne pas relever sa boîte postale ou son fax, ou de ne pas télécharger ses e-mails pour échapper aux effets de droit produits par la notification.

La règle supplétive recherchée s'impose de façon nette et évidente : un acte

22. LPCC, article 89.
23. Article 9, § 2, de la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé.
24. Article 18, § 2, de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale.
25. Étant donné les termes de cette disposition, la Cour de cassation a estimé qu'il n'est pas requis que le recommandé ait effectivement été présenté au destinataire. *Cf.* Cass., 17 nov. 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1192, obs. ; *R.D.C.*, 1997, p. 175, note. Pour une critique de cette solution, voy. M. E. Storme, « Het verrichten van rechtshandelingen door middel van nieuwe telecommunicatiemiddelen – De nieuwe wetsbepalingen ingekaderd in de algemene leer van de kennisgeving », n° 24, http ://www.storme.be/2281.pdf.

unilatéral réceptice, c'est-à-dire dont l'efficacité juridique est subordonnée à une notification, prend effet dès l'instant où le destinataire de l'acte a pu en prendre connaissance, c'est-à-dire, pratiquement, aussitôt qu'il lui parvient[26]. Sauf convention ou disposition légale contraire, il est censé prendre connaissance de l'acte au moment de sa réception.

Cette solution est bien ancrée dans la jurisprudence civile, tant en matière d'acte juridique unilatéral[27] que de contrats entre absents (*infra*, n° 15)[28]. Au demeurant, le législateur a expressément disposé, il y a peu, que toutes les notifications à effectuer, en matière extrajudiciaire, par télégramme, télex, télécopie, courrier électronique ou autre moyen de communication étaient accomplies dès leur *réception* (art. 2281, al. 2, C. civ.)[29]. Enfin, la solution a été consacrée récemment par un important arrêt de la Cour d'arbitrage, en matière de procédure civile, à propos des notifications par pli judiciaire[30].

Cette approche du problème doit être approuvée. Il revient à l'auteur de prendre ses dispositions, en tenant compte du délai nécessaire pour que son courrier parvienne à destination.

L'enjeu du débat est lié au fait que la plupart des notifications se faisant actuellement par La Poste, un délai de un ou plusieurs jours – soit un intervalle de temps « appréciable »[31] – sépare le moment de l'envoi et celui de la réception. Or, avec l'utilisation de la télécopie (fax) et du courrier électronique, la communication devient quasi instantanée. Dans ces circonstances, on peut raisonnablement estimer que la date d'envoi coïncidera pratiquement avec celle de réception.

Est-ce une raison pour préconiser un régime à double vitesse ? On pourrait, en

---

26. En ce sens, voy. l'article 1.9 des Principes d'Unidroit. Comp. article 1 : 303 des Principes du droit européen du contrat. Ces instruments de *soft law* sont intéressants car ils représentent un effort appréciable de dialogue entre une diversité de traditions et systèmes juridiques pour l'élaboration d'un droit uniforme des contrats. Pour ce motif, nous y ferons encore référence par la suite.
27. Cass., 22 sept. 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 124, note J. CAEYMAEX (manifestation par un vendeur de son intention de se prévaloir d'une clause de réserve de propriété).
28. Cass., 16 juin 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 1190 ; *R.C.J.B.*, 1962, p. 301 et la note de J. HEENEN, « L'acceptation de l'offre de contracter faite par correspondance » ; Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1127 ; Cass., 19 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1182 ; Cass., 25 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 724.
29. Pour un commentaire de cette disposition, voy. L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, « Quelles procédures pour le commerce électronique ? », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2001, pp. 305 et s. ; M. E. STORME, étude précitée.
30. C.A., 17 déc. 2003, *J.T.*, 2004, p. 45, note J.-F. VAN DROOGHENBROECK. On est en droit d'estimer que la solution s'applique *a fortiori* aux notifications prévues sous forme d'un envoi recommandé ou d'un pli ordinaire. En ce sens, voy. l'auteur de la note précitée, p. 47. L'arrêt de la Cour d'arbitrage est d'autant plus remarquable que la Cour de cassation privilégie la théorie de l'expédition, en dépit des critiques unanimes de la doctrine (*cf.* les nombreuses références citées par l'annotateur, p. 46, n^{os} 3 et 4).
31. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Livre III, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 524, n° 532.

effet, réserver le critère de la réception pour les notifications « à effet différé » (celles transmises par la voie postale) et préférer le critère de l'expédition pour les notifications à « effet (quasi) immédiat » (celles transmises par télécopie ou courrier électronique). Cette préférence pourrait se justifier par le fait que l'auteur de la notification aurait une plus grande facilité à administrer la preuve de la réalité et de la date de son envoi. Mais, la solution perd de vue qu'un courrier électronique peut également tarder plusieurs jours avant d'arriver à destination[32], voire s'égarer en cours de route[33]. Au total, sauf à « cautionner de nouvelles distorsions de traitement »[34], il paraît sage de retenir en toute hypothèse le critère de la réception, quitte à ce que l'expéditeur du courrier – traditionnel ou électronique – anticipe les risques évoqués.

Lorsque la notification a lieu par envoi recommandé, traditionnel ou électronique[35], avec accusé de réception, ou encore par courrier électronique horodaté[36], la date de réception est aisée à établir. Pour les envois recommandés ordinaires et les simples lettres, on présumera que le pli est parvenu à son destinataire au cours du premier jour ouvrable qui suit le jour où il fut confié aux services de La Poste[37-38]. Encore la preuve contraire peut-elle être administrée. Ainsi, un expéditeur diligent est admis à établir que le courrier postal, voire électronique, est arrivé au destinataire dans un délai exceptionnellement anormal eu égard à son attente légitime.

---

32. L'hypothèse relève certes de l'exception, mais le risque n'est pas nul. Des circonstances diverses (connexions interrompues, lignes saturées...) peuvent avoir pour effet de ralentir l'acheminement d'un message sur les réseaux.
33. Le plus souvent, un courrier électronique qui n'a pu être délivré à son destinataire revient à l'expéditeur. Mais il arrive parfois qu'un message soit tout simplement perdu, sans que personne n'en sache rien.
34. Rappr. J.-F. Van Drooghenbroeck, « La notification en droit judiciaire privé à l'épreuve des théories de la réception et de l'expédition », note sous Cass., 20 février 1998, *R.C.J.B.*, 1999, pp. 193 et s., spéc. p. 217, n° 42.
35. À ce sujet, voy. notre étude « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles-Namur, Bruylant-P.U.N., 2003, pp. 69-99.
36. Sur l'horodatage de documents électroniques, voy. M. Demoulin, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles-Namur, Bruylant-P.U.N., 2003, pp. 45-68.
37. Bien entendu, cette solution concerne seulement les envois nationaux (avec un timbre Prior...). Pour les courriers ordinaires expédiés à l'étranger, la présomption doit être adaptée en fonction de l'éloignement du pays de destination, la preuve contraire demeurant réservée. Encore est-il plus indiqué en pareille hypothèse de recourir à l'envoi recommandé.
38. L'expéditeur d'un courrier électronique ordinaire sera plus démuni sur le plan probatoire étant donné la facilité avec laquelle on peut créer une adresse de courrier électronique et « fabriquer » un message. À défaut de passage par un tiers neutre, comme dans le cas du recommandé, le juge estimera sans doute que le message produit ne prouve ni la réalité, ni la date de l'envoi.

§ 2. – L'offre de contracter

8. Effets juridiques de l'offre. – *A priori*, il n'y a aucune raison de ne pas appliquer les solutions exposées précédemment à cette déclaration unilatérale particulière qu'est l'offre de contrat. Mais, tâchons, ici encore, de nous laisser guider par le bon sens et la prise en compte des intérêts respectifs des parties, avant d'explorer les solutions de droit positif en vigueur.

Deux hypothèses doivent être distinguées dès lors que le droit belge analyse la proposition de contracter faite au public comme une offre au sens juridique de la notion[39].

L'offre au public, adressée à personne indéterminée, nous paraît lier son auteur aussitôt que la volonté exprimée est suffisamment extériorisée, c'est-à-dire est entrée dans le champ social. Dès cet instant, le public a, en effet, la possibilité d'en prendre connaissance. Dans cette hypothèse, le moment d'émission coïncide pour ainsi dire avec le moment de réception. Dès que l'offre est rendue publique, les personnes qui en prennent connaissance peuvent légitimement compter sur le respect du délai prévu ou, au minimum, d'un délai raisonnable de réflexion avant de se décider. L'offrant ne peut dès lors se dédire unilatérament sans porter atteinte à cette confiance légitime. Ainsi une offre mise sur le web ou postée dans un forum doit être maintenue pendant le délai fixé ou, à défaut, pendant un délai suffisant pour permettre aux personnes intéressées de prendre attitude et éventuellement d'accepter.

Lorsque l'offre est adressée à une personne déterminée, elle ne saurait prendre effet avant d'être reçue par son destinataire. En effet, d'une part, ce type d'acte paraît être de ceux qui nécessitent une notification pour être juridiquement efficaces, d'autre part, on ne voit pas pourquoi l'offrant ne pourrait retirer son offre avant qu'elle parvienne au destinataire, en avertissant ce dernier par un moyen plus rapide. Faut-il retarder la prise d'effet de l'offre jusqu'à ce que le destinataire en prenne effectivement connaissance ? Pareille solution placerait l'offrant dans une situation très inconfortable vu qu'il ne serait pas en mesure d'évaluer la période de temps pendant laquelle il demeurerait lié par son offre. Si on ne voit pas l'intérêt particulier qu'aurait le destinataire de tarder à lire le courrier contenant l'offre, on ne peut exclure qu'en raison d'une absence prolongée ou par négligence, il retarde *de facto* la prise de connaissance effective. Au total, nous sommes d'avis que la meilleure solution est de décider que l'offre sortit ses effets et lie juridiquement son auteur au moment précis où son destinataire a la possibilité d'en prendre connaissance, c'est-à-dire, pratiquement, aussitôt qu'elle lui parvient[40].

Encore est-il possible de raisonner différemment, en estimant que l'offre de

39. J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. 3, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 16 et s., n° 11 et les exemples cités.

40. En ce sens, voy. l'article 15 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (approuvée par la loi du 4 septembre 1996, *M.B.*, 1er juillet →

contracter n'a aucune force obligatoire *per se*, auquel cas elle peut être retirée tant qu'elle n'est pas acceptée. Cette solution a été soutenue par d'anciens auteurs[41] et demeure la règle en droit français[42]. Toutefois, elle est d'ordinaire tempérée lorsque l'offre est assortie d'un délai. Dans ce cas, soutient-on, l'offrant est lié par le délai qu'il a lui-même prévu de sorte qu'il ne peut décider unilatéralement de se rétracter en faisant fi du temps de réflexion imparti au destinataire. Ce faisant, il ne serait pas exempt de faute pour avoir trompé la confiance légitime du destinataire. Encore se trouve-t-il des auteurs pour considérer de surcroît que, même en l'absence de délai fixé, l'offre doit être maintenue pendant un « délai raisonnable ».

Cette présentation des choses nous apparaît boiteuse. S'il est exclu qu'on puisse s'obliger par sa seule volonté, on ne voit pas pourquoi l'offrant serait lié par un délai qu'il a pareillement fixé lui-même. Si l'offre n'oblige pas par elle-même et si son auteur peut dès lors s'en dédire sans autre raison qu'un changement de volonté, pourquoi cette même volonté serait-elle soudainement enchaînée par le délai accordé au destinataire ?

À tout prendre, nous estimons plus rigoureuse la solution belge consistant à admettre que l'offre oblige son auteur, par elle-même et indépendamment de toute acceptation. Étant admis que l'offre acquiert force obligatoire une fois qu'elle parvient à son destinataire, dès ce moment, son auteur ne peut s'en dédire unilatéralement. Reste à déterminer le fondement de cette force obligatoire de l'offre.

Comme l'on sait, la Cour de cassation de Belgique fonde la force obligatoire de l'offre dans un engagement par déclaration unilatérale de volonté[43]. Cette théorie n'a cessé de provoquer un malaise chez les commentateurs, parmi lesquels, au premier chef, le destinataire de ce livre d'hommage[44]. L'objection est simple et massive : dès l'instant où il est admis qu'une volonté isolée a le

---

→ 1997), l'article 2.3., 1) des Principes d'Unidroit et l'article 1 : 303 (2) et (6) des Principes européens.

41. POTHIER, *Traité des obligations*, Tome I, Paris, Thomine et Fortic, 1770, p. 8 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Tome XV, Bruxelles, Bruylant, 1875, pp. 545-546, n^{os} 475-476.

42. Le droit français reste attaché au principe suivant lequel l'offre est dépourvue de force obligatoire et, dès lors, est librement révocable tant qu'elle n'a pas été acceptée. Cependant, la doctrine et la jurisprudence nuancent la portée de ce principe, en admettant que le retrait de l'offre peut, suivant les circonstances, engager la responsabilité de son auteur. Lire, parmi d'autres, M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Obligations, 2^{e} éd., Paris, L.G.D.J, 1952, p. 150, n° 131.

43. Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1127 ; Cass., 3 sept. 1981, *Entr. Dr.*, 1982, p. 131, note L. CORNELIS ; Cass., 16 mars 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 737. Cette théorie avait été avancée naguère par H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 513, n° 519.

44. Pour une synthèse récente des arguments du débat, voy. M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », in *Mélanges Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 21 et s., et les références citées.

pouvoir de se lier, pourquoi refuser à cette même volonté le pouvoir de se délier ? Si, par ailleurs, on reconnaissait – dans un souci de cohérence – que la volonté unilatérale peut non seulement se lier, mais aussi se délier selon le bon vouloir de son auteur, « quelle serait alors la spécificité de la reconnaissance d'une telle source d'obligation[45] ? » Plus fondamentalement, comme le note C. Delforge, « l'on reste toujours réticent à admettre quelqu'effet à l'unilatéralisme, particulièrement en droit des contrats où le modèle reste l'accord de deux volontés »[46]. On perçoit confusément que l'engagement unilatéral puise sa force contraignante à une autre « source » que la seule volonté exprimée par son auteur[47]. En ce sens, la suggestion, formulée par X. Dieux, de rattacher le fondement de la force obligatoire de l'engagement unilatéral au respect des anticipations légitimes d'autrui nous paraît séduisante[48]. La déclaration unilatérale de volonté engage son auteur au motif qu'elle suscite dans le chef de son destinataire la confiance légitime qu'elle sera respectée. La méconnaissance de la déclaration unilatérale reviendrait à porter atteinte à la confiance accordée à l'engagement. Autrement dit, la force contraignante de l'engagement unilatéral ne découle pas tant de la seule volonté de son auteur que du devoir général de prudence qui enjoint de ne pas décevoir les anticipations légitimes d'autrui.

9. Retrait de l'offre. – Deux cas de figure peuvent se présenter. L'auteur de l'offre peut souhaiter retirer celle-ci soit avant qu'elle parvienne au destinataire, soit entre le moment de la réception et celui de l'acceptation. À ces deux temps correspondent, en droit, deux notions distinctes. La « rétractation » vise l'acte juridique par lequel l'offrant retire sa proposition *avant* que celle-ci prenne effet. La « révocation » vise l'acte juridique par lequel l'offrant retire sa proposition *après* que celle-ci prenne effet (mais, bien entendu, avant qu'elle soit acceptée)[49]. Il résulte des développements antérieurs, d'une part, que l'offre peut toujours être rétractée, d'autre part, qu'elle ne peut être révoquée. La première solution est incontestable et admise d'ailleurs dans tous les droits, sans compter qu'elle est expressément consacrée dans divers droits nationaux[50] et instruments juri-

45. C. Delforge, *op. cit.*, p. 161, n° 25.
46. *Ibidem.* L'auteur estime, toutefois, que pareille méfiance « n'a plus sa place dans le droit belge actuel, à tout le moins lorsqu'il s'agit de fonder la force obligatoire de l'offre ».
47. Ou mieux : la solution prétorienne suivant laquelle l'engagement par volonté unilatérale est une source d'obligation nécessite, pour se justifier, un principe distinct : « le respect de la parole donnée » (art. 1134, al. 1er, C. civ.) ou la « loi de l'honneur [qui] impose de tenir ses promesses », selon M. Coipel, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale... », *op. cit.*, p. 37, n° 18.
48. X. Dieux, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui – Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1995, p. 102, n° 43.
49. *Cf.* M. Fallon et D. Philippe, « La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises », *J.T.*, 1998, p. 23, n° 36.
50. *Cf.*, p. ex., le § 130, al. 1er, du BGB.

diques internationaux[51]. La seconde solution s'impose, elle, dans les seuls ordres juridiques qui admettent la force obligatoire *per se* de l'offre, comme c'est le cas en Belgique[52]. Mais, on a vu qu'en toute hypothèse, le retrait de l'offre – sa révocation – pendant le délai, contractuel ou « raisonnable », entraîne une responsabilité de son auteur.

10. Caducité de l'offre. – Une autre question concerne le sort de l'offre en cas de décès, incapacité ou faillite de son auteur. Ces circonstances rendent-elles l'offre caduque[53] ? La force obligatoire de l'offre étant fondée sur un engagement unilatéral de volonté, on peut être tenté de considérer qu'elle devient effectivement caduque dès le moment où cette volonté disparaît. Cette solution semble logique, en particulier dans les deux premières hypothèses (quand l'offrant est une personne physique). Néanmoins, avec d'autres auteurs, nous pensons que l'offre reste valide et doit être maintenue en dépit des circonstances évoquées, au moins aussi longtemps que l'acceptation aurait pu normalement être reçue[54]. Étant admis qu'un contrat peut être transmis, entre vifs ou à cause de mort, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même s'agissant d'un engagement unilatéral[55]. De même, l'offre émise par une personne capable demeure obligatoire nonobstant la survenance ultérieure d'une cause d'incapacité. En tout état de cause, on admettra néanmoins que l'offre devient caduque lorsque le contrat projeté est *intuitu personae* dans le chef de l'offrant.

Bien évidemment, l'offre devient caduque, en toute hypothèse, à l'expiration du délai fixé ou, à défaut, d'un « délai raisonnable », si elle n'a pas été acceptée entre-temps – ni expressément, ni tacitement[56] – ou si l'acceptation est parvenue hors délai.

En principe, l'offre est également frappée de caducité dès le moment où le destinataire l'a rejetée ou l'a acceptée moyennant certaines réserves[57]. Ainsi, une fois qu'il a rejeté l'offre, le destinataire ne peut plus se raviser : l'auteur de l'offre

51. Article 15, 2, de la Convention de Vienne, article 2.3, 2) des Principes d'Unidroit et article 2 : 202 des Principes européens.
52. Voy., toutefois, la solution de compromis de l'article 16 de la Convention de Vienne (« ... l'offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié une acceptation »), et sa critique par C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 318, n° 300. Comp. J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 278, n° 253. Voir aussi l'art. 2.4 des Principes d'Unidroit et l'art. 2 : 202 des Principes européens.
53. Si ces événements interviennent avant la prise d'effet de l'offre, la question de la caducité ne se pose pas puisqu'il n'y a pas encore d'engagement obligatoire. S'ils interviennent après acceptation par le destinataire, le contrat est déjà formé et, sauf caractère *intuitu personae*, il déploiera tous ses effets.
54. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 16, n° 10.
55. En ce sens, C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 167, n° 35. Rappr. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, p. 161, n ° 140.
56. En l'absence de circonstances permettant de conclure que le silence vaut acceptation.
57. L'acceptation sous réserves (sur des éléments essentiels) s'analyse en une contre-offre.

n'est plus lié par celle-ci[58]. Ce principe s'accorde mal avec l'idée suivant laquelle l'offre oblige son auteur, par elle-même, *indépendamment du comportement de son destinataire*. En revanche, si l'on considère que le caractère contraignant de l'offre se rattache au respect des anticipations légitimes d'autrui, la solution se comprend mieux. Dès le moment où le destinataire a manifesté son rejet de l'offre, son volte-face n'est plus nécessairement légitime. D'autant qu'il doit, lui aussi, tenir compte de l'expectative légitime suscitée chez l'offrant par sa propre déclaration de rejet. Des considérations pratiques évidentes plaident aussi pour la libération de l'offrant dès rejet de sa proposition par le destinataire[59].

§ 3. – L'acceptation de l'offre

11. Effets juridiques de l'acceptation. – Cette manifestation de volonté qu'est l'acceptation d'une offre n'est soumise à aucune condition de forme. Elle peut être tacite et résulter de l'exécution d'une offre-commande ou d'autres circonstances dans lesquelles le silence peut être interprété comme une manifestation de la volonté d'accepter[60].

L'acceptation peut être expresse, donnée par écrit et transmise à distance. Dans ce cas, il y a plusieurs motifs pour considérer qu'elle prend effet au moment où elle est reçue par l'auteur de l'offre[61].

D'abord, la solution est conforme à celle dégagée à propos de tous les actes juridiques unilatéraux adressés à une personne déterminée. Toutefois, ici aussi, les nécessités de la pratique s'opposent à ce que l'on retarde la prise d'effet de l'acceptation jusqu'à ce que son destinataire, l'offrant en l'occurrence, ait lu le message d'acceptation (lettre, courrier électronique...) ; cela reviendrait, en effet, à abandonner cette prise d'effet à l'arbitraire.

Ensuite et surtout, l'acceptation a ceci de particulier qu'elle consiste en un acte juridique unilatéral adressé en réponse à une offre et que son effet propre est de provoquer la formation du contrat. Autrement dit, l'auteur de l'offre attend une réponse : tant qu'elle ne lui est pas parvenue, il est dans l'incertitude ; plus fondamentalement, il n'est pas de son intérêt de se trouver lié par un contrat à un moment où il se trouve encore dans l'ignorance de cette circonstance. On objectera que l'acceptant reste aussi dans l'incertitude puisqu'il ne sait pas si son courrier est arrivé à destination. Mais, rétorque-t-on, à

58. En ce sens, voy. l'article 17 de la Convention de Vienne.
59. Sur la question, comp. C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 166, n° 34.
60. Cette valeur d'acceptation accordée au silence découle tantôt d'un texte de loi, tantôt de l'accord des parties, tantôt encore de la jurisprudence (p. ex. rapports d'affaires continus, offre faite dans l'intérêt exclusif du destinataire...). Voy., not., H. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, 1er vol., Obligations. Théorie générale, 9e éd. par F. Chabas, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 132 et s., n° 137.
61. Sur la prise d'effet et les modalités de l'acceptation, voy. les articles 18 et suivants de la Convention de Vienne, les articles 2.6 et suivants des Principes d'Unidroit et les articles 2 : 204 et suivants des Principes européens.

juste titre, les lettres – et l'on ajoutera les courriers électroniques (e-mails, SMS) – parviennent *d'ordinaire* à destination, tandis qu'on ne peut affirmer que les offres sont généralement acceptées[62]. Il se peut qu'exceptionnellement, le courrier d'acceptation se perde en chemin ou arrive hors délai. Néanmoins, outre qu'il n'est pas judicieux de façonner une règle générale au départ d'une hypothèse marginale, il appartient à celui qui utilise une technique de communication à distance de prendre ses dispositions... et de supporter les éventuels risques de perte ou de retard. Il paraît juste que chacune des parties supporte une part des risques. Pour sa part, l'auteur de l'offre, en attente d'une réponse, doit prendre ses dispositions pour avoir connaissance de celle-ci dès qu'elle lui parvient. Sans doute peut-il arriver que l'offrant se soit trouvé, *de facto*, par suite d'un événement de force majeure, dans l'impossibilité de prendre connaissance de l'acceptation. Cette circonstance ne saurait toutefois influer sur la formation du contrat, mais bien sur la responsabilité de l'offrant. L'inexécution du contrat qui pourrait éventuellement lui être reprochée ne sera pas fautive aussi longtemps qu'il est empêché par force majeure de connaître l'acceptation.

12. Rétractation, révocation et caducité de l'acceptation. – Y a-t-il lieu, par quelque effet de symétrie, d'appliquer à l'acceptation les mêmes principes que ceux relatifs à l'offre ? Oui et non. Comme pour l'offrant, on ne voit pas ce qui pourrait empêcher l'acceptant d'avertir le destinataire, par un moyen plus rapide, qu'il a changé d'avis et refuse finalement son offre. Dès lors que l'offrant n'a pas encore reçu l'acceptation, il ne peut invoquer un préjudice puisqu'il ignore, par hypothèse, que l'accord était sur le point d'être scellé[63]. La question de la révocation, quant à elle, ne se pose pas ici dans les mêmes termes que pour l'offre. En réalité, il ne saurait être question de révoquer une acceptation, pour le simple motif que dès l'instant où elle parvient à l'offrant, elle disparaît en tant que telle pour se fondre dans le contrat dont elle provoque la formation. Autrement dit, la révocation de l'acceptation ne saurait être envisagée puisqu'au moment de sa réception par l'offrant, elle n'existe plus comme telle ; dès lors que le contrat est formé, seule sa résiliation, de commun accord ou unilatérale dans les cas prévus par la loi, est concevable. Par identité de motifs, il n'y a pas lieu d'envisager la caducité de l'acceptation par suite du décès, de l'incapacité ou de la faillite de son auteur.

§ 4. – Le moment de la formation du contrat

13. Intérêt de la question. – Pour rappel, divers intérêts s'attachent à la détermi-

62. *Cf.* R. Demogue, *Traité des obligations en général*, I. Sources des obligations, t. II, Paris, Rousseau, 1923, p. 221, n° 577.

63. En ce sens, voy. l'article 22 de la Convention de Vienne, l'article 2.10 des Principes d'Unidroit et l'article 1 : 303 (5) et (6) des Principes européens.

nation précise du moment de conclusion des contrats à distance. La solution à ce problème permet de répondre à de nombreuses questions, parmi lesquelles : l'appréciation de la capacité des parties, le moment où s'opère le transfert de la propriété et des risques dans les contrats translatifs de propriété, le droit applicable au contrat en cas de changement de législation, le point de départ de certains délais légaux (prescription, possibilité d'exercer une action en nullité...) ou contractuels (délai de livraison...), le fait de savoir, en cas de faillite d'une des parties, si le contrat a été conclu pendant la période suspecte et s'il s'est formé avant ou après l'ouverture de la faillite, la possibilité de retirer l'offre ou de revenir sur l'acceptation, l'effet de la survenance du décès ou de l'incapacité de l'offrant... Tels sont, aux yeux de maints auteurs, les problèmes censés trouver une solution par référence à la détermination du moment de conclusion du contrat. En réalité, au vu des considérations qui précèdent, il semble permis d'estimer que plusieurs des problèmes évoqués peuvent être adéquatement résolus à travers l'analyse technique, teintée de pragmatisme, des déclarations de volonté unilatérales en jeu.

14. Question autonome ? – La réflexion menée plus haut sur les actes unilatéraux réceptices, en général, et sur les notions d'offre et d'acceptation, en particulier, porte à considérer que la question de la détermination du moment de conclusion des contrats à distance ne mérite pas un développement propre. Elle apparaît bel et bien comme un aspect particulier d'un problème plus général. Le contrat est conclu, a-t-on vu, à l'instant précis où l'acceptation de l'offre parvient à l'auteur de celle-ci[64]. Est-il besoin d'ajouter quoi que ce soit ou peut-on faire l'économie d'un surcroît d'analyses et considérer le problème résolu ?

Ayant pris le problème, non avec la hauteur de vue qui s'imposait logiquement, mais sous l'angle étroit que l'on sait, force est de constater que, de longue date, la doctrine s'est engouffrée dans une voie dogmatique pour le résoudre, fondée sur une analyse purement volontariste du contrat. Très tôt, la controverse a fait rage autour de l'alternative suivante : le contrat requiert-il, pour sa formation, la *simple coexistence* des volontés[65] ou leur *véritable concours* à un moment déterminé[66-67]. En d'autres termes, le contrat est-il formé dès que les

64. En ce sens, voy. l'article 23 de la Convention de Vienne, l'article 2.6. des Principes d'Unidroit et l'article 2 :205 des Principes européens des contrats.

65. *Cf.*, p. ex., C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. XII, Bruxelles, Stienon, 1868, p. 27, n° 75, 2° ; A. DURANTON, *Le droit civil français*, 3e éd., t. IX, Bruxelles, Tarlier, 1833, pp. 19-21, n° 45 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV, 5e éd., Paris, Editions techniques, § 343, p. 429.

66. *Cf.*, p. ex., TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. VI, 5e éd., Paris, Wahlen, 1830, p. 32, n° 29 ; TROPLONG, *Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code – De la vente*, Bruxelles, Wahlen, 1844, p. 25, n° 22 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XV, Bruxelles, Bruylant, 1875, p. 551, n° 479.

67. Cela étant, il n'a pas manqué d'auteurs pour envisager les choses en fonction de considérations plus pratiques. *Cf.*, p. ex., MERLIN, *Répertoire*, Bruxelles, Tarlier, 1828, t. 36, v° vente, § 1er, →

volontés en présence se sont déterminées (et ont suffisamment extériorisé leur décision), même si elles ignorent leur consensus, ou faut-il de surcroît que les parties aient conscience de leur commun accord sur l'objet du contrat ? La fixation du moment de conclusion du contrat varie selon que l'on privilégie l'une ou l'autre branche de l'alternative.

Ce débat a conduit à l'élaboration de plusieurs théories bien connues, qu'il suffit de rappeler brièvement. Précisons, au préalable, qu'on ne s'attardera guère sur les arguments de texte invoqués par certains auteurs. Les rédacteurs du Code civil n'ayant pas envisagé la question du contrat à distance, il est téméraire de prendre appui sur certains textes particuliers pour en tirer des indications de portée générale[68].

15. Bref aperçu des théories en présence. – Suivant la position théorique adoptée, ces théories peuvent se regrouper en deux grands systèmes : d'une part, le système de l'émission, d'autre part, le système de la connaissance[69].

Pour les partisans du premier système, la *coexistence des volontés* suffit pour que le contrat se forme, peu importe que l'offrant ait effectivement connaissance de l'acceptation. Ainsi, selon la *théorie de la déclaration*, le contrat est formé dès le moment où le destinataire de l'offre a exprimé sa volonté d'accepter. Pratiquement, il suffit qu'il ait signé la lettre ou rédigé le télégramme (ou l'e-mail...) d'acceptation. Pareil critère se heurte à une objection majeure : il est absurde de considérer que les parties sont liées tant que l'acceptant conserve entre ses mains la lettre et qu'il a tout le loisir de la détruire. Une volonté qui peut être aussi aisément reprise n'est pas vraiment extériorisée. D'où l'existence d'une variante

---

→ article III, n° XI*bis*, pp. 52-53 ; J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français*, t. I, Paris, Renouard, 1835, p. 57, n° 61 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, *op. cit.*, 1923, spéc. p. 220, n° 577.

68. Ainsi, l'article 1985, alinéa 2, du Code civil prévoit que le mandat est parfait dès l'acceptation, même tacite, donnée par le mandataire. Cette disposition traduirait la faveur accordée par les rédacteurs du Code civil à la théorie de l'émission. Mais on peut faire valoir qu'en apportant cette précision, le législateur s'est estimé en devoir de déroger à la règle générale contraire. On peut objecter surtout que cette disposition a une raison d'être particulière au mandat : le mandant a un intérêt majeur à ce que le mandataire exécute le plus tôt possible le mandat ; on peut dès lors présumer qu'il a entendu subordonner la formation du contrat à la seule acceptation du mandataire, fût-elle tacite, avant même que celle-ci soit portée à sa connaissance. Ainsi encore, l'article 932 du Code civil est parfois invoqué en faveur du système de la connaissance (théories de la réception ou de l'information). Mais l'argument est pareillement réversible étant donné la nature si particulière de la donation, contrat formaliste par excellence. Comme l'on voit, ces textes sont de peu de secours tant il est aisé de soutenir qu'il s'agit de règles spéciales dont on ne saurait tirer aucun enseignement général.

69. Il est à noter que la terminologie fluctue d'un auteur à l'autre, mais là n'est pas l'essentiel. Pour un exposé plus circonstancié des différentes théories, voy. J.-L. AUBERT, *op. cit.*, pp. 346 et s. ; J. HEENEN, « L'acceptation de l'offre faite par correspondance », note sous Cass., 16 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1962, pp. 303 et s., ainsi que les références citées à la note 9.

qui identifie la conclusion du contrat au moment où l'acceptant s'est dessaisi de sa déclaration de volonté ; pratiquement, à l'instant où il a *expédié* la lettre ou le télégramme (remise à La Poste), ou encore le courrier électronique. C'est la *théorie de l'expédition*.

Pour les partisans du second système, le *concours conscient des volontés* est nécessaire pour que le contrat se forme. Selon la théorie de l'*information*, le contrat est formé seulement si l'offrant a pris *effectivement* connaissance de l'acceptation. Cette solution est logique en soi, mais difficilement admissible (car la naissance du contrat est abandonnée à l'entière discrétion de l'auteur de l'offre) et impraticable en raison de l'insoluble problème de preuve qu'elle soulève. Selon une autre opinion, le contrat se forme aussitôt que l'acceptation est reçue par l'offrant ; en effet, il est censé prendre connaissance de cette acceptation dès le moment de sa réception. C'est la *théorie de la réception*.

L'on sait qu'en Belgique, la Cour de cassation a consacré la *théorie de la réception*, en affirmant qu'un contrat requiert, pour sa formation, « non pas seulement la simple coexistence de volontés qui ignorent leur *consensus*, mais bien leur véritable concours à un moment donné, c'est-à-dire la conscience de leur commun accord sur l'objet du contrat » et que « cette condition n'est remplie, dans le cas envisagé, que lorsque le pollicitant a eu ou, en tout cas, a pu avoir connaissance de l'acceptation explicite ou tacite de son offre »[70].

Cette formulation est quelque peu contradictoire : la Cour requiert, pour la formation du contrat, le concours conscient des volontés, tout en admettant qu'il suffit, dans le cas envisagé, que l'offrant ait pu avoir connaissance de l'acceptation. La Cour de cassation n'a pas échappé au piège dénoncé plus haut, consistant à privilégier une approche dogmatique de la question, sans aller au bout de la logique qui la sous-tend. « Comment les parties pourraient-elles avoir 'conscience de leur commun accord' si le pollicitant, tout en ayant la possibilité de connaître l'acceptation, l'ignorait en fait[71] ? » Force est d'admettre que le concours des volontés n'est pas une condition nécessaire à la formation du contrat. La volonté de l'offrant a pu changer avant qu'il prenne effectivement connaissance de l'acceptation. Mais si, au moment où il se ravise, celle-ci lui est déjà parvenue, il est lié. Qui ne voit que le correctif apporté à l'exigence théorique posée est inspiré par de simples considérations pratiques ?

En réalité, il est tout simplement impossible de vérifier la *simultanéité* de deux

70. Cass. (1re ch.), 16 juin 1960, *R.W.*, 1990-1991, 750 ; *R.C.J.B.*, 1962, p. 303, note J. Heenen. *Cf.* aussi, not., Cass., 19 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1182 ; Cass., 25 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1086 ; *J.T.*, 1990, p. 724 ; *R.W.*, 1990-1991, 149 et les conclusions de M. l'avocat général G. D'Hoore ; Cass., 20 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1087. *Cf.* R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) – Verbintenissenrecht », *T.P.R.*, 1994, p. 315, n° 100, et les références à des décisions des juridictions de fond.

71. J. Heenen, « L'acceptation de l'offre de contracter faite par correspondance », note sous Cass., 16 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1962, p. 306, n° 10.

volontés conformes lorsqu'elles s'expriment à distance. Dès lors, au lieu de se perdre dans des discussions purement abstraites et vouées à l'aporie, pourquoi ne pas admettre ouvertement qu'il convient de privilégier des solutions pragmatiques permettant un juste équilibre entre les intérêts en présence[72] ?

C'est eu égard à ce genre de considérations que nous approuvons la faveur accordée à la théorie de la réception : elle répond le mieux aux besoins de la pratique et – ceci explique cela – elle s'harmonise parfaitement avec les développements qui précédent et rejoint la position adoptée par la plupart des droits étrangers.

Le critère de la réception emporte notre adhésion à titre de règle supplétive. En effet, rien n'empêche les parties de convenir, expressément ou tacitement, de toute autre solution. Il y a donc lieu d'abord de procéder à une interprétation des volontés, ensuite, seulement si cette recherche se révèle vaine, de se ranger au critère de la réception.

Ainsi, l'offre peut-elle déclarer expressément que le contrat sera conclu dès l'acceptation de l'offre ; cette hypothèse se rencontre particulièrement en cas d'acceptation tacite. Cette même solution peut même prévaloir sans disposition expresse, notamment lorsque l'offre prend la forme d'une commande. En pareil cas, il est admis que le destinataire de l'offre passe immédiatement à l'exécution du contrat, ce qui suppose une acceptation tacite[73].

16. *Quid* des contrats conclus par voie électronique ? – Dans un environnement électronique où les messages voyagent rapidement (en quelques secondes, le plus souvent), un intervalle de temps *infime* sépare le moment où l'acceptant exprime sa volonté (dernier clic) et celui où cette dernière peut être connue par l'offrant (titulaire du site web) ; il n'en va pas différemment dans le cas des contrats conclus par échange de courriers électroniques.

À cet égard, on rappelle qu'à l'origine, la théorie des contrats « entre absents » fut conçue dans le contexte des contrats formés par l'échange de lettres missives, dont l'acheminement par voie postale pouvait prendre une ou plusieurs semaines. C'est en raison de la lenteur des communications postales et de l'importance de l'intervalle de temps pouvant séparer volonté exprimée et volonté connue de l'autre partie, qu'est apparue la nécessité de dégager un critère pertinent pour la détermination précise du moment de formation du contrat.

L'on est dès lors en droit de se demander si l'analogie entre le courrier postal et la communication électronique est tout à fait pertinente. Autre chose est « le temps des facteurs », autre chose la vitesse de la lumière (fibres optiques), des ondes magnétiques et flux hertziens. Aussi est-il improbable qu'une faillite, une

72. La doctrine plus récente est en ce sens : J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, spéc. p. 111 ; J. Ghestin, *op. cit.*, p. 275, n° 250, et les réf.

73. *Cf.*, p. ex., Comm. Anvers, 8 mars 1968, *R.W.*, 1969-1970, col. 1749.

modification législative ou un sinistre interviennent en un si court laps de temps[74]. Faut-il pour autant parler de contrats entre présents ? Ici aussi (comp. *supra*, n° 7), l'on se souviendra, d'une part, que les communications électroniques ne s'opèrent pas toujours « en temps réel », d'autre part, que certains messages se perdent et ne parviennent jamais à destination. Rien n'y fait : l'on n'a pas affaire à un contrat entre parties présentes et le choix d'une règle supplétive pour la détermination du moment de conclusion du contrat demeure utile[75]. À tout prendre, outre ses mérites intrinsèques, le critère de la réception présente l'avantage de favoriser l'unité de la solution[76].

Dans le cas d'une commande passée sur un site web, on suppose que le prestataire a accès au bon de commande dès l'instant où celui-ci atteint son serveur, c'est-à-dire, en principe, quelques secondes après l'envoi de la commande. En ce qui concerne les contrats conclus par échange d'e-mails, il nous apparaît que l'offrant a la possibilité de prendre connaissance de l'acceptation de son offre, et que dès lors le contrat est formé, dès l'instant où le message d'acceptation parvient à son serveur de messagerie, et non au moment où il relève sa boîte et télécharge ses messages sur le disque dur de son ordinateur. On ne prendra donc pas en considération les éventuelles difficultés de connexion que rencontrerait l'offrant, ni la circonstance qu'il relève sa boîte seulement par intermittence, pour des motifs divers (absence de connexion permanente...). Si le message électronique n'arrive jamais à destination, suivant la théorie de la réception, il faut en conclure que le contrat ne s'est pas formé. Mais, évidemment, le nœud de la question est de pouvoir faire la preuve de la réception du message d'acceptation. Sur les réseaux, une telle preuve est malaisée à produire, sauf à recourir à un service de recommandé électronique avec accusé de réception.

§ 5. – Le lieu de la formation du contrat

17. Intérêt (relatif) de la question. – On enseigne traditionnellement que du lieu de formation du contrat dépend la solution de plusieurs problèmes, notamment : la détermination de la compétence *ratione loci*, de la loi applicable aux contrats internationaux ou des usages applicables au contrat (art. 1159 C. civ.).

Cependant, il faut remarquer que l'on a de moins en moins égard au critère du

74. Certes, dans certains cas, le problème peut présenter quelque acuité. Par exemple, si le prix d'une vente d'actions est déterminé en fonction du moment précis de la formation du contrat, il aura pu osciller sensiblement durant le temps qui sépare l'envoi et la réception de l'acceptation, un message pouvant nécessiter *exceptionnellement* plusieurs jours pour parvenir à destination. Mais le problème est souvent réglé par les parties elles-mêmes vu la particularité du contrat. *Cf.* M. Demoulin et E. Montero, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, p. 785, n° 106.

75. Comp. *ibidem*, p. 786, n° 107.

76. Sans distinction suivant qu'on ait affaire à un mode de communication « à effet différé » ou « à effet immédiat ». Rappr. *supra*, n° 7, *in fine*.

lieu pour déterminer la juridiction compétente ou la loi applicable. En droit français, un auteur n'hésite pas à affirmer que la localisation du contrat dans l'espace n'intéresse plus le droit interne[77]. En droit belge, toutefois, la compétence territoriale peut encore être déterminée par « le lieu dans lequel les obligations en litiges sont nées »[78]. En revanche, il est vrai que ce critère n'est plus guère utilisé en droit international privé[79], sauf à titre d'exception[80].

Il y a donc lieu de relativiser fortement l'intérêt pratique du problème.

18. Monisme ou dualisme ? – La majorité de la doctrine considère qu'il y a lieu de résoudre de façon identique et simultanément les deux questions du moment et du lieu de formation du contrat[81]. Telle semble être également la position de la jurisprudence, Cour de cassation en tête, puisqu'elle décide que le contrat se forme « au moment *et à l'endroit* où l'offrant a pu prendre connaissance de l'acceptation »[82]. Il est apparemment logique que le lieu du contrat soit arrêté en fonction du parti pris sur la question de la date : il est celui où s'opère la rencontre des volontés, soit l'événement décisif qui produit le contrat.

Contrairement à une tradition solidement établie, certains auteurs prônent la dissociation des problèmes du lieu et de la date[83]. Nous nous rangeons, pour notre part, à cette dernière opinion. La localisation dans l'espace de la forma-

77. J. Ghestin, *Les contrats : formation*, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 278, n° 254.

78. Article 624, 2° du Code judiciaire. *Cf.* aussi l'article 635, 3° du Code judiciaire. Pour des cas d'application, voy. Comm. Huy, 10 janv. et 8 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1047 ; Civ. Liège (réf.), 19 mai 1995, 1995, *Pas.*, III, p. 13.

79. Voy. la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980 et approuvée par la loi du 14 juillet 1987, *M.B.*, 9 oct. 1987, ainsi que le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, n° L 12, du 16 janv. 2001, p. 1. Les critères de rattachement généralement retenus sont, en matière de compétence juridictionnelle, le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties, et, en matière de loi applicable, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ou encore le lieu où est situé l'immeuble.

80. Voy. l'article 9, § 1er, de la Convention de Rome qui précise qu'un contrat conclu entre personnes situées dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux *conditions de forme de la loi du pays dans lequel il a été conclu.*

81. À ce sujet, J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, pp. 343 et s., n° 379 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations – 1. L'acte juridique*, 10e éd., Paris, Armand Colin, 2002, pp. 111 et s., nos 164 et s.

82. Cass., 16 juin 1960, précité (souligné par nous) ; Cass., 25 mai 1990, précité. En ce qui concerne les décisions des juges du fond, voy. Comm. Huy, 10 janv. et 8 mai 1996, précité ; Civ. Liège (réf.), 19 mai 1995, précité ; Mons (1e ch.), 4 mai 1987, *J.T.*, 1988, p. 270 ; Comm. Liège, 7 déc. 1979, *Jur. Liège*, 1980, p. 95 (contrat conclu par téléphone : jugé formé au lieu où se trouve l'offrant) ; Comm. Bruxelles, 31 janv. 1970, *J.C.B.*, 1970, p. 449.

83. Voy., en particulier, J. Chevallier, *Cours de droit civil*, 2e année (1949-1950, Beyrouth), spéc. p. 54, cité et approuvé par J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, spéc. pp. 374 et s., nos 406 et s.

tion du contrat à distance est tout simplement inconcevable. Elle est rigoureusement incompatible avec la notion de contrat consensuel. Dans la mesure où le contrat résulte d'un simple échange des consentements, sa naissance constitue un événement immatériel, qui n'occupe pas de place dans l'espace. Il est dès lors pour le moins articiel de vouloir fixer le lieu de la rencontre des consentements en un point (matériel) de l'espace[84]. Quelle que soit la pertinence des arguments invoqués, on fera toujours violence à la réalité des choses en décidant qu'il y a un lieu du contrat lorsque les parties contractantes se trouvent en des lieux différents[85].

19. Le choix d'un critère. – En résumé, la localisation du contrat dans l'espace est une question d'intérêt assez marginal ; elle présente, de surcroît, un caractère inévitablement artificiel. Enfin, le besoin de faire coïncider le moment et le lieu de formation du contrat ne répond à aucune nécessité logique. Au total, le mieux est d'opter pour la solution qui rencontre le plus adéquatement les intérêts de la pratique. En tout état de cause, « un choix net de la Cour de cassation, ou une intervention législative, est indispensable »[86]. pour assurer la sécurité juridique.

À cet égard, on peut au moins se féliciter de la constance de la solution retenue par la Cour de cassation. Pour rappel, elle décide que le contrat est formé au moment et au lieu où l'offrant a pu prendre connaissance de l'acceptation. Est-ce pour autant le critère le plus pertinent ?

À notre avis, la solution doit être guidée par le principe de prévisibilité contractuelle. Dans cette optique, le contrat serait formé à l'endroit où l'acceptant pouvait légitimement s'attendre qu'il le soit, compte tenu des circonstances. La solution retenue par la Cour de cassation ne devrait pas poser problème, normalement, en ce qui concerne les contrats conclus par échange de lettres missives. Par contre, la solution est plus discutable pour les contrats conclus par téléphone[87] ou par voie électronique. En effet, dans ces hypothèses, le lieu de réception peut être tout à fait accidentel et ne pas correspondre aux prévisions de l'acceptant. Le cas échéant, on aura égard, non au lieu où l'acceptation est reçue, mais plutôt au siège de la principale activité de l'auteur de l'offre[88].

---

84. Il est vrai qu'une observation analogue peut être faite lorsqu'il s'agit de déterminer le *moment* précis où se réalise la rencontre des volontés, qui fait le contrat, alors que ces volontés ne s'expriment pas au même moment.
85. En ce qui concerne les contrats conclus entre parties présentes, la localisation au lieu de l'échange des consentements n'est pareillement concevable, en toute rigueur, qu'au prix d'une (légère) fiction puisqu'à proprement parler, l'échange n'occupe guère de place dans l'espace. Cependant, la fiction s'impose ici avec force, sans artifice aucun : il est, en effet, tout naturel de considérer que le lieu du contrat est l'endroit précis (tel bureau au siège de telle entreprise) où les contractants ont échangé leur consentement.
86. J. GHESTIN, *Les contrats : formation, op. cit.*, p. 279, n° 255.
87. Sans parler de l'utilisation du téléphone portable... et de l'essor promis du commerce mobile.
88. Rappr. J.-L. AUBERT, *op. cit.*, p. 388, n° 417.

Ce critère paraît plus judicieux, singulièrement en matière de contrats conclus par voie électronique. En effet, si l'on retient le critère prôné par la Cour de cassation, le lieu du contrat devrait être l'endroit à partir duquel l'offrant consulte sa boîte aux lettres électronique. Pratiquement, il peut s'agir de n'importe quel point du globe ; il n'est donc pas exclu que les prévisions de l'acceptant s'en trouvent déjouées. Or, il est fait obligation à tous les prestataires en ligne de fournir un certain nombre d'informations au sujet de leur activité professionnelle, parmi lesquelles l'adresse géographique d'établissement[89]. À cet égard, la LSSI reprend intégralement la définition du « prestataire établi »[90] de la directive sur le commerce électronique, qui s'inspire elle-même directement de la jurisprudence de la Cour de justice[91]. En clair, « le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où elle exerce son activité économique »[92]. On se demande, en définitive, s'il n'est pas plus adéquat de localiser le contrat au *lieu d'établissement du prestataire*.

Considérations finales

Ces brèves réflexions – parcellaires et incomplètes – n'avaient d'autre but que d'illustrer l'intérêt, et de poser des jalons, pour une présentation renouvelée de la théorie des contrats entre absents.

Cette démarche s'appuie sur un double constat : d'une part, la détermination du moment et du lieu du contrat n'est qu'un aspect particulier d'une question plus générale, qui concerne toutes les déclarations de volonté transmises à distance ; d'autre part, l'approche classique, centrée sur l'analyse du concours des volontés, révèle à suffisance ses limites et ses contradictions.

D'où l'intérêt de conduire autrement le raisonnement, d'une part, en se fondant sur une analyse des caractéristiques techniques et effets propres des déclarations de volonté (singulièrement l'offre et l'acceptation), d'autre part, en privilégiant la prise en considération des risques et intérêts pratiques en jeu.

Chemin faisant, nous avons pu observer une tendance lourde en faveur de la théorie de la réception pour régir le moment de la prise d'effet des déclarations unilatérales de volonté que sont l'offre et l'acceptation, ainsi que le moment de conclusion du contrat. On n'est donc pas étonné qu'elle soit aujourd'hui consacrée dans divers droits nationaux – dont le droit belge – et instruments

89. Article 7 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (LSSI). *Cf.* aussi, plus généralement, l'article 78, alinéa 1er, 1°, de la LPCC, qui impose la mention de l'adresse géographique du vendeur pour toute offre en vente à distance.
90. Article 2, 4° de la loi.
91. Voy., not., C.J.C.E., 25 juillet 1991, *The Queen c. Secretary of State for Transport et alii*, C-221/89, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. I-3905.
92. Voy. le considérant n° 19 de la directive sur le commerce électronique.

juridiques de portée internationale[93]. Foin des débats théoriques, excessivement abstraits et décevants, qui ont longtemps empoisonné l'analyse de cette « classique question ». Le plus important n'est-il pas, en définitive, de pouvoir compter sur une règle supplétive, pratique et claire, qu'elle soit inscrite dans un texte légal ou fermement établie en jurisprudence ?

* * *

Esprit indépendant, auteur fécond et original, pédagogue hors pair, maître, collègue et ami très estimé, Michel Coipel prend aujourd'hui distance par rapport aux Facultés où il a professé pendant trente-trois ans. Son absence *intra muros* laissera un grand vide, mais je forme le vœu qu'il exploitera le temps retrouvé pour répondre plus que jamais présent à ses collègues et amis qui continuent de compter sur lui. Gageons qu'au pire, son éloignement occasionnel sur les terres bordelaises qu'il affectionne n'empêchera pas une fructueuse communication à distance.

93. Article 23 de la Convention de Vienne, article 2.6 des Principes d'Unidroit et article 2 : 205 des Principes européens.

Volmacht en sterkmaking bij oprichting van vennootschappen[1]

Bernard TILLEMAN
Hoogleraar K. U. Leuven

§ 1. VOLMACHT BIJ OPRICHTING VAN VENNOOTSCHAPPEN

1. Overeenkomstig het gemeen recht kan men een vennootschap oprichten door te contracteren in persoon of door middel van vertegenwoordiging. De vertegenwoordiging wordt hierbij beheerst door de algemene regels betreffende de lastgeving en de wettelijke vertegenwoordiging van onbekwamen.

I. Aard van het mandaat

A. Een bijzonder mandaat

2. Artikel 1987 B. W. maakt een onderscheid tussen een bijzonder (d. i. een beperkt) mandaat en een algemeen (d.i. een onbeperkt) mandaat. Volgens deze bepaling is een lastgeving bijzonder wanneer deze slechts één welbepaalde zaak of bepaalde zaken (van de lastgever) betreft. Een lastgeving kan ook bijzonder zijn in de mate dat ze slechts een welbepaalde handeling betreft. Lastgeving is algemeen wanneer ze alle zaken van de lastgever betreft.

3. Om iemand te vertegenwoordigen bij de oprichting van een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid (NV, BVBA, CVBA, Comm. VA) dient men steeds over een bijzondere volmacht te beschikken, vermits de volmacht wettelijk een aantal gegevens moet bevatten onder meer met betrekking tot de op te richten vennootschap (infra randnr. 13 e.v.). Een algemene volmacht volstaat derhalve duidelijk niet[2].

---

1. La présente contribution a déjà fait l'objet d'une publication dans l'ouvrage collectif *De oprichting van ondernemingen – La constitution de société et la phase de démarrage d'entreprises*, collection Droit et Entreprise, B. TILLEMAN, A. BENOÎT-MOURY, O. CAPRASSE et N. THIRION (eds.), Bruges-Bruxelles, Die Keure-La Charte, 2003, 2 éditions, pp. 317-372. Elle est ici reproduite avec l'aimable autorisation des éditions Die Keure-La Charte.
2. J. LAMBRECHT, « Volmacht oprichting B.V.B.A. », *Modellen Bedrijfsleven*, Antwerpen, Kluwer, (2002), VIII. 700. 2 ; M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1997,nr. 126/127, p. 163 ; J. VAN HOUTTE, *Sociétés privées à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1989, nr. 189, p. 115 ; V. CARRON, *BVBA in de praktijk*, I. 1. 1. -24 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* ; C. ATIAS, *Jurisclasseur Sociétés*, tw. *Consentement des parties*, nr. 36, p. 7.

B. Een uitdrukkelijk mandaat

4. Een mandaat in algemene bewoordingen is een mandaat dat niet gespecificeerd is wat betreft de aard van de handelingen waarvoor de lasthebber bevoegd is. Een mandaat in algemene bewoordingen omvat alleen de bevoegdheid om daden van beheer te stellen. Hiertegen staat een uitdrukkelijk mandaat waar de lasthebber onbetwistbaar de bevoegdheid wordt verleend om (bepaalde) daden van beschikking te stellen.

5. Wil men zich laten vertegenwoordigen bij de oprichting van een vennootschap, dan moet men de lasthebber een uitdrukkelijk mandaat verlenen. Een volmacht in algemene bewoordingen volstaat niet[3].

Een uitdrukkelijk mandaat om een dading en alle schikkingen te treffen werd geacht ook de bevoegdheid in te houden om een vennootschap op te richten, in de mate dat de oprichting van een vennootschap een middel was om tot een dading te komen[4]. Een mandaat in een akte van ontbinding van een aantal vennoten om terreinen van een vennootschap in vereffening te verkopen met het recht van de overblijvende vennoten op een welbepaald deel van de winst, houdt niet de bevoegdheid in om die terreinen onder de medevennoten in vennootschap te brengen[5].

C. Naam van de lastgever moet in personenvennootschappen ab initio bekend zijn

6. In *intuitu personae* vennootschappen moet de naam van de lastgever *ab initio* bekend zijn. Hij kan niet later worden opgegeven. Zoniet worden de vennoten van een (*intuitu personae*) vennootschap geconfronteerd met een vennoot die zij zelf niet gekozen hebben. Artikel 231 W. Venn. (oprichting BVBA) en 315 W. Venn. (kapitaalverhoging BVBA) bepalen dat zij die een verbintenis voor een derde hebben aangegaan, geacht worden persoonlijk verbonden te zijn indien de naam van de lastgever niet is aangegeven in de akte[6]. In deze vennootschapsvorm wordt om die reden trouwens sterkmaking onmogelijk geacht (*infra* randnr. 45). Naamlening bij de inschrijving op aandelen is op die grond eveneens uitgesloten in *intuitu personae* vennootschappen[7].

7. Sommigen achten ook een blanco-volmacht (waarbij de naam van de lasthebber voorlopig open wordt gelaten) tot oprichting van een vennootschap niet toegelaten[8].

---

3. Z. noot 1, *supra*.
4. Cass. fr., 4 januari 1843, *D.P.* 1843, I, 82 en *S.* 1843, I, 144.
5. Cass. fr. (req.), 20 maart 1860, *D.P.* 1860, I, 398 en *S.* 1861, I, 61.
6. A. COLENS, *Les sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1960, nr. 14, p. 21.
7. C. ATIAS, *Jurisclasseur Sociétés*, tw. *Consentement des parties*, Fasc. 7-20, nr. 37, p. 8.
8. P. HAINAUT-HAMENDE, *La constitution de la société*, Brussel, Larcier, 1994, nr. 73, p. 121.

II. Vorm van de volmacht

A. Schriftelijk

8. Naar gemeen recht is een mondelinge volmacht geldig (art. 1985 B. W.). Een volmacht tot het oprichten van een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid moet daarentegen schriftelijk zijn[9]. Door een onderhandse of een authentieke akte met specifieke vermeldingen te vereisen heeft de wetgever een mondelinge volmacht uitgesloten teneinde discussies te vermijden omtrent de identiteit van de oprichters die een bijzondere aansprakelijkheid dragen[10]. Het geschrift is een substantiële vormvereiste voor de geldigheid van dergelijke lastgevingen. Een mondelinge lastgeving is dan ook nietig. Derden moeten immers de geldigheid van de neergelegde volmachten kunnen nagaan[11].

9. Naar gemeen recht kan een nietige volmacht door de lastgever alsnog geregulariseerd worden via een stilzwijgende of een uitdrukkelijke bekrachtiging. Hierdoor wordt de rechtshandeling retroactief toegerekend aan de lastgever. Ter zake past het te verwijzen naar artikel 457 lid 1 W. Venn. dat bepaalt dat zij die een verbintenis voor derden hebben aangegaan tot oprichting van een vennootschap, hetzij als lasthebber, hetzij door zich voor hen sterk te maken, worden geacht persoonlijk verbonden te zijn, indien er geen geldige lastgeving bestaat of indien de verbintenis niet is bekrachtigd binnen twee maanden nadat de verbintenis is aangegaan. Deze termijn wordt verminderd tot vijftien dagen indien de namen van de personen voor wie de verbintenis is aangegaan, niet zijn opgegeven. Uit de hoger geciteerde bepaling zou men kunnen afleiden dat het mogelijk zou zijn om een ongeldige volmacht tot oprichting van een N. V. (uitdrukkelijk of stilzwijgend) te bekrachtigen binnen de twee maanden. Uit de voorbereidende werken blijkt echter dat de bekrachtiging uitsluitend betrekking heeft op de hypothese van sterkmaking[12]. Over het algemeen gaat men er inderdaad van uit dat een ongeldige lastgeving tot oprichting van een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid (in afwijking van het gemeen recht) niet kan worden bekrachtigd. Dit is (volgens de meesten)[13] zeker het geval

9. A. COLENS, *Les sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1960, nr. 13, p. 20 ; M. LOIR, *Traité et formulaire des sociétés de personnes à responsabilité limitée*, nr. 139, p. 365.
10. Brussel, 8 februari 1896, *Pas.* 1896, II, 409 bevestigd door Cass., 20 mei 1897, *Pas.* 1897, I, 194, noot ; C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, I, Brussel, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1933, nr. 221, p. 154.
11. Cass., 20 mei 1897, *Pas.* 1897, I, 194, noot en *Rev. prat. soc.* 1897, nr. 807, p. 214 ; P. HAINAUT-HAMENDE, *La constitution de la société*, Brussel, Larcier, 1994, nr. 73, p. 121 ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, IV, Gent, Fecheyr, 1950, nr. 303, p. 480.
12. P. HAINAUT-HAMENDE, *La Constitution de la S.A.*, Brussel, Larcier, 1994, nr. 73, p. 121 ; C. RESTEAU, *Commentaire législatif*, III, Art. 35, nr. 9 ; C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, I, nr. 224, p. 154.
13. Brussel, 11 december 1907, *Rev. prat. soc.* 1908, nr. 1932, p. 324 (bekrachtiging van een →

wanneer een geschrift ontbreekt of wanneer in een personenvennootschap de naam van de lastgever ontbreekt[14] (12). Minder eensgezindheid is er omtrent het feit of de onmogelijkheid van bekrachtiging ook geldt voor andere vormen van ongeldigheid van de volmacht. De houder van een ongeldige volmacht kan wellicht best zijn lastgever laten deelnemen aan de oprichting via sterkmaking[15].

10. Krachtens artikel 1985 lid 2 B.W. kan een volmacht ook stilzwijgend worden aanvaard. De wetgever heeft niet van die regel afgeweken door een schriftelijke volmacht te vereisen[16]. De vereiste van een schriftelijke volmacht bij de oprichting van een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid is ingegeven door de wens om moeilijkheden te vermijden met betrekking tot de persoonlijkheid van de oprichters. De betwistingen met betrekking tot de aanvaarding van het mandaat belangen daarentegen niet de vennootschap aan. Ofwel heeft de lasthebber zijn mandaat uitgevoerd door deel te nemen aan de oprichting, ofwel heeft de lasthebber zijn mandaat nooit uitgevoerd en heeft de vennootschap de lastgever nooit als oprichter beschouwd. De enige betwisting die in dit geval zou kunnen rijzen is tussen de lastgever en de vennootschap omtrent de niet-uitvoering van het mandaat[17].

B. Onderhandse of authentieke akte

1. Principe

11. De volmacht tot inschrijving op aandelen van een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid kan, krachtens artikel 450 W. Venn. (N.V.), hetzij bij authentieke, hetzij bij onderhandse akte worden verleend.

In 1873 bevatte de Vennootschapswet geen expliciete wettelijke bepalingen omtrent de vorm van de volmacht. Men ging er toen van uit dat enkel een authentieke volmacht geldig was, bij deze rechtsvormen waar de wetgever op straffe van nietigheid een authentieke akte vereist voor de oprichtingsakte. De meerderheid van de rechtsleer ging er immers van uit dat in een dergelijk geval de fundamentele geldigheidsvoorwaarden authentiek moeten worden vastgesteld. Concreet impliceerde zulks dat de notaris de toestemming van de lastgever diende vast te stellen. Mede om een eind te stellen aan deze discussie werd de wet in 1886 gewijzigd. Dit impliceert dat de notaris niet gehouden is persoonlijk te

---

→ mondelinge volmacht kan wel, vermits één een volmacht is uitgevoerd, het niet uitmaakt voor een lastgever of hij door een lasthebber of een ander persoon werd vertegenwoordigd, dan wel of deze vertegenwoordiging het gevolg is van een volmacht of van sterkmaking).

14. M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1997, nr. 125, p. 163.
15. C. RESTEAU, *Traité des Sociétés Anonymes*, I, nr. 221, p. 155.
16. A. COLENS, *Les sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1960, nr. 13, p. 20.
17. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, I, Brussel, Polydore Pée, nr. 223, p. 155.

constateren dat de lastgever wel degelijk zijn toestemming tot de oprichting heeft gegeven.

De wetgever wenste geen authentieke volmacht op te leggen teneinde nodeloze kosten te vermijden. In het geval van een naamloze vennootschap is een oprichting ook mogelijk door inschrijvingen. De inschrijvingen gebeuren in dit geval via onderhandse akte. Het authentieke proces-verbaal op grond waarvan de vennootschap definitief tot stand komt, houdt slechts een bevestiging in van de eerder opgenomen verbintenissen[18].

De notaris heeft niet de plicht om de handtekening van de lastgever na te gaan[19].

Wanneer het een onderhandse volmacht betreft die verleend werd door een buitenlander wordt het aangeraden te vereisen dat de handtekening door een notaris wordt gelegaliseerd. Deze attesteert dat de lastgever de volledige handelingsbekwaamheid heeft volgens zijn personeel statuut en dat hij niet het voorwerp uitmaakt van enige gerechtelijke procedure die zijn handelingsbekwaamheid beperkt en dat hij het document ondertekend heeft in zijn aanwezigheid[20].

2. Inbreng van goed dat voor overdracht moet worden overgeschreven op hypotheekkantoor

12. Geschiedt de oprichting door de inbreng van een onroerend goed of door de inbreng van een hypothecair gewaarborgde vordering, waarvoor overschrijving op het kantoor van de Hypotheekbewaarder vereist is, dan dient de inbrenger een authentieke volmacht te verlenen[21].

C. Verplichte vermeldingen voor de volmachten van vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid

1. Inhoud van de verplichte vermeldingen

13. De volmacht tot oprichting van een vennootschap met volkomen rechts-

18. L. Frederico, *Traité de droit commercial belge*, IV, Gent, Fecheyr, 1950, nr. 301, p. 479.
19. F. Bouckaert, *Notarieel vennootschapsrecht in de N.V. en B.V.B.A.*, 59.
20. M. Coipel, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1997, nr. 125, p. 163 ; A. Colens, *Les sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1960, nr. 13, p. 20 ; P. Hainaut-Hamende, *La constitution de la société*, Brussel, Larcier, 1994, nr. 73, p. 121.
21. Brussel, 19 januari 1906, *B.J.* 1906, 1364 ; M. Coipel, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1997, nr. 125, p. 163 ; L. Frederico, *Traité de droit commercial belge*, IV, Gent, Fecheyr, 1950, nr. 301, p. 479 ; P. Hainaut-Hamende, *La constitution de la société*, Brussel, Larcier, 1994, nr. 73, p. 121 ; G. Raucq, « Sociétés Anonymes », in *Rép. not.*, Livre II, Tome XII, Brussel, Larcier, 1981, nr. 103, p. 119 ; C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, I, nr. 314, p. 217.

persoonlijkheid moet een aantal specifieke vermeldingen bevatten. Deze verplichte vermeldingen zijn niet voor iedere rechtsvorm identiek.

A) BVBA

14. Voor de BVBA worden de verplichte vermeldingen van de volmacht opgesomd in art. 69 W. Venn. naar hetwelk artikel 226 laatste lid W. Venn. verwijst met name :

- de rechtsvorm en naam van de vennootschap, desgevallend gevolgd door de woorden « met sociaal oogmerk » ;
- de nauwkeurige aanduiding van de zetel van de vennootschap ;
- de duur waarvoor de vennootschap wordt opgericht, tenzij zij voor onbepaalde duur is aangegaan ;
- de nauwkeurige opgave van de identiteit van de hoofdelijk aansprakelijke vennoten, de oprichters en de vennoten die hun inbreng nog niet volledig hebben volgestort ; in dit laatste geval bevat het uittreksel voor elk van deze vennoten het bedrag van de nog niet volgestorte inbrengen. Daar waar voordien slechts melding moest worden gemaakt van het volstort gedeelte op het volledige kapitaal, moet volgens het nieuw Wetboek van Vennootschappen uitdrukkelijke opgave worden gedaan van het nog te volstorten gedeelte op de inbreng van elke vennoot afzonderlijk ;
- het bedrag van het maatschappelijk kapitaal ; het gestorte bedrag ; het bedrag van het toegestane kapitaal ;
- de aanwijzing van de personen die gemachtigd zijn om de vennootschap te besturen en te verbinden, de omvang van hun bevoegdheden en de wijze waarop zij deze uitoefenen ;
- de nauwkeurige omschrijving van het doel van de vennootschap.

B) CV

15. Voor de CV worden de verplichte vermeldingen van de volmacht opgesomd in art. 355 1° W. Venn. en art. 69 W. Venn. naar dewelke artikel 355 laatste lid W. Venn. (ten dele) verwijst met name :

- de rechtsvorm en naam van de vennootschap, of zij beperkte of onbeperkte aansprakelijkheid heeft, desgevallend gevolgd door de woorden « met sociaal oogmerk » ;
- de nauwkeurige aanduiding van de zetel van de vennootschap ;
- de nauwkeurige opgave van de identiteit van de hoofdelijk aansprakelijke vennoten, de oprichters en de vennoten die hun inbreng nog niet volledig hebben volgestort ; in dit laatste geval bevat het uittreksel voor elk van deze vennoten het bedrag van de nog niet volgestorte inbrengen. Daar waar voordien slechts melding moest worden gemaakt van het volstort gedeelte op het volledige kapitaal, moet volgens het nieuw Wetboek van Vennoot-

schappen uitdrukkelijke opgave worden gedaan van het nog te volstorten gedeelte op de inbreng van elke vennoot afzonderlijk ;
- de omschrijving van de inbrengen ;
- in voorkomend geval, het bedrag van het maatschappelijk kapitaal ; het gestorte bedrag ; het bedrag van het vaste gedeelte van het kapitaal ;
- de nauwkeurige omschrijving van het doel van de vennootschap.

c) NV

16. Voor de NV worden de verplichte vermeldingen van de volmacht opgesomd in de artikelen 453 en 68 W. Venn. naar dewelke artikel 453 (ten dele) verwijst met name :
- de rechtsvorm en naam van de vennootschap, desgevallend gevolgd door de woorden « met sociaal oogmerk » ;
- de nauwkeurige aanduiding van de zetel van de vennootschap ;
- de duur van de vennootschap, tenzij zij voor onbepaalde tijd is aangegaan ;
- het bedrag van het maatschappelijk kapitaal ; het gestorte bedrag ;
- de nauwkeurige omschrijving van het doel van de vennootschap ;
- de regeling, voor zover deze niet uit de wet voortvloeit, van het aantal en de wijze van benoeming van de leden van de organen die belast zijn met het bestuur en, in voorkomend geval, het dagelijks bestuur, de vertegenwoordiging tegenover derden en de controle op de vennootschap, alsmede de verdeling van de bevoegdheden tussen die organen.

2. Sanctie op het niet opnemen van de verplichte vermeldingen in de volmacht

a) Geen nietigheid van de volmacht

17. Het niet opnemen van de wettelijke vermeldingen resulteert niet in de nietigheid van het mandaat[22].

b) Bijzondere (oprichters)aansprakelijkheid

18. Het niet-opnemen van de wettelijke vermeldingen kan wel resulteren in een oprichtersaansprakelijkheid. Voor de vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid geldt een bijzondere oprichtersaansprakelijkheid tot vergoeding van de schade die het gevolg is van het ontbreken of de onjuistheid van wettelijk voorgeschreven vermeldingen (art. 229, 4° W. Venn. (BVBA) ; 456, 3° W. Venn. (NV)).

22. Brussel, 9 december 1927, *Rev. prat. soc.* 1930, nr. 3098, p. 353 ; V. Carron, *BVBA in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 2002, I.1.1.25 ; A. Colens, *Les sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1960, nr. 14, p. 21 ; C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, I, nr. 221, p. 155.

19. Voor de BVBA geldt die oprichtersaansprakelijkheid ook voor de verplichte vermeldingen in de volmachten, vermits de wet verwijst naar de bepaling (art. 226 W. Venn.) die zowel betrekking heeft op de verplichte vermeldingen in de oprichtingsakte als in de volmachten[23].

20. Voor de NV wordt de oprichtersaansprakelijkheid restrictief geïnterpreteerd. Zij heeft enkel betrekking op de vermeldingen voorkomend *in de akte of in het ontwerp van akte van vennootschap* en in de inschrijvingsbiljetten. Zij kan niet per analogie worden uitgebreid tot de wettelijke vermeldingen in de oprichtingsakte. Bijgevolg heeft men slechts een aansprakelijkheidsvordering op basis van het gemeen recht (art. 1382 B. W.) tegen de persoon die de vermeldingen had moeten opnemen. Men zal moeten aantonen dat hij niet zou hebben gecontracteerd, indien de volmacht wel de verplichte vermeldingen zou hebben bevat[24].

21. Ook voor de CVBA geldt de oprichtersaansprakelijkheid enkel voor het ontbreken van de verplichte vermeldingen *in de oprichtingsakte* (art. 405, 3° W. Venn.). Bijgevolg heeft men slechts een aansprakelijkheidsvordering op basis van het gemeen recht (art. 1382 B.W.) tegen de persoon die de vermeldingen had moeten opnemen. Men zal moeten aantonen dat men niet zou hebben gecontracteerd, indien de volmacht wel de verplichte vermeldingen zou hebben bevat[25].

c) Strafrechtelijke aansprakelijkheid

22. De strafsanctie voor het nalaten de vermeldingen te doen in de akten of ontwerpen van akten van vennootschappen geldt daarentegen ook voor de volmachten (art. 91, 2° W. Venn.). Het betreft een geldboete van vijftig euro tot tienduizend euro. Het misdrijf is voltrokken van zodra de volmachten zijn opgesteld, onafhankelijk van het feit of de oprichtingsakte al dan niet wordt verleden nadien. De wet bestraft immers de onjuistheid in de volmachten en de volmacht bestaat zelfs indien men er geen gebruik van maakt. De wetgever bestraft trouwens ook onvolkomenheden in de ontwerpakte[26].

---

23. A. Tschoffen, *Les sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Brussel, Bruylant, 1938, nr. 45, p. 87.
24. L. Fredericq, *Traité de droit commercial*, IV, Gent, 1905, nr. 304, p. 480-481 ; A. Tschoffen, *Les sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Brussel, Bruylant, 1938, nr. 45, p. 87.
25. S. Gilcart, « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL », in *Guide Juridique de l'entreprise*, Titre 1, Livre 1, 20 ; L. Fredericq, *Traité de droit commercial*, IV, Gent, 1905, nr. 304, p. 480-481 ; A. Tschoffen, *Les sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Brussel, Bruylant, 1938, nr. 45, p. 87.
26. C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, I, nr. 321, p. 222.

D. Openbaarmaking

23. De openbaarmaking van de volmacht tot oprichting van vennootschappen is (in tegenstelling tot wat vroeger het geval was) niet vereist. Het origineel van de volmacht moet wel aan de oprichtingsakte zijn gehecht. Aanhechting van een fax of een telexbericht met een tekst van volmacht is niet voldoende[27].

Op hetzelfde ogenblik waarop het uittreksel uit de oprichtingsakte wordt neergelegd, moeten de originele volmacht en de oprichtingsakte samen worden neergelegd op de griffie van de rechtbank van koophandel van het rechtsgebied waar de vennootschap haar zetel heeft, teneinde te worden opgenomen in het vennootschapsdossier (art. 68 W. Venn.). De mededeling waaruit de neerlegging van het uittreksel uit de oprichtingsakte blijkt vermeldt het aantal volmachten dat aan de oprichtingsakte is gehecht[28].

E. Taal

24. De meerderheid van de rechtsleer stelt dat bij een Nederlandstalige oprichtingsakte de volmacht eveneens in het Nederlands dient te worden opgesteld, ingevolge de kwalificatie die zij geven aan het begrip *« akten en bescheiden, die voorgeschreven zijn bij wetten en reglemente »*[29]. Volgens deze auteurs valt de volmacht onder de toepassing van dit artikel en wel om de volgende redenen. Artikelen 229 laatste lid W. Venn., 402 *in fine* W. Venn. en 453 W. Venn. vermelden de volmacht. Tevens moet de volmacht worden neergelegd ingevolge artikel 68 W. Venn. Bovendien wordt bij de omzetting bepaald dat van authentieke of onderhandse volmachten, alsook van het verslag van de commissaris, revisor of externe accountant, het origineel dan wel een expeditie wordt neergelegd tegelijkertijd met de akte waarop zij betrekking kan hebben (art. 783 W. Venn.). Op grond van voornoemde bepalingen besluiten deze auteurs dat er voldoende redenen voorhanden zijn om te besluiten dat de volmacht valt onder het begrip *« akten en reglementen die voorgeschreven zijn bij wetten en reglementen »*. Hieruit volgt dat de volmacht moet worden opgesteld in het Nederlands bij de oprichting van een vennootschap met haar zetel in het eentalig Nederlands taalgebied, zoniet riskeert men de nietigheid van de oprichting. De nietigheid zelf wordt ambtshalve door de rechter vastgesteld (art. 10 Taaldecreet).

---

27. Kh. Brussel, 15 mei 1984, *T.B.H.* 1990, 351.
28. J. LAMBRECHT, « Volmacht oprichting B.V.B.A. », *Modellen Bedrijfsleven,* Antwerpen-Amsterdam, Maklu, 1980, nr. 35, p. 27 ; H. VAN SOEST, « Langues, leur emploi dans la pratique notariale », in *Rép. not.*, t. XIII, 1. XIV, 72, nr. 122 en p. 106, nrs. 247-248 ; J. VAN HOUTTE, *Sociétés privées à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1989, nr. 125, p. 115.
29. I. DEWEERDT, *Taalgebruik in het bedrijfsleven,* Antwerpen-Amsterdam, Maklu, 1980, nr. 35, p. 27 ; H. VAN SOEST, « Langues, leur emploi dans la pratique notariale », in *Rép. not.*, t. XIII, 1. XIV, 72, nr. 122 en p. 106, nrs. 247-248 ; J. VAN HOUTTE, *Sociétés privées à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1989, nr. 125, p. 115.

Een andere auteur stelt dat men ingevolge de strikte opvatting van de meerderheid in de rechtsleer tot een volgend resultaat komt : een lastgever die een vennootschap wil oprichten in een land waarvan hij de taal niet machtig is (*in casu* het Nederlands) zal zijn mandaat eveneens moeten opstellen in die taal. Deze en andere door de auteur aangehaalde toestanden zijn het gevolg van de verkeerde redenering die de meerderheid van de rechtsleer maakt, namelijk dat de volmacht behoort tot de akte voorgeschreven door de wet. De volmacht is op zichzelf geen voorgeschreven akte[30] en de overeenkomst valt volledig onder privé-verhoudingen tussen particulieren. De volmacht is immers geen noodzakelijke vereiste om tot een geslaagde oprichting van een vennootschap te komen en het betreft dus een contract met zuivere privé-belangen. Wel zal een vertaling noodzakelijk zijn om de neerlegging in het vennootschapsdossier te doen[31]. Verder acht Van Bael het geraden dat indien een volmacht in het Nederlands is opgesteld en men te doen heeft met oprichters die het Nederlands niet machtig zijn, de notaris best een door deze personen ondertekende vertaling in zijn dossier bewaart om te vermijden dat zij bij betwisting over de inhoud van de door hen ondertekende volmacht de verbintenis zouden verwerpen wegens dwaling[32].

Ingeval van oprichting van een vennootschap in het Franstalig landsgedeelte dient men rekening te houden met twee decreten van de Franse Gemeenschap. Zij bepalen dat « de ondernemingen gelegen in de Gemeenschap de Franse taal moeten gebruiken in alle akten en documenten opgelegd bij wetten en reglementen ». Ook hier kan men argumenteren dat de volmacht een private overeenkomst betreft, naast de oprichting die niet valt onder deze wetgeving.

F. Andere elementen met betrekking tot de vorm

1. Gegroepeerde volmacht

25. Indien meerdere oprichters zich in de onmogelijkheid bevinden zich bij de notaris te begeven, kan deze beslissen om een gezamenlijke volmacht op te stellen die de vertegenwoordiging toelaat van meerdere oprichters door middel van hetzelfde document, teneinde registratierechten en fiscale zegels te besparen[33].

2. Aantal exemplaren

26. Wanneer de volmacht onbezoldigd is, betreft het een eenzijdige overeen-

30. S. Deschamps, *Rev. not.* 1974, 203, noot 23.
31. J. Van Bael, « Taal in vennootschapsakten », *R.W.* 1985-86, 1702.
32. J. Van Bael, « Taal in vennootschapsakten », *R.W.* 1985-86, 1704.
33. M. Coipel, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1997, nr. 125, p. 163 ; X, *Modellen Sociétés Anonymes*, Deel XII, Boek III, Brussel, Larcier, 1997, 66.

komst. Er dient slechts één exemplaar te worden opgemaakt (art. 1325 B.W.). Wordt de lasthebber bezoldigd, dan dient het mandaat te worden opgemaakt in meerdere exemplaren.

III. Sanctie bevoegdheidsoverschrijding lasthebber

A. Onbevoegde vertegenwoordiging bij vennootschappen zonder volkomen rechtspersoonlijkheid

27. Naar gemeen recht is de onbevoegde vertegenwoordiger niet verbonden als oprichter, behoudens bekrachtiging en schijnvertegenwoordiging. Overeenkomstig het gemeen recht is de oprichting, die ondeelbaar is, nietig wanneer bij het ontbreken van geldige vertegenwoordiging één van de oprichters wegvalt. De onbevoegde vertegenwoordiger kan dan persoonlijk aansprakelijk zijn jegens de oprichters overeenkomstig artikel 1997 B.W.[34].

B. Onbevoegde vertegenwoordiging bij vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid

28. Het gemeen recht wordt terzijde gesteld door het Wetboek van Vennootschappen voor de vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid. Zij die een verbintenis voor derden hebben aangegaan, worden geacht persoonlijk verbonden te zijn indien de overlegde lastgeving niet als geldig wordt erkend. Dit impliceert dat de onbevoegde vertegenwoordiging (in afwijking van het gemeen recht) niet gehouden is tot een schadeloosstelling, maar wel tot een persoonlijke uitvoering van de verbintenis waarvoor hij zonder enige bevoegdheid is opgetreden. De onbevoegde vertegenwoordiger is m. a. w. persoonlijk verbonden als aandeelhouder en oprichter. De overige oprichters zijn hoofdelijk aansprakelijk voor nakoming van die verbintenissen (art. 237 en 315 W. Venn. (BVBA) ; art. 459 en 611 W. Venn. (NV)).

§ 2. Sterkmaking (bij de oprichting van een vennootschap)

I. Definitie

29. Sterkmaking is een overeenkomst op grond waarvan een persoon (de sterkmaker) zich t. o. v. de begunstigde persoonlijk (*infra* randnr. 31) verbindt tot een specifieke resultaatsverbintenis (*infra* randnr. 37) om iets te doen (*infra*

34. J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 87.

randnr. 33), m. n. een derde (op min of meer afzienbare tijd) overtuigen om zich te verbinden tot het verrichten van een materiële handeling of tot het sluiten of uitvoeren van een nog te stellen rechtshandeling of tot het bekrachtigen van een rechtshandeling die reeds zonder bevoegdheid in naam en voor rekening van de derde werd gesteld. Bij het uitblijven van het beloofde resultaat, is de derde (behoudens conventionele of wettelijke uitzondering) niet persoonlijk gebonden door de beloofde verbintenis, maar wel tot de betaling van een schadevergoeding.

30. De wettelijke basis van sterkmaking vindt men in artikel 1120 B.W. : « Niettemin kan men zich sterk maken voor een derde door te beloven dat deze iets doen zal ; behoudens schadevergoeding ten laste van hem die zich heeft sterk gemaakt of die beloofd heeft de verbintenis te zullen doen bekrachtigingen, indien de derde weigert ze na te komen ».

II. Aard van de verbintenis van de sterkmaker

A. Juridische verbintenis

31. Vermits de sterkmaking een overeenkomst is, moet ook een bedoeling voorliggen in hoofde van beide partijen om zich juridisch te verbinden. De sterkmaking dient dan ook onderscheiden te worden van een loutere morele verbintenis. Of al dan niet een juridische verbintenis voorligt, is een feitenkwestie die door de bodemrechter dient beoordeeld te worden[35].

B. Persoonlijke verbintenis

32. De verbintenis die opgenomen wordt door de sterkmaker is een persoonlijke verbintenis[36], d.w.z. dat de sterkmaker zich in eigen naam verbindt t.o.v. zijn medecontractant met wie hij de overeenkomst van sterkmaking sluit. De derde is dan ook geen partij bij deze overeenkomst van sterkmaking op het moment dat zij gesloten wordt (art. 1165 B.W.)[37]. Het betreft dus geen driepartijenovereenkomst zoals het geval is bij een beding ten behoeve van een derde[38]. De derde is niet gebonden door de belofte die door een ander werd gedaan ten

35. S. Choubani-Salah, 34-37.
36. Vred. Antwerpen (1ste kanton), 7 november 1984, *Rec. gén. enr. not.* 1988, nr. 23658, p. 416 en *R.W.* 1986-87, 2323 ; L. Cornelis, nr. 301, p. 372 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : A. Bénabent, nr. 50, p. 37
37. H. De Page, I, nr. 733, p. 666 ; P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, I, Brussel, Presses Universitaires, 1989, 1985/271 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : G. Marty en P. Raynaud, nr. 276, p. 292 ; M. Planiol, G. Ripert en P. Esmein, nr. 49, p. 52.
38. H. De Page, nr. 733, p. 666.

opzichte van de begunstigde. Hij behoudt steeds de vrijheid het beloofde feit al dan niet uit te voeren[39].

In het Laatste Nieuws verscheen een advertentie. De bovenste helft van deze advertentie werd ingenomen door de afbeelding van een appel en een ei, met daar doorheen de tekst « in juni krijg je voor een appel en een ei een splinternieuwe Ritmo ». De onderste helft van de publiciteit was nog eens ingedeeld in twee helften : de linker helft bevatte een lange tekst die begon met « tot 1 juli heb je niet méér nodig om uit het volledige Fiat Ritmo-gamma je lieveling te kiezen ». Vervolgens wordt het Ritmo-gamma aangeprezen ; nadien volgt nog de tekst : « eender wat je kiest, dit wordt het koopje van je leven. Bij alle Fiat-verdelers. Een maand lang. Maar geen dag langer ». Een persoon bood zich hierbij aan in de Fiat-garage Ets Van Cutsem Wauters en vulde een bestelbon in voor een Fiat Ritmo diesel. Deze bestelbon werd stukgescheurd toen hij die wenste te betalen met een appel en ei. Hierop riep de raadsman van deze garage in dat het aanbod in de advertentie uitging van de société anonyme Fiat Belgio en niet van de verdelers. Het aanbod bevatte wel een sterkmaking van Fiat Belgio voor haar verdelers. Vermits niet bewezen werd dat de twee verdelers de sterkmaking zouden hebben bekrachtigd, was de vordering tegen de verdelers ongegrond[40].

Ofschoon de eerste bewoordingen van artikel 1120 B. W. (« *niettemin* ») anders doen vermoeden, is de sterkmaking derhalve slechts een schijnbare uitzondering op het verbod om zich te verbinden of iets te bedingen in eigen naam[41] dan voor zichzelf (art. 1119 B.W.)[42]. Dit beginsel is nauw verbonden met het principe van de relativiteit van de overeenkomsten krachtens hetwelk overeenkomsten alleen gevolgen teweeg brengen tussen de contracterende partijen ; zij brengen aan derden geen nadeel toe en strekken hun slechts tot voordeel in het geval voorzien in artikel 1121 B.W. Beide beginselen zijn uiteindelijk gebaseerd op het idee dat buiten de wet enkel de wil van het individu diens vrijheid kan beperken. Zij zijn derhalve een uitdrukking van het (individualistische) principe van de wilsautonomie[43].

---

39. Vred. Westerlo, 3 november 2000, *A.J.T.* 2001-02, 511 ; A. Buttgenbach, *Les contrats par porte-fort et les déclarations de command en droit civil et en droit fiscal*, nr. 2, p. 15 ; L. Cornelis, nr. 301, p. 373 ; vgl. in dezelfde zin : *Frankrijk* : E. Fortis, *Encyclopédie Dalloz, Répértoire de droit civil*, tw. *Porte-fort*, Parijs, Dalloz, 1984, nr. 3, p. 1.
40. Rb. Leuven (4de burgerlijke kamer), 11 maart 1988, *Pas.* 1988, III, 72.
41. De bewoordingen in eigen naam wijzen erop dat de belover niet handelt als vertegenwoordiger door op te treden in andermans naam.
42. A. Buttgenbach, nr. 2, p. 13 ; L. Cornelis, nr. 301, p. 372 ; H. De Page, I, nr. 731, p. 665 ; vgl. in dezelfde zin : *Frankrijk* : Parijs 6 december 1989, *D.* 1990, I.R. 2 ; G. Baudry-Lacantinerie en L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Les obligations*, I, Parijs, Sirey, 1897, nr. 130, p. 140 ; C. Larroumet, nr. 826, p. 826 ; H.L. Mazeaud, J. Mazeaud en F. Chabas, nr. 242, p. 250 ; M. Planiol, G. Ripert en P. Esmein, nr. 49, p. 52 ; E. Fortis, *Encyclopédie Dalloz, Répértoire de droit civil*, tw. *Porte-fort*, Parijs, Dalloz, 1984, nr. 3, p. 1 ; A. Hadj-Khalifa, *La promesse de porte-fort*, thesis Aix-Marseille III, Presses universitaires du septentrion, 1997, 34.
43. F. Laurent, XV, nr. 543, p. 619 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : A. Hadj-Khalifa, *La promesse de porte-fort*, thesis Aix-Marseille III, Presses universitaires du septentrion, 1997, 1-7.

Sterkmaking is bovendien te onderscheiden van het beding ten behoeve van een *derde in de mate dat uit een dergelijk beding de derde enkel een voordeel en niet een verbintenis haalt.*

C. Verbintenis om iets te doen

1. Gemeen recht

33. De verbintenis van de sterkmaker is een verbintenis om iets te doen[44]. Zij heeft tot voorwerp de derde te overtuigen om de beloofde verbintenis aan te gaan. Indien deze verbintenis niet in natura kan worden nagekomen, wordt deze in beginsel omgezet in een verbintenis tot het betalen van een schadevergoeding (art. 1142 B.W.)[45] ter vergoeding van de schade die het gevolg is van het uitblijven van de niet-bekrachtiging (en niet ter vergoeding van de schade die resulteert uit de niet-uitvoering van de overeenkomst die zou ontstaan zijn na de bekrachtiging)[46]. De sterkmaker is in principe niet gehouden om de beloofde verbintenis om iets te geven of te doen persoonlijk uit te voeren, indien het beloofde resultaat niet wordt bereikt[47]. Dit blijkt uitdrukkelijk uit de bewoordingen « behoudens schadevergoeding lastens hem » in artikel 1120 B.W.[48]. De medecontractant van de sterkmaker heeft trouwens evenmin de bedoeling gehad om met de sterkmaker persoonlijk te contracteren[49].

Wanneer een persoon zich sterk maakt dat hij en twee andere personen een goed zullen kopen, komt bij gebreke van toestemming van deze laatsten bijgevolg geen koopovereenkomst tot stand, vermits de sterkmaker niet verplicht kan worden de voor de derde bedoelde verbintenis voor eigen rekening te nemen, bij gebreke van bekrachtiging door de derde. *In casu* had de sterkmaker

44. Vred. Antwerpen (1ste kanton), 7 november 1984, *Rec. gén. enr. not.* 1988, nr. 23658, p. 416 ; H. DE PAGE, I, nr. 733, p. 666 ; Arbh. 17 december 2000, AR. 29.138/00 (sterkmaking in een arbeids-overeenkomst waarbij de werkgever zich ertoe verbindt dat de onderneming waarbij zijn werknemer wordt gedetacheerd bepaalde kosten ten laste zal nemen) ; F. LAURENT, XV, nr. 543, p. 619 ; P. VAN OMMESLAGHE, II, 1985/272 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : A. BÉNABENT, nr. 50, p. 37 ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 28 ; H.L. MAZEAUD, J. MAZEAUD en F. CHABAS, nr. 242, p. 250.
45. A. BUTTGENBACH, nr. 3, p. 17 ; *R.P.D.B.*, tw. *Sociétés*, nr. 53, p. 122.
46. G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, nr. 143, p. 185.
47. Brussel, 14 december 1964, *Rev. prat. soc.* 1966, nr. 5311, 80, noot J. RENAULD (sterkmaking voor (mede)oprichting van V.O.F. door een minderjarige) ; Vred. Antwerpen (1ste kanton), 7 november 1984, *Rec. gén. enr. not.* 1998, nr. 23658, p. 416 (de persoon die zich sterk maakt voor een derde dat hij zal huren wordt bij niet-bekrachtiging van de huurovereenkomst niet automatisch huurder) ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk :* A. HADJ-KHALIFA, nr. 207, p. 224 ; C. BEUDANT, R. BEUDANT en P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, nr. 938, p. 39 ; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 52, p. 58.
48. A. BUTTGENBACH, nr. 4, p. 17 ; F. LAURENT, XV, nr. 543, p. 619 ; vergelijk in dezelfde zin : Frankrijk : C. BEUDANT, R. BEUDANT en P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil*, nr. 936, p. 37.
49. F. LAURENT, XV, nr. 545, p. 622

zich persoonlijk en hoofdelijk verbonden tot betaling van de koopprijs en tot uitvoering van al de voorwaarden. Het Hof overwoog echter dat deze verbintenis het bestaan van een koopovereenkomst veronderstelt en dus noodzakelijk ondergeschikt is aan het ontstaan in hoofde van de derden voor wie men zich had sterk gemaakt van de verplichting de koopsom te betalen en al de voorwaarden van de koop uit te voeren. Derhalve werd een vordering tot ontbinding van de koopovereenkomst, evenals de vordering tot betaling van de verkoop- en metingskosten en tot schadevergoeding als gevolg van de ontbinding, toch ongegrond verklaard[50].

Een vader verkocht een onverdeeld goed en maakte zich sterk dat zijn (minderjarige) kleinzoon en zijn (meerderjarige) dochter de koopovereenkomst zouden bekrachtigen. Na diens overlijden werden zij in hun hoedanigheid van erfgenaam en rechtsopvolger onder algemene titel aangesproken tot uitvoering van de koopovereenkomst. Het Franse Hof van Cassatie overwoog enerzijds dat zij persoonlijk niet gehouden waren om de koopovereenkomst te bekrachtigen. In hun hoedanigheid van erfgenamen en rechtsopvolgers van de sterkmaker waren zij evenmin gehouden om de eigendomsoverdracht te garanderen[51].

De door de voorzitter van een voetbalclub bekrachtigde verbintenis, ingeschreven in een beroepsvoetballercontract, dat hij na afloop van dat contract de speler « vijf jaar werkgelegenheid garandeert » houdt geen arbeidsovereenkomst met de club of de voorzitter in, maar een sterkmaking vanwege de voetbalclub ter zake van een verbintenis om iets te doen. Bij niet-uitvoering van die verbintenis kan enkel de voorzitter die haar bekrachtigd heeft, eventueel voor schadevergoeding worden aangesproken op grond van artikel 1146 B.W.[52].

34. Wanneer het beloofde feit zich niet voordoet, kan de sterkmaker zijn medecontractant desgevallend wel aanbieden om de verbintenis van de derde persoonlijk in natura uit te voeren i. p. v. een schadevergoeding te betalen. Dit veronderstelt weliswaar ten eerste dat de beloofde verbintenis door een ander dan de derde kan uitgevoerd worden. Dit is niet het geval wanneer de beloofde verbintenis een *intuitu personae* karakter heeft of de beloofde verbintenis betrekking heeft op een goed dat niet toebehoort aan de sterkmaker. Bovendien moet de medecontractant van de sterkmaker akkoord gaan met het feit dat de sterkmaker de voor de derde bedoelde verbintenis persoonlijk uitvoert[53]. De medecontractant van de sterkmaker kan immers wel de sterkmaker als sterkmaker, maar niet als medecontractant van de beoogde verbintenis wensen. Hij

50. Brussel, 6 december 1967, *Pas.* 1968, II, 100.
51. Cass. fr., 5 maart 1935, *S.* 1935, 150.
52. Arbrb. Mechelen (3de kamer), 23 mei 1989, *R.W.* 1989-90, 96.
53. G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, nr. 144, p. 181.

kan dus uitvoering in natura door de sterkmaker weigeren en verkiezen op de contractuele aansprakelijkheid van de sterkmaker terug te vallen[54].

35. Het staat de sterkmaker weliswaar vrij om bij het sluiten van de sterkmakingsovereenkomst van bovenvernoemd principe conventioneel af te wijken en zich ertoe te verbinden om de verbintenis van de derde waarvoor men zich heeft sterk gemaakt persoonlijk in natura uit te voeren, zo de derde de beloofde verbintenis niet wenst aan te gaan[55]. De persoonlijke uitvoering van de beloofde verbintenis door de sterkmaker kan bedongen worden als een mogelijkheid of als een verplichting. Zij is verplicht wanneer de partijen stipuleren dat bij uitblijven van de beloofde verbintenis door de derde, de sterkmaker persoonlijk moet uitvoeren[56].

Een voorbeeld uit de rechtspraak betrof een aankoop door een vader van een onroerend goed voor rekening van twee minderjarige dochters. De vader verklaarde zich sterk te maken dat zij de overeenkomst bij hun meerderjarigheid zouden bekrachtigen en zoniet verbond hij zich ertoe het gekochte onroerend goed te behouden[57].

De persoonlijke uitvoering van de voor de derde bedoelde verbintenis is facultatief, wanneer de contractspartijen enkel de mogelijkheid voorzien voor de sterkmaker om deze verbintenis persoonlijk uit te voeren[58]. Een dergelijke persoonlijke verbintenis dient weliswaar hetzij duidelijk uitgedrukt te zijn in het contract, hetzij ondubbelzinnig uit de omstandigheden te blijken[59].

Een illustratie uit de rechtspraak betrof een huurovereenkomst gesloten door de eigenaar en de huurder, waarbij deze laatste handelde hetzij in persoonlijke naam, hetzij als belover voor de leden van een vereniging voor kleiduifschieten. Het Franse Hof van Cassatie oordeelde dat iemand die een wederkerig contract heeft gesloten bij wijze van sterkmaking onder omstandigheden kan geacht worden te hebben gecontracteerd in persoonlijke naam. Dit geldt *a fortiori* in het geval waar een verbintenis werd aangegaan zowel in persoonlijke naam als in de hoedanigheid van sterkmaker. In dit geval heeft de sterkmaker het recht om het contract in persoonlijke naam uit te voeren[60].

---

54. L. CORNELIS, nr. 301, p. 373.
55. A. BUTTGENBACH, nr. 6, p. 24 ; F. LAURENT, XV, nr. 545, p. 622 ; A. SCHICKS, *Traité et formulaire*, II, 616 *in fine* ; P. VAN OMMESLAGHE, II, 1985/272 ; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, 144 ; vgl. in dezelfde zin : G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, nr. 144, p. 185 ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 263, p. 305 ; A. HADJ-KHALIFA, nr. 195, p. 215 ; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 52, p. 59.
56. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 264, p. 306 ; A. HADJ-KHALIFA, nr. 196, p. 216.
57. Cass. fr. (3de burgerlijke kamer), 6 november 1970, *Bull. civ.* 1970, III, nr. 591, p. 431 en *D.* 1971, Somm. 99.
58. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 264, p. 306 ; A. HADJ-KHALIFA, nr. 197, p. 217.
59. A. BUTTGENBACH, nr. 6, p. 24.
60. Cass. fr. (burgerlijke kamer), 27 juli 1903, *S.* 1904, I, 265, noot NAQUET.

2. Sterkmaking bij oprichting van een NV

36. Bij de sterkmaking voor de inschrijving op aandelen van een NV geldt een bijzondere (afwijkende) wettelijke regel bij het uitblijven van de (tijdelijke) bekrachtiging. De belover die zich sterk maakt voor de inschrijving op aandelen, verwerft automatisch de hoedanigheid van oprichter (art. 457 W. Venn.). Hij is samen met de overige oprichters hoofdelijk gehouden tot nakoming van de verbintenis tot inschrijving waarvoor hij zich heeft sterk gemaakt en die niet (tijdelijk) werd bekrachtigd. Vermits de wet (in afwijking van het gemeen recht) de sterkmaker en de overige oprichters hoofdelijk verplicht tot een persoonlijke uitvoering van de beloofde verbintenis tot inschrijving, achten sommigen een sterkmaking voor de inschrijving op aandelen enkel mogelijk met betrekking tot inbrengen in geld en niet voor inbrengen in natura[61]. Deze stelling kan worden bijgetreden wanneer de inbreng in natura betrekking heeft op de inbreng van niet-vervangbare zaken[62]. Wanneer een inbreng in natura daarentegen vervangbare zaken betreft kunnen de oprichters immers perfect de plaats innemen van de inschrijvers (waarvan de inbreng werd beloofd, doch die deze niet wensen te bekrachtigen).

D. Resultaatsverbintenis

37. De sterkmaker is gehouden tot een resultaatsverbintenis[63]. De sterkmaking onderscheidt zich derhalve van bemiddelingsovereenkomsten (« conventions de bonne office ») waarbij men zich ertoe verbindt om zijn bevoegdheid en alle mogelijke middelen aan te wenden om te bemiddelen bij een derde teneinde een verbintenis van deze laatste (te pogen) te bekomen. Dergelijke bemiddelingsovereenkomsten houden slechts een middelenverbintenis in[64].

Aldus werd een belofte van een onverdeeld gerechtigde in een nalatenschap « om met al zijn middelen te helpen bij de legalisering van een

61. P. Hainaut-Hamende, « La constitution de la société », in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1994, nr. 76, p. 123.
62. F. Bouckaert, *Notarieel vennootschapsrecht* N.V. en B.V.B.A
63. Vred. Antwerpen (1ste kanton), 7 november 1984, *Rec. gén. enr. not.* 1988, nr. 23658, p. 416 en *R.W.* 1986-87, 2323 ; Arbh. 17 december 2000, AR. 29.138/00 (sterkmaking in een arbeidsovereenkomst waarbij de werkgever zich ertoe verbindt dat de onderneming waarbij zijn werknemer wordt gedetacheerd bepaalde kosten ten laste zal nemen) ; L. Cornelis, nr. 301, p. 372 ; H. De Page, I, nr. 733, p. 667 ; P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, II ; W. Van Gerven en S. Covemaeker, 144 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrij :* E. Fortis, nr. 7, p. 2 ; G. Marty en P. Raynaud, nr. 277, p. 293 ; B. Starck, H. Roland en L. Boyer, nr. 1345, p. 555.
64. A. Buttgenbach, nr. 3, p. 17 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : A. Bénabent, nr. 50, p. 37 ; S. Choubani-Salah, *La promesse de porte-fort en droit français et en droit tunisien*, thesis Nantes, 1998, nr. 34, p. 40 ; E. Fortis, nr. 7, p. 2 ; M. Planiol, G. Ripert en P. Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, IV, Parijs, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1952, nr. 50, p. 54 ; B. Starck, H. Roland en L. Boyer, II, nr. 1345, p. 554 ; P. Terre, P. Simmler en Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, ed. 6, Précis Dalloz, 1996, nr. 484, p. 373

verkoopovereenkomst » niet gekwalificeerd als een overeenkomst van sterkmaking. De belover verbond zich er immers slechts toe om met al zijn middelen te helpen bij het bekomen van de toestemming van zijn zus, de andere onverdeeld gerechtigde. Hij had slechts een middelenverbintenis en had zich aldus niet sterk gemaakt voor de andere onverdeeld gerechtigde[65].

Een andere casus betrof een advocaat die reeds een tiental procedures had gevoerd voor een vennootschap zonder betaald te worden. Gelet op de onrustwekkende financiële toestand van de vennootschap schreef hij naar een bestuurder een brief met volgende passage : « Men vraagt mij om nu beroep aan te tekenen, maar ik moet eerlijk bekennen dat ik schrik heb voor de betaling van mijn honoraria, tenzij u zich er persoonlijk toe verbindt. ». De bestuurder antwoordde hierop dat « wat betreft uw honoraria zal ik het nodige doen opdat u betaald zult worden ; wees hiervan overtuigd, vermits u al lang had betaald moeten zijn, alleen de huidige toestand van onze zaken heeft mij belet om u te storten ». Uit deze twee brieven werd door het Hof van Beroep te Algiers geen sterkmaking afgeleid. De bestuurder had niet expliciet geantwoord op de persoonlijke verbintenis tot betaling van de honoraria. Hij heeft enkel geantwoord in zijn hoedanigheid van bestuurder om tussen te komen bij de vennootschap[66].

38. De sterkmaker belooft daarentegen de verbintenis van een derde en hij is dan ook gehouden om die te bekomen. Hij draagt het risico dat de derde zich niet verbindt tot het beloofde feit.

39. Bij een bemiddelingsovereenkomst zal de medecontractant moeten aantonen dat de bemiddelaar zich niet met de vereiste zorg van zijn opdracht heeft gekweten[67]. De medecontractant van de sterkmaker hoeft daarentegen enkel aan te tonen dat de beloofde verbintenis of de bekrachtiging van de derde niet bekomen werd om de sterkmaker aan te spreken. Men dient dan ook niet te onderzoeken of de sterkmaker het nodige heeft gedaan om de derde te overhalen of wat de redenen zijn waarom de derde zich niet tot het beloofde heeft verbonden[68]. Om zich van zijn aansprakelijkheid te bevrijden zal de sterkmaker het bestaan van overmacht moeten aantonen[69].

---

65. Cass. fr. (3de burgerlijke kamer), 7 maart 1978, *Bull. civ.* 1978, III, nr. 108, *Sem. Jur.* 1978, ed. G, IV, 149 en *D.* 1979, Inf. Rap. 478
66. Algiers, 15 juli 1909, *D.* 1912, 164.
67. G. MARTY en P. RAYNAUD, nr. 277, p. 293 ; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 50, p. 54 ; S. CHOUBANI-SALAH, *La promesse de porte-fort en droit français et en droit tunisien*, thesis Nantes, 1998, nr. 35, p. 40
68. H. DE PAGE, I, nr. 733, p. 667 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, nr. 132, p. 177.
69. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, 1985/272 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, nr. 132, p. 177 ; S. CHOUBANI-SALAH, *La promesse de porte-fort en droit français et en droit tunisien*, thesis Nantes, 1998, nr. 34, p. 40.

Een syndicale organisatie had zich sterk gemaakt t.v.v. hun syndicale afgevaardigden die hun oude job wensten te verlaten om voor hen een reïntegratie bij hun vroegere werkgever te bekomen of een equivalente functie. De syndicale organisatie die zich van haar aansprakelijkheid wenst te bevrijden moet niet alleen de discretionaire weigering van de werkgever bewijzen maar tevens de materiële onmogelijkheid zoals het verdwijnen van de vroegere onderneming of het ontbreken van een beschikbare functie[70].

III. Voorwerp van de verbintenis van de sterkmaker

A. Toepassingsgebied van de sterkmaking

1. Gemeen recht

40. Men kan zich sterkmaken voor elk feit dat het voorwerp kan uitmaken van een overeenkomst[71]. Het kan dus zowel betrekking hebben op materiële handelingen, inbetalinggevingen, verbintenissen om iets te geven of om iets niet te doen[72]. Wel kan de sterkmakingsovereenkomst nooit op zichzelf translatieve werking hebben : alleen de bekrachtiging door de derde kan resulteren in de overdracht van een zakelijk recht[73].

41. De belofte van de sterkmaker kan zowel betrekking hebben op door een derde te verrichten materiële handelingen of rechtshandelingen. De toepassingen in de rechtspraak met betrekking tot sterkmakingen voor materiële handelingen zijn weliswaar schaars. Het beloofde materieel feit kan om het even welk feit zijn : positief of negatief, een materiële prestatie, een gedrag, een aanwezigheid, een afwezigheid, een gebaar[74].

Een illustratie uit de (oudere) Franse rechtspraak betrof een contract waarbij de vader van een minderjarige boxkampioen zich t. o. v. een impresario verbond

70. Cass. fr., 12 februari 1975, *Bull. civ.* 1975, V, nr. 67 en *D.* 1975, Inf. Rap. 74.
71. Rb. Marche, 20 maart 1919, *Jur. Liège* 1920, 235 (sterkmaking van schoonvader dat zijn dochter en schoonzoon (die onder de wapens was) het gepachte goed zouden verlaten – sterkmaking is ongeoorloofd want strijdig met de wet die procedures verbiedt tegen personen die onder de wapens waren, vermits het verlaten van het gepachte goed onvermijdelijk zou resulteren in een vordering vanwege de verpachters) ; Rb. Brugge (5de kamer), 17 april 1987, *T. Not.* 1990, 90 (sterkmaking is niet mogelijk voor de verwerping van een nalatenschap, vermits sterkmaking enkel mogelijk is over zaken die het voorwerp van overeenkomst kunnen zijn) ; F. LAURENT, nr. 542, p. 618 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : Cass. fr., 24 oktober 1905, *D.* 1906, I, 154 (sterkmaking voor het afleggen van rekenschap bij het einde van de voogdij) ; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 49, p. 52.
72. P. VAN OMMESLAGHE, II, 1985/273 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, nr. 134, p. 178 ; A. HADJ-KHALIFA, nr. 42, p. 38.
73. P. VAN OMMESLAGHE, II, 1985/273.
74. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 130, p. 164 ; E. FORTIS, nr. 13, p. 3.

dat zijn zoon aan meerdere wedstrijden zou deelnemen. Naderhand vorderde de vader weliswaar de nietigheid van dit contract omdat dit een ongeoorloofde oorzaak zou hebben. Deze nietigheidsvordering werd afgewezen[75]. Een meer recente toepassing betrof een sterkmaking waarbij de verkopers van een onroerend goed zich sterk maakten dat hun ouders die het verkochte goed bewoonden, het goed zouden verlaten tegen een afgesproken datum[76].

Wanneer men zich sterkmaakt voor een materiële handeling is de enige rechtshandeling de overeenkomst van sterkmaking. Er ontstaat geen juridische band tussen de begunstigde van de sterkmakingsovereenkomst en de derde. Storck stelt dat voor een dergelijke situatie het niet nodig is om te refereren aan artikel 1120 B.W. om de juridische verhoudingen die uit deze hypothese resulteren te kwalificeren. Hij kwalificeert dergelijke verbintenissen als een belofte te betalen onder opschortende voorwaarde van een bepaalde gebeurtenis[77]. Weliswaar is de tekst van artikel 1120 B.W. geredigeerd in algemene bewoordingen, zodat men zich (zoals blijkt uit de (weliswaar schaarse) rechtspraak) ook kan sterkmaken voor materiële feiten[78].

42. De sterkmaking heeft meestal betrekking op een door de derde te bekrachtigen rechtshandeling. Een sterkmaking is daarbij ook mogelijk voor plechtige rechtshandelingen, met de beperking dat wanneer het formalisme tot doel heeft om de toestemming om te contracteren te vrijwaren de bekrachtiging de pleegvormen die hiertoe wettelijk worden opgelegd moet in acht nemen[79]. De sterkmakingsovereenkomst is niet mogelijk wanneer een belofte om een dergelijk contract te sluiten eveneens ongeoorloofd is[80]. Men denke in dit verband aan de hypothese waarbij men zich sterk maakt dat een welbepaalde derde een bepaalde persoon zal huwen, of dat een derde een huwelijkscontract zal ondertekenen[81].

---

75. Douai, 3 december 1912, *S.* 1914, II, 217, noot J.A. Roux.
76. Versailles, 7 april 1987, *Gaz. Pal.* 1987, II, Somm. 479.
77. M. Storck, *Rép. Civ. Dalloz*, art. 1120, Fasc. 7-2, nr. 39.
78. S. Choubani-Salah, nr. 131, p. 165
79. H. De Page, I, nr. 738, p. 671 ; P. Van Ommeslaghe, II, 1985, 273 ; vgl. *Frankrijk :* anders : S. Choubani-Salah, nr. 16, p. 19 (sluit sterkmaking uit bij plechtige rechtshandelingen, wanneer de formaliteit bestaat uit een toestemming van de belanghebbende die op een bepaald tijdstip, bepaalde plaats en op bepaalde wijze moet geschieden. Bijgevolg wordt sterkmaking uitgesloten bij een adoptie, huwelijkscontract, schenking, adoptie).
80. P. Van Ommeslaghe, II, 1985, 273.
81. P. Van Ommeslaghe, II, 1985, 273 ; vergelijk : *Frankijk :* naar Frans recht wordt een sterkmaking dat een welbepaalde persoon een ander persoon zal huwen door het Hof van Cassatie strijdig geacht met artikel 1396 C. civ. die vereist dat de toestemming van de echtgenoten vastgelegd wordt bij authentieke akte verleden voor het huwelijk (Cass. fr. (burgerlijke kamer), 6 november 1895, *D.P.* 1897, I, 25, noot Sarrut en *S.* 1896, I, 5, noot Lyon-Caen). Thans bepaalt artikel 1394 Code civil : « toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant le notaire en présence et avec le consentement de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires ».

43. Sommige sterkmakingen zijn niet mogelijk omdat zij een inbreuk zouden inhouden op een regel van openbare orde. Sterkmakingen die tot gevolg hebben afbreuk te doen aan de *ad nutum*-herroepbaarheid van een bestuurder van een naamloze vennootschap zijn absoluut nietig[82]. De clausules die de vennootschap ertoe verplichten om een bestuurder een bepaalde (minimum)duur te garanderen, zijn nietig[83]. Een individuele aandeelhouder kan, naar Belgisch recht[84], wel de verbintenis aangaan om zijn stemrecht aan te wenden om voor (het behoud van) het bestuurdersmandaat van een bepaalde persoon te stemmen. Dit laatste beginsel werd geponeerd in een arrest van het Hof van Cassatie van 13 april 1989.

In casu had de oprichter van een vennootschap in een codicil van zijn testament de wens geuit dat zijn zoon zijn meerderheid binnen de algemene vergadering zou aanwenden, om zijn dochter, naast haar opbrengst uit de aandelen, tantièmes als bestuurder te garanderen. Het Hof van Cassatie verwierp het middel volgens hetwelk deze verplichting strijdig zou zijn met de *ad nutum*-herroepbaarheid van de bestuurders, nu deze verbintenis noch de vennootschap, noch haar organen verbond[85]. In dezelfde zin werd een sterkmakingsovereenkomst waarbij een overnemer zich ertoe verbond om de verkoper van aandelen bepaalde tijd te handhaven als bestuurder in een nieuwe op te richten vennootschap niet strijdig geacht met artikel 55 Venn. W. (thans artikel 518 § 3 W. Venn.)[86].

Het Frans recht is ter zake strikter dan het Belgisch recht. In het Frans recht kijkt men immers naar het concreet (afschrikkend) effect dat een bepaalde overeenkomst heeft op de algemene vergadering[87]. Naar Frans recht kan noch de vennootschap, noch de individuele aandeelhouder zich verbinden tot het behoud van het bestuurdersmandaat[88].

---

82. Cass. fr. (handelsrechtelijke kamer), 2 juni 1992, *Bull. civ.* 1992, IV, nr. 226 ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 16, p. 19 ; E. FORTIS, nr. 16, p. 3.
83. Cass. fr., 10 januari 1881, *S.* 1881, 251 (in de vennootschapsovereenkomst werd door de oprichters aan de eerste bestuurders een minimumtermijn van zes jaar gegarandeerd. Dit onderdeel van de overeenkomst werd nietig bevonden).
84. Vgl. anders : een verbintenis aangegaan door een toekomstig aandeelhouder om een aandeelhouder te handhaven als bestuurder is nietig (Y. GUYON, *Traité des contrats, aménagements statutaires et conventions entre associés,* nr. 274, p. 399).
85. Cass., 13 april 1989, *J.T.* 1989, (751), 752, tweede kolom begin.
86. Kh. Brussel, 18 november 1993, *Rev. prat. soc.* 1994, nr. 6639, (p. 174), p. 180, *in fine,* noot I. CORBISIER ; zie voor een kritiek op de geldigheid van overeenkomsten aangegaan door aandeelhouders i.t.t. overeenkomsten aangegaan door vennootschappen : D. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, « Kroniek vennootschapsrecht (1991-1993) », *T.R.V.* 1994, 427.
87. Zie bv. H. LE NABASQUE, noot onder Cass. fr. (handelsrechtelijke kamer), 2 juni 1992, *Droit des sociétés* 1992, nr. 185, p. 11 ; vgl. in dezelfde zin voor België : D. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, « Kroniek vennootschapsrecht (1991-1993) », *T.R.V.* 1994, nr. 74, p. 427.
88. Zie in deze zin onder meer : Cass. fr., 17 januari 1984, *Bull. civ.,* IV nr. 21, p. 28, *Bull. Joly Sociétés* 1984, p. 291, § 101, *Gaz. Pal.* 1984, J. 389, noot J. DUPICHOT en *D.S.* 1985, I.R. 137, noot J.CL. BOUSQUET (nietigheid van de overeenkomst aangegaan tussen de moedervennoot-

→

Aldus achtte het Franse Hof van Cassatie de verbintenis die een overnemer had opgenomen om de overdrager van de aandelen te behouden als bestuurder nietig[89]. Tot een tegenovergestelde oplossing kwam de Rechtbank van Koophandel te Luik.

In casu hadden de overnemers van een meerderheidsparticipatie afzonderlijke overeenkomsten afgesloten met de vroegere aandeelhouder en met de voorzitter van de raad van bestuur. In een eerste overeenkomst werd de overdrager een aantal materiële voordelen gegarandeerd, zoals onder meer het gebruik van een bedrijfswagen of een zeker salaris. In de tweede overeenkomst, maakten de overdragers zich sterk dat de verkoper zou worden gekozen of herkozen als afgevaardigde bestuurder. Toen de kopers nalieten hun verbintenissen na te komen, stelde de verkoper een vordering in kort geding in. Het verweer dat de overeenkomst strijdig zou zijn met de openbare orde, omdat zij de herroepelijkheid van de bestuurder verhinderde, werd door de rechtbank verworpen. De rechtbank stelde dat de overeenkomst van sterkmaking de aandeelhouders immers niet verhinderde om deel te nemen aan de algemene vergadering[90].

2. Sterkmaking voor de inschrijving van aandelen

44. Sterkmaking wordt uitdrukkelijk wettelijk toegelaten voor de oprichting van een NV (art. 459 W. Venn.). Zij kan nuttig zijn o. m. bij het ontbreken van volmacht of wanneer twijfel zou bestaan over de geldigheid van de volmacht. Zij is ook praktisch om te handelen voor een groep van nader te bepalen intekenaars op aandelen[91].

45. De oprichting van de BVBA bij wijze van sterkmaking wordt daarentegen traditioneel niet mogelijk geacht[92]. Het besloten karakter van de BVBA wordt immers onverenigbaar geacht met een engagement van een niet met name genoemde persoon. Dit wordt gebaseerd op de wordingsgeschiedenis van artikel 123 laatste lid Venn. W. Bij de invoering ervan heeft men in deze bepaling inzake de oprichtersaansprakelijkheid de sterkmaking bewust onvermeld ge-

---

→ schap en de voorzitter van de raad van bestuur van de dochtervennootschap, waarbij een opzeggingstermijn van één jaar werd bedongen) ; Parijs 28 februari 1985, *Rev. soc.* 1986, 113 (nietigheid belofte aandeelhouder om directeur-generaal SA in functie te houden tot aan het einde van zijn mandaat om hem desgevallend bij voortijdige beëindiging een vergoeding te betalen).

89. Cass. fr. (handelsrechtelijke kamer), 2 februari 1971, *Bull. civ.*, IV, nr. 33 en *Rev. trim. dr. com.* 1971, 1038, noot R. HOUIN.

90. Kort Ged. Kh. Luik, 12 april 1991, *J.T.* 1992, (81), 82, noot C. DARVILLE.

91. J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 88.

92. M. COIPEL, *Les sociétées privées à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1997, nr. 130/131, p. 164 ; A. COLENS, *Les sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1960, nr. 15, p. 21.

laten, in tegenstelling tot wat het geval is bij de corresponderende bepaling bij de NV. Ook steunt men zich op de voorbereidende werken van de wet van 9 juli 1935[93]. Het *intuitu personae* karakter van de vennootschap rechtvaardigt ons inziens een dergelijk absoluut verbod op sterkmaking niet. Wel kan men een sterkmaking voor nog nader te noemen personen verbieden[94].

46. Sterkmaking is ook theoretisch mogelijk bij vennootschappen zonder (volkomen) rechtspersoonlijkheid. Weliswaar lijkt enkel een sterkmaking zinvol wanneer die een verplichting voor de sterkmaker bevat om de beloofde verbintenis van de derde tot inschrijving op de aandelen persoonlijk in natura uit te voeren, zo de derde de beloofde verbintenis niet wenst aan te gaan (*supra* randnr. 35). In andere gevallen kan het ontbreken van de bekrachtiging immers tot de nietigheid van de vennootschap leiden[95].

3. Vennootschap en vereniging in oprichting

47. Voor de invoering van een wettelijke regeling van een vennootschap of vereniging in oprichting (art. 60 W. Venn. (voorheen art. 13*bis* Venn. W.) en art. 3 § 2 VZW-Wet) werd de figuur van sterkmaking soms gebruikt om te contracteren namens een rechtspersoon in oprichting. De wettelijke figuur van vennootschap of vereniging in oprichting wordt verklaard door de figuur van de onvolkomen vertegenwoordiging. Dit is de vertegenwoordiging waarbij de rechten en plichten van de vertegenwoordigde niet van rechtswege voortvloeien uit de handelingen van de vertegenwoordigde, maar eerst ontstaan tengevolge van een wilsverklaring van de vertegenwoordigde, terwijl de handelende persoonlijk verbonden blijft zolang de overneming of bekrachtiging uitblijft[96]. Deze figuur onderscheidt zich van de sterkmaking doordat de promotoren onmiddellijk gebonden zijn, daar waar de sterkmaker slechts gebonden is na niet-bekrachtiging. Bovendien zijn zij persoonlijk gehouden tot het contract en niet tot betaling van een schadevergoeding.

Sterkmaking kan nog worden gebruikt voor de fase dat de vennootschap in oprichting is, of bij overdracht, waarbij de toekomstige overnemers aan de overlaters bepaalde prestaties garanderen[97].

---

93. Verklaring van de heer Rolin in de senaatscommissie : « Votre commission vous propose comme le Sénat lors du premier vote de ne pas admettre à la constitution les déclaration de porte-fort qui paraissent peu conciliables avec le caractère personnel de la société ».
94. M. Loir, *Traité et formulaire des sociétés de personnes à responsablité limitée*, Brussel, Larcier, 1936, nr. 139, p. 365.
95. Brussel, 14 december 1964, *Rev. prat. soc.* 1966, nr. 5311, 80, noot J. Renauld (sterkmaking in een V.O.F. ten voordele van minderjarige - niet bekrachtiging leidt tot nietigheid) ; J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 88.
96. J. Ronse, *De vennootschapswetgeving*, 1973, nr. 117.
97. B. Starck, H. Roland en L. Boyer, nr. 1347, p. 556.

B. Geen rechtstreekse vertegenwoordiging of zaakwaarneming

1. Geen rechtstreekse vertegenwoordiging

48. De sterkmakingsovereenkomst moet onderscheiden worden van een lastgevingsovereenkomst, waarmee echter wel soms duidelijke raakvlakken bestaan. De lastgeving wordt hierna in de ruime zin opgevat als de overeenkomst waarbij een persoon belast wordt om voor een ander een rechtshandeling te stellen. In deze definitie gaat men ervan uit dat de (onmiddellijke) vertegenwoordiging geen essentieel bestanddeel van de lastgevingsovereenkomst uitmaakt. Dit betekent dat men binnen de lastgeving twee categorieën onderscheidt, de lastgevingsovereenkomsten met en zonder vertegenwoordiging (« mandat représentatif et mandat non représentatif »). De naamlenings- en commissieovereenkomsten worden als één van de vormen van de lastgevingsovereenkomst gekwalificeerd, vermits op deze overeenkomsten in beginsel alle bepalingen van de lastgeving van toepassing zijn, met uitzondering van deze die betrekking hebben op de vertegenwoordiging[98].

49. Het probleem van de afbakening tussen sterkmaking en lastgeving rijst slechts in de mate dat de sterkmaker een rechtshandeling stelt in naam en voor rekening van een derde en de bekrachtiging ervan belooft. Het is evident dat wanneer een sterkmaker zich ertoe verbindt dat een derde een materiële handeling zal stellen (*supra* randnr. 41) of een reeds gesloten contract zal uitvoeren er duidelijk geen vertegenwoordiging is[99].

50. De graad van gelijkenis met de situatie van een sterkmaker varieert naargelang de lasthebber handelt (a) binnen of (b) buiten de perken van zijn mandaat (b).

a) Onderscheid tussen sterkmaking en de lasthebber die handelt binnen de perken van zijn mandaat

51. De sterkmaker onderscheidt zich van de lasthebber die handelt binnen de perken van zijn mandaat door het ontbreken van enige bevoegdheid om een derde te verbinden. Hij gaat slechts een persoonlijke verbintenis aan (*supra* randnr. 32). De derde is niet gebonden door de sterkmakingsovereenkomst. Hij heeft de vrijheid al dan niet te bekrachtigen. De medecontractant van de sterkmaker beschikt dan ook over geen enkele rechtstreekse vordering tegen de derde. De lasthebber handelt per hypothese overeenkomstig de wil van de

98. Vgl. anders : J.H. Herbots, S. Stijns, E. De Groote, W. Lauwers en I. Samoy, « Overzicht van rechtspraak Bijzondere overeenkomsten (1995-1998) », *T.P.R.* 2002, nr. 869, p. 726.
99. S. Choubani-Salah, nr. 43.

vertegenwoordigde. De derde is in dit geval rechtstreeks gebonden met de vertegenwoordigde in naam en voor rekening van wie een handeling werd gesteld (art. 1998 B.W.). De verbintenis aangegaan door de lasthebber in naam van de lastgever binnen de perken van zijn mandaat, worden rechtstreeks toegerekend aan de lastgever, zonder langs het vermogen van de lasthebber te passeren. De rechtstreekse toerekening geldt echter niet wanneer de lasthebber in eigen naam voor rekening van de lastgever handelde. De lasthebber is (in tegenstelling tot de sterkmaker) persoonlijk niet verbonden[100].

B) ONDERSCHEID TUSSEN STERKMAKING EN DE LASTHEBBER DIE HANDELT BUITEN DE PERKEN VAN ZIJN MANDAAT

52. Indien de lasthebber handelde buiten zijn mandaat, zijn er meer gelijkenissen tussen de sterkmaking en de lastgeving.

53. De lastgever is, behoudens bekrachtiging, in principe niet verbonden door een handeling die een lasthebber verricht heeft buiten zijn mandaat. Bij sterkmaking is de derde, behoudens bekrachtiging, evenmin gebonden door de belofte die de sterkmaker namens hem (zonder bevoegdheid) heeft gedaan.

54. Bij niet-bekrachtiging is de sterkmaker contractueel aansprakelijk tot het betalen van een schadevergoeding. De onbevoegde lasthebber is daarentegen aansprakelijk op grond van een buitencontractuele fout, vermits er geen geldig contract gevormd werd tussen de derde en de lastgever. De lasthebber kan zich weliswaar bevrijden van zijn aansprakelijkheid indien hij kan bewijzen dat de derde op de hoogte was van de bevoegdheidsoverschrijding (art. 1997 B.W.). De goede of kwade trouw van de derde is daarentegen irrelevant bij niet-bekrachtiging van een sterkmaking. De sterkmaker is gehouden tot een (contractuele) resultaatsverbintenis. Bij niet-bekrachtiging kan de sterkmaker zich enkel bevrijden door het bewijs van overmacht[101].

C) ONDERSCHEID TUSSEN STERKMAKING EN SCHIJNVERTEGENWOORDIGING

55. Sterkmaking onderscheidt zich duidelijk van de schijnvertegenwoordiging, waar een onbevoegde handeling van vertegenwoordiging wordt toegerekend aan de schijnvertegenwoordigde indien derden er redelijkerwijze konden van uitgaan dat de « pseudo-lasthebber » de « pseudo-lastgever » geldig vertegenwoordigde en de handeling de « pseudo-lastgever » kan worden toegerekend. Bij het sluiten van een sterkmakingsovereenkomst weten de sterkmaker en zijn medecontractant dat de sterkmaker handelt zonder bevoegdheid. Het is juist

100. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 43, p. 52-55 ; A. TAMBOISE, 79.
101. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 44, p. 55-61.

omwille van het ontbreken van die bevoegdheid dat een overeenkomst wordt gesloten om de bekrachtiging van de derde te bekomen[102].

2. Zaakwaarneming

56. Zaakwaarneming en sterkmaking zijn twee juridische technieken op grond waarvan iemand zich ongevraagd in andermans zaken kan mengen. In beide gevallen betreft het vaak de hypothese waarin een persoon zonder enige bevoegdheid optreedt voor rekening van een derde die zich in de onmogelijkheid bevindt om zelf te handelen (omdat hij op het moment van het stellen van de rechtshandeling afwezig of handelingsonbekwaam is)[103]. Hoewel beide rechtsfiguren duidelijke raakvlakken vertonen, zijn zij weliswaar volgens de meerderheid van de rechtsleer wel degelijk fundamenteel verschillend[104].

57. Het toepassingsgebied van de zaakwaarneming is ten eerste veel beperkter dan dat van de sterkmaking. Zaakwaarneming veronderstelt dat de handeling die werd gesteld in het kader van de noodsituatie nuttig is. Dit nut dient beoordeeld te worden op het moment van het stellen van de handeling[105]. Bij de sterkmaking wordt de nuttigheidsvereiste niet gesteld : men neemt vaak het risico om voor een derde te contracteren, zelfs zonder noodzaak, rekenende op de bekrachtiging[106]. De sterkmaker kan de derde niet dwingen om de onbevoegd gestelde rechtshandeling te bekrachtigen, zelfs indien die nuttig of noodzakelijk is[107].

58. De rechtsgevolgen van zaakwaarneming en sterkmaking zijn bovendien fundamenteel verschillend[108].

De sterkmaker gaat slechts een persoonlijke verbintenis aan (*supra* randnr. 32). Sterkmaking heeft slechts impact op het vermogen van de derde bij bekrachtiging door deze laatste. De derde is in beginsel vrij al dan niet te bekrachtigen. Een zaakwaarnemer gaat daarentegen in beginsel geen persoonlijke verbintenissen aan, hij verbindt rechtstreeks de derde (voor wie hij op-

102. Riom, 14 januari 1982, *Jurisdata* nr. 40.079 ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 50, p. 66.
103. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 56, p. 72 ; A. TAMBOISE, 80.
104. H. DE PAGE, I, nr. 736, p. 668 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : M. de BELLOMAYRE, 57 ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 57, p. 73 ; A. HADJ-KHALIFA, 266 ; anders : J. BOULANGER, 11-15 (beschouwt de sterkmaking als een voorwaardelijke zaakwaarneming : m.n. zaakwaarneming die afhangt van de voorwaarde van bekrachtiging).
105. I. MOUREAU-MARGREVE, *Le concept de gestion d'affaires : sa plasticité et ses limites*, nr. 467, p. 255 ; vgl. enigszins anders : A. TAMBOISE, 81 (van zodra het onbevoegd waarnemen van andermans zaak nuttig is dient men dit onbevoegd optreden steeds als zaakwaarneming te kwalificeren).
106. H. DE PAGE, I, nr. 735, p. 668.
107. A. HADJ-KHALIFA, nr. 121, p. 141
108. H. DE PAGE, I, nr. 736, p. 668 ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 57, p. 73.

treedt)[109] voor zover zijn optreden in een noodsituatie nuttig is. Hij treedt (i.t.t. sterkmaker) trouwens quasi altijd in andermans naam op.

Voor de bekrachtiging door de derde, hebben noch de sterkmaker, noch zijn medecontractant enige verplichting t. o. v. de derde. De overeenkomst tussen de sterkmaker en zijn medecontractant is niet tegenwerpelijk aan de derde, zolang deze ze niet heeft bekrachtigd. Hieruit volgt dat de medecontractanten, zonder zich te bekommeren om de derde, de overeenkomst kunnen opzeggen of wijzigen of beslissen dat de derde het voordeel van de sterkmaking zal genieten indien de omstandigheden het toelaten[110].

In die zin werd geoordeeld dat een persoon die iets gekocht heeft voor rekening van een derde, door zich sterk te maken voor hem, de gekochte zaak aan een ander mag doorverkopen, zolang deze koop niet werd bekrachtigd, zonder dat de derde zich hiertegen kan verzetten. De derde heeft immers voor de bekrachtiging geen enkel recht op de gekochte zaak[111].

De zaakwaarnemer heeft daarentegen wel degelijk verplichtingen t.o.v. de derde. Wanneer iemand vrijwillig een anders zaak waarneemt, verbindt hij zich stilzwijgend om de door hem begonnen zaakwaarneming voort te zetten en die te voltooien, totdat de eigenaar in staat is zelf daarin te voorzien : hij moet zich eveneens belasten met alles wat bij diezelfde zaak behoort. Hij onderwerpt zich aan alle verplichtingen die zouden ontstaan uit een uitdrukkelijke lastgeving die hij van de eigenaar zou hebben gekregen (art. 1372 B.W.). Hij is verplicht aan de zaakwaarneming alle zorgen van een goed huisvader te besteden (art. 1374 B.W.). De zaakwaarnemer moet dan ook de schade vergoeden die een gebrek aan zorgvuldigheid heeft veroorzaakt. Een dergelijke zorgvuldigheidsplicht wordt niet opgelegd aan de sterkmaker, vermits die enkel gehouden is om de schade van zijn medecontractant te vergoeden, wanneer het beloofde resultaat niet werd bereikt.

59. Op het vlak van de vereiste handelingsbekwaamheid zijn er ook duidelijk verschillen tussen sterkmaking en zaakwaarneming. De zaakwaarnemer hoeft niet bekwaam te zijn om te contracteren. Zaakwaarneming kan ook uitgaan van een onbekwame minderjarige, op voorwaarde dat hij een onderscheidingsvermogen heeft. De sterkmaker moet beschikken over de bekwaamheid om te contracteren. Indien de bekrachtiging niet wordt bekomen is hij immers contractueel aansprakelijk. Ook de bekwaamheid van de persoon van wie de belangen worden behartigd verschillen. Bij de zaakwaarneming is die bekwaamheid niet vereist. De handelingsbekwaamheid beschermt iemand tegen zijn eigen

109. G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, nr. 129, p. 173 ; M. DE BELLOMAYRE, 57 ; A. HADJ-KHALIFA, 266.

110. Bordeaux, 27 juli 1827, *S.* 1827, II, 174 ; Toulouse, 27 juni 1839, *S.* 1840, II, 110 ; Cass. fr. (burgerlijke kamer), 12 februari 1873, *S.* 1873, I, 457 ; S. CHOUBANI-SALAH, 74 ; M. DE BELLOMAYRE, 57.

111. Toulouse, 27 juni 1839, *S.* 1840, II, 110.

handelingen, maar niet tegen verbintenissen die ontstaan onafhankelijk van zijn wil. Bij de sterkmaking moet de derde die bekrachtigt daarentegen wel handelingsbekwaam zijn om rechtshandelingen te stellen[112].

60. Zaakwaarneming kan soms gekoppeld worden aan een sterkmaking. Sterkmaking is zelfs vaak het middel dat een schuldeiser zal gebruiken om zich te beschermen tegen de mogelijke betwisting omtrent de vraag of de constitutieve voorwaarden voor zaakwaarneming voorhanden zijn. In een dergelijk geval dienen de beide rechtsfiguren afzonderlijk behandeld te worden[113].

C. Geen garantieverbintenis voor goede uitvoering of solvabiliteit van derde

1. Principe

61. De sterkmaker garandeert in beginsel niet de (goede) uitvoering van de verbintenis waartoe de derde zich verbonden heeft of die de derde bekrachtigd heeft[114]. Hij belooft enkel dat de derde een verbintenis zal aangaan doch niet dat de derde de aangegane verbintenis zal respecteren of uitvoeren. Van zodra de derde zich verbonden heeft tot het beloofde, is de sterkmaker bevrijd[115]. De sterkmaker garandeert evenmin de solvabiliteit van de derde. De sterkmakingsovereenkomst is immers geen borg[116].

2. Onderscheid tussen borgtocht en sterkmaking

62. De sterkmaking wordt soms gekwalificeerd als een garantieovereenkomst tussen de sterkmaker en de begunstigde, op grond waarvan deze laatste zich kan laten vergoeden voor het geval het beloofde resultaat niet wordt bereikt. Er is bijgevolg een zekere verwantschap tussen borgtocht en sterkmaking. De borg gaat een persoonlijke verbintenis aan t.o.v. de schuldeiser van een hoofdschul-

112. A. HADJ-KHALIFA, nr. 122, p. 142.
113. H. DE PAGE, I, nr. 736, p. 669.
114. Gent, 14 november 1930, *Pas.* 1930, II, 53 ; Rb. Gent, 1 juni 1965, *R.W.* 1965-66, 1212 ; Brussel, 6 december 1967, *Pas.* 1968, II, 100 ; ;vgl. in dezelfde zin : *Frankrijk :* G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, nr. 132, p. 175 : C. BEUDANT, R. BEUDANT en P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil*, nr. 936, p. 37 ; H.L. MAZEAUD, J. MAZEAUD en F. CHABAS, nr. 242, p. 251 ; B. STARCK, H. ROLAND en L. BOYER, nr. 1355, p. 559.
115. H. DE PAGE, I, nr. 733, p. 668 ; F. LAURENT, nr. 543, p. 619 ; P. VAN OMMESLAGHE, II, 1985/272.
116. Vred. Antwerpen (1ste kanton), 7 november 1984, *Rec. gén. enr. not.* 1998, nr. 23658, p. 416 en *R.W.* 1986-87, 2323 ; Arbrb. Brussel (1ste kamer *bis*), 27 juni 1972, Rolnr. 1904 ; H. DE PAGE, I, nr. 734, p. 668 ; P. VAN OMMESLAGHE, II, 1985/271 ; vergelijk : *Frankrijk :* B. STARCK, H. ROLAND en L. BOYER, nr. 1355-1356, p. 559 ; anders : A. TAMBOISE, 78 (sterkmaking is een specifieke vorm van borgtocht : zij is voorafgaandelijk en eventueel bovendien komt hier bovenop een onmiddellijke verbintenis om de bekrachtiging te bekomen).

denaar. De sterkmaker verbindt zich daarentegen t.o.v. de schuldeiser van een eventuele schuldenaar[117].

63. Het voornaamste verschil tussen de sterkmaking en de borgtocht ligt in het accessoir karakter van de borg : de borg verplicht zich jegens de schuldeiser, aan die verbintenis te voldoen, indien de (hoofd)schuldenaar niet zelf daaraan voldoet (art. 2011 B.W.). Een borgtocht veronderstelt het bestaan van een hoofdverbintenis. De sterkmaker daarentegen, gaat in beginsel zelf een hoofdverbintenis aan m. n. een derde te overtuigen om zich tot het beloofde te verbinden[118]. Zijn verbintenis is immers onafhankelijk van de eventuele verbintenis van de derde. De sterkmaker garandeert zijn eigen verbintenis die erin bestaat de derde te overtuigen om zich te verbinden[119]. Eens de derde zich verbonden heeft, houden de verbintenissen van de sterkmaker op. De verbintenis van de sterkmaker eindigt op het ogenblik dat deze van de borg een aanvang neemt[120]. De sterkmaking garandeert het ontstaan van een toekomstige schuld, terwijl de borgtocht een garantieovereenkomst betreft m.b.t. een bestaande schuld[121].

64. Het voorwerp van de verbintenis van de sterkmaker en van de borg verschillen. De sterkmaker verbindt zich ertoe om zijn medecontractant schadeloos te stellen voor de schade geleden t.g.v. de niet-verwezenlijking van het beloofde. In beginsel verbindt de sterkmaker zich er niet toe om de voor de derde bedoelde verbintenis voor eigen rekening te nemen (*supra* randnr. 33). De beloofde verbintenis van de derde en de schadevergoeding bij gebreke van bekrachtiging van de derde zijn geenszins identieke verbintenissen. Daarentegen dient de borg de verbintenis uit te voeren die de hoofdschuldenaar in gebreke is uit te voeren. De verbintenis van de borg en van de hoofdschuldenaar zijn dus identiek. De borgtocht die is aangegaan voor meer dan de hoofdschuld of onder meer bezwarende voorwaarden wordt verminderd tot hetgeen in de hoofdverbintenis is begrepen (art. 2013 B.W.). De verbintenis tot schadeloosstelling van de sterkmaking kan hoger of lager zijn dan de beloofde verbintenis van de derde. Een wettelijke vermindering van de verbintenis van de sterkmaker is niet voorzien[122].

65. Gelet op het accessoir karakter van de borgtocht, is de (niet-hoofdelijke) borg niet tot betaling gehouden dan bij gebreke van de schuldenaar, wiens goederen vooraf moeten worden uitgewonnen, tenzij de borg afstand heeft

117. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 71, p. 91.
118. A. BUTTGENBACH, nr. 4, p. 18.
119. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 71, p. 91
120. A. BUTTGENBACH, nr. 4, p. 18.
121. H. DE PAGE, I, nr. 734, p. 668.
122. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 71, p. 92 ; G. MARTY en P. RAYNAUD, nr. 277, p. 293

gedaan van het voorrecht van uitwinning. De verbintenis van de sterkmaker is geenszins subsidiair. In feite heeft de medecontractant slechts één hoofdschuldenaar voor of nadat de derde zich verbonden heeft tot het beloofde. De verbintenis van de sterkmaker en van de derde volgen elkaar op. De verbintenis van de ene sluit de verbintenis van de andere uit. Er zijn dus nooit twee schuldenaars tegelijkertijd[123].

De sterkmaker kan het voorrecht van uitwinning niet inroepen tegenover zijn medecontractant[124], vermits de derde voor wie hij zich sterkmaakt niets verschuldigd is aan de medecontractant. Het is juist omwille van het feit dat de begunstigde geconfronteerd wordt met een weigering van de derde, dat hij aan de sterkmaker de verschuldigde vergoeding vordert[125].

Een interessante illustratie uit de rechtspraak betrof een geval waar een persoon zich bij de ontbinding van een vennootschap sterk maakt voor de betaling van het passief door de vennoot die het actief van de vennootschap overnam. De rechter achtte zich niet gebonden door de kwalificatie van de partijen en herkwalificeerde de overeenkomst *in casu* als een borgtocht. De derde (*in casu* de vennoot) was immers bij het sluiten van de zogenaamde sterkmakingsovereenkomst verbonden en de zogenaamde sterkmaker trad in feite tot de overeenkomst toe om die verbintenis ten accessoire titel te garanderen. Bij het sluiten van de overeenkomst waren twee personen verbonden wat onverzoenbaar is met de kwalificatie van sterkmaking die slechts één hoofdverbintenis creëert. Het accessoir karakter van de verbintenis van de sterkmaker wees ook op het feit dat het in feite een borgtocht betrof[126].

Een gelijkaardig precedent betrof een verbintenis opgenomen door een overlater van een huur de heer R. Bedongen werd « De heer R. maakt zich sterk dat Mevrouw D. en de heer tot december 1986 de huurovereenkomst zullen naleven ». De rechter herkwalificeerde deze overeenkomst als een borgtocht vermits de sterkmaker de uitvoering van een verbintenis niet waarborgt. Bovendien had de heer R. in zijn verweer het voorrecht van uitwinning ingeroepen, bepaling die kenmerkend is voor de borg. Hiermee had hij zelf aangegeven dat de eigenlijke bedoeling van partijen was om een borgtocht te sluiten[127].

66. De borg die betaald heeft, heeft verhaal op de hoofdschuldenaar (art. 2028 B.W.). De sterkmaker beschikt daarentegen niet over een verhaal tegen een derde, vermits de derde voor wie hij zich sterkgemaakt heeft, hem niets verschuldigd is[128].

123. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 71, p. 93.
124. Vred. Etterbeek, 29 december 1987, *T. Vred.* 1988, 95.
125. A. BUTTGENBACH, nr. 4, p. 18.
126. Kh. Brussel, 21 maart 1908, *Jur. Comm. Brux.* 1908, 253 en *Pand. pér.* 1908, 601.
127. Vred. Etterbeek, 29 december 1987, *T. Vred.* 1988, 95.
128. A. BUTTGENBACH, nr. 4, p. 18 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : S. CHOUBANI-SALAH, nr. 71, p. 93.

3. Combinatie sterkmaking en borgtocht

67. Men kan zich vanzelfsprekend zowel verbinden als sterkmaker en als borg. In hoofde van de schuldenaar blijven het weliswaar twee onderscheiden verbintenissen die zich opvolgen[129].

Een loodgieter had op grond van een overeenkomst met een architect de werken beëindigd die een voorganger had verlaten. *In casu* werd een overeenkomst van sterkmaking afgeleid uit de offerte van de aannemer die de handgeschreven vermelding van de architect bevatte : « gezien de architect, met belofte van akkoord door de cliënt, begin het werk zo snel mogelijk », getekend de architect. *In casu* had de aannemer slechts met de architect gehandeld en de bouwheer had, ontevreden als hij was over de traagheid van de vordering van de werkzaamheden, steeds geweigerd de betrokken overeenkomst te ondertekenen. Het arrest bepaalde dat vermits de architect de aannemer had aangespoord om de werken aan te vatten en vervolgens verder te zetten, ofschoon de bouwheer weigerde het contract te tekenen, de architect niet alleen zich sterk had gemaakt voor de uitvoering, maar zich ook had borg gesteld voor de uitvoering. De architect werd veroordeeld tot betaling van de factuur van de loodgieter[130].

IV. Geldigheidsvoorwaarden

A. Geldige toestemming van de sterkmaker

68. Zoals elke overeenkomst vereist de overeenkomst van sterkmaking een toestemming van beide contractspartijen, vrij van wilsgebreken.

Een verzekeringsagent pleegt bedrog wanneer hij door de moeder van een minderjarige, een huisvrouw van bescheiden afkomst en slecht over haar rechten ingelicht, een overeenkomst laat ondertekenen die de grondslagen vastlegt van de schadevergoeding voor een verkeersongeval op een ogenblik dat het materialiter nog onmogelijk is met kennis van zaken de mogelijke schade te begroten. De kwaadwilligheid van de agent wordt bevestigd door de zorg die hij nam om de uitvoering van de overeenkomst te waarborgen door een beding van sterkmaking in te lassen, zich bewust van het risico van vernietiging van het contract afgesloten in naam van de minderjarige[131].

---

129. A. BUTTGENBACH, nr. 4, p. 19 ; F. LAURENT, XV, nr. 544, p. 621 ; Vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, nr. 132, p. 177 ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 217, p. 256 ; C. BEUDANT, R. BEUDANT en P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil*, nr. 936, p. 37 ; B. STARCK, H. ROLAND en L. BOYER, nr. 1356, p. 559.
130. Cass. fr. (burgerlijke kamer), 8 november 1978, *Bull. civ.*, III, 1978, nr. 339, p. 260.
131. Bergen, 6 juni 1986, *R.G.A.R.* 1987, nr. 11287.

B. Bekwaamheidsvoorwaarden van de sterkmaker

1. Mogelijkheid van een wettelijke vertegenwoordiger om zich sterk te maken voor de handelingsonbekwame

69. In de praktijk gebeurt het geregeld dat een persoon zich sterkmaakt t.v.v. een persoon van wie hij de wettelijke vertegenwoordiger is, om een transactie te laten doorgaan die hij in belang acht van de handelingsonbekwame. Hierbij wil men de wettelijke formaliteiten vermijden die men normalerwijze moet in acht nemen en die de transactie bemoeilijken of onnodig kosten veroorzaken. Sommigen werpen dan ook op dat de sterkmaking een omzeiling van de wettelijke beschermingsregeling inzake handelingsonbekwamen uitmaakt. In de mate dat de handelingsonbekwame (bij zijn handelingsbekwaamheid) juridisch – misschien niet steeds feitelijk – in principe vrij is om de transactie al dan niet te bekrachtigen wordt de geldigheid van de sterkmaking door de meerderheid van de rechtspraak en rechtsleer wel aanvaard[132].

2. Hoedanigheid van sterkmaker moet bij het contracteren kenbaar gemaakt worden

70. De hoedanigheid van sterkmaker moet bij het contracteren kenbaar gemaakt worden. Iemand die eerst in een andere hoedanigheid heeft gecontracteerd, kan naderhand niet de hoedanigheid van sterkmaker inroepen[133].

Aldus werd geoordeeld dat een persoon die bij een verkoop had gecontracteerd als lasthebber van een derde (koper waarbij de eigendom rechtstreeks overgaat), naderhand niet kan beweren dat hij slechts als sterkmaker is opgetreden van die derde[134]. Het Franse Hof van Cassatie verbrak ook een arrest waarbij het Hof van Beroep te Dijon aan een persoon de dubbele hoedanigheid van sterkmaker en lasthebber had toegekend. Het Hof van Cassatie wees erop dat men krachtens artikel 1120 B. W. sterk maakt voor een derde ; dit sluit uit dat men bedingt voor een lastgever die partij is bij de rechtshandeling[135].

132. H. De Page, I, nr. 738B, p. 670 ; Cass. fr. (burgerlijke kamer), 16 februari 1814, *Bull. civ.* 1814, nr. 29, p. 77 ; Cass. fr. (burgerlijke kamer), 1 mei 1815, *Bull. civ.* 1815, nr. 29, p. 101 ; Cass. fr. (req.), 29 maart 1852, *S.* 1852, I, 535 en *D.* 1854, I, 392 ; Cass. fr. (burgerlijke kamer), 22 januari 1896, *D.* 1897, I, 476 ; Lyon, 25 mei 1900, *Pas.* 1900, IV, 174 ; Cass. fr. (req.), 6 maart 1905, *D.P.* 1910, I, 362 en *S.* 1905, 441 ; Chambery 14 december 1936, *D.* 1937, 170 ; Lyon, 11 maart 1980, *D.* 1981, 617, noot G. Peyrard, *Rép. Defrénois* 1982, 2ième partie, art. 32846, noot J.L. Aubert en *D.S.* 1980, Inf. Rap. 39 (een pupil die erfgenaam geworden is van zijn voogd kan de nietigverklaring van de sterkmaking voor hem niet meer vorderen) ; E. Fortis, nr. 9, p. 2 en nr. 20, p. 3 ; G. Baudry-Lacantinerie en L. Barde, nr. 136, p. 179 ; A. Hadj-Khalifa, nr. 78, p. 80 ; H.L. Mazeaud, J. Mazeaud en F. Chabas, nr. 242, p. 251.

133. A. Hadj-Khalifa, nr. 80, p. 83.

134. Cass. fr. (burgerlijke kamer), 11 april 1877, *D.P.* 1877, I, 199.

135. Cass. fr. (burgerlijke kamer), 17 februari 1956, *Bull. civ.* 1956, IV, nr. 172, p. 127.

3. Beperkingen vanuit het familiaal vermogensrecht

71. In het algemeen is de sterkmaking slechts mogelijk wanneer het vermogen van de sterkmaker afgescheiden is van het vermogen van de derde voor wie men zich sterkmaakt. Sterkmaking veronderstelt een juridische verhouding tussen drie afzonderlijke vermogens.

Verkoop van de gezinswoning met beding van sterkmaking t.v.v. andere echtgenoot

72. De verkoop van een gezinswoning behoeft naar Belgisch (en Frans) recht de instemming van beide echtgenoten. Soms sluit de ene echtgenoot desalniettemin een koopovereenkomst, maar maakt hij zich sterk dat de andere echtgenoot deze verkoop zal bekrachtigen. Het Franse Hof van Cassatie is echter van oordeel dat een dergelijke sterkmaking strijdig is met artikel 215 Code civil en verklaarde zowel de koopovereenkomst als de sterkmakingsovereenkomst nietig[136]. De sterkmaking ondergraaft immers volgens het Hof de wettelijke beschermingsregeling. Indien de echtgenoot die zich sterk gemaakt heeft veroordeeld wordt tot betaling van een schadevergoeding, wordt de andere echtgenoot immers gesanctioneerd wanneer deze vergoeding ten laste valt van het gemeenschappelijk vermogen[137].

De schadeloosstelling die de echtgenoot-sterkmaker bij niet-bekrachtiging in dit geval moet betalen is een eigen schuld, m. n. een schuld ontstaan uit handelingen die één der echtgenoten niet mocht verrichten zonder de medewerking van de andere echtgenoot (art. 1407 derde streepje B. W.). Weliswaar kunnen schulden die eigen zijn aan één der echtgenoten ook verhaald worden op het gemeenschappelijk vermogen, in zoverre het verrijkt is door opneming van eigen goederen van de schuldenaar[138].

Een uitspraak van een Brusselse rechtbank betrof een gezinswoning die in onverdeeldheid aan beide echtgenoten toebehoorde. De echtgenoot had zich sterk gemaakt dat zijn echtgenote zou instemmen met de verkoop, terwijl de echtgenoot van de koper zich ook sterk had gemaakt dat zijn echtgenote de koop zou bekrachtigen. De echtgenote van de koper weigerde echter de bekrachtiging. Hierop vorderden de kopers de ontbinding van de koop met een schadevergoeding. De rechter wees de vordering af. De dubbele bescherming van de echtgenote liet haar toe om de verbintenis van haar echtgenoot niet te bekrachtigen in haar hoedanigheid van mede-eigenaar (art. 577-2 § 6 B.W.) maar ook en vooral om instemming te betuigen met de verkoop van de gezins-

136. Cass. fr. (burgerlijke kamer), 11 oktober 1989, *D.* 1990, I, 310, noot R. Le Guidec, *Sem. Jur.* 1990, Ed. G., II, nr. 21549 en *Rép. Defrénois* 1989, art. 346333, p. 1420, noot G. Champenois.

137. S. Choubani-Salah, 114.

138. Y.H. Leleu, « Examen de jurisprudence (1982-1996) Régimes Matrimoniaux », *R.C.J.B.* 1998, nr. 6, p. 62, voetnoot 16.

woning (art. 215 § 1 B.W.). Om reden van de bescherming geboden door artikel 215 B.W., heeft de verkoop ook geen gevolg m. b. t. het persoonlijk aandeel in de gemeenschappelijke woning van degene die zich sterk heeft gemaakt. Deze oplossing die afwijkt van het gemeen recht vermijdt dat bij de gedwongen tenuitvoerlegging van de persoonlijke schuld van de echtgenoot, het recht op de gezinswoning indirect wordt aangetast. De rechter veroordeelde de echtgenoot-sterkmaker echter wel tot een schadeloosstelling wegens het lichtzinnig aangaan van de sterkmakingsovereenkomst. Een dergelijke schadeloosstelling wordt naar Frans recht echter precies uitgesloten[139].

4. Beperkingen in het kader van rechtspersonen

73. Binnen het kader van een rechtspersoon kan een orgaan zich *als orgaan* niet sterk maken voor een ander orgaan dat binnen de vennootschap bevoegd is om een bepaalde rechtshandeling te stellen. Bij niet-bekrachtiging is de vennootschap immers sowieso gehouden om de schadevergoeding te betalen Een dergelijke handeling is immers in feite een verbintenis van de vennootschap met miskenning van de wettelijke regels inzake bevoegdheidsverdeling[140].

Een voorbeeld uit de Franse rechtspraak betrof een industrieel samenwerkingsakkoord tussen de vennootschap D en C. Teneinde C te laten toetreden tot het aandeelhouderschap van D, maakte de voorzitter van de raad van bestuur van deze laatste vennootschap zich (in deze hoedanigheid) sterk voor de aandeelhouders van D, dat zij een voorkeurrecht zouden verlenen aan C, voor het geval zij zouden beslissen om alle of een deel van hun aandelen aan derden over te dragen of tot een kapitaalverhoging over te gaan die voorbehouden is aan derden. Het Hof van Beroep te Parijs oordeelde dat de clausule inzake het voorkeurrecht nietig was wegens schending van bepalingen uit het vennootschapsrecht die de openbare orde raken, in de mate dat zij een sterkmaking inhield voor de vennootschap zelf[141].

74. Een lid van een orgaan van een rechtspersoon kan zich wel *in zijn persoonlijke naam* sterk maken voor een ander orgaan dat binnen de vennootschap bevoegd is om een bepaalde rechtshandeling te stellen[142].

---

139. Rb. Brussel, 5 maart 1990, *T. Vred.* 1991, 39, *Pas.* 1990, III, 105, *Rec. gén. enr. not.* 1991, 410 en *Waarvan Akte* 1991, 31
140. G. TILLEMENT, « Promesse de porte-fort en droit des sociétés », *Rev. soc.* 1993, 55.
141. Parijs, 20 feburari 1982, onuitg. geciteerd in G. TILLEMENT, « Promesse de porte-fort en droit des sociétés », *Rev. soc.* 1993, 55
142. Parijs, 15 januari 1987, *Bull. Joly* 1987, 101, noot P. LE CANNU en *Rép. Defrénois* 1987, art. 33950, p. 624, noot J. HONORAT ; Cass. fr. (handelsrechtelijke kamer), 4 oktober 1988, *Bull. Joly* 1988, 863, noot P.L.C.

C. Personen voor wie men zich kan sterkmaken

75. Men kan zich sterk maken voor bekwame en onbekwame personen, voor natuurlijke personen en rechtspersonen, voor personen die al dan niet bepaald zijn op het ogenblik van het sluiten van de sterkmakingsovereenkomst.

1. Persoon voor wie men zich sterk maakt dient niet bepaald te zijn

76. Het (Belgische) Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat de persoon voor wie men zich sterk maakt, niet bepaald moet zijn. Het feit dat zulks wel kan resulteren in misbruiken impliceert niet dat hieraan een nietigheidssanctie is verbonden, vermits de wet een dergelijke sanctie niet oplegt[143].

Het Hof van Cassatie achtte een inschrijving op aandelen waarbij iemand zich sterk maakte voor een anonieme groep van inschrijvers geldig[144]. In de Franse rechtspraak werd eveneens de geldigheid aanvaard van een beding van sterkmaking in een collectieve arbeidsovereenkomst. De syndicale organisatie maakte zich *in casu* sterk ten voordele van hun syndicale afgevaardigden die bij de beëindiging van hun opdracht binnen de vakorganisatie opnieuw hun oude job wensten op te nemen om voor hen de reïntegratie in hun vroegere onderneming te bekomen of hen een equivalente functie aan te bieden[145]. In exclusieve bevoorradingsovereenkomsten kan de medecontractant van de leverancier zich sterk maken dat bij overdracht van de handelszaak, de overnemer van de handelszaak ook het bevoorradingscontract zal tekenen en dat hij zal aanvaarden om het lopende contract te zullen overnemen[146]. Een andere toepassing uit de rechtspraak betrof een aanbod van een autodistributeur in een krantenadvertentie met een beding van sterkmaking voor zijn verdelers[147].

77. Bij sterkmaking voor een inschrijving op aandelen van de NV, blijkt uit de wet zelf dat de personen voor wie men zich sterkmaakt niet bepaald moeten zijn. Artikel 456 W. Venn. voorziet immers in een dubbele wettelijke termijn voor bekrachtiging. In beginsel moet de verbintenis tot inschrijving bekrachtigd worden binnen de twee maanden nadat ze is aangegaan. *Deze termijn wordt*

143. Cass. 25 maart 1909, *Pas.* 1909, I, 188 en *Rev. prat. soc.* 1909, nr. 1990, p. 280 ; zie in dezelfde zin : Brussel (2de kamer), 11 december 1907, *Rev. prat. soc.* 1908, nr. 1932, (2de zaak), 326 (sterkmaking voor inschrijving op aandelen) ; J. CERFONTAINE, « Oprichting », in *N.V. in de praktijk*, I.1.3-8 ; anders : H. DE PAGE, I, nr. 739, p. 671 ; ;vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : Rb. Belfort 10 december 1861, *S.* 1862, II, 561 ; E. FORTIS, nr. 19 ; anders : Rennes, 31 augustus 1841, *S.* 1842, II, 71 ; Cass. fr. (burgerlijke kamer), 18 januari 1848, *D.* 1848, I, 48 ; Parijs, 17 oktober 1968, *D.* 1969, Somm. 45 en *Rev. trim. dr. civ.* 1969, 562, met kritische noot Y. LOUSSOUARN.

144. Cass., 25 maart 1909, *Pas.* 1909, I, 188 en *Rev. prat. soc.* 1909, nr. 1990, p. 280.

145. Cass. fr., 12 februari 1975, *Bull. civ.* 1975, V, nr. 67 en *D.* 1975, Inf. Rap. 74.

146. Nancy, 8 oktober 1987, *EDI-DATA*, 87-45676.

147. Rb. Leuven (4de burgerlijke kamer), 11 maart 1988, *Pas.* 1988, III, 72.

verminderd tot vijftien dagen indien de namen van de personen voor wie de verbintenis is aangegaan, niet zijn opgegeven[148].

2. Persoon voor wie men zich sterk maakt hoeft niet bekwaam te zijn

78. De persoon voor wie men zich sterk maakt hoeft niet bekwaam te zijn. Hij is immers niet gebonden door de sterkmakingsovereenkomst en is (juridisch) vrij om (eens bekwaam geworden) de voor hem bedoelde verbintenis al dan niet te bekrachtigen. In praktijk laat de sterkmaking toe aan vertegenwoordigers van minderjarigen om een rechtshandeling voor hun rekening te stellen, zonder inachtname van de bekwaamheidsvoorschriften ter bescherming van handelingsonbekwamen[149].

79. Iets minder voor de hand liggend is de vraag of men zich sterk kan maken voor een persoon die handelingsonbekwaam is wegens (geestelijke) ziekte en waarvan het weinig waarschijnlijk is dat hij na de sterkmaking nog handelingsbekwaam zal worden.

D. Vorm en bewijs

1. Consensuele overeenkomsten : zonder wettelijk voorgeschreven bewoordingen

80. De sterkmakingsovereenkomst is een consensuele overeenkomst. Vermits de wetgever geen plechtige vormvereisten oplegt voor de sterkmakingsovereenkomst, kan de wil van de contractspartijen om een dergelijke overeenkomst te sluiten in principe op om het even welke manier worden uitgedrukt : mondeling, schriftelijk, uitdrukkelijk, stilzwijgend of impliciet. Wel dient de wil om zich hiertoe te verbinden zeker te zijn[150]. Er dienen dan ook niet noodzakelijk sacramentele bewoordingen gebruikt te worden : zoals « sterkmaken » (se porter port, se faire fort), « doen bekrachtigen », « zich ertoe verbinden om de handtekening te bekomen »[151]. De wil om een sterkmakingsovereenkomst te sluiten kan ook uit de omstandigheden worden afgeleid, ook al verdient het in

148. L. MAHIEU, « De la souscription d'actions par mandataire et par porte-fort, sans désignation, dans l'acte de constitution de la personnalité du mandant ou du tiers », *Rev. prat. soc.* 1903, nr. 1409, p. 76.

149. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 110, p. 135 ; A. HADJ-KHALIFA, 87-88.

150. A. BUTTGENBACH, nr. 11, p. 32 ; H. DE PAGE, II, nr. 740, p. 672.

151. Brussel, 11 juni 1913, *Pas.* 1913, II, 284 ; A. BUTTGENBACH, nr. 11, p. 32 ; H. DE PAGE, I, nr. 740, p. 672 ; F. LAURENT, XV, nr. 543, p. 618 ; vgl. in dezelfde zin : *Frankrijk* : Cass. fr. (req.), 9 november 1853, *D.* 1854, V, 514 ; Algiers, 15 juli 1909, *D.* 19212, II, 164 ; C. AUBRY en C. RAU, IV, § 343*ter*, p. 511, voetnoot 4 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, I, nr. 131, p. 174 ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 116, p. 143 ; A. HADJ-KHALIFA, nr. 100, p. 102 ; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 49, p. 52.

de praktijk aanbeveling om de verbintenis tot sterkmaking in (één van de hoger vernoemde) formele bewoordingen uit te drukken.

Aldus kwalificeerde de rechter een overeenkomst waar een vastgoedmakelaar « de aankoopopties overdroeg die hem werden verleend door de eigenaars van de terreinen » (met kalklagen gesitueerd in Gaurain-Rameroux) als een sterkmaking. In de betrokken overeenkomst werd geen enkele naam van een eigenaar vermeld, evenmin werd voorbehoud gemaakt voor de hypothese van niet-bekrachtiging door één van de mede-eigenaars van de terreinen. De vastgoedmakelaar liet integendeel uitschijnen dat voor hem de koopovereenkomsten zouden gesloten worden tegen de vooropgestelde datum en dat hij hiervoor garant stond. Dit bleek onder meer uit het schadebeding dat was opgenomen voor het geval van niet-uitvoering van de overeenkomst. Bovendien was het grootste deel van de makelaarsvergoeding pas verschuldigd bij het verlijden van de authentieke koopovereenkomsten, wanneer zou blijken dat de verkochte goederen vrij en onbelast waren[152].

Een mede-erfgenaam verbond zich zowel in eigen naam, als in naam van zijn (zussen en broers) mede-erfgenamen (die geen partij waren bij de overeenkomst) ertoe om een bepaalde som aan een derde te betalen indien hij een voorstel van dading aanvaardde. De mede-erfgenamen erkenden naderhand deze dadingsovereenkomst en bekrachtigden ze. De rechtshandeling waarbij de éne erfgenaam zich (namens zijn mede-erfgenamen) had verbonden werd gekwalificeerd als een sterkmaking, ook al bevatte de akte niet de bewoordingen dat de erfgenaam zich « sterk maakte »[153].

2. Geen vermoeden van sterkmaking

A) THEORIE VAN HET STILZWIJGEND BEDING VAN STERKMAKING IN IEDERE BELOFTE TOT VERBINTENIS VAN EEN DERDE

81. Door bepaalde (oudere) rechtsleer werd de stelling verdedigd dat iedere overeenkomst die een belofte inhoudt van een verbintenis door een derde, geacht moet worden een belofte van sterkmaking te bevatten[154]. Men baseert zich hierbij onder meer op de interpretatieregel vervat in artikel 1157 B. W. luidens dewelke men een beding dat voor tweeërlei zin vatbaar is, veeleer moet opvatten in de zin dat het enig gevolg kan hebben, dan in die waarin het geen gevolg kan hebben. Men geeft immers gevolg aan « een beding voor een derde » door het als een sterkmaking te kwalificeren. Om het vermoeden van sterkma-

152. Brussel 11, juni 1913, *Pas.* 1913, II, 284

153. Cass. fr. (req.), 9 november 1853, *D.* 1854, V, 514.

154. BUFNOIR, *Propriété et contrat,* 2de ed., Parijs, Librairies Techniques, 1924, 564 ; DE BELLOMAYRE, 25 ; DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon,* 24, 6de ed., 1992, Imprimerie Générale, 1880, nr. 216 ; R. SALEILLES, *Etude de la théorie générale de l'obligation,* 3e ed., Parijs, 1925, nr. 152 ; MARCADÉ en PONT, *Explication théorique et pratique du code Napoléon,* 4, 8e ed., nr. 430, p. 431.

king juridisch te funderen beroept men zich ook op uitspraken van Pothier die stelde : « On peut présumer facilement que celui qui a promis qu'un tiers donnerait ou ferait quelque chose n'a pas entendu pure de alio promittere, mais qu'il a entendu promettere aussi de se, c'est-à-dire promettre qu'il se faisait fort de ce tiers, quoique cela ne soit pas exprimé. En ce cas, la convention est valable, et elle oblige celui qui a promis aux dommages-intérêts résultant de l'inexécution de ce dont il s'est fait fort »[155].

b) Falsificatie van deze theorie

82. De theorie van het vermoeden van sterkmaking in overeenkomsten die een belofte inhouden van een verbintenis van een derde, wordt door de meerderheid van de rechtsleer verworpen[156]. Men argumenteert hierbij als volgt.

De ingeroepen interpretatieregel van artikel 1157 B.W. in verband met een clausule van een contract die voor tweeërlei zin vatbaar is, is *in casu* niet van toepassing. Deze interpretatieregel veronderstelt immers dat er een overeenkomst is, terwijl in de hypothese van artikel 1119 B.W. er geen contract is, gezien er geen schuldenaar is. *In casu* is immers precies de vraag aan de orde of er wel degelijk een overeenkomst voorhanden is[157]. Vervolgens wijst men op het beperkte gezag verbonden aan de rechtsleer die niet kan ingaan tegen de wet. Bovendien stelt zich de vraag of uit de aangehaalde tekst van Pothier wel een vermoeden van sterkmaking kan worden afgeleid[158]. Vervolgens baseert men zich op de interpretatieregel vervat in artikel 1162 B. W. dat bepaalt dat in geval van twijfel de overeenkomst wordt uitgelegd ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft[159]. Bovendien stelt men dat een vermoeden van sterkmaking het verbod om zich te verbinden of iets te bedingen in zijn eigen naam dan voor zichzelf tenietdoet (art. 1120 B.W.), vermits zij ertoe leidt dat ieder belofte van een verbintenis van een derde geldig wordt[160]. Een vermoeden van sterkmaking heeft trouwens geen enkele wettelijke basis (in artikel 1120 B.W.)[161].

c) De juridische praktijk

83. In de praktijk stellen de rechters het bestaan van een sterkmaking stilzwijgend vast als die kan worden afgeleid uit omstandigheden die voldoende

155. R. Pothier, *Traité des obligations*, II, Parijs, Bugnet, 1813, 56-57.
156. H. De Page, I, nr. 740, p. 672 ; F. Laurent, XV, nr. 543, p. 616.
157. A. Buttgenbach, nr. 12, p. 33
158. A. Buttgenbach, nr. 12, p. 32
159. G. Baudry-Lacantinerie en L. Barde, nr. 131, p. 173.
160. A. Buttgenbach, nr. 12, p. 33 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : G. Baudry-Lacantinerie en L. Barde, nr. 131, p. 173 ; G. Marty en P. Raynaud, nr. 276, p. 292
161. G. Baudry-Lacantinerie en L. Barde, nr. 131, p. 173.

elementen opleveren om hieruit met zekerheid werkelijk een wil om zich te verbinden af te leiden[162]. Relevante omstandigheden zijn de hoedanigheid van de partijen, de vorm van de rechtshandeling en de aard van de zaak[163]. Het betreft een feitenkwestie die door de bodemrechters moet worden beoordeeld. In de praktijk is er een tendens om de wil om zich sterk te maken strikt te interpreteren, gelet op het zwaarwichtig karakter van een verbintenis tot sterkmaking. De sterkmaking is immers een eenzijdige overeenkomst, waarbij enkel de sterkmaker zich verbindt (zonder enige tegenprestatie)[164].

Een beding van sterkmaking kan onder meer volgen uit een schadebeding voor het geval een derde zou weigeren om het contract te bekrachtigen[165].

Hierna volgen een aantal precedenten uit de rechtspraak ter illustratie :

- de overeenkomst waarbij een mede-erfgenaam zich in eigen naam en in naam van zijn broers en zussen (mede-erfgenamen) ertoe verbond om een bepaalde som aan een derde te betalen indien hij een geding door middel van dading beëindigde, werd geacht een sterkmaking in te houden[166] ;
- een Amerikaans bedrijf bezorgde op vraag van de Société Bordeaux een pro-forma factuur teneinde deze toe te laten om een financiering aan te vragen aan een leasingmaatschappij. De Société Bordeaux bevestigde de bestelling van dit materiaal en voegde er aan toe : De financiering werd gevraagd aan de leasingmaatschappij. Hierop werd de bestelling bevestigd en de betaling- en leveringstermijn gepreciseerd. Tevens werd bevestigd dat men kennis genomen had van de aanvraag tot financiering aan de leasingmaatschappij. Nadat het voorschot tevergeefs werd gevraagd, herinnerde de fabrikant eraan dat de kraan ter beschikking stond in de fabriek. De aanduiding dat financiering werd gevraagd aan de maatschappij werd niet beschouwd als een opschortende voorwaarde, omdat een voorwaarde duidelijk moet zijn bedongen en niet kan worden afgeleid uit een louter incidentele zin. Wel ging het om een onvoorwaardelijke bestelling. In een leasingcontract koopt de gebruiker niet voor zijn rekening het materiaal dat hij bestelt. Hieruit werd afgeleid dat de Franse vennootschap zich sterk maakte voor de leasingmaatschappij[167] ;
- in een overeenkomst verbond een vennootschap zich ertoe om aandelen aan een derde te verschaffen, hetzij door middel van een wederinkoop, hetzij door een kapitaalverhoging. De nietigheid van deze overeenkomst werd

162. Parijs, 17 oktober 1968, *D.* 1969, Som. 45 (« Si la clause de porte-fort peut être tacite lorsque son existence est impliquée par le contenu même et les stipulations de la convention, on ne saurait cependant en supposer la présence toutes les fois qu'une personne non habilitée contracte à la place du véritable titulaire d'un droit ») ; A. HADJ-KHALIFA, nr. 104, p. 106.
163. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 123, p. 152.
164. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 124, p. 154
165. A. HADJ-KHALIFA, nr. 107, p. 121 ; zie voor een toepassing : Rennes, 20 maart 1950, *D.* 1950, II, 121, noot G. LAGARDE.
166. Cass. fr. (req.), 9 november 1853, *D.* 1854, V, 514.
167. Rouen, 7 april 1970, *D.* 1970, I, 676.

gevorderd omdat het een potestatieve of leonijnse verkoop(belofte) zou betreffen. Dit middel werd verworpen vermits zij resulteerde uit de kwalificatie van de overeenkomst als een verkoopbelofte en de overeenkomst terecht als een sterkmaking werd gekwalificeerd[168] ;

- de verbintenis om de verbintenis van een derde te bekrachtigen kon echter niet worden afgeleid uit het loutere feit dat de grootouders een akte die hun kleinzoon aanbelangde mee ondertekenden. De grootouders waren *in casu* geen eigenaar van het verkochte gebouw en ook geen voogden van hun kleinkinderen, zij hadden in feite geen enkele hoedanigheid om in de koopakte te worden vermeld. Hun handtekening kwam er op aandringen van de verkrijger om een onrechtmatige vervreemding van een goed van een minderjarige mogelijk te maken[169] ;
- de verbintenis van een erfgenaam om met alle mogelijke middelen te helpen bij de legalisering van een verkoopovereenkomst werd geacht geen sterkmaking uit te maken[170].

3. Niet-toepasselijkheid van artikel 1326 B.W.

84. Voor het Franse Hof van Cassatie kwam de vraag aan bod of de sterkmakingsovereenkomst als eenzijdige overeenkomst niet onderworpen was aan de verplichting om de geldsom die men zich in een sterkmakingsovereenkomst verbindt te betalen met de hand een goed voor of een goedgekeurd voor te schrijven of de gehele overeenkomst met de hand te schrijven. Het Hof heeft geoordeeld dat artikel 1326 B.W. niet van toepassing is op de sterkmaking, vermits de sterkmaking een verbintenis om iets te doen tot voorwerp heeft (*supra* randnr. 27) en niet de verbintenis tot betaling van een som geld[171].

V. Bekrachtiging

85. De bekrachtiging door een derde na sterkmaking is geen constitutief bestanddeel van de overeenkomst van sterkmaking. Zij is enkel van toepassing in het geval waar een belover zich sterk gemaakt heeft voor een derde, door reeds in zijn naam een rechtshandeling te stellen. Zij geldt niet bij een sterkmaking voor een toekomstige door een derde te stellen rechtshandeling. De bekrachtiging is evenmin van toepassing bij een sterkmaking voor een materiële handeling door een derde[172].

168. Cass. fr. (4de kamer), 30 maart 1970, *Bull. civ.* IV, 1971, nr. 102, p. 92.
169. Cass. fr., 11 mei 1953, *Bull. civ.* II, 1953, nr. 152, p. 127 en *Journ. not.* 1954, art. 5415.
170. Cass. fr., 7 maart 1978, *D.* 1978, Inf. Rap. 478.
171. Cass. fr. (1ste burgerlijke kamer), nr. 89-17.982 Girault t/ Fondation Péreire t./ Lemoine (onuitg.) geciteerd in E. FORTIS, nr. 22, p. 4.
172. H. DE PAGE, II, nr. 746, p. 674.

A. Kenmerken van de bekrachtiging

1. Eenzijdige rechtshandeling

86. De bekrachtiging is een eenzijdige rechtshandeling. Door deze bekrachtiging beslist de derde gebonden te zijn door een rechtshandeling die hem niet tegenwerpelijk was. De bekrachtiging dient niet aanvaard te worden door de bedinger van de sterkmaking om rechtsgevolgen te sorteren[173]. Dit kan verklaard worden door het feit dat hij immers per hypothese reeds voorafgaandelijk heeft aanvaard om de te bekrachtigen handeling te stellen, door het sluiten van de sterkmakingsovereenkomst[174].

2. Eenzijdige niet-mededelingsplichtige rechtshandeling

87. Het Hof van Cassatie heeft beslist dat de bekrachtiging effect sorteert van op het moment van de wilsuiting. Om rechtsgevolgen te sorteren is het niet vereist dat dat de bekrachtiging ook ter kennis wordt gebracht van degene die gecontracteerd heeft met de persoon die zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid is opgetreden[175].

3. Vormvrije rechtshandeling

A) GEMEEN RECHT

88. De bekrachtiging is in principe aan geen specifieke formaliteiten onderworpen[176]. De vormvereisten die in artikel 1338 B.W. worden opgelegd voor een bevestiging van een nietige verbintenis zijn niet van toepassing[177]. Indien voor het contract gesloten door de sterkmaker bijzondere vormvereisten gelden, zijn die echter ook van toepassing op de bekrachtiging[178].

---

173. F. LAURENT, nr. 548, p. 625 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : Cass. fr. (burgerlijke kamer), 27 augustus 1833, *S.* 1833, I, 673 ; Cass. fr. (burgerlijke kamer), 7 maart 1979, *Sem. Jur.* 1979, ed. G, IV, 167 en *D.* 1979, Inf. Rap. Somm. 395 ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 181, p. 220.
174. Cass. fr. (burgerlijke kamer), 27 augustus 1833, *S.* 1833, I, 673 ; E. FORTIS, nr. 26, p. 4 ; G. MARTY en P. RAYNAUD, 295 ; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 51, p. 57 ; B. STARCK, H. ROLAND en L. BOYER, nr. 1354, p. 558.
175. Cass., 20 juli 1883, *Pas.* 1883, I, (347), 348, eerste kolom, voorlaatste alinea.
176. M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 51, p. 57.
177. Cass. 15 januari 1857, *Pas.* 1857, I, (78), 85 ; F. LAURENT, nr. 548, p. 625 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : Cass. fr. (burgerlijke kamer), 3 mei 1852, *D.P.* 1852, 143 ; Bordeaux, 8 augustus 1870, *D.* 1871, 174 ; S. CHOUBANI-SALAH, 237 ; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 51, p. 57.
178. H. DE PAGE, II, nr. 749, nr. 676 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : J. BOULANGER, 106 ; S. CHOUBANI-SALAH, 238 ; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 51, p. 57 ; A. TAMBOISE, 112.

b) Sterkmaking voor de inschrijving op aandelen

89. In de mate dat het Wetboek van Vennootschappen op dit punt niet afwijkt van artikel 1120 B.W., is de bekrachtiging van een sterkmaking voor een inschrijving op aandelen, conform het gemeen recht vormvrij[179].

4. Vergelijking met de bekrachtiging in artikel 1338 B. W.

90. De bekrachtiging van de door de sterkmaker gestelde rechtshandeling dient onderscheiden te worden van een bekrachtiging of een bevestiging van een nietige verbintenis (art. 1338 B.W.)[180].

De bevestiging is een eenzijdige rechtshandeling, waarbij men afstand doet van het recht om zich te beroepen op de nietigheid van de te bevestigen verbintenis. In tegenstelling tot de bevestiging van een onregelmatigheid, wordt bij de bekrachtiging het gebrek in de onregelmatige handeling van vertegenwoordiging van de sterkmaker objectief hersteld. De onregelmatigheid wordt als het ware door geldigheid vervangen.

Een andere opvatting wordt verdedigd door Storck (M. Storck, *Le mécanisme de représentation dans les actes juridiques*, nr. 254, p. 188). Hij beschouwt de bekrachtiging als een afstand door de bekrachtiger van het recht om de ongeldigheid in te roepen. Ons inziens is hierdoor geen afdoende verklaring gegeven voor het feit dat deze bekrachtiging ook effect heeft t.o.v. andere personen dan degene die door bekrachtiging afstand doet van het recht om zich op de nietigheid te beroepen. Een bekrachtiging werkt in beginsel *erga omnes*. Een bevestiging, d. i. een afstand van een nietigheidsvordering, heeft relatieve werking.

B. Geldigheidsvoorwaarden

1. Afwezigheid van wilsgebreken

91. De bekrachtiging moet voldoen aan de algemene geldigheidsvoorwaarden voor rechtshandelingen. Om geldig te zijn, moet de toestemming, die elke bekrachtiging veronderstelt, volwaardig zijn, d.w.z. dat zij niet mag aangetast zijn door wilsgebreken[181].

2. Bekrachtiging gaat uit van een persoon met de vereiste bekwaamheid

92. De bekrachtiging moet in beginsel uitgaan van de persoon voor wie de

179. Brussel, 19 januari 1906, *B.J.* 1906, 1364, *Rev. prat. soc.* 1906, nr. 1681, p. 111

180. Cass., 15 januari 1857, *Pas.* 1857, I, (78), 85 ; A. Buttgenbach, nr. 31, p. 75-77 ; H. De Page, II, nr. 749, p. 676 ; F. Laurent, nr. 548, p. 624.

181. *R.P.D.B.*, tw. *Sociétés*, nr. 55, p. 123

belover zich sterk heeft gemaakt[182], zijn rechtsopvolgers onder algemene titel of vertegenwoordiger. De bekrachtiging kan ook uitgaan van een andere persoon die zich in de plaats stelt van de derde, voor zover de sterkmakingsovereenkomst zulks voorziet.

Een toepassing uit de rechtspraak betrof een geval waar de belover zich sterk had gemaakt « voor de verkoop van een stuk grond aan een vastgoedvennootschap in oprichting of aan iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die zich in de plaats zou stellen ». Hierna bood de be-lover zichzelf aan als koper. Het hof van beroep oordeelde dat vermits de overeenkomst de in de plaatsstelling mogelijk maakte voor iedere persoon, zij de in de plaatsstelling door de be-lover niet uitsloot. Derhalve kon de medecontractant niet inroepen dat de betrokken vennootschap niet was opgericht en dat hij niet gedwongen kon worden om te contracteren met de belover. Dit arrest werd bevestigd door het Franse Hof van Cassatie[183].

93. In ieder geval dient hij die bekrachtigt, de vereiste bekwaamheid te bezitten om de te bekrachtigen handeling zelf te verrichten.

3. Termijn waarbinnen de bekrachtiging moet gedaan worden

A) GEMEEN RECHT

94. In tegenstelling tot wat het geval is in sommige andere buitenlandse rechtsstelsels[184], is in het Belgisch en Frans recht de termijn binnen dewelke de beslissing tot bekrachtiging moet worden genomen, niet vastgesteld. Het verdient dan ook aanbeveling om zulks conventioneel te doen[185].

95. Indien geen termijn is bepaald binnen dewelke de bekrachtiging moet worden gegeven kan de derde in gebreke worden gesteld om al dan niet te bekrachtigen[186]. Hierbij kan niet eenzijdig een vervaltermijn worden opgelegd waarbinnen deze beslissing moet worden genomen. Het komt niet toe aan één contractspartij eenzijdig sancties op te leggen. Bij gebreke van uitdrukkelijk

182. Rb. Brussel, 16 februari 1875, *Pas.* 1875, III, 133 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : S. CHOUBANI-SALAH, nr. 189, p. 225

183. Cass. fr., 26 juni 1996, *Bull. civ.* 1996, III, nr. 163, p. 104 en *Rép. Defrénois* 1996, 1359, noot P. DELEBECQUE.

184. *Duitsland* : § 177 BGB ; *Tunesië* : article 40 du Code des obligations : « on peut stipuler pour un tiers sous réserve de ratification. Dans ce cas, l'autre partie peut demander que le tiers au nom duquel on a contracté déclare s'il entend ratifier la convention. Elle n'est plus tenue si la ratification n'est pas donnée dans un délai raisonnable et au plus tard quinze jours après la notification de la convention ».

185. S. CHOUBANI-SALAH, 227.

186. Bourges, 15 juni 1841, *D.P.* 1841, II, 347 ; Cass. fr. (req.), 6 januari 1858, *S.* 1859, I, 561, noot LABBE ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 193, p. 231 ; anders : A. TAMBOISE, 165.

bepaalde termijn dient men aan te nemen dat de beslissing binnen redelijke termijn dient te worden genomen. Zulks dient *in concreto* te worden beoordeeld.

Andere rechtsleer past de gemeenrechtelijke regels toe inzake de uitvoering van verbintenissen. De sterkmaker heeft zich ertoe verbonden om het contract te doen bekrachtigen. Bij gebreke van conventionele termijn, moet de betaling van een verbintenis onmiddellijk gebeuren. In toepassing van die regel moet de bekrachtiging worden gegeven vanaf het sluiten van de sterkmakingsovereenkomst. Indien geen uitvoering wordt gevorderd, verjaart de schuld van de sterkmaker overeenkomstig het gemeen recht[187].

96. Indien de beslissing tot bekrachtiging wordt genomen buiten de (conventionele) termijn voor bekrachtiging, heeft de bekrachtiging niet meer de draagwijdte van een bekrachtiging. Zij moet nog worden aanvaard door de medecontractant van de sterkmaker. Hij is immers bevrijd en dient zijn wil om gebonden te zijn opnieuw uit te drukken. In dit geval komt de overeenkomst tot stand op het moment van de wilsovereenstemmning, zonder terugwerkende kracht. De bekrachtiging resulteert bovendien niet in de bevrijding van de sterkmaker die zijn verbintenis niet is nagekomen. De sterkmaker zal slechts bevrijd zijn indien de medecontractant van de sterkmaker afstand doet van de betaling van een schadevergoeding[188].

b) Wettelijke termijn bij sterkmaking voor de inschrijving op aandelen van een NV

97. De persoon die zich voor een derde sterk maakt dat hij op aandelen zal inschrijven, moet erop toezien dat de verbintenis tijdig wordt bekrachtigd : twee maanden nadat ze is ontstaan indien de identiteit van de derde onmiddellijk wordt bekendgemaakt ; vijftien dagen, wanneer zijn naam niet werd vrijgegeven. Met ontstaan bedoelt men uiteraard de datum waarop de stukken van de vennootschap zijn neergelegd (art. 2 § 4 W. Venn.). Het is niet nodig de bekrachtiging in de Bijlagen tot het *Belgisch Staatsblad* bekend te maken. Zulks is door de wet niet opgelegd. De sterkmaker die zich bevrijd acht, moet het bewijs van bekrachtiging door de derde leveren. De verklaring moet vaste dagtekening hebben om *erga omnes* tegenwerpelijk te zijn. Ze zal derhalve geregistreerd moeten worden of bij notariële akte worden bevestigd. Om het de derden gemakkelijk te maken, kan een afschrift van de bevestiging in het vennootschapsdossier worden neergelegd[189].

98. Een bekrachtiging van de inschrijving buiten de wettelijke termijn is niet

187. M. Bellomayre, 80 ; A. Tamboise, 165.
188. S. Choubani-Salah, nr. 194, p. 232.
189. F. Bouckaert, *Notarieel vennootschapsrecht N.V. en B.V.B.A.*, nr. 3.11.

werkzaam. In een geschil voor de Rechtbank van Koophandel te Brussel werd opgeworpen dat de laattijdigheid van de bekrachtiging impliceert dat deze relatief nietig is en derhalve door de vennootschap kan worden bevestigd. Dit werd door de rechtbank verworpen vermits het verstrijken van de termijn voor bekrachtiging tot gevolg heeft dat de sterkmaker zelf inschrijver wordt op de aandelen en iedere latere bekrachtiging belet. De latere bekrachtiging is niet nietig, maar onbestaand t.o.v. de vennootschap en is dan ook niet tegenwerpelijk aan deze laatste. Een andere oplossing zou toelaten aan de inschrijvers om onder het mom van een sterkmaking voor een niet nader genoemde derde, te ontsnappen aan de verplichting om ten belope van het niet volgestorte bedrag bij te dragen in de schulden van voor de openbaarmaking van de overdracht (art. 507 W. Venn.), vermits de bekrachtiging door zijn terugwerkende kracht noodzakelijk terugwerkt tot op de dag van de inschrijving[190].

C. Vormen van bekrachtiging

99. Artikel 1998 lid 2 B. W. bepaalt « (De lastgever) is niet gehouden tot hetgeen daarbuiten mocht zijn gedaan, dan voorzover hij zulks uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigd heeft ». Op grond van die bepaling kan de bekrachtiging hetzij uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn. Dit is een toepassing van de gemeenrechtelijke regel die stelt dat een wil zowel op grond van een uitdrukkelijke als op grond van een stilzwijgende verklaring kan geuit worden.

1. Uitdrukkelijke bekrachtiging

100. De bekrachtiging is uitdrukkelijk wanneer zij uit een formele verklaring blijkt, zonder dat daartoe een geschrift vereist is. Teneinde zijn persoonlijke aansprakelijkheid te vermijden zal de sterkmaker een uitdrukkelijke bekrachtiging verkiezen, waardoor geen enkele twijfel meer bestaat over de wil van de derde om de beloofde verbintenis voor zijn rekening te nemen.

2. Stilzwijgende bekrachtiging

101. De bekrachtiging kan ook stilzwijgend geschieden[191]. Weliswaar wordt in dit geval vereist dat de bekrachtiging wordt afgeleid uit handelingen die bij degenen die ze stellen met zekerheid wijzen op de bedoeling om de handeling, die zonder vertegenwoordigingsmacht werd gesteld, te bekrachtigen[192].

Een loodgieter had op grond van een overeenkomst met een architect de werken beëindigd die een voorganger had verlaten. De betaling van een voor-

190. Kh. Brussel (5de kamer), 5 mei 1947, *Rev. prat. soc.* 1947, nr. 3975, p. 339.

191. H. De Page, nr. 749, p. 676 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : G. Marty en P. Raynaud, nr. 278, p. 295 ; B. Starck, H. Roland en L. Boyer, nr. 1354, p. 558.

192. M. Planiol, G. Ripert en P. Esmein, nr. 51

schot door de bouwheer aan de aannemer werd niet geacht een stilzwijgende bekrachtiging in te houden van het contract dat de architect had gesloten. Hierbij had de architect zich sterkgemaakt voor het akkoord van zijn cliënt, terwijl deze altijd uitdrukkelijk geweigerd heeft het contract te sluiten, ontevreden als hij was over de voortgang van de werken. Bovendien waren de sommen gestort volgens modaliteiten die verschilden van deze van de nieuwe overeenkomst[193].

De bodemrechter beslist soeverein welke feiten een bekrachtiging uitmaken[194], doch dient wel aan te geven op welke feiten zij die (niet-)bekrachtiging steunt[195].

102. Op zich kan uit het louter niet-afkeuren van een handeling die zonder vertegenwoordigingsmacht door de sterkmaker werd gesteld, niet een bekrachtiging worden afgeleid. Hiertoe dienen bijkomende omstandigheden aanwezig te zijn[196]. Een louter stilzwijgen volstaat dus niet[197]. Het moet gaan om een omstandig stilzwijgen[198].

Een directeur van een aandeelhouderssyndicaat had zich sterkgemaakt voor de inschrijving op aandelen door een derde. Hij stelde de derde naderhand in kennis dat hij voor hem van de vennootschap een voorlopig eigendomsbewijs voor de ingeschreven aandelen had bekomen. Het niet-reageren op dit bericht werd beschouwd als een stilzwijgende bekrachtiging[199].

103. De meest voorkomende vorm van stilzwijgende bekrachtiging is de vrijwillige uitvoering van het contract door de derde waarvoor de belover zich heeft sterkgemaakt[200].

Bij de sterkmaking voor de inschrijving op aandelen werden de volgende omstandigheden als een bekrachtiging beschouwd :

– de volstorting door de derde van de aandelen nog voor de oprichting van de vennootschap, alsook het vorderen van de afgifte van de aandelen en de inontvangstname van deze aandelen[201] ;

193. Cass. fr., 28 november 1978, *Bull. civ.* 1978, III, nr. 339 en *Sem. Jur.* 1979, ed. G, IV, 21.
194. Cass. (1ste kamer), 20 juli 1883, *Pas.* 1883, I, 347 ; Cass. (1ste kamer), 25 maart 1909, *Pas.* 1909, I, 188 en *Rev. prat. soc.* 1909, nr. 1990, p. 280 ; P. HAINAUT-HAMENDE, *La constitution de la société*, nr. 77, p. 123
195. Cass. fr. (burgerlijke kamer), 26 november 1975, *Bull. civ.* 1975, I, nr. 351, p. 290
196. S. CHOUBANI-SALAH, 247.
197. Kh. Brussel, 18 juli 1927, *Jur. Comm. Brux.* 1928, 268.
198. H. DE PAGE, nr. 749, p. 676.
199. Brussel (2de kamer), 11 december 1907, *Rev. prat. soc.* 1908, nr. 1932, p. 322.
200. H. DE PAGE, nr. 749, p. 676 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : S. CHOUBANI-SALAH, 240.
201. Brussel, 19 januari 1906, *Rev. prat. soc.* 1906, nr. 1681, p. 111 ; zie in dezelfde zin : Rb. Gent (1ste kamer), 24 juli 1895, *Rev. prat. soc.* 1896, nr. 661, p. 8 (volstorting van aandelen en inontvangstname houdt bekrachtiging in van beloofde verbintenis tot inschrijving).

- de aanwezigheid door de derde op de algemene vergadering en zijn deelname aan de stemming met de aandelen waarvan de inschrijving was beloofd door de sterkmaker[202] ;
- de toetreding door een derde tot een aandeelhouderssyndicaat met aandelen waarvan de inschrijving was beloofd door de directeur van het aandeelhouderssyndicaat[203] ;
- de betaling aan de vennootschap tot kwijting van de sterkmaker die een storting had gedaan voor de aandelen waarvan hij de inschrijving had beloofd[204] ;
- de ruil van niet volledig volstorte aandelen waarvan de inschrijving was beloofd tegen een kleiner aantal volledig volstorte aandelen[205] ;
- het verlenen van een volmacht door een derde om in zijn naam de overdracht van zijn aandelen in het aandeelhoudersregister te tekenen[206] ;
- de volmacht verleend door de derde als eigenaar van de aandelen, om hem in al zijn rechten als aandeelhouder te vertegenwoordigen op de algemene vergadering ; wanneer een derde zich de hoedanigheid van eigenaar toeëigent, houdt dit noodzakelijkerwijs de bekrachtiging in van de inschrijving waarvoor de belover zich sterk gemaakt heeft[207].

Het feit dat een derde waarvan de belover had beloofd dat hij zou inschrijven op aandelen tot bestuurder werd benoemd van een opgerichte vennootschap houdt geen bekrachtiging in van deze sterkmaking, vermits het vennootschapsrechtelijk perfect mogelijk is om een niet-aandeelhouder tot bestuurder te benoemen. De gedeeltelijke volstorting door de sterkmaker op de aandelen waarvan hij de inschrijving had beloofd door een derde, houdt geen stilzwijgende bekrachtiging in vanwege deze derde[208].

104. Een specifieke hypothese betreft de situatie waar een derde rechtsopvolger onder algemene titel wordt van een sterkmaker. Het is inderdaad mogelijk dat de sterkmaker overlijdt voor de bekrachtiging van het contract en dat de derde voor wie de belover zich sterk heeft gemaakt, zijn erfgenaam wordt. In de rechtspraak en rechtsleer wordt er over het algemeen van uitgegaan dat de aanvaarding van de nalatenschap niet een stilzwijgende bekrachtiging impliceert[209]. Een ander geval doet zich voor wanneer de belover zich persoonlijk

202. Brussel, 11 december 1907 (2de zaak), *Rev. prat. soc.* 1908, nr. 1932, p. 328.
203. Brussel, 11 december 1907 (3de zaak), *Rev. prat. soc.* 1908, nr. 1932, p. 329.
204. Brussel, 11 december 1907 (3de zaak), *Rev. prat. soc.* 1908, nr. 1932, p. 329.
205. Brussel, 11 december 1907 (3de zaak), *Rev. prat. soc.* 1908, nr. 1932, p. 329.
206. Brussel, 11 december 1907 (4de zaak), *Rev. prat. soc.* 1908, nr. 1932, p. 331
207. Brussel, 11 december 1907 (6de zaak), *Rev. prat. soc.* 1908, nr. 1932, p. 332.
208. Kh. Brussel (1ste kamer), 7 december 1903, *Rev. prat. soc.* 1903, nr. 1484, p. 333.
209. Douai, 5 juli 1887, *S.* 1887, I, 45 ; Cass. fr. (burgerlijke kamer), 22 juli 1879, *S.* 1880, I, 20 ; Cass. fr. (req.), 5 maart 1935, *S.* 1935, I, 150 ; Cass. fr. (burgerlijke kamer), 3 november 1955, *Bull. civ.* 1955, I, nr. 372 en *D.* 1956, Somm., 70 ; Parijs, 16 januari 1964, *Sem. Jur.* 1965, ed. G, IV, 83 ; Cass. fr., 26 november 1975, *D.* 1976, 353 ; M. Bellomayre, 62 ; A. Tamboise, 117.

verbonden heeft om de beloofde verbintenis uit te voeren. Bovendien moet men ook voorbehoud maken voor het geval waar de sterkmaker in feite opgetreden is in het kader van een zaakwaarneming die nuttig was voor de erfgenaam. De zaakwaarnemer verbindt immers rechtstreeks de meester van wie hij de belangen behartigt[210].

3. Bewijs van de bekrachtiging

105. Het bewijs van de bekrachtiging kan worden geleverd door alle middelen van recht zonder dat artikel 1341 B.W. kan worden ingeroepen. Dit artikel geldt immers enkel tussen de contracterende partijen en niet t.o.v. derden[211].

Bij een sterkmaking voor inschrijving op aandelen kan de vennootschap het bewijs van de bekrachtiging leveren aan de hand van zwaarwichtige vermoedens die met zekerheid wijzen op de bedoeling om de inschrijving te bekrachtigen[212]. De gedeeltelijke volstorting van de aandelen door een andere dan de derde waarvan de inschrijving werd beloofd en het louter stilzwijgen van deze derde werd niet afdoende geacht om hieruit een bekrachtiging af te leiden[213].

D. Gevolgen van de bekrachtiging

1. Gevolgen van de bekrachtiging t. o. v. de derde

A) PRINCIPE VAN DE RETROACTIEVE TOEREKENING AAN DE DERDE

106. Door de bekrachtiging van de door de sterkmaker gestelde rechtshandeling wordt de derde gebonden door dit contract. De sterkmaker wordt dan steeds geacht te zijn opgetreden als lasthebber van de derde binnen de grenzen van zijn vermoede opdracht[214]. Dit baseert de rechtsleer en de rechtspraak soms op het Romeinsrechtelijk *adagium : « Ratihabitio mandato aequiparatur »* (de bekrachtiging wordt met de lastgeving gelijkgesteld)[215]. De bekrachtigde handeling

210. M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 52, p. 59.
211. Rb. Dendermonde, 24 februari 1900, *Pas.* 1900, III, 313 ; H. DE PAGE, nr. 749, p. 676
212. *R.P.D.B.*, tw. *Sociétés*, nr. 53, p. 122 ; Brussel, 1 december 1898, *Rev. dr. com.* 1899, nr. 72 ; Kh. Brussel, 13 december 1900, *Rev. dr. com.* 1900, nr. 229.
213. Kh. Brussel, 18 juli 1927, *Jur. Comm. Brux.* 1928, 268.
214. Cass., 15 december 1932, *Pas.* 1933, I, 52 ; Cass., 21 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, nr. 39, 84, *Pas.* 1988, I, 77, *R.W.* 1988-89, 1325 en *Rec. gén. enr. not.* 1992, 183 ; H. DE PAGE, I, nr. 748, p. 676 ; F. LAURENT, nr. 550, p. 626 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : Cass. fr., 15 januari 1812, *S.* 1812, I, 113 ; Cass. fr., 14 januari 1868, *S.* 1868, I, 136 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, nr. 142, p. 183.
215. Cass., 15 december 1932, *Pas.* 1933, I, 52 ; H. DE PAGE, I, nr. 748, p. 676 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : S. CHOUBANI-SALAH, 266 (deze referentie naar de regels van het mandaat betekent niet dat sterkmaking *a posteriori* wordt omgezet in een lastgeving, maar de referentie naar de regels van de lastgeving dient om het gevolg van de bekrachtiging uit te leggen) ; B. STARCK, H. ROLAND en L. BOYER, nr. 1355, p. 559 ; A. TAMBOISE, 133.

wordt rechtstreeks toegerekend aan de derde. Dit geschiedt in de regel met terugwerkende kracht tot op de dag van het sluiten van de sterkmakingsovereenkomst[216]. Deze retroactiviteit resulteert ook uit het feit dat de bekrachtiging een regularisatie uitmaakt[217].

De retroactieve toerekening impliceert dat de derde zich t.o.v. de sterkmaker en diens medecontractant niet meer kan beroepen op de niet-tegenwerpelijkheid van de gestelde rechtshandeling wegens onbevoegdheid van de sterkmaker om hem te verbinden.

107. De terugwerkende kracht van de bekrachtiging heeft een groot belang in de praktijk, afhankelijk van de aard van het contract. Bij de verkoop van een goed, rust het risico voor het verlies van de verkochte zaak aldus op de derde gedurende de periode tussen het ontstaan van het contract en de bekrachtiging, indien de bekrachtiging terugwerkende kracht heeft[218].

B) Retroactieve toerekening en aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad

108. Bij de retroactieve toerekening rijzen twee vragen inzake de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden, die door het Hof van Cassatie werden opgelost in een arrest van 21 september 1987.

De eerste vraag is of de derde, voor wie de belover zich sterk heeft gemaakt, ook aansprakelijk is voor de onrechtmatige handelingen die de sterkmaker heeft begaan bij het afsluiten van de overeenkomst ? Klassiek werd de stelling verdedigd dat onrechtmatige daden niet aan een lasthebber konden worden toegerekend, daar de lasthebber die een onrechtmatige daad begaat zijn bevoegdheid te buiten gaat en zijn lastgever niet kan verbinden[219]. Een andere opvatting stelde echter dat de lastgever aansprakelijk is voor de onrechtmatige

216. Rb. Brussel, 10 feburari 1875, *Pas.* 1875, III, 133 ; Cass (Franstalige afdeling, 3de kamer), 11 mei 1979, *J.T.T.* 1980, 76 ; Cass. 21 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, nr. 39, 84, *Pas.* 1988, I, 77, *R.W.* 1988-89, 1325 en *Rec. gén. enr. not.* 1992, 183 ; H. De Page, I, nr. 748, p. 676 ; W. Van Gerven en S. Covemaker, 144 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : Bordeaux, 21 augustus 1848, *D.P.* 1849, II 40 ; Cass. fr. (req.), 3 augustus 1859, *D.* 1859, I, 419 en S. 1859, I, 801 ; Cass. fr. (burgerlijke kamer), 13 december 1875, D. 1876, I, 97 en *S.* 1876, I, 273 ; Cass. fr., 4 maart 1891, *D.* 1891, I, 313 ; Cass. fr. (burgerlijke kamer), 22 januari 1896, *D.* 1896, V, 641 ; Cass. fr. (1ste burgerlijke kamer), 30 januari 1957, *Gaz. Pal.*, 1957, I, 351 ; Cass. fr. (1ste burgerlijke kamer), 8 juli 1964, *D.* 1964, 560 en *Rev. trim. dr. civ.* 1965, 112 ; Cass. fr., 20 december 1971, *Bull. civ.* 1971, III, nr. 153 en *D.* 1972, Somm., 86 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, Parijs, Montchrestien, 1999, nr. 51, p. 37 ; S. Choubani-Salah, nr. 182, p. 220 ennrs. 222 e.v. ; p. 265 e.v. ; G. Marty en P. Raynaud, 295 ; H.L. Mazeaud, J. Mazeaud en F. Chabas, nr. 242, p. 251 ; M. Planiol en G. Ripert, nr. 51, p. 57.

217. A. Buttgenbach, nr. 27, p. 72.

218. S. Choubani-Salah, 271.

219. C. Paulus en R. Boes, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, nr. 238.

handelingen die de lasthebber in verband met zijn opdracht heeft gepleegd[220]. Het Hof van Cassatie heeft zich bij deze laatste opvatting aangesloten. Het Hof stelt « dat de bedoelde derde (die *in casu* de sterkmaking bekrachtigd heeft) dan ook aansprakelijk is, met name voor de onrechtmatige handelingen die de belover heeft begaan bij het sluiten van zijn overeenkomst en die *inherent* zijn aan de door de derde, lastgever bekrachtigde rechtshandeling »[221].

De tweede vraag is of de bekrachtiging van de sterkmaking aan de lastgeving slechts terugwerkende kracht geeft tot op het ogenblik van de eigenlijke sterkmaking, m. a. w. tot het tijdstip dat de sterkmaker zich tegenover de wederpartij verbond, dan wel of daar ook de precontractuele periode onder valt. Het is immers mogelijk dat de sterkmaker de onrechtmatige daad niet beging bij het sluiten van het contract, maar in de precontractuele fase. Het weerhouden criterium dat de onrechtmatige daad inherent moet zijn aan de door de derde bekrachtigde rechtshandeling impliceert, volgens het Hof van Cassatie, dat de lastgever ook aansprakelijk kan zijn voor de fouten begaan door de sterkmaker bij de contractuele voorbesprekingen[222].

c) Suppletief karakter van de retroactiviteit

109. In de mate dat de retroactiviteit niet resulteert uit een expliciete wettelijke bepaling, kunnen partijen hiervan conventioneel afwijken. Dit kan het gevolg zijn van een gemeenschappelijk akkoord van de bekrachtiger en de medecontractant van de sterkmaker. De bekrachtiger kan ook als voorwaarde voor zijn bekrachtiging vereisen dat deze geen retroactief effect zou hebben[223].

d) De retroactieve toerekening aan derden bij sterkmaking voor inschrijving op aandelen

110. Bij een sterkmaking voor een inschrijving op aandelen, verwerft de derde bij bekrachtiging gelet op de terugwerkende kracht, de hoedanigheid van oprichter[224] met de hieraan verbonden aansprakelijkheid. Indien hij aandeelhouder is geworden, is dit niet ten gevolge van een overdracht van aandelen ten zijne voordele. Zijn hoedanigheid van aandeelhouder dient dan ook niet te worden vastgesteld door een overdrachtverklaring in het aandeelhoudersregister. Om-

220. W. Van Gerven, « Algemeen deel », in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke uitgeverij, 1969, 502.

221. Cass., 21 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, nr. 39, 84, *Pas.* 1988, I, 77, *R.W.* 1988-89, 1325 en *Rec. gén. enr. not.* 1992, 183. R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly en B. De Temmerman, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) – Verbintenissen », *T.P.R.* 1994, 553.

222. Cass., 21 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, nr. 39, 84, *Pas.* 1988, I, 77, *R.W.* 1988-89, 1325 en *Rec. gén. enr. not.* 1992, 183 ; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly en B. De Temmerman, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) – Verbintenissen », *T.P.R.* 1994, 554.

223. S. Choubani-Salah, nr. 231, p. 271.

224. *R.P.D.B.*, tw. *Sociétés*, nr. 53, p. 122.

dat hij aandeelhouder is geweest van bij de oprichting kan zijn hoedanigheid van aandeelhouder ook worden bewezen aan de hand van de oprichtingsakte of door een eerste inschrijving in het register[225].

111. Een andere toepassing van de retroactiviteit van de bekrachtiging vinden we in een cassatiearrest met betrekking tot een geval waar de sterkmaker persoonlijk de derde had gegarandeerd dat latere volstortingen (boven de minimumvolstortingsplicht) niet meer zouden worden opgevraagd en dat hij derhalve aan latere verzoeken tot volstorting door de vennootschap geen gevolg meer zou dienen te geven. Gelet op het beginsel van de relatieve werking van overeenkomsten, kan een dergelijke overeenkomst de vennootschap als niet-betrokken partij vanzelfsprekend niet binden. Bovendien gaat een dergelijke overeenkomst in tegen de dwingende regel dat het kapitaal volledig geplaatst moet zijn. Het Hof van Cassatie stelde dat indien de derde zich toch op een dergelijk beding zou willen beroepen als rechtsopvolger van de sterkmaker, hij gelet op de retroactiviteit van de bekrachtiging, niet als verwerver maar als inschrijver op de aandelen diende te worden gekwalificeerd, zodat hij rechtstreekse schuldenaar is geworden van de vennootschap voor de bedragen waarvoor hij heeft ingeschreven[226].

2. Gevolgen van de bekrachtiging t. o. v. de sterkmaker

112. Door de bekrachtiging is de sterkmaker bevrijd, vermits hij zijn belofte is nagekomen[227].

Behoudens andersluidende overeenkomst is hiertoe weliswaar vereist dat de bekrachtiging geldig is, d.w.z. vrij van wilsgebreken en gesteld door een bekwame persoon[228]. Aldus zou een bekrachtiging door een minderjarige voor zijn meerderjarigheid niet volstaan. Een dergelijke bekrachtiging kan sowieso worden vernietigd, in welk geval de verbintenissen van de sterkmaker niet kunnen geacht worden te zijn beëindigd[229]. Daarentegen is de wijze waarop het contract wordt uitgevoerd niet relevant (*supra* randnr. 60).

Door de bekrachtiging verdwijnt de sterkmaker uit de rechtsband en de derde

225. Brussel, 11 april 1907, *Rev. prat. soc.* 1908, nr. 1932, 325.

226. Cass. (1ste kamer), 25 maart 1909, *Rev. prat. soc.* 1909, nr. 1990, p. 280.

227. Cass. fr. (burgerlijke kamer), 20 december 1971, *Bull. civ.* 1971, III, nr. 653, p. 467 ; Aix, 16 februari 1977, *Sem. Jur.* 1979, ed. G, IV, 167 ; Cass. fr. (burgerlijke kamer), 7 maart 1979, *Sem. Jur.* 1979, ed. G, IV, 167 en *D.S.* 1979, Inf. Rap., 395 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, nr. 142, p. 182 ; C. BEUDANT, P. BEUDANT en P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, nr. 939, p. 39 ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 215, p. 254 ; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 51, p. 58 ; B. STARCK, H. ROLAND en L. BOYER, nr. 1355, p. 559.

228. A. BUTTGENBACH, nr. 39, p. 92 ; anders : Rb. Luik, 10 mei 1884, *Pas.* 1884, III, 239 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : Cass. fr. (burgerlijke kamer), 16 februari 1814, *S.* 1814, I, 117 ; J. BOULANGER, nr. 51, p. 120

229. G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, nr. 142, p. 182 ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 220, p. 259.

is voortaan als contractspartij gehouden[230]. De bekrachtiging creëert geen enkel rechtsverhouding tussen de sterkmaker en de derde. Men moet weliswaar voorbehoud maken voor de hypothese waar de sterkmaker zich borg heeft gesteld voor de goede uitvoering van de verbintenissen van de derde[231].

3. Tegenwerpelijkheid van de bekrachtiging t.o.v. andere derden

A) GEMEEN RECHT

113. De retroactieve rechtstreekse toerekening (tot het ogenblik van het sluiten van de sterkmakingsovereenkomst[232]) van de rechtshandeling aan de bekrachtigende derde is in beginsel ook tegenwerpelijk aan andere derden als de bekrachtiging wordt vastgesteld in een akte met vaste datum[233]. Indien het een overeenkomst betreft die moet worden overgeschreven, moet ook deze formaliteit worden vervuld[234]. De verplichting tot overschrijving geldt zowel voor de sterkmakingsovereenkomst (waarbij een (virtueel) zakelijk onroerend recht werd verleend), als voor de bekrachtiging (waarbij het zakelijk recht effectief wordt overgedragen)[235].

114. Traditioneel wordt ervan uitgegaan dat de retroactieve bekrachtiging de rechten die door derden te goeder trouw werden verworven (van de derde die bekrachtigt, van de sterkmaker of van de medecontractant) tussen het ogenblik waarop de te bekrachtigen handeling werd gesteld en het ogenblik van de bekrachtiging, niet mag aantasten[236]. Dit voorbehoud is vooral belangrijk voor rechten met betrekking tot roerende goederen. Indien aan de te bekrachtigen handeling een zekere publiciteit is gegeven (bv. door inschrijving, overschrij-

230. Arbh. 17 december 2000, AR. 29.138/00 (sterkmaking in een arbeidsovereenkomst waarbij de werkgever zich ertoe verbindt dat de onderneming waarbij zijn werknemer wordt gedetacheerd bepaalde kosten ten laste zal nemen) ; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, 144.

231. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 223, p. 262.

232. Anders : F. LAURENT, nr. 550, p. 626.

233. H. DE PAGE, I, nr. 748, p. 676 ; F. LAURENT, nr. 550, p. 626 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, nr. 142, p. 183 ; anders : S. CHOUBANI-SALAH, 274 (de bekrachtiging heeft geen terugwerkende kracht t.o.v. derden).

234. H. DE PAGE, I, nr. 748, p. 676 ; F. LAURENT, nr. 550, p. 626 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, nr. 142, p. 183 ; G. MARTY en P. RAYNAUD, 295.

235. A. BUTTGENBACH, 83 (wijst erop dat bij een voorwaardelijke overdracht het realiseren van de voorwaarde (= rechtsfeit) niet moet worden overgeschreven, dit is echter bij een bekrachtiging, die een rechtshandeling is die een voorwaardelijke overdracht vervolledigt, wel het geval).

236. Rb. Brussel, 16 februari 1875, *Pas.* 1875, III, 133 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : Cass. fr., 4 maart 1891, *D.* 1891, I, 313 : C. BEUDANT, P. BEUDANT en P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, 41 ; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 51, p. 58

ving) zal het voor de derde immers moeilijk zijn om zich te beroepen op een recht dat hem verworven is voor de bekrachtiging[237].

Buttgenbach bestrijdt het feit dat de retroactiviteit niet tegenwerpelijk zou zijn aan derden die rechten verworven hebben, vermits deze stelling geen wettelijke basis heeft. Soms wordt die stelling gebaseerd op artikel 1338 B.W. inzake de bevestiging, die echter een fundamenteel onderscheiden rechtsfiguur is. Nu de vormvereisten van deze bepaling niet van toepassing worden geacht, kan men inderdaad ook niethet voorbehoud voor de rechten van derden van deze bepaling als wettelijke basisinroepen voor de non-retroactiviteit t.o.v. derden die bepaalde rechten hebben verworven[238]. *De lege ferenda* ware het in ieder geval wenselijk om naar het voorbeeld van buitenlandse bepalingen uitdrukkelijk te bepalen dat een regularisatie (zoals een bekrachtiging) de inmiddels verworven rechten van derden niet mag schaden[239].

B) STERKMAKING VOOR INSCHRIJVING OP AANDELEN

115. Bij de sterkmaking voor de inschrijving op aandelen was het vroeger betwist op welk moment de vennootschap ontstaat, hetzij (zonder terugwerkende kracht) op het ogenblik van de bekrachtiging[240], hetzij met terugwerkende kracht tot op het ogenblik van de sterkmaking voor inschrijving. Deze onzekerheid is opgeheven doordat de wet thans bepaalt op welk moment de vennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgt, d.i. op het ogenblik van de neerlegging van een uittreksel uit de oprichtingsakte[241].

VI. Niet-verwezenlijking van het beloofde feit

A. Oorzaken van de niet-verwezenlijking van het beloofde feit

116. Het feit waarvoor de belover zich sterk heeft gemaakt kan zich niet realiseren.

Dit kan zowel het gevolg zijn van een weigering van de derde voor wie men

237. M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 51, p. 58 (verworven rechten mogen slechts worden aangetast wanneer de sterkmaking derden voordien bekendgemaakt is via inschrijving of overschrijving).
238. A. BUTTGENBACH, nr. 31, p. 75-77.
239. A. BUTTGENBACH, nr. 35, p. 90 ; vergelijk in dezelfde zin : *Nederland :* art. 3 :58 lid 3 B.W. « Inmiddels verkregen rechten van derden behoeven aan bekrachtiging niet in de weg te staan, mits zij worden geëerbiedigd » ; *Tunesië :* article 41 du Code des obligations, « La ratification n'a effet à l'égard des tiers qu'à partir du jour où elle a été donnée ».
240. Cass. fr., 10 juli 1850, *D.P.* 1850, I, 322 ; L. GUILLOUARD, nr. 32 ; NYSSENS en J. CORBIAU, nr. 17 ; zie ook F. LAURENT, nr. 138 (weerhoudt deze oplossing enkel voor deze vennootschapsvormen met openbaarmakingsverplichtingen).
241. C. ATIAS, *Jurisclasseur Sociétés,* tw. *Consentement des parties*, nr. 36, p. 7.

zich sterk heeft gemaakt, als van een onmogelijkheid om het beloofde feit te verwezenlijken.

1. Weigering van de derde

117. De weigering van de derde kan uitdrukkelijk zijn, in die zin dat zij resulteert uit een verklaring van de derde waardoor die laat weten dat hij de beloofde materiële handeling of rechtshandeling niet wenst te stellen of dat hij weigert de (onbevoegd) gestelde rechtshandeling te bekrachtigen. Deze verklaring moet ter kennis worden gebracht van de medecontractant van de sterkmaker en van de belover. Zij kan schriftelijk of mondeling zijn[242].

118. Er kan ook een stilzwijgende weigering zijn. Een stilzwijgende weigering kan worden afgeleid uit elke handeling die de bedoeling weergeeft van de derde om het beloofde feit als onbestaande te beschouwen. Deze bedoeling kan uit meerdere gedragingen resulteren. Een voorbeeld betreft de overdracht door een derde van een goed aan een ander dat reeds door de sterkmaker vervreemd was t.v.v. zijn medecontractant. Een stilzwijgende weigering kan ook voortvloeien uit een revindicatie door de derde van het verkochte goed. Het betrof een geval waar een goed werd verkocht door de sterkmaker en waarbij de medecontractant reeds bezit had genomen van het goed, vooraleer de derde beslist had om al dan niet te bekrachtigen[243].

2. Onmogelijkheid tot verwezenlijking van het beloofde feit

119. Verschillende omstandigheden kunnen resulteren in een onmogelijkheid tot verwezenlijking van het beloofde feit.

Ten eerste is het mogelijk dat de derde waarvoor de belover zich sterk heeft gemaakt komt te overlijden voor de bekrachtiging. Indien het contract waarvoor de belover zich sterk heeft gemaakt werd aangegaan omwille van de specifieke hoedanigheid van de derde (zijn persoonlijke kwaliteiten of bekwaamheid), is een bekrachtiging na zijn overlijden niet meer mogelijk. Indien het contract waarvoor de belover zich sterkgemaakt heeft, geen *intuitu personae* karakter heeft, kan dit worden bekrachtigd door zijn rechtsopvolgers. In een dergelijk geval kan de onmogelijkheid tot verwezenlijking van het beloofde feit weliswaar resulteren uit het feit dat de erfgenamen weigeren de nalatenschap te aanvaarden[244].

Vervolgens kan de onmogelijkheid tot bekrachtiging veroorzaakt worden door een wijziging van het juridisch statuut van de derde, waardoor hij niet

242. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 237, p. 277.
243. Cass. fr. (burgerlijke kamer), 28 februari 1894, *S.* 1896, I, 209, noot LYON-CAEN.
244. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 241, p. 281.

meer in staat is om een geldige toestemming te verlenen. Indien door de belover een contract werd gesloten kan een grond tot handelingsonbekwaamheid opduiken in de periode tussen het sluiten van de sterkmakingsovereenkomst en de periode die voorzien is voor de bekrachtiging. In dit geval maakt de handelingsonbekwaamheid de bekrachtiging onmogelijk voor de overeenkomsten die *intuitu personae* werden aangegaan. Indien de onbekwaamheid van de derde reeds bestond op het ogenblik van het sluiten van de sterkmakingsovereenkomst, gaat men ervan uit dat de partijen dit contract aan bekrachtiging hebben onderworpen voor het ogenblik waarop de handelingsbekwaamheid zou ophouden. De overmacht heeft slechts een schorsing van de overeenkomst tot gevolg[245].

Een ander geval van onmogelijkheid tot bekrachtiging betreft de hypothese waar een belover zich sterk heeft gemaakt voor een nog op te richten vennootschap en hij niet de oprichting van deze vennootschap heeft gegarandeerd. In dit geval kan de belover niet contractueel aansprakelijk worden gesteld[246].

120. In deze gevallen van onmogelijkheid tot verwezenlijking van het beloofde feit, is de belover van zijn aansprakelijkheid bevrijd door overmacht in te roepen, tenzij hij een garantieverbintenis op zich heeft genomen en zich ook contractueel verbonden heeft voor (bepaalde gevallen van) overmacht[247].

B. Gevolgen van de niet-verwezenlijking van het beloofde feit

1. Contractuele aansprakelijkheid van de belover

121. Het feit dat het beloofde feit niet wordt verwezenlijkt, resulteert in de contractuele aansprakelijkheid van de belover t.o.v. zijn medecontractant[248]. In beginsel is de belover hierbij gehouden om een schadevergoeding te betalen. Hiertoe dient hij in beginsel wel in gebreke gesteld te worden, tenzij de sterkmaker zich verbonden had om binnen een bepaalde termijn te zorgen voor de bekrachtiging en deze termijn zonder bekrachtiging is verstreken (art. 1146 B.W.)[249].

122. Vervolgens dient de belover aan te tonen dat het uitblijven van het beloofde feit hem schade heeft berokkend en dient hij de omvang ervan te bewijzen[250].

---

245. Limoges, 22 juli 1896, *D.P.* 1896, II, 93 en *S.* 1899, II, 262 ; A. HADJ-KHALIFA, nr. 182, p. 206 ; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 52, p. 59.
246. Colmar, 2 juli 1936, *S.* 1937, II, 54 ; C. BEUDANT, R. BEUDANT en P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, nr. 938, p. 39 ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 241, p. 281.
247. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 242, p. 281 ; E. FORTIS, nr. 41, p. 6.
248. B. STARCK, H. ROLAND en L. BOYER, nr. 1349, p. 557.
249. A. HADJ-KHALIFA, nr. 190, p. 213.
250. Cass. fr. (handelsrechtelijke kamer), 29 januari 1979, *Bull. civ.* 1979, IV, nr. 34.

Indien de sterkmaker reeds een rechtshandeling heeft gesteld voor rekening van de derde is het vaak makkelijk om de schade die resulteert uit de niet-bekrachtiging aan te tonen. Bijvoorbeeld zal bij een koopcontract quasi altijd een schade zijn wanneer de bedinger de verkoper is. Enerzijds heeft de belover gedurende de periode voor bekrachtiging andere aanbiedingen om het goed te verkopen moeten verwerpen, rekenend op de tussenkomst van de sterkmaker. Anderzijds kan het ook zijn dat de bedinger inmiddels andere tranacties heeft gesloten t.g.v. het gesloten contract (bv. door reeds de bedongen koopprijs te hebben besteed).

123. Bij de berekening van de schadevergoeding zullen de rechters conform het gemeen recht rekening houden met het geleden verlies en de gederfde winst (art. 1149 B.W.)[251]. Het Hof van Cassatie toetst of de bodemrechter deze waarderingsregel in acht neemt[252].

De weigering van een derde of de onmogelijkheid tot bekrachtiging hebben tot gevolg dat het contract, waarvan de totstandkoming werd beloofd, niet tot stand kan komen. Indien het contract reeds een begin van uitvoering zou hebben gekregen, moet ditgene wat reeds is uitgevoerd ongedaan gemaakt worden.

124. De partijen kunnen conventioneel afwijken van de wettelijke regels inzake schadebegroting. Zo kan in de sterkmakingsovereenkomst bv. een schadebeding worden opgenomen[253].

2. Verval van de overeenkomst waarvoor de belover zich heeft sterkgemaakt

125. De niet-bekrachtiging van de overeenkomst waarvoor de belover zich sterk heeft gemaakt, heeft tot gevolg dat de overeenkomst definitief niet-tegenwerpelijk wordt aan de derde voor wie de belover zich sterk heeft gemaakt[254]. Het contract dat de belover voor rekening van de derde heeft gesloten wordt ontbonden op grond van verval[255]. Het contract dat de belover heeft gesloten onder voorbehoud van bekrachtiging is immers niet nietig bij het sluiten. Het wordt ongeldig omdat naderhand een essentieel element ontbreekt. Voorzover

251. E. FORTIS, nr. 32, p. 5.
252. Cass. fr., 9 april 1957, *D.* 1957, 335 ; zie ook Cass. fr. (handelsrechtelijke kamer), 14 januari 1980, *Sem. Jur.* 1989, IV, 122 en *Bull. civ.* 1980, nr. 16, p. 13 ; Cass. fr. (handelsrechtelijke kamer), 22 juli 1986, *Rev. trim. dr. civ.* 1987, 306, noot J. MESTRÉ ; Cass. fr. (handelsrechtelijke kamer), 25 januari 1994, *Bull. civ.* 1994, IV, nr. 34, p. 26 en *D.* 1994, Somm. 211, noot.
253. S. CHOUBANI-SALAH, nr. 253, p. 295.
254. Cass. fr., 22 april 1986, *Bull. civ.* 1986, I, nr. 99 ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 270, p. 315
255. Bordeaux, 22 februari 1996, *Jurisdata,* nr. 040423 ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 274, p. 318 ; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 52, p. 58.

het contract reeds een begin van uitvoering zou hebben gekregen, moet het reeds gepresteerde/gegevene worden gerestitueerd[256].

3. Hypothese waar het contract dat niet bekrachtigd wordt toch gevolgen kan sorteren

126. De overeenkomst die de derde weigert te bekrachtigen, kan de derde toch uitzonderlijk binden op grond van een andere rechtsfiguur voor zover de toepassingsvoorwaarden daarvan voorhanden zijn. Dit is het geval wanneer de belover gehandeld heeft als zaakwaarnemer van de derde. De vrijheid van de derde om de overeenkomst die voor zijn rekening werd gesloten al dan niet te bekrachtigen is beperkt indien de omstandigheden waarin de belover is opgetreden kaderen binnen een zaakwaarneming. De eigenaar wiens zaak behoorlijk is waargenomen moet de verbintenissen nakomen die in zijn naam door de waarnemer zijn aangegaan, hem schadeloos stellen voor alle persoonlijke verbintenissen die hij op zich heeft genomen en hem alle nuttige of noodzakelijke uitgaven die hij gedaan heeft, vergoeden (art. 1375 B.W.)[257].

Bibliografie Sterkmaking

BAUDRY-LACANTINERIE, G. en BARDE, L., *Traité pratique de droit civil des obligations,* I, Parijs, Librairie de la société du receuil J.B. Sirey et du journal du palais, 1906, 171-185 (= G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE).

BÉNABENT, A., *Droit civil les obligations,* Parijs, Montchrestien, 1999, 37 (= A. BÉNABENT).

BEUDANT, C., BEUDANT, R. en LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P., *Cours de droit civil français, IX, Les contrats et les obligations,* Parijs, Librairie Arthur Rousseau, 1953, 36-41 (= C. BEUDANT, R. BEUDANT en P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE).

BOULANGER, J., *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui,* Parijs, Dalloz, 1933, 296 p. (= J. BOULANGER).

BUTTGENBACH, A., « Les contrats par porte-fort et les déclarations de command en droit civil et en droit fiscal », Brussel, Bruylant, 1935 (= A. BUTTGENBACH).

CHOUBANI-SALAH, S., *La promesse de porte-fort,* Thesis Universiteit Nantes, 1998, 363 p. (= S. CHOUBANI-SALAH).

CORNELIS, L., Algemene theorie van de verbintenis, Antwerpen, Intersentia, 2000, 997 p. (in het bijzonder 372-374) (= L. CORNELIS).

256. Bordeaux, 22 februari 1996, *Jurisdata,* nr. 040423 ; S. CHOUBANI-SALAH, nr. 274, p. 318 ; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 52, p. 58.

257. H. DE PAGE, nr. 750, p. 677 ; vergelijk in dezelfde zin : *Frankrijk* : M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, nr. 52, p. 58 ; H. ROLAND, B. STARCK en L. BOYER, nr. 1351, p. 557

De Bellomayre, M., *La promesse de porte-fort,* Parijs, Librairie A. Rousseau, 1907, 122 p. (= M. Cornelis).

De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1940, 664-677 (= H. Cornelis, I).

Fortis, E., in *Encyclopédie Dalloz civil,* tw. *Porte-fort,* Parijs, Dalloz, 1994 (= E. Fortis).

Hadj-Khalifa, Amor, *La promesse de porte-fort,* Thesis Aix-Marseille III, Rijsel, Septentrion, 1997, 422 p. (= A. Hadj-Khalifa).

Laurent, F., *Principes de droit civil,* XV, Brussel, Bruylant, 1878, 616-626 (= F. Laurent).

Marty, G. en Raynaud, P., *Les obligations,* I, Parijs, Sirey, 1988, 291-296 (= G. Marty en P. Raynaud).

Mazeaud, H. L., Mazeaud, J. en Chabas, F., *Leçons de droit civil,* Parijs, Montchrestien, 1998, 250-252 (= H. L. Mazeaud, J. Mazeaud en F. Chabas).

Planiol, M., Ripert, G. en Esmein, P., *Traité pratique de droit civil français,* IV, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, 52-60 (= M. Planiol, G. Ripert en P. Esmein).

Starck, B., Roland, H. en Boyer, L., *Obligations, contrat,* Parijs, Litec, 1995, 554-559 (= B. Starck, H. Roland en L. Boyer).

Tamboise, A., *De la clause de porte-fort,* Thesis Rijsel, 1906, 217 p. (= A. Tamboise).

Tillement, G., « Promesse de porte-fort en droit des sociétés », *Rev. soc.* 1993, 51-82 (= G. Tillement).

Van Gerven, W. en Covemaeker, S., *Verbintenissenrecht,* Leuven, Acco, 2001, 459 p. (in het bijzonder p. 144) (= W. Van Gerven en S. Covemaeker).

Excusabilité du failli et sort de la caution : quand le cautionnement survit à l'extinction de la dette garantie*

François T'KINT
Professeur à l'Université catholique de Louvain
Avocat à la Cour de cassation

Werner DERIJCKE
Avocat au Barreau de Bruxelles

Introduction

Les travaux qui ont conduit à la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le code judiciaire et le code des sociétés[1], ont été l'occasion, pour le législateur, de débattre de l'excusabilité.

À s'en tenir aux seules apparences, le législateur a affiné la notion même d'excusabilité (chapitre I) et en a précisé l'impact sur le sort de la caution (chapitre II). La clarification n'est cependant qu'apparente et la pratique doit affronter de graves incertitudes[2] (chapitre III).

La notion d'excusabilité est, par excellence, polémique[3]. Toutefois, le débat peut se situer à des niveaux très divers. Dans le cadre des travaux qui ont conduit à la loi du 4 septembre 2002, précitée, le niveau du débat n'a guère dépassé ce qu'on peut attendre d'une discussion menée en termes d'opinions, quand il ne s'agissait pas de préjugés ou d'*a priori*[4]. À ce débat il manquait, et il manque toujours, un deuxième niveau, celui que pourrait apporter un éclairage

* Dans la présente étude, les auteurs n'ont pas eu l'occasion de tirer tous les enseignements de l'arrêt d'annulation n° 114/2004 du 30 juin 2004 de la Cour d'arbitrage.

1. *M.B.*, 21 septembre 2002, p. 42928. Pour un examen général de cette loi, voy. W. DERIJCKE, « Recente ontwikkelingen in het faillissementsrecht », in *Financiële regulering op zoek naar nieuwe evenwichten* (M. TISON, C. VAN ACKER ET J. CERFONTAINE, dir.), vol. I, 2003, Anvers, Intersentia, pp. 518-542, n^{os} 3-33.
2. Voy. aussi en ce sens : M. VANMEENEN, « De faillissementswet herbekeken » in *Insolventierecht* (dir. H. COUSY et E. DIRIX), 2003, Bruges, Die Keure, p. 17, n^{os} 45-46 ; M. VANMEENEN et B. WINDEY, « Recente wijzigingen inzake faillissement. Wanneer repareren we de reparatiewet ? », *NjW*, 2002, nummer 11, pp. 380-382.
3. Voy. aussi I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 2003, Bruxelles, Kluwer, n° 1050, p. 615.
4. Voy. aussi *ibidem*.

interdisciplinaire sous l'angle économique, historique, psychologique et sociologique[5]. Enfin, la loi du 4 septembre 2002 est un exemple archétypique des risques courus par le législateur lorsqu'il élude le troisième niveau de débat : celui de la technique et de la cohérence juridiques, indépendant de toute prise de position sur le fond de la loi ou sur son opportunité

Dans la présente étude, nous tenterons de décrire le premier, regretterons l'absence du deuxième et, surtout, verrons, au départ du troisième de ces niveaux, que les auteurs de la loi du 4 septembre 2002 ont commis des erreurs conceptuelles qui rendaient cette réforme d'une application malaisée.

Chapitre I. Que représente la notion d'excusabilité ?

Section 1- Approche historique

Loin d'être une nouveauté, la notion d'*excusabilité* n'était pas étrangère à la loi du 18 avril 1851, régime immédiatement antérieur à celui de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

L'article 533, alinéa 4, du code de commerce disposait ce qui suit : « [Lors de l'assemblée des créanciers convoquée par le juge-commissaire au moment de la clôture de la liquidation], *les créanciers donneront leur avis sur l'excusabilité du failli. Il sera dressé un procès-verbal dans lequel chacun des créanciers pourra faire consigner ses dires et observations* ».

Il appartenait alors au juge-commissaire de « [présenter] *au tribunal, en chambre du conseil, la délibération des créanciers relative à l'excusabilité du failli, et un rapport sur les caractères et les circonstances de la faillite, et le tribunal prononcera si le failli est ou non excusable* » (article 534, alinéa 1er, du code de commerce).

En cas de procédure sommaire de clôture, il n'y avait pas de délibération des créanciers, mais le tribunal n'en devait pas moins se prononcer sur l'excusabilité ou non du failli (article 536 du code de commerce).

En cas de déclaration d'excusabilité, le failli était affranchi de la contrainte par corps, mais restait tenu de ses dettes sur ses biens (article 535 du code de commerce).

Lorsqu'on sait que la contrainte par corps a, pour l'essentiel, été abolie par la loi du 27 juillet 1871 sur la contrainte par corps et, définitivement, par la loi du 31 janvier 1980 portant approbation de la Convention Benelux portant loi uniforme relative à l'astreinte, on comprend que l'excusabilité ne correspondait plus depuis longtemps à aucune réalité, avant sa réactivation par la loi du 8 août

5. Ces approches sont énoncées ici de façon alphabétique. Il ne faut y voir aucun ordre de préférence ou de priorité dans l'esprit des auteurs de la présente étude.

1997 sur les faillites, et constituait jusqu'alors tout au plus « *un brevet platonique d'estime, sans effets juridiques* »[6].

La notion même d'*excusabilité* n'était pas définie. Certains auteurs estimaient que cette *excusabilité* était subordonnée à la bonne foi du failli[7].

Cette *excusabilité* ne doit pas être confondue avec la *réhabilitation*. Celle-ci était subordonnée à des conditions très strictes. En particulier, le failli devait avoir « *intégralement acquitté, en principal, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues* » (article 586, alinéa 1, du Code de commerce).

Section 2 - L'excusabilité dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites

§ 1. Énoncé du principe

La loi du 8 août 1997 a insufflé une nouvelle vie à la notion d'*excusabilité* et c'est sans doute là le seul point par lequel cette loi se distingue substantiellement de la période précédente : « *Désormais, l'excusabilité entraîne la décharge du failli* »[8].

Le législateur métropolitain a donc mis plus de soixante ans pour rattraper – et dépasser – son retard sur ce qui fut notre législation coloniale. L'article 122 du décret du 27 juillet 1934 sur les faillites au Congo organisait en effet, au profit du failli, *une réhabilitation facultative*. À côté de la *réhabilitation de droit*, que connaissait le droit métropolitain, le droit colonial prévoyait la possibilité pour un failli « *en cas de probité reconnue* », d'être déclaré *réhabilité* lorsque « *ayant obtenu un concordat* », il avait « *intégralement payé les dividendes promis* »[9].

---

6. E. Thaller et J. Percerou, *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des faillites et banqueroutes & des liquidations judiciaires* », t. II, 1913, Paris, n° 1461, p. 537. Voy. aussi projet de loi sur les faillites, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, ch., 1991-1992, n° 48-631/1-91/92 (S.E.), p. 35.
7. A. Ch. Renouard et J. Beving, *Traité des faillites et banqueroutes*, 1851, Bruxelles, Librairie du Panthéon Classique et Littéraire, n° 570, p. 340 ; comp. cep. n° 574, pp. 341-342.
8. Projet de loi sur les faillites, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, ch., 1991-1992, n° 48-631/1-91/92 (S.E.), p. 35.
9. Article 122, 1°, du décret du 27 juillet 1934 sur les faillites au Congo. Cette disposition prévoyait également une *réhabilitation facultative* au profit du failli « *qui* [justifiait] *de la remise entière de ses dettes par ses créanciers* ». Pour le texte du décret, voy. L. Frederico, *Traité de droit commercial belge*, t. VIII, 1949, Gand, Editions Fecheyr, n° 818, p. 1198. À cet égard, le professeur L. Fredericq s'exprimait en ces termes : « *alors que notre législateur s'en tient toujours à des règles trop rigoureuses, le décret introduit, à côté de la* réhabilitation de droit *accordée au failli qui a intégralement acquitté les sommes dues, en intérêts (sans toutefois que ceux-ci puissent être réclamés au-delà de cinq ans) et frais, la* réhabilitation facultative *; laissée à l'appréciation du tribunal, celle-ci ne peut être accordée qu'à des faillis d'une probité reconnue, et peut l'être lors même qu'ils n'ont pas intégralement payé leurs dettes. Abandonnant la procédure surannée prescrite par la loi belge, le décret décide que toute demande de réhabilitation est de la compétence du tribunal de première instance dans le ressort duquel la faillite a été prononcée. L'instruction de l'affaire se fait en audience publique* » [*Ibidem*, n° 808, pp. 1047-1048].

§ 2. Le droit à un nouveau départ

La notion d'*excusabilité* est sans doute une des notions juridiques les plus délicates, autant, sinon davantage, dans sa justification théorique que dans son application concrète.

On peut rapprocher cette notion du concept du *fresh start*[10] ou, plus adéquatement, du *discharge* du droit américain. « *The goal of the fresh start policy is to give the honest – but – unfortunate debtor a new opportunity in life free from the pressure and discouragement of pre-existing debts* »[11]. Le débiteur a droit à une nouvelle chance, à un nouveau départ. D'une part, il a paru injuste au législateur qu'un débiteur malheureux doive supporter sa vie entière les conséquences des mauvaises affaires qu'il a faites en dehors de tout esprit de fraude. D'autre part, l'économie elle-même aurait intérêt à ce qu'un débiteur réintègre rapidement la vie des affaires, à ce qu'il soit incité à travailler et à ce que, ce faisant, il redevienne un véritable consommateur.

En droit comparé, le *fresh start* paraît cependant en déclin, tant les exceptions se multiplient. Un auteur a même suggéré de parler dorénavant de *slate start*[12].

On pointera au passage une différence fondamentale entre le système américain et le système belge. En droit américain, le régime des exceptions au *discharge* est particulièrement élaboré[13], certaines dettes étant *non dischargeable*. Ainsi, l'article 523(a)(2) (A) du Bankruptcy Code refuse le bénéfice de la décharge pour les dettes résultant d'une fraude du débiteur : est exclue de cette décharge « *any debt... for money, property, services, or an extension, renewal, or refinancing of credit, to the extent obtained by... false pretenses, a false representation or actual fraud* »[14]. Le régime belge est beaucoup plus sommaire. Même si la possibilité d'une *excusabilité* partielle a été évoquée[15], un failli en Belgique est *excusable* ou ne l'est pas[16]. La seule nuance est celle

10. Voy. aussi I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, 2003, Bruxelles, Kluwer, n°1050, p. 615; Comp. arrêt n° 139/2004 du 22 juillet 2004 de la Cour d'arbitrage, point B.7.
11. R.F. Salvin, « Student loans, bankruptcy, and the fresh start policy : must debtors be impoverished to discharge educational loans », *Tulane law review*, 1996, p. 174.
12. W.C. Whitford, « Changing definitions of fresh start in U.S. Bankruptcy law », *Journal of consumer policy*, 1997, p. 191.
13. Voy. United States Code, title 11 (Bankruptcy), chapter 5 (Creditors, the debtor, and the estate), subchapter II (Debtor's duties and benefits), section 523 (Exceptions to discharge).
14. Autre est la question de savoir si le juge américain peut, pour certaines dettes, et particulièrement pour les *student loans*, prononcer des décharges partielles ; voy. par exemple United States Bankruptcy Appellate Panel for the Eighth Circuit, No. 98-6095NE *in re* Donna Mae Andresen v. Nebraska Student Loan Program, Inc.
15. Projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire et le code des sociétés, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, ch., 2000-2001, n° 50-1132/001, pp. 14-15 [cité ci-après : *Exposé des motifs*, p....].
16. En ce sens, pour le regretter : I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, 2003, Bruxelles, Kluwer, n° 1051, p. 617.

apportée par l'article 82, alinéa 3, nouveau de la loi sur les faillites : « *L'excusabilité est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causée par sa faute* »[17].

Section 3 - L'excusabilité depuis la loi du 4 septembre 2002

§ 1. Les causes et les principes de la loi du 4 septembre 2002

En redécouvrant le principe de l'*excusabilité*, le législateur n'avait guère été explicite sur les conditions de son octroi[18]. Ainsi, une certaine jurisprudence paraissait considérer que l'*excusabilité* était une faveur laissée à l'appréciation des tribunaux[19]. Les tribunaux devaient alors confronter le droit de tout homme à une vie digne avec le besoin de protéger la société[20]. D'autres juridictions considéraient que, sauf circonstances particulières, tout failli devait être déclaré *excusable*[21]. L'existence d'un fait pénalement punissable à charge du failli, comme le non-payement de cotisations de sécurité sociale, ne constituait pas, de façon automatique, un obstacle à l'*excusabilité*[22].

Même les bénéficiaires potentiels de l'*excusabilité* n'étaient pas identifiés avec certitude : l'*excusabilité* pouvait-elle profiter aux personnes morales[23] ?

La loi du 4 septembre 2002 a, du moins sur le principe, clarifié les choses : *« Sauf circonstances graves spécialement motivées, le tribunal prononce l'excusa-*

---

17. *Cf. infra*, note infrapaginale n° 53.
18. Le président I. Verougstraete semble considérer pour sa part que le principe était suffisamment clair, mais qu'il a été mal compris par les tribunaux qui avaient à l'appliquer. Voy. I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, 2003, Bruxelles, Kluwer, n°1050, p. 615. Pour lui, « [l]*'idée sous-jacente était que la mesure ne devait être accordée qu'à ceux qui pouvaient donner à l'économie de nouvelles impulsions, quel que soit le niveau éthique dont avait fait preuve l'opérateur économique avant sa faillite et même quel que soit le comportement du failli lors de la liquidation de la faillite. Le passé du failli servait, dans l'esprit du législateur, uniquement à évaluer son utilité future pour l'intérêt général. Ce message n'a certainement pas été compris par la pratique qui s'est déchirée dans l'application des dispositions en cause. Un courant très important s'est focalisé sur les intérêts du débiteur personne physique - pour des motifs sociaux - et a entièrement fait basculer la matière. L'*excusabilité *sera même accordée au débiteur qui ne peut pas reprendre ses affaires. Les intérêts des créanciers n'ont pas pesé lourd (...)* ».
19. Gand, 24 mai 2000, *R.D.C.B.*, 2000, p. 802. Comp. comm. Gand, 6 janv. 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 701.
20. Bruxelles, 14 avril 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 55, note.
21. Comm. Louvain, 30 juin 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 508.
22. Bruxelles, 14 avril 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 55, note ; comm. Louvain, 6 oct. 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 580, note. Comp. comm. Louvain, 27 oct. 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 856, note.
23. Pour une critique des textes originaux sur cette question, voy. Ph. Malherbe, « Dispositions de droit des sociétés des lois de 1997 sur les concordats et faillites », *R.P.S.*, 1999, n° 6789, pp. 283-285.

bilité du failli malheureux et de bonne foi »[24]. Par ailleurs, seules les personnes physiques peuvent être déclarées *excusables*[25].

Le législateur de 1997 n'avait en outre par aperçu toutes les conséquences de sa réforme[26]. L'article 82, alinéa 1er, de cette loi disposait : « *Si le failli est déclaré excusable, il ne peut plus être poursuivi par ses créanciers* ». Mais quelles étaient les conséquences de cette impossibilité à poursuivre le failli ? Cela signifiait-il que la dette subsistait au titre d'obligation naturelle ? Si le failli payait quand même, pour quelque raison que ce soit, y avait-il là un payement indu[27] ? Quelles étaient les conséquences de cette situation pour les cautions ?

On sait que la Cour de cassation, par son arrêt du 16 novembre 2001, avait essayé de clarifier un certain nombre de choses : « [L]*'article 82, alinéa 1er, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites dispose que, si le failli est déclaré excusable, il ne peut plus être poursuivi par ses créanciers*[.] [L]'excusabilité *du failli n'emporte pas l'extinction de ses dettes.* [É]*tant accordée par le tribunal de commerce pour des raisons tenant à la personne et à la conduite du failli, elle ne constitue pas une exception inhérente à la dette mais une exception purement personnelle au débiteur, au sens de l'article 2036 du code civil*[.] [I]*l s'ensuit que la caution ne peut se prévaloir de l'excusabilité du failli pour faire échec aux poursuites du créancier garanti par elle* »[28].

La Cour d'arbitrage ramènera le trouble par son arrêt du 28 mars 2002 dont il résultait que l'article 82 de la loi sur les faillites contenait une violation des articles 10 et 11 de la Constitution « [e]*n ce qu'il ne* [permettait] *en aucune manière qu'un juge puisse décharger de leur engagement le conjoint ou la caution du failli déclaré excusable* »[29].

---

24. Article 80, alinéa 2, 3e phrase, de la loi sur les faillites, auquel renvoie, pour la procédure sommaire de clôture, l'article 73, alinéa 1er, dernière phrase, de la même loi.
25. Voy. article 81.1°, nouveau, de la loi sur les faillites. Par l'article 81.2° de la loi sur les faillites, le législateur avait aussi exclu du bénéfice de l'*excusabilité* « *la personne physique faillie qui a été condamnée pour infraction à l'article 489*ter *du code pénal ou pour vol, faux, concussion, escroquerie ou abus de confiance* [de même que] *le dépositaire, tuteur, administrateur ou autre comptable, qui n'a pas rendu et soldé son compte en temps utiles* ». La Cour d'arbitrage a annulé cette disposition par son arrêt n° 28/2004 du 11 février 2004, *M.B.*, 27 février 2004, Ed. 3, p. 11459.
26. Voy., dès l'origine, C. MATRAY, « L'excusabilité du failli », *R.R.D.*, 1998, pp. 275-276.
27. Sans parler de ces situations marginales où un failli déclaré *inexcusable* formait un recours contre la décision d'*inexcusabilité* et, dans l'attente d'une réformation finalement heureuse pour lui, était contraint à faire certains payements : comm. Bruges, 19 décembre 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 1510.
28. Cass., 16 nov. 2001, *R.D.C.B.*, 2002, p. 34.
29. Cour d'arbitrage, 28 mars 2002, *R.D.C.B.*, 2002, p. 437. Nous avons exposé ailleurs pourquoi, sans même porter une appréciation sur l'opportunité de la solution, l'arrêt de la Cour d'arbitrage était juridiquement erroné. Voy. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « Une caution n'est pas l'autre : sévérité jurisprudentielle passée dans l'attente d'une bienveillance législative à venir (?) », *R.D.C.B.*, 2002, pp. 413 et s., nos 6 *et sq.*

§ 2. L'excusabilité : de principe incertain à principe conditionnel[30]

On l'a vu ci-dessus, la loi du 8 août 1997 sur les faillites avait suscité une jurisprudence divisée : *l'excusabilité* était-elle un *droit*, dont le failli ne pouvait être privé que dans des circonstances exceptionnelles, ou bien cette excusabilité constituait-elle une faveur qu'il appartenait au tribunal, selon son appréciation souveraine, d'octroyer ou de refuser ?

On pourrait penser que la loi du 4 septembre 2002, par le texte précité, a définitivement tranché la controverse dans le sens d'un *droit à l'excusabilité*.

À vrai dire, la situation n'est pas aussi claire qu'il y paraît. Bénéficie de l'*excusabilité*, le « *failli* [personne physique] *malheureux et de bonne foi* », à moins que n'existent des « *circonstances graves* » justifiant une dérogation.

Faut-il comprendre que, même lorsqu'il est « *malheureux et de bonne foi* », le failli peut être déclaré inexcusable en cas de « *circonstances graves* » ? Est-ce que, en l'absence de « *circonstances graves* », le bénéfice de l'*excusabilité* peut être refusé lorsqu'il apparaît que le failli n'est pas « *malheureux et de bonne foi* » ? Les termes « *malheureux* » et « *de bonne foi* » sont-ils des concepts distincts ou constituent-ils ensemble une expression idiomatique ? À quel moment faut-il se placer pour apprécier la situation du failli : les *circonstances graves*, le *malheur* et la *bonne foi* portent-ils sur la période antérieure et/ou postérieure à la faillite ? En introduisant le projet devant le sénat, le ministre de la justice a résumé ainsi sa lecture du texte nouveau : « *Le principe est que le failli sera excusé et libéré du passif subsistant à la clôture s'il ne constitue pas un danger pour le secteur commercial. Ceci est de nature à encourager l'esprit d'entreprise (tant dans la création que dans la recréation d'entreprises)* »[31]. Sera donc déclaré *excusable* le *bon failli*. Juste avant cette déclaration, le ministre avait, il est vrai, évoqué l'existence de « *critères objectifs* »[32]. Toutefois, ces critères ne sont pas définis par la loi.

Sans doute, nous y reviendrons ci-après, les travaux préparatoires suggèrent-ils certaines balises. Toutefois, la question de l'octroi ou non de l'*excusabilité* reste, après la loi du 4 septembre 2002, une question de fait, laquelle relève donc de la souveraine appréciation du juge du fond et est dès lors susceptible de donner lieu à des applications extrêmement différentes d'un arrondissement judiciaire à l'autre. La Cour de cassation de Belgique n'intervient dans ce genre de question qu'avec une extrême retenue et se contentera, selon toute vraisemblance, de vérifier si, des constatations qu'il retient, le juge du fond pouvait aboutir à sa conclusion (d'*excusabilité* ou d'*inexcusabilité*), étant entendu que ceci ne signifiera pas que, si la Cour de cassation avait eu à juger elle-même, elle

30. Voy. arrêt n° 68/2004 du 5 mai 2004 de la Cour d'arbitrage, point B.2.2.

31. Projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le code judiciaire et le code des sociétés, rapport fait par M. STEVERLYNCK au nom de la commission de la justice, *Doc. parl.*, s., 2001-2002, n° 2-877/8, p. 44 [cité ci-après *Rapport sénat 2002*].

32. *Ibidem*, p. 43.

serait arrivée à la même conclusion. Telle est la nature même d'un contrôle marginal.

Le gouvernement entretient au demeurant l'ambiguïté. La loi du 4 septembre 2002 a, entre autres, en effet fait l'objet d'un recours en annulation par un failli déclaré inexcusable qui s'estimait victime d'une discrimination au motif que la clôture précipitée de sa faillite l'avait privé du bénéfice de la loi nouvelle, alors que d'autres faillis, dont la faillite est peut être aussi ancienne que la sienne mais dont la clôture se fait attendre, pourront se prévaloir des dispositions nouvelles. La Cour d'arbitrage rejette le recours[33]. Pour soutenir la validité de la loi, le gouvernement énonçait que « [l]*es nouvelles dispositions relatives à l'excusabilité ne font qu'indiquer les directives concrètes sur la base desquelles le juge* ***peut***[34]*. conclure à l'excusabilité (...) Les conditions auxquelles le failli doit répondre pour être déclaré excusable ont certes également été reprises dans la loi, mais ces conditions sont les mêmes que celles dont il s'agissait dans la réglementation antérieure ; le fait qu'elles soient reprises dans la loi ne fait qu'accroître la sécurité juridique* »[35]. Le gouvernement lui-même met donc en avant tout à la fois la marge d'appréciation dont bénéficie le juge du fond et la continuité avec le régime antérieur[36].

Il semble donc que, tant avant qu'après la loi du 4 septembre 2002, on puisse, comme le disait la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 14 avril 1999, considérer : « *(...) le législateur a introduit un système dans le cadre duquel l'octroi de l'*excusabilité *est en principe abandonné au juge, (...) [I]l convient d'apprécier si les motifs qui ont présidé à l'introduction de l'*excusabilité *(...) se retrouvent dans les circonstances concrètes de la faillite* »[37].

§ 3. Jalons pour une compréhension de la notion d'excusabilité

Il ne serait pas déraisonnable de considérer que l'*excusabilité*, prononcée par la juridiction consulaire, doit être moins une question de sanction pour le passé qu'un examen d'aptitude pour l'avenir. Les sanctions susceptibles de frapper le

33. Cour d'arbitrage, arrêt n° 68/2004 du 5 mai 2004. Voy. ci-après chapitre III, section 4.
34. C'est nous qui soulignons.
35. Arrêt, § A.2, dernier alinéa, et § A.4.3 Comp. arrêt n° 139/2004 de la Cour d'arbitrage, point B.12.2.
36. Comp. A. Zenner, « Faillites et concordats 2002, La réforme et sa pratique », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, n° 38, 2003, Bruxelles, Larcier, n° 172, pp. 195-196.
37. Bruxelles, 14 avril 1999, *A.J.T*, 1999-2000, p. 55, obs. X. Il est vrai que cet arrêt qualifie encore l'*excusabilité* de « *faveur* ». Ceci n'ôte rien à la pertinence du passage cité. En l'espèce, l'office national de la sécurité sociale s'était opposé à l'*excusabilité* d'un failli, au motif que celui n'avait pas payé ses cotisations sociales, ce qui constituait une infraction pénale. À l'époque, la loi sur les faillites comportait encore une disposition privant du droit à l'*excusabilité* les personnes qui s'étaient rendues coupables de certaines infractions particulièrement graves, au nombre desquelles ne figurait pas le fait de n'avoir pas payé ses cotisations de sécurité sociale. Depuis l'arrêt n° 28/2004 de la Cour d'arbitrage, plus aucune infraction pénale n'est susceptible de priver, de plein droit, un failli du bénéfice de l'*excusabilité*.

failli, spécialement sur le plan pénal, devraient constituer des moyens de répression, de coercition et de dissuasion suffisants.

La position du ministre de la justice, rappelée ci-dessus, paraît plaider en ce sens. Pourtant, à suivre de près le parcours législatif de la disposition légale nouvelle, une interprétation tournée vers l'avenir n'est pas évidente. En effet, à l'origine, les auteurs de ce qui devait devenir la loi du 4 septembre 2002 avaient admis l'idée que l'*excusabilité* pouvait profiter tant à une personne physique qu'à une personne morale. Toutefois, pour eux, la personne physique devait pouvoir bénéficier de l'*excusabilité* dès l'instant où il était établi qu'elle était malheureuse et de bonne foi. Lorsqu'il s'agissait d'une personne morale, celle-ci aurait dû « *en outre offrir les garanties de pouvoir efficacement s'engager dans des activités économiques nouvelles* » : « [L']*offre de garanties raisonnables de pouvoir efficacement s'engager dans des activités commerciales nouvelles constitue une condition appelée à ne s'appliquer qu'aux faillis personnes morales* »[38]. Au moment où le ministre s'exprime devant le sénat, dans les termes rappelés ci-dessus, l'*excusabilité* des personnes morales est abandonnée[39]. En toute rigueur de principes, le tribunal peut donc accorder l'*excusabilité* si, d'un point de vue théorique, un failli ne constitue pas « *un danger pour le secteur commercial* », même s'il n'a ni l'intention ni les moyens de se lancer dans une nouvelle activité économique, l'analyse de ces dernières questions étant sans pertinence.

À l'invitation du Conseil d'État[40], l'exposé des motifs a tenté de préciser quelque peu les notions de « *malheur* » et de « *bonne foi* » : « *La condition de malheur recouvr*[e] *le fait pour le failli d'avoir été victime d'un ensemble de circonstances qui, pour certaines, sont indépendantes de sa volonté. Dès lors, la commission de fautes de gestion par le failli ne saurait constituer en soi un motif de refus de l'excusabilité, même si celles-ci ont contribué à la faillite. Toutefois, lorsque ces fautes sont graves et caractérisées, elles pourront constituer des circonstances graves qui justifieront le refus de l'excusabilité. Le commerçant qui n'aura pas régulièrement tenu de comptabilité en manière telle qu'il s'est privé d'un outil indispensable à la gestion de son entreprise, celui qui s'est engagé à la légère dans des opérations commerciales dont il pouvait raisonnablement douter qu'il puisse les conduire avec succès du fait de son impéritie et de l'absence de moyens financiers pourra ainsi se voir refuser l'excusabilité si la faillite en est résultée. Il faut également constater que les exemples de comportements précités sont de nature à dénier au failli le bénéfice de la bonne foi si ceux-ci ont porté*

38. *Exposé des motifs*, pp. 13 et 28.
39. Projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire et le code des sociétés, proposition de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, proposition de loi modifiant l'article 101, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, rapport fait par Mme A. Barzin au nom de la commission chargée des problèmes de droit commercial et économique, *Doc. parl.*, ch., 2000-2001, n° 50-1132/013, pp. 111-114, 143-144 et 151-152.
40. *Exposé des motifs*, p. 39, article 6, n° 8.

préjudice à ses créanciers »[41]. Ce passage, censé éclairer la notion de « *malheur* » ne la précise nullement, mais se contente d'énoncer des circonstances dans lesquelles, malgré un cas de « *malheur* », l'*excusabilité* sera refusée en raison du comportement du failli. En outre, on n'aperçoit pas en quoi le préjudice subi par les créanciers serait susceptible de transformer en « *mauvaise foi* » ce qui n'était pas affecté d'un tel caractère auparavant.

L'éclairage donné à la notion de « *bonne foi* » n'est guère plus heureux. D'après l'exposé des motifs, « *elle s'identifie au fait de s'être correctement comporté avant et pendant le cours de la faillite. L'on vise ici le commerçant qui, pendant le cours de ses activités commerciales, s'est adonné à la recherche du profit avec honnêteté, prévoyance et précaution, en veillant à ne pas gravement méconnaître les conséquences injustement dommageables qui pourraient en résulter directement ou indirectement pour autrui, fût-il son concurrent. (...) Ensuite, ce commerçant se sera comporté avec loyauté pendant le cours de la procédure, il aura collaboré sans réticence avec le curateur et n'aura pas diminué par son fait les garanties de ses créanciers. L'on peut résumer les commentaires qui précèdent par une formule lapidaire : l'*excusabilité *sera accordée à une personne physique si les erreurs du passé ne sont pas de nature à révéler une personnalité nuisible à la salubrité de la vie économique. En d'autres mots, si le tribunal constate qu'un redémarrage ne présente pas de graves dangers pour les autres opérateurs, la société peut trouver un avantage à voir le failli excusé et contribuer à nouveau à la dynamique économique. Le tribunal pourra également se montrer plus souple dans l'appréciation des critères commentés (...) si le failli, conscient de ses limites, manifeste une réelle intention de se retirer du monde des affaires* »[42]. On le voit, l'approche est confuse : en quoi la décharge des dettes doit-elle être particulièrement influencée par le choix d'avenir opéré par le failli ? Est-il raisonnable de faire des dettes du passé le levier destiné à écarter une personne physique du circuit commercial ? Sait-on seulement si de nombreux faillis recommencent réellement une activité d'entrepreneur ? La question pertinente n'est-elle pas de savoir s'il faut permettre à une personne de redevenir un consommateur, sans avoir à supporter les charges de son passé[43] ? Dans l'hypothèse où il faut comprendre que c'est l'avenir qui doit dicter, dans une mesure plus ou moins grande, la décision d'*excusabilité*, pourquoi alors, dans les travaux préparatoi-

41. *Exposé des motifs*, p. 13.
42. *Exposé des motifs*, pp. 13-14.
43. Par son arrêt du 14 avril 1999, la Cour d'appel de Bruxelles semble s'approcher de cette idée, en soulignant que, ce qui était encore à l'époque la faveur de l'*excusabilité*, doit s'apprécier sur la base d'un double critère : le droit à une existence digne et la possibilité de participer à nouveau à la vie commerciale (la Cour d'appel ne dit pas « *recommencer une nouvelle entreprise* ») (Bruxelles, 14 avril 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 55). L'annotateur de la décision souligne d'ailleurs que, eu égard aux faits de la cause (le failli était frappé d'une incapacité de travail de 66%), il était peu probable qu'il recommence jamais une activité commerciale. On observera cependant que, pour cette juridiction, c'est surtout le passé qui doit dicter l'octroi ou non de la mesure.

res, accorder autant de poids au passé, sauf à faire de tous les faillis des récidivistes en puissance ?

On relèvera au passage que la jurisprudence, antérieure à la loi du 4 septembre 2002, ne s'est pas toujours montrée indulgente à l'égard de faillis dont on tentait de minimiser la responsabilité en exposant que, après tout, les seuls véritables perdants avaient été les créanciers publics. La Cour d'appel de Liège a en effet eu l'occasion, dans une faillite particulière, de relever « *que les données chiffrées qui ont été (...) exposées révèlent la volonté délibérée du responsable des sociétés faillies*[44] *de privilégier tous les autres créanciers de ses sociétés au détriment des créanciers institutionnels en s'assurant de la sorte un crédit artificiel ; qu'ainsi, alors que le passif des deux faillites, les créanciers hypothécaires étant omis, s'élève à environ 8.600.000 francs, la créance des appelants* [autorités fiscales] *est de l'ordre de 6.200.000 francs soit plus des deux tiers, ce qui est édifiant ; qu'il s'agit là d'une faute délibérée de gestion de la part des organes des sociétés intimées dont le comportement ne révèle pas à l'égard des créanciers publics une loyauté susceptible de les rendre dignes de la faveur que constitue l'excusabilité* »[45]. Sans doute, il est encore ici question de faveur. On n'aperçoit pas cependant ce qui empêcherait la même juridiction, sous l'empire de la loi actuelle, de refuser le bénéfice de l'*excusabilité* à une personne physique qui se serait rendue coupable de tels comportements[46].

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 septembre 2002, l'*excusabilité* est donc un droit[47]. Ce serait cependant une erreur de considérer que la jurisprudence antérieure à la loi du 4 septembre 2002 aurait perdu toute pertinence dans l'appréciation des conditions de l'*excusabilité*. Celle-ci, pour être un droit, n'en demeure pas moins soumise à la souveraine appréciation du juge du fond. Et la jurisprudence antérieure reste un guide utile pour discerner ce qui, d'après les tribunaux, doit être pris en considération. Il est peu probable que la nouvelle loi révolutionne les indices pris en considération par des juges du fond aptes à faire la part des choses entre un malheureux concours de circonstances et un manque grave de fiabilité personnelle du failli[48-49].

44. À l'époque de cet arrêt, une partie de la jurisprudence admettait encore la possibilité de prononcer l'*excusabilité* d'une personne morale.
45. Liège, 22 novembre 2001, *R.P.S.*, 2002, n° 6867, p. 97, obs. W. Derijcke.
46. Comp. I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, 2003, Bruxelles, Kluwer, n° 1052, p. 618.
47. Il n'est donc plus possible de refuser l'*excusabilité* au seul motif que le failli est décédé (comm. Hasselt, 11 juin 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 223, note St. Brijs).
48. Pour des décisions restant actuelles, voy., dans le sens du refus de l'*excusabilité*, comm. Tongres, 13 avril 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 123 ; comm. Hasselt, 10 févr. 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 528 ; dans le sens de l'octroi de l'*excusabilité*, Gand, 24 mai 2000, *R.D.C.B.*, 2000, p. 426 (avec note) et p. 802 ; Anvers, 12 févr. 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 397 ; Gand, 15 mars 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 393, note B. Windey, réformant sur ce point comm. Gand, 6 janv. 2000, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 701 ; comm. Louvain, 30 juin 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 508 ; comm. Louvain, 6 oct. 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 580, note).
49. Il nous est dès lors difficile de nous rallier à l'opinion du président I. Verougstraete pour qui la →

Il est trop tôt, à ce stade, pour savoir dans quel sens s'orientera la jurisprudence. Le législateur n'a donné aucun profil type du failli *excusable*. En pratique, les juridictions qui invoquaient certains motifs pour refuser l'*excusabilité* analysée comme une faveur, pourront fort bien reprendre ces mêmes motifs pour refuser l'*excusabilité* analysée comme un droit. Seul l'avenir nous dira s'il sera possible de dégager dans la jurisprudence une ligne cohérente.

Chapitre II. Impact de l'*excusabilité* sur le sort de la caution

L'arrêt précité de la Cour de cassation du 16 novembre 2001 avait apporté une solution claire : l'*excusabilité* du failli n'éteint pas les dettes de ce dernier et n'a aucune conséquence pour sa caution[50].

L'article 29 de la loi du 4 septembre 2002 paraît modifier radicalement cette situation puisqu'il remplace, par la disposition suivante, l'article 82 de la loi sur les faillites :

« *L'excusabilité éteint les dettes du failli*[51] *et décharge les personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont rendues caution de ses obligations.*

*Le conjoint du failli qui s'est personnellement obligé à la dette de son époux est libéré de cette obligation par l'effet de l'*excusabilité[52].

*L'*excusabilité *est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et celles qui*

→ jurisprudence antérieure à la loi du 4 septembre 2002 aurait perdu toute pertinence (I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 2003, Bruxelles, Kluwer, n°1050, p. 615, note infrapaginale n° 3 ; voy. aussi *ibidem*, n° 1052, pp. 617-618). L'auteur souligne lui-même combien le débat autour de l'*excusabilité* a été indigent. Il est peu probable que l'affirmation de quelques principes, formulés par le législateur au travers de concepts éminemment fluctuants et subjectifs, soit susceptible de renverser les convictions solidement élaborées par les juridictions de fond, au contact du terrain.

50. Voy. aussi civ. Hasselt (sais.), 3 mai 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 555, note B. WINDEY.

51. Pour le président I. Verougstraete, il ne s'agit pas de toutes les dettes existant à la ***clôture*** de la faillite, mais uniquement de celles existant au moment de son ***ouverture***. L'*excusabilité* sortit ses effets, tant pour les créanciers qui ont produit à la faillite que pour ceux qui s'en sont abstenus. Voy. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 2003, Bruxelles, Kluwer, n°1051, p. 617.

52. Nous n'abordons pas spécifiquement ici cet aspect de la question. La note ministérielle, qui sera examinée dans les paragraphes qui suivent, résume comme suit le sort du conjoint du failli. Selon le droit commun, les biens propres du failli et, lorsqu'il y en a, les biens communs du ménage, répondent des dettes professionnelles du failli. Si ce dernier est déclaré *excusable*, l'ensemble des biens propres de chaque conjoint ainsi que les biens communs seront à l'abri des poursuites ; à défaut, à la clôture de la faillite, les biens communs du ménage et les biens propres du failli resteront exposés aux poursuites, à la seule exclusion donc des biens propres du conjoint du failli. Il n'en va cependant ainsi que si le conjoint du failli ne s'est pas porté caution ou codébiteur solidaire du failli : dans une telle situation, le patrimoine commun, mis à l'abri des poursuites par l'*excusabilité* du failli, resterait exposé en vertu des engagements du conjoint de ce dernier. Si ce conjoint s'est porté caution, nous verrons ci-après le sort qui lui est réservé. Si ce conjoint s'est porté codébiteur solidaire, la disposition nouvelle, qui est commentée ici, lui étend →

résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte de l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute »[53].

Cette disposition est à ce point obscure[54], que le gouvernement, plutôt que de la retirer ou de la réécrire totalement, a préféré accompagner les travaux préparatoires d'une « *Note du ministère de la justice relative à l'article 82 de la loi sur les faillites : les effets de l'*excusabilité »[55].

La première partie de la note – la seule qui retienne ici notre attention – est consacrée à la caution : « *S'agissant de la caution, le projet poursuit un but limité : permettre la décharge des proches du failli qui, à titre gratuit, se sont rendus caution de ses obligations.* » D'emblée, la restriction étonne : on sait que le cautionnement est, par définition, une sûreté accessoire[56], qui suppose l'existence d'une dette principale ; or l'article 82, alinéa 1er, nouveau, de la loi sur les faillites dit bien que « [l]*'excusabilité éteint les dettes du failli* ». Comment un cautionnement, consenti à titre gratuit ou non, peut-il survivre à l'extinction de la dette principale ?

La note poursuit : « *L'exercice est délicat car il s'agit de ne pas dénier toute utilité économique à la caution en mesure telle que l'accès des entreprises au crédit s'en trouverait paralysé* ». Ici encore, le propos paraît approximatif : les per-

---

→ le bénéfice de l'*excusabilité* de son conjoint (avec cet effet que le patrimoine propre de ce conjoint se trouve également déchargé). La note conclut sur ce point : « [L]*a libération ne vaut que pour cette obligation particulière. Les autres dettes de l'époux du failli ne seront pas affectées par l'*excusabilité *ce qui serait le cas si l'on étendait tout simplement les conséquences de l'*excusabilité *du failli à la personne de son conjoint*. Voy. aussi M. VANMEENEN, « De faillissementswet herbekeken » in *Insolventierecht* (dir. H. COUSY et E. DIRIX), 2003, Bruges, Die Keure, pp. 21-22, n° 49 et proposition de loi modifiant l'article 98 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites en vue d'étendre les effets de l'excusabilité au conjoint du failli, Doc. Parl., ch., 2003-2004, n° 51-1276/001.

53. Cette particularité serait partiellement inspirée par l'article 523 du *Bankruptcy code* américain (I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 2003, Bruxelles, Kluwer, n°1051, p. 616, note infrapaginale n° 7). En réalité, cette disposition américaine vise un grand nombre d'autres dettes notamment de natures fiscale et pénale. La note ministérielle dont il sera question dans les paragraphes suivants estime que l'*excusabilité* ne peut être étendue à ces deux situations « [v]*u les graves conséquences qui peuvent en résulter pour certains créanciers (...)*. » Ces deux situations constitueraient « [l]*es cas les plus criants qui ont été dénoncés lors des travaux d'évaluation de la loi sur les faillites. Il n'est point besoin d'expliquer l'évidente nécessité d'immuniser ces deux types d'obligations des effets de l'*excusabilité ». Une telle explication était, au contraire, indispensable. Il aurait été utile, ne serait-ce que pour s'assurer de la pertinence de ces exclusions, que celles-ci se trouvassent confortées en droit comparé. La note conclut l'analyse de cette disposition en soulignant qu'elle énumère limitativement les exceptions à l'*excusabilité*. Les tribunaux ne pourraient en ajouter d'autres.
54. Le président I. Verougstraete considère, au contraire, que « [l]*a notion est on ne peut plus claire* », mais doit admettre que la contradiction entre une apparente extinction de la dette et le maintien de l'efficacité des sûretés personnelles qui garantissent cette dernière est irréductible (I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 2003, Bruxelles, Kluwer, n°1051, p. 616).
55. *Rapport sénat*, pp. 90-93.
56. Articles 2012 et 2013 du code civil.

sonnes morales ne pouvant, on l'a vu, être déclarées excusables, la question du sort des cautions ne se pose pas pour elles. Quant aux personnes physiques commerçantes elles-mêmes, elles sont, de toute façon, tenues de leurs dettes sur tous leurs biens. Par ailleurs, ce n'est bien qu'en cas d'*excusabilité* du failli que la caution se trouve déchargée : « [L]*a caution ne sera pas déchargée si le failli n'est pas déclaré* excusable. *Celles-ci* [sic] *devront alors supporter personnellement les conséquences des malversations commises par le failli.* »[57]. En outre, même pour une personne physique déclarée *excusable* : « [L]*es cautions rémunérées ou professionnelles ne peuvent bénéficier de la décharge. Il convient également d'exclure de la décharge les institutions, notamment publiques, qui fournissent caution pour stimuler l'activité économique.* »

Dans sa version issue de la loi du 4 septembre 2002, la protection du législateur profite donc à la seule caution – personne physique – tenue à titre gratuit[58] des engagements d'une personne physique commerçante déclarée en faillite. C'est de façon consciente que le législateur admet les conséquences de l'*inexcusabilité* des personnes morales : « [D]*ès lors que l'*excusabilité – *à l'instar du droit américain par ailleurs – est réservée au failli personne physique, la décharge ne sera pas accordée à ceux qui, tels les administrateurs ou gérants, ont cautionné les engagements d'une société.* »

Une fois admis ce champ d'application extrêmement limité, il faut encore préciser que la protection légale restera inopérante en présence de créanciers suffisamment diligents : « [L]*a décharge n'intervient qu'au terme de la faillite, c'est-à-dire à la clôture de la procédure. Ceci laisse donc aux créanciers avertis de l'ouverture de la faillite par les publications idoines le temps d'actionner la caution et d'exercer leurs voies et moyens.* » Non sans un certain cynisme, la Note énonce le principe d'une véritable course contre la montre : « [C]*onformément au principe général de la faillite qui est de régler globalement les droits des créanciers du failli, il s'indique que les cautions du failli puissent voir en la clôture de la faillite le terme des poursuites des créanciers si le failli a été déclaré* excusable ». On a à juste titre souligné le caractère contre-productif d'une telle approche, qui ne

57. La note ajoute que ceci « *peut apparaître choquant* » mais n'en tire aucune conclusion. De façon un peu désincarnée, la note dira encore plus loin : « *On peut remarquer que le commerçant sera vraisemblablement incité à exercer son négoce avec prudence et loyauté s'il sait que les cautions fournies par les siens seront déchargées s'il obtient le bénéfice de l'*excusabilité ». Il ne serait pas inintéressant de savoir s'il est exact que cette intervention du législateur était l'incitant qui manquait pour convaincre un certain nombre de commerçants de la nécessité d'être soigneux ou honnêtes.

58. Cette exigence de gratuité doit être largement entendue : le cautionnement n'est pas conclu à titre gratuit dès l'instant où la caution peut se prévaloir d'un quelconque avantage, direct ou indirect, sans qu'il faille s'arrêter à l'existence ou non d'une contre-prestation financière : M. Vanmeenen, « De faillissementswet herbekeken » in *Insolventierecht* (dir. H. Cousy et E. Dirix), 2003, Bruges, Die Keure, p. 20, n° 48.

peut que pousser les créanciers, bénéficiaires de cautionnement, à faire preuve d'une très grande intransigeance[59].

Il est dommage que ni la note ministérielle, ni surtout le législateur ne se soient prononcés sur le sort des procédures en cours à l'encontre des cautions au moment du prononcé de la clôture de la faillite avec *excusabilité* du failli. Il faut admettre que si l'*excusabilité* du failli intervient alors que l'instance contre la caution, en premier degré de juridiction, n'a pas encore été vidée, cette caution pourra bénéficier de cette *excusabilité* : puisque celle-ci éteint la dette du débiteur principal, l'exception que la caution opposera au créancier ne sera pas une simple question d'irrecevabilité – qui s'apprécie au moment de l'introduction de l'action –, mais portera sur le fond du droit d'action.

La Cour d'appel de Bruxelles a jugé que la caution, poursuivie en payement, avait le droit de se prévaloir de cette *décharge* tant qu'une décision coulée en force de chose jugée n'avait pas été prononcée contre elle[60]. En l'espèce, le premier juge avait condamné la caution au payement ; la caution, qui contestait la demande, a interjeté appel et l'*excusabilité* du débiteur principal est intervenue pendant l'instance d'appel. La Cour d'appel considère que la caution pouvait s'en prévaloir. Cette affaire présentait la particularité supplémentaire que la loi du 4 septembre 2002 était entrée en vigueur le 1er octobre 2002, alors que la clôture de la faillite avec *excusabilité* du débiteur principal avait été prononcée en 1998.

Par contre, si l'*excusabilité* du débiteur principal intervient alors que le jugement condamnant la caution en est à sa phase d'exécution forcée, on n'aperçoit pas comment le créancier pourrait perdre le bénéfice de son titre.

Il va sans dire qu'il ne s'agit ici que d'une tentative de lecture raisonnée et de la loi et de son commentaire ; la seule façon, pour le créancier, d'être assuré d'obtenir le bénéfice de sa sûreté est de veiller à être payé avant que ne soit prononcée une éventuelle *excusabilité*[61].

Chapitre III. Les conséquences pratiques des incohérences théoriques

Section 1- Introduction

Dans le chapitre précédent, nous avons adopté le point de vue du failli (et de son conjoint) pour voir dans quelle mesure il lui (leur) sera possible de bénéficier de l'*excusabilité*. Dans le présent chapitre, nous prenons le point de vue du créancier qui, au contraire, souhaite se prémunir contre cette même *excusabilité*.

Il est probable que, dans un avenir plus ou moins proche, les imaginations

59. M. Vanmeenen, « De faillissementswet herbekeken » in *Insolventierecht* (dir. H. Cousy et E. Dirix), 2003, Bruges, Die Keure, p. 21, n° 48.
60. Bruxelles, 4 févr. 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 1349.
61. Contra, mais à tort, Gand, 8 décembre 2003, R.W., 2003-2004, p. 1545, note.

continueront à travailler. Toutefois, pour l'instant, on peut envisager au moins deux pistes en direction d'une protection des intérêts du créancier.

Nous ne revenons pas sur la seule solution (presque) parfaite : obtenir le payement de la caution avant toute décision d'*excusabilité*. Nous laissons également de côté ici la question du co-débiteur solidaire non intéressé à la dette, dont il est question à l'article 1216 du code civil : il est certain que l'article 82 de la loi sur les faillites est une disposition exorbitante du droit commun et donc d'interprétation stricte. Mais on ne peut constater – à juste titre – que le codébiteur solidaire, même engagé à titre gratuit, ne peut en aucune manière se prévaloir de l'*excusabilité* du débiteur intéressé à la dette, sans admettre dans un même souffle que la discrimination par rapport à la caution – simple ou solidaire – est difficile à comprendre[62] ; il est probable que l'arrêt n° 78/2004 du 12 mai 2004 de la Cour d'arbitrage, en raison de sa motivation déficiente, ne fera pas taire la controverse[63].

La première technique envisagée (section 2) coule de source : éviter que le débiteur principal soit une personne physique. La seconde solution (section 3) prend appui sur une technique peu étudiée : le cautionnement (plutôt que la garantie) à première demande[64].

Section 2 - Le débiteur principal doit être une personne morale

Comme on l'a vu ci-dessus, le législateur a opté pour une *inexcusabilité* absolue des personnes morales[65]. Que ce soit au terme d'une procédure sommaire de clôture[66] ou d'une procédure de liquidation[67], la personne morale est dissoute, sa liquidation est clôturée et l'article 185 du code des sociétés trouvera à s'appliquer[68].

---

62. Voy. M. VANMEENEN, « De faillissementswet herbekeken » in *Insolventierecht* (dir. H. COUSY et E. DIRIX), 2003, Bruges, Die Keure, p. 20, n° 48.
63. Voy. ci-après, section 4, § 3.
64. Voy. aussi M. VANMEENEN, « De faillissementswet herbekeken » in *Insolventierecht* (dir. H. COUSY et E. DIRIX), 2003, Bruges, Die Keure, p. 21, n° 48.
65. Article 81.1° de la loi sur les faillites. On se souviendra de ce que, par son arrêt n° 28/2004 du 27 février 2004, la Cour d'arbitrage avait déjà annulé l'article 81.2° (excluant de plein droit du bénéfice de l'*excusabilité* les personnes coupables d'un certain nombre d'infractions particulièrement graves).
66. Article 73, alinéa 2, de la loi sur les faillites.
67. Article 83, alinéa 1er, de la loi sur les faillites.
68. Cet article dispose :
« *A défaut de nomination de liquidateurs, les associés gérants dans les sociétés en nom collectif ou en commandite, et les administrateurs ou les gérants dans les sociétés anonymes, les sociétés privées à responsabilité limitée, les sociétés coopératives et les groupements d'intérêt économique, seront, à l'égard des tiers, considérés comme liquidateurs. Il en va de même en cas de clôture immédiate de la liquidation conformément à l'article 182* [concernant la dissolution judiciaire des sociétés qui ne sont plus actives] ».

La clôture immédiate de la liquidation n'a pas pour effet d'éteindre les dettes de la société[69]. L'article 73, alinéa 7 (pour la procédure sommaire de clôture), et l'article 83, alinéa 2 (pour la procédure de liquidation), de la loi sur les faillites donnent d'ailleurs au Roi le pouvoir de déterminer le sort des actifs qui apparaîtraient après la clôture de la liquidation et l'éventuelle attribution de ces actifs en cas d'apparition de nouveaux passifs. Le Roi a fait usage de cette habilitation dans le cadre de l'arrêté royal du 25 mai 1999 portant exécution des articles 73 et 83 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites. L'article 2 de cet arrêté royal dispose : « *En cas d'action introduite... conformément à l'article 194 des lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935* [devenu aujourd'hui l'article 198 du code des sociétés], *contre les personnes réputées liquidateurs de la personne morale déclarée en faillite en vertu de l'article 180 des mêmes lois coordonnées* [devenu aujourd'hui l'article 185 du code des sociétés], *le tribunal peut ordonner un prélèvement au bénéfice du demandeur, à concurrence de ce qui lui reste dû au jour de la clôture de la faillite, sur les actifs qui seraient encore consignés au profit du failli au jour du jugement à prononcer, afin de les affecter au remboursement du solde de sa créance* ». Prévoir ainsi le sort des actifs et passifs d'une société, par la période postérieure à la clôture de sa faillite (et de sa liquidation) n'a de sens que parce que cette clôture ne fait pas disparaître l'obligation qui pèse sur la société, au travers de ses organes passifs, de payer les dettes qui peuvent l'être.

La clôture de la faillite, et donc de la liquidation de la société, n'éteignant pas la dette garantie, tous les accessoires de cette dette, en ce compris un éventuel cautionnement, survivent eux aussi.

La parade à l'*excusabilité*, sous l'empire de la loi du 4 septembre 2002, est donc assez simple : pour éviter les conséquences d'une *excusabilité*, à ses yeux intempestives, le créancier veillera à exiger que son débiteur principal soit constitué sous la forme d'une société commerciale. L'expérience enseigne que ce genre d'exigences se trouve déjà dans la pratique. Pour les plus petites entreprises, on songera spontanément à la *société privée à responsabilité limitée*. Mais il ne serait pas même nécessaire d'avancer les frais d'une telle structure : la caution d'une société en commandite simple ou d'une société en nom collectif en faillite ne serait pas plus protégée que la caution d'une société anonyme ou d'une société privée à responsabilité limitée[70].

69. Comp. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 2003, Bruxelles, Kluwer, n°1053, p. 619.

70. On aperçoit ainsi au passage un autre correctif possible : pour aller au plus simple, et éviter même le risque d'un correctif par la Cour d'arbitrage (*cf. infra*), le créancier pourrait tout simplement pousser à la constitution de sociétés en nom collectif : dans cette société, « *les associés sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la dénomination sociale* » (article 204 du code des sociétés).

Section 3 - Le cautionnement (plutôt que la garantie) à première demande

La sûreté personnelle par excellence est le cautionnement. La garantie indépendante a, quant à elle, depuis longtemps cessé d'être une sûreté nouvelle, du moins dans un contexte international[71].

La spécificité de la garantie indépendante est que le garant, en garantissant la dette d'autrui, ne contracte pas un engagement accessoire, mais bien un engagement personnel. En toute rigueur de principe, le garant indépendant restera tenu, même s'il s'est engagé à titre gratuit et même si le donneur d'ordre garanti est, à la suite d'une faillite, déclaré *excusable*. La loi sur les faillites n'ignore pas la distinction entre les diverses sûretés personnelles et, sous l'angle de l'*excusabilité*, n'en aborde que deux : le cautionnement et, s'agissant du conjoint, l'obligation solidaire à titre de garantie. On ne peut admettre que le législateur pécherait par l'ignorance d'autres sûretés personnelles, issues de la pratique, qu'il met d'ailleurs en œuvre lui-même[72]. La légalité de la garantie indépendante concédée par un non-professionnel du crédit est certaine et a déjà a été envisagée ailleurs comme échappatoire à certaines dispositions d'un droit contraignant de l'insolvabilité[73]. En outre, le litige tendant au payement d'une garantie à première demande est, en règle, particulièrement rapide, en manière telle que la question de l'impact de l'*excusabilité* reconnue au donneur d'ordre garanti ne devrait pas se poser, même s'il y a là un risque procédural à apprécier *in concreto*, qu'on ne peut écarter *a priori*, spécialement en cas de procédure sommaire de clôture[74].

Développer les garanties indépendantes dans toute leur rigueur à la charge de personnes physiques n'est cependant guère souhaitable, si on veut bien prendre en compte l'hostilité prévisible, et d'ailleurs compréhensible, des tribunaux[75]. Par contre, une doctrine relativement récente a développé la notion de cautionnement à première demande[76]. Contrairement à la garantie indépendante, cette sûreté reste une sûreté accessoire, qui permet à la caution de se prévaloir des

---

71. Voy. W. DERIJCKE, « Een zonneklare toepassing van de leer inzake garanties op eerste verzoek », note sous Bruxelles, 2 mars 2001, *R.D.C.B.*, 2002, p. 491, n° 1. Pour un examen circonstancié de cette sûreté, voy. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « La garantie indépendante à l'ombre des apparences », in *Hommage à Jacques Heenen*, 1994, Bruxelles, Bruylant, pp. 429-467.
72. Voy. p.e. l'article 9 de l'arrêté royal du 10 novembre 2001 d'exécution de la loi du 10 août 2001 portant adaptation de l'assurance contre les accidents du travail aux directives européennes concernant l'assurance directe, à l'exception de l'assurance-vie ; l'article 17 de la loi du 10 juin 2001 modifiant la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, sur les entreprises de sécurité et sur les services internes de gardiennage.
73. Voy. L. AYNÈS, *Sûretés, Publicité foncière*, 10ème éd., 2000, Paris, Cujas, n° 338, pp. 151-152 et la note infrapaginale n° 4 de la page 151.
74. Le garant sera, par hypothèse, une personne physique non commerçante (la question des effets de l'excusabilité ne se pose pas au profit du garant professionnel) qui relèvera donc de la compétence des tribunaux de première instance.
75. Voy. Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3e éd., 2000, Paris, Litec, n° 934, p. 846.
76. E. DIRIX et R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, 1999, →

exceptions dont aurait pu se prévaloir le débiteur principal. Cependant, en cas d'appel au cautionnement, la caution doit s'exécuter à première demande et c'est la caution qui devra prendre l'initiative d'un éventuel procès en remboursement. La juridiction saisie devra examiner si le payement était ou non ***correct au moment où il a été fait***, sans que l'éventuelle *excusabilité* ultérieure du débiteur principal puisse avoir un quelconque impact. Nous avons en effet vu ci-dessus que le payement exécuté par la caution avant toute décision d'*excusabilité*, était et restait acquis au créancier, même si par la suite une telle *excusabilité* était prononcée en faveur du débiteur principal.

Le cautionnement à première demande tend à la recherche d'un équilibre entre l'impératif d'un payement rapide et la légitime protection de la caution[77]. Le professeur L. Aynès voit, il est vrai, dans le cautionnement à première demande un « *monstre juridique* »[78]. Le droit du cautionnement étant, en Belgique du moins, presque tout à fait supplétif, rien ne s'oppose pourtant à ce que le « *monstre* » prenne vie. On peut en effet se demander si la qualification de « *cautionnement* » est judicieuse, mais ceci n'affecte en rien la validité du mécanisme[79].

Section 4 - Un rôle essentiel dévolu à et assumé par la Cour d'arbitrage[80]

§ 1. Introduction

Les techniques décrites ci-dessus ne laissaient guère de place au doute. Si on voulait bien s'en tenir au prescrit légal, défectueux, et aux intentions, confuses, du législateur il fallait aussi se soumettre à cette logique : (i) dès l'instant où le débiteur principal était une personne morale, la question de l'*excusabilité* ne se posait pas ; (ii) dès l'instant où la caution s'était exécutée avant toute décision sur l'*excusabilité* du débiteur principal, le payement était valable et ne pouvait être remis en question *a posteriori*[81].

→ Anvers, E. Story-Scientia, n° 396, pp. 261-262. Voy. cependant Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3e éd., 2000, Paris, Litec, n° 896, pp. 805-806.

77. Voy. D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 3e éd., 2002, Paris, L.G.D.J., nos 325-330, pp.262-265, qui illustre cette idée à la lumière de l'expérience allemande.
78. L. AYNÈS, *Sûretés, Publicité foncière*, 10e éd., 2000, Paris, Cujas, n° 123, pp. 40-41. Voy. aussi M. CABRILLAC et Chr. MOULY, *Droit des sûretés*, 6e éd., 2002, Paris, Litec, n° 215, pp. 213-214.
79. Voy. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 1999, Antwerpen, Kluwer, nos 677-679, pp. 359-361. Comp. D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 3e éd., 2002, Paris, L.G.D.J., nos 325-330, pp.262-265.
80. Voy. aussi M. VANMEENEN, « De faillissementswet herbekeken » in *Insolventierecht* (dir. H. COUSY et E. DIRIX), 2003, Bruges, Die Keure, pp. 22-23, n° 50.
81. La question est soumise à la Cour d'arbitrage : civ. Liège, 21 janv. 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 561, note.

L'*excusabilité*, dans le régime issu de la loi du 4 septembre 2002, était cependant percluse de causes de discriminations : en cas de faillite, la caution de deux épiceries similaires était ou non déchargée selon que l'entreprise était celle d'une personne physique ou celle d'une personne morale ; toutes les sûretés personnelles n'étaient pas traitées de la même façon ; le conjoint codébiteur solitaire d'une personne physique *excusable* bénificiait de cette *excusabilité*, à l'exclusion de tout autre parent ou cohabitant, concubin ou non ; même si on pouvait comprendre qu'octroyer l'*excusabilité* à une personne morale n'est pas une solution heureuse, la cohérence du système est difficile à comprendre lorsqu'il s'agit d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite simple puisque les personnes physiques associées bénéficieront, en principe, de l'*excusabilité* dont, certes, sera privé le véhicule juridique de l'entreprise mais aussi les éventuels associés ou commandités eux-mêmes constitués sous la forme de personnes morales, ...

La Cour d'arbitrage a adopté une position nuancée. Ainsi, elle a eu l'occasion d'écarter une des objections qui pouvaient être faites à la loi du 4 septembre 2002. Par son arrêt n° 68/2004 du 5 mai 2004, la Cour d'arbitrage rejette le recours en annulation formé par un failli dont la faillite avait été clôturée avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi et s'était soldée par une décision d'*inexcusabilité*, alors que d'autres faillis, dont la faillite était pourtant aussi antérieure à la loi du 4 septembre 2002, pourront, ne serait-ce que parce que la procédure a pris davantage de temps en ce qui les concerne, bénéficier de cette *excusabilité*[82]. Pour la Cour d'arbitrage, « [c]*'est l'effet ordinaire de toute règle de droit de s'appliquer immédiatement, au terme d'un délai fixé par la loi, calculé à partir de sa publication, sans pour cela méconnaître le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination* ». En l'espèce, « *la différence de traitement* », dénoncée par le recours, « *repose sur un critère objectif, à savoir le fait que la faillite était déjà clôturée ou non. À la lumière de la mesure litigieuse, cette différence de traitement est pertinente étant donné que la décision judiciaire de clôture de la faillite a déjà sorti des effets juridiques, s'agissant notamment de l'*excusabilité. *Le législateur a pris une mesure qui n'est pas déraisonnable en ne conférant pas d'effet rétroactif à la disposition litigieuse, ce qui créerait une insécurité juridique* »[83].

82. Voy. aussi l'arrêt n° 78/2004 du 12 mai 2004 de la Cour d'arbitrage, qui confirme, dans un autre contexte, « *qu'en n'ajoutant pas de dispositions transitoires aux lois du 8 août 1997 et 4 septembre 2002, le législateur n'a pas méconnu le principe d'égalité* » ainsi que l'arrêt n° 139/2004 du 22 juillet 2004.

83. Cet arrêt de la Cour d'arbitrage, confronté à un récent arrêt de la Cour d'appel de Liège, fait apparaître une criante injustice. Une faillite avait été clôturée en 1993 par un jugement qui avait expressément réservé à statuer sur la question de l'*excusabilité*. On l'a rappelé ci-dessus, l'*excusabilité* existait avant la loi du 8 août 1997 mais n'avait, à cette époque, aucun intérêt pratique. Confronté à un ancien créancier qui voulait récupérer une créance datant de la faillite, le failli eut l'ingénieuse idée de demander qu'il soit enfin statué sur l'*excusabilité*. La Cour d'appel de Liège fit droit à la demande et octroya l'*excusabilité* par application des principes de la loi du 4 septembre 2002 (Liège, 20 novembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 554, note →

Les débats devant la Cour d'arbitrage ne devaient cependant pas en rester là. Les articles 81 et 82 de la loi sur les faillites ont fait l'objet d'une salve nourrie de questions préjudicielles[84]. Dans ses arrêts les plus récents, la Cour d'arbitrage semble faire preuve d'une retenue tout à fait justifiée. Nous examinons trois de ces arrêts ci-après.

§ 2. L'arrêt n° 76/2004 du 5 mai 2004

La Cour d'arbitrage était saisie de deux questions préjudicielles relatives aux articles 79 et 82 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, dans leur version originaire.

Un commerçant avait été déclaré en faillite le 9 janvier 1990. Son ex-épouse, qui s'était portée caution à l'égard d'une institution de crédit, fut contrainte à rembourser une dette du failli. Par arrêt du 30 juin 1999, le failli est condamné à rembourser la caution. La faillite est clôturée le 13 mars 2001 et le failli est déclaré *excusable* le 26 juin 2001. Sur la base de l'arrêt du 30 juin 1999, la caution fait signifier un commandement au débiteur garanti. Celui-ci fait opposition devant le juge des saisies, estimant ne plus pouvoir être poursuivi en raison de l'*excusabilité* dont il bénéficie. La caution n'avait pas introduit de déclaration de créance à la faillite et n'avait formé aucun recours contre la décision d'*excusabilité*. Bien qu'il admette, en principe, que l'*excusabilité* protège en l'espèce le failli, le juge des saisies accepte de poser deux questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage.

Tout d'abord, ne peut-on apercevoir une discrimination entre, d'une part, la situation d'une caution « *qui n'a payé qu'après la déclaration d'ouverture de la faillite et qui n'avait donc pas la possibilité de faire une déclaration dans la faillite* », avec pour conséquence que cette caution aurait été « *privée de la*

→ P. Cavenaille). Le failli qui a introduit le recours en annulation qui a donné lieu à l'arrêt de rejet de la Cour d'arbitrage se retrouve donc entre deux chaises. Tous les faillis dont l'éventuelle *excusabilité* n'a pas encore fait l'objet d'une décision coulée en force de chose jugée pourraient désormais, à en croire la Cour d'appel de Liège, soumettre la question à la juridiction compétente qui statuera par application des principes contenus dans la loi du 4 septembre 2002. *De facto*, se trouveraient pour ainsi dire seuls exclus, les faillis qui auraient été déclarés *inexcusables* entre le 1er janvier 1998 et le 1er octobre 2002 (en ce compris ceux pour lesquels la question de l'*excusabilité* n'aurait même pas été examinée : Bruxelles, 12 février 2004, *J.T.*, 2004, p. 452). Pour les faillites clôturées avant le 1er janvier 1998, où le tribunal n'aurait pas statué sur l'*excusabilité*, comme pour les faillites clôturées après le 1er octobre 2002, le failli pourra faire valoir le droit « conditionnel » à l'*excusabilité*. Par son arrêt du 15 janvier 2004, la Cour d'appel de Liège confirme sa jurisprudence dans une situation où le jugement de clôture n'avait ni statué ni réservé à statuer sur l'*excusabilité* (Liège, 15 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 558). Cette jurisprudence pose cependant la question de sa comptabilité avec l'article 1675/13, §§ 3 et 4 du code judiciaire (com. arrêt n° 139/2004 du 22 juillet 2004 de la Cour d'arbitrage).

84. Voy. *M.B.*, 19 mars 2004, Ed. 3, pp. 15925-15926. *Adde M.B.*, 23 février 2004, p. 10581 ; *M.B.*, 30 octobre 2003, p. 53220, *M.B.*, 3 avril 2003, p. 17130.

possibilité de donner un avis sur l'excusabilité *du failli* » et, d'autre part, « *la caution qui a déjà payé avant la déclaration d'ouverture de la faillite* » et qui, par conséquent, aurait cette possibilité ?

Cette question préjudicielle reçoit une réponse négative. Les raisons de cette réponse importent assez peu : la Cour d'arbitrage semble considérer que le législateur a légitimement pu vouloir accélérer les procédures de faillites ; par ailleurs, cette juridiction minimise la portée de l'avis des créanciers. La Cour d'arbitrage fait d'ailleurs observer à juste titre que la situation est exceptionnelle : en règle, la caution, puisqu'elle est, après payement, subrogée dans les droits du créancier qui a dû faire sa déclaration de créance, a vocation à donner son avis sur l'*excusabilité*[85]. La question ne peut se poser que si le créancier n'a pas fait de déclaration de créance ou si, au moment du payement, les créanciers ont déjà émis un avis sur l'*excusabilité* du débiteur principal.

Cet arrêt est cependant l'illustration de l'artificialité qui affecte la saisine de la Cour d'arbitrage. Celle-ci prend soin, comme on l'a vu, de dire le caractère insolite de la question[86]. En effet, la question préjudicielle était fondée sur une prémisse erronée qui échappait à la censure de la Cour d'arbitrage : en vertu de l'article 2032, 2°, du code civil, qui n'a pas été évoqué devant la Cour d'arbitrage, « *la caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisé : (...) lorsque le débiteur a fait faillite (...)* ». En d'autres termes, dès la déclaration de faillite, toute caution, qu'elle ait payé ou non, peut introduire une déclaration de créance[87], étant entendu qu'il n'y sera fait droit que dans la mesure où la caution aura effectivement acquitté la dette du failli.

La seconde question interrogeait la Cour d'arbitrage sur une discrimination entre, d'une part, la caution qui paye avant que le failli ne soit déclaré *excusable* et qui se trouverait ainsi privée de tout recours contre ce dernier en cas d'*excusabilité* ultérieure et, d'autre part, la caution qui n'a payé qu'après une éventuelle décision d'*excusabilité* et dont le recours contre le débiteur principal ne serait pas entravé par cette dernière[88].

Sans guère motiver sa réponse, la Cour d'arbitrage considère que cette

85. Arrêt n° 76/2004 du 5 mai 2004 de la Cour d'arbitrage, § B.5.

86. Voy. aussi arrêt n° 76/2004 du 5 mai 2004 de la Cour d'arbitrage, § B.4

87. M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficultés*, 6e édition, 2003, Paris, Dalloz, n° 813, p. 572. *Adde, mutatis mutandis* [en raison des spécificités du droit français], G. Rippert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 2, par Ph. Delebecque et M. Germain, 16e éd., 2000, Paris, L.G.D.J., n° 3004, pp. 942-943 ; Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3e éd., 2000, Paris, Litec, n° 622, pp. 558-559 ; M. Cabrillac et Chr. Mouly, *Droit des sûretés*, 6e éd., 2002, Paris, Litec, n° 220-3, pp. 219-220.

88. Le juge des saisies se rallie ainsi à la thèse de Mme J. Windey qui considère que la caution qui n'a payé qu'après une décision déclarant *excusable* le débiteur principal, ne peut se voir opposer celle-ci lors de son recours en payement contre le débiteur principal (voy. J. Windey, « L'excusabilité du failli », *R.D.C.B.*, 1999, pp. 177-178). Mme J. Windey rappelle que la caution, qui a payé la dette garantie, dispose d'un double recours contre le débiteur principal : un recours dit personnel et un recours subrogatoire (art. 2028 et 2029 du code civil). Il est certain que le recours subrogatoire ne pourrait plus être exercé si le failli a été déclaré *excusable*, que cette *excusabilité* →

différence de traitement n'est pas injustifiée. Cette décision peut conduire à d'importants abus de procédure. La caution d'une personne physique a ou avait au moins deux bonnes – ou mauvaises – raisons pour user de toutes les ficelles procédurales pour retarder un payement au créancier. Si la caution paye avant la clôture de la faillite, elle a peu de chance de récupérer quoi que ce soit à charge du failli avant cette clôture et, après celle-ci, sera confrontée à un débiteur principal en principe *excusé*. Si la caution s'est engagée à titre gratuit en garantie des dettes d'une personne physique, elle peut même, en retardant la procédure de payement, espérer une décharge pure et simple.

§ 3. L'arrêt n° 78/2004 du 12 mai 2004

Par son arrêt n° 78/2004, la Cour d'arbitrage répond à une deuxième série de questions préjudicielles relatives aux effets de l'*excusabilité*.

Cet arrêt suscite d'emblée la perplexité puisque, avant de répondre aux questions, la Cour d'arbitrage croit utile de préciser qu'elle « *examine l'article 82* [de la loi sur les faillites] *dans l'interprétation des juges* a quo *selon laquelle la déclaration d'*excusabilité *a pour effet que les dettes ne s'éteignent que dans le chef du failli, de certaines cautions et de certains codébiteurs* »[89]. Cette formulation maladroite laisse supposer qu'il existerait d'autres interprétations possibles, alors qu'il n'en est rien.

Par contre, cet arrêt marque une évolution certaine – même si elle était encore insuffisante – de la Cour d'arbitrage dans la direction d'une prise en compte plus large du contexte légal dans lequel s'inscrivent les dispositions légales soumises à son appréciation. Après avoir rappelé les intentions du législateur de 1997 et de 2002, la Cour d'arbitrage reconnaît que si elle a avant tout à se prononcer sur l'existence ou non d'effets discriminatoires inconstitutionnels, elle ne peut le faire qu'en tenant « *compte, d'une part, des objectifs économiques et sociaux de la mesure litigieuse et, d'autre part, des principes applicables en la matière, du droit patrimonial civil, en vertu desquels 'les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites'(article 1134, alinéa 1^er^, du code civil) et 'quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous*

→ soit ou non antérieure au payement : étant subrogée dans les droits du créancier, la caution ne pourrait avoir davantage de droits que ce dernier. Par contre, le recours personnel, qu'on dit parfois fondé sur le mandat, survivrait à l'*excusabilité*, du moins si le payement par la caution est postérieur à celle-ci. Il est exact que l'action personnelle de la caution contre le débiteur principal est parfois expliquée par une idée de mandat, mais aussi de gestion d'affaires (voy. Fr. T'Kint, *Les principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e^ éd., 2004, Larcier, Bruxelles, n° 781, p. 387). On se rappellera toutefois que, en règle, la faillite met fin au mandat (art. 2003 du code civil). Quant à une explication de la survie de l'action personnelle par la gestion d'affaires, le régime même de la faillite, et spécialement le dessaisissement qu'elle entraîne, paraît l'exclure.

89. Arrêt n° 78/2004 du 12 mai 2004 de la Cour d'arbitrage, § B.6.

ses biens mobiliers ou immobiliers, présents et à venir (article 7 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851) »[90].

Pour la Cour d'arbitrage, l'*excusabilité* est avant tout une mesure qui vise les dettes personnelles du failli. L'extension du bénéfice de la décharge à certaines cautions et au conjoint n'est qu'un prolongement, un effet secondaire de cette excusabilité, les personnes non commerçantes pouvant, en règle, se tourner vers la procédure de règlement collectif de dettes. Ainsi, lorsqu'une personne morale a été déclarée *excusable* sous l'empire de la loi du 8 août 1997, on peut admettre que le gérant reste tenu au payement des cotisations de sécurité sociale dues en raison de son activité dans la société, même si la société s'en trouve quant à elle déchargée. De façon nettement plus surprenante, la Cour d'arbitrage admet qu'un codébiteur solidaire, engagé à titre gratuit, reste tenu alors que la caution est libérée. La Cour d'arbitrage considère que « [t]*ant dans le cas du gérant que dans le cas du codébiteur solidaire, il s'agit de dettes qui sont, entièrement ou partiellement, propres à la personne autre que le failli et ne peuvent dès lors entrer dans le champ d'application de la mesure d'*excusabilité *sans restreindre de manière disproportionnée les droits des créanciers* »[91]. La sécurité juridique y gagnera ce que la cohérence doctrinale y perdra : en effet, si, dans le cadre de l'obligation à la dette, il est exact que la dette du codébiteur solidaire lui est personnelle, il n'en est pas ainsi pour la contribution à la dette : « *Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions* »[92]. Ce dernier point semble avoir échappé à la Cour d'arbitrage. Il n'est donc pas exclu qu'elle revienne sur cet aspect de sa jurisprudence : si le raisonnement qu'elle tient ici est cohérent pour la personne solidairement tenue en raison d'une disposition légale en ce sens, la conclusion est en effet moins évidente en matière de solidarité passive contractuelle à titre de garantie.

Le même arrêt considère que, de même qu'avant la loi du 4 septembre 2002, la loi sur les faillites contenait une discrimination inconstitutionnelle en ce que cette loi « *ne permettait en aucune manière qu'un juge puisse décharger de leur engagement le conjoint ou la caution du failli déclaré* excusable »[93], la loi nouvelle restait inconstitutionnelle en ce qu'elle ne permettait pas la libération du « *conjoint qui est, en vertu d'une disposition légale, obligé à une dette d'impôt du failli* »[94]. Pour cette juridiction, « [i]*l peut (...) se justifier de manière objective et raisonnable que les effets de l'*excusabilité *ne soient pas étendus au codébiteur*

90. Arrêt n° 78/2004 du 12 mai 2004 de la Cour d'arbitrage, § B.10.
91. Arrêt n° 78/2004 du 12 mai 2004 de la Cour d'arbitrage, § B.11.1, *in fine*.
92. Article 1216 du code civil.
93. Arrêt n° 78/2004 du 12 mai 2004 de la Cour d'arbitrage, § B.2, *in fine*. Voy. arrêt n° 69/2002 de la Cour d'arbitrage.
94. Arrêt n° 78/2004 du 12 mai 2004 de la Cour d'arbitrage, § B.11.3.

solidaire qui n'est pas le conjoint du failli. En effet, dans cette hypothèse, il n'est pas question d'un patrimoine commun »[95].

§ 4. L'arrêt n° 83/2004 du 12 mai 2004

En règle, à l'occasion d'un règlement collectif de dettes, « [l]*e juge ne peut accorder de remise pour les dettes suivantes : (...) les dettes d'un failli subsistant après la clôture de la faillite* », à moins qu'il ne s'agisse d'un débiteur dont la faillite a été clôturée sous l'empire de la loi du 18 avril 1851[96].

La Cour d'arbitrage considère que le failli déclaré *inexcusable* conserve l'accès à la procédure de règlement collectif de dettes, mais qu'il se comprend que les dettes, pour lesquelles la discussion d'une éventuelle remise a déjà eu lieu devant le tribunal de commerce, ne puisse pas avoir lieu à nouveau dans le cadre du règlement collectif de dettes.

§ 5. Un fil conducteur ?

Un esprit attaché aux concepts et réflexes du droit privé est tenté de se montrer fort critique pour la Cour d'arbitrage. Il doit cependant se garder de tout excès. On l'a vu, la Cour d'arbitrage n'a qu'une maîtrise limitée sur la formulation des questions que lui posent les juridictions de l'ordre judiciaire et elle se fait un devoir d'y répondre, même si le complexe factuel qui y donne lieu est insolite ou que le droit matériel a été mal interprété par lesdites juridictions.

Les récents arrêts de la Cour d'arbitrage, commentés ci-dessus, semblent cependant avoir le souci louable de ne pas trop bousculer l'équilibre global du droit privé.

Ainsi, la Cour d'arbitrage paraît admettre une interprétation stricte des bénéficiaires de l'*excusabilité* autre que le failli lui-même. Ceux-ci peuvent, en règle, bénéficier d'un règlement collectif de dettes.

Dans un même ordre d'idée, si le conjoint codébiteur se voit reconnaître un statut particulier, c'est moins par faveur pour ce conjoint que pour garantir l'effet direct de l'*excusabilité* et protéger un éventuel patrimoine commun.

Enfin, il semblerait que, pour la Cour d'arbitrage, il existerait une véritable différence de substance entre un codébiteur solidaire et une caution solidaire ou non. D'un point de vue strictement analytique, cette position est sans doute trop rigoureuse, mais a le mérite de la clarté.

Si la Cour d'arbitrage maintient le même cap à l'avenir, on croit pouvoir en conclure que cette juridiction statuerait dans un sens analogue en matière de garantie indépendante et considérerait qu'il est légitime que le garant reste tenu

95. Arrêt n° 78/2004 du 12 mai 2004 de la Cour d'arbitrage, § B.12, alinéa 2. *Cf. supra*, note infrapaginale n° 52.

96. Article 1675/13, §§ 3 et 4, du code judiciaire. Voy. aussi arrêt n° 139/2004 du 22 juillet 2004 de la Cour d'arbitrage.

bien que le débiteur garanti soit déchargé par l'effet de l'*excusabilité*. En effet, plus encore que le codébiteur solidaire, le garant est tenu d'une dette propre et même tout à fait distincte de celle du débiteur principal.

Conclusion

Les analyses de la loi du 2 septembre 2002 ont parfois été fort sévères pour le législateur[97].

Nous n'entendons pas nous prononcer ici sur les aspects de politique légale que peuvent véhiculer ces prises de position. Par contre, il serait déraisonnable de vouloir contester la pertinence de ces critiques lorsque elles pointent les déficiences des raisonnements appliqués en la matière. La Cour d'arbitrage n'y est d'ailleurs pas resté insensible. Ainsi, le contrat de cautionnement est, en règle, un contrat unilatéral, seul le débiteur prend un engagement, d'ailleurs unique : payer en cas de manquement. Et voilà que cette seule obligation serait susceptible de disparaître, non pas pour une circonstance propre à la caution ou parce que l'obligation du débiteur principal a été honorée, mais par le fait de l'octroi, au débiteur garanti, du bénéfice de l'*excusabilité*[98], du moins si la caution est une personne physique engagée à titre gratuit. Par contre, en d'autres circonstances, l'obligation de la caution devrait subsister, bien que l'obligation garantie soit éteinte.

Par ailleurs, la loi du 4 septembre 2002 avait voulu clarifier les conditions d'octroi et les conséquences de l'*excusabilité*. Une lecture rapide des dispositions légales pourrait faire conclure au succès de l'opération : l'*excusabilité* est la règle, l'*inexcusabilité* l'exception. Cette *excusabilité*, réservée aux seules personnes physiques, éteignait les dettes du failli, étant entendu que cette extinction ne profitait que dans une mesure fort limitée à des personnes qui étaient engagées aux côtés de ce failli *excusable* : la caution, elle aussi personne physique, engagée à titre gratuit et l'époux co-débiteur solidaire.

Derrière cette apparence de clarté, les pièges étaient et demeurent nombreux. Les tribunaux pourront notamment continuer à se faire une certaine idée du failli *excusable* et appliquer ce profil, de façon différenciée, d'un arrondissement à l'autre.

---

97. Voy. I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, 2003, Bruxelles, Kluwer, n°1050, pp. 615-616 ; M. Vanmeenen, « De faillissementswet herbekeken » in *Insolventierecht* (dir. H. Cousy et E. Dirix), 2003, Bruges, Die Keure, pp. 19-24, n^{os} 45-50. Voy. aussi Th. Bosly et M. Alhadeff, « La loi de 'réparation'de la loi du 8 août 1997 sur les faillites : une nouvelle occasion manquée ? », *R.D.C.B.*, 2002, pp. 788-789 ; G.-A. Dal, « L'excusabilité », *J.T.*, 2002, p. 61, n^{os} 4-5 ; M. Vanmeenen en B. Windey, « Recente wijzigingen inzake faillissement. Wanneer repareren we de reparatiewet ? », *NjW*, 2002, nr. 11, pp. 380-382.

98. Voy. aussi M. Vanmeenen, « De faillissementswet herbekeken » in *Insolventierecht* (dir. H. Cousy et E. Dirix), 2003, Bruges, Die Keure, p. 20, n° 48.

Redécouvrir le commodat : nouvelles applications en gestion publique locale

Mesdames A. Mazy & V. Tancré
Juristes au Service juridique de la Ville de Namur

Jean-Marie Van Bol
Secrétaire adjoint de la Ville de Namur,
Maître de conférences aux FUNDP

Introduction

Dans les nombreux centres d'intérêt des pouvoirs publics locaux, le soutien à la vie associative figure en bonne place. Les besoins les plus fréquents à cet égard portent sur la disposition de locaux (lieux de réunions, dépôts, vestiaires, etc...). L'étroitesse des budgets communaux ces dernières années ne permet plus qu'avec difficulté d'emprunter, pour rencontrer ces besoins, la voie financière. Dans le patrimoine immobilier des communes figurent par contre de nombreux immeubles, souvent hérités des fusions, qui ne sont plus, pour des raisons diverses, d'utilité directe au service public.

C'est donc de manière assez naturelle que, sauf à décider leur vente, les autorités locales envisagent la mise de ces immeubles à la disposition des associations locales (mouvements de jeunes, clubs sportifs ou récréatifs, cercles culturels, etc...).

Encore faut-il définir avec soin sur le plan contractuel les modalités de cette mise à disposition. Des contraintes apparaissent à cet égard, qui sont de trois ordres.

La première est économique : la commune comme l'utilisateur tentent dans ce type d'accord de limiter au maximum les flux financiers. La commune entend être débarrassée des frais de fonctionnement de l'immeuble et éviter autant que possible les frais de son adaptation aux besoins des utilisateurs. Il est en général concevable de charger ceux-ci des frais de fonctionnement et d'exiger d'eux qu'ils conservent à l'immeuble son intégrité mais il n'est guère réaliste — l'expérience le montre —d'en exiger un loyer, même réduit.

En d'autres termes, il y a place sur le plan juridique pour des obligations de faire ou de ne pas faire mais pas ou peu pour des obligations de donner et, en particulier, de payer.

La deuxième contrainte est d'ordre pratique. Les besoins des associations, dans leur détail, sont hétérogènes. Les unes souhaitent des surfaces considérables, les autres se contentent de peu. Les unes envisagent un usage exclusif, les autres projettent de trouver des partenaires. Les unes voient les choses dans la durée, la visibilité des autres n'excède pas quelques mois ou quelques années. Toutes, sauf exception, sont peu familières des questions juridiques ou enclines aux pratiques bureaucratiques. L'outil juridique doit donc être le plus ouvert possible et dépourvu de tout formalisme excessif.

La troisième contrainte est fonctionnelle. La gestion publique obéit au principe du changement. L'intérêt général local, qui s'accommode aujourd'hui de l'utilisation privative d'un bâtiment au profit de telle ou telle association, peut exiger demain son retour dans le giron de la gestion directe et sa nouvelle affectation à tel ou tel service communal (école, établissement sportif, bureaux, etc...). Le droit d'usage reconnu à l'association ne peut donc être placé sous le signe de la stabilité absolue. Il est au contraire recommandé — là encore, l'expérience le montre — d'affirmer d'emblée le caractère précaire de la mise à disposition de l'immeuble.

Gratuité, souplesse et précarité : les contrats en rapport avec ce profil ne sont pas légion. Le commodat - pourtant passé de mode - s'avère à cet égard une solution idoine. C'est que les contrats administratifs, en l'espèce, conviennent mal (Chapitre 1). Dans la gamme assez large des contrats visant à jouir d'un immeuble, les contrats de bail sont une solution classique mais ne vont pas sans poser, du point de vue de l'autorité, certaines difficultés (Chapitre 2). Le contrat de prêt à usage ou commodat constitue à cet égard une autre voie qui est à redécouvrir (Chapitre 3). Il autorise en outre plusieurs formules, présentées sous forme de contrats-type (Chapitre 4).

Chapitre 1. L'utilisation privative d'un immeuble en droit administratif

La doctrine et la jurisprudence administratives[1] ont dégagé de longue date un certain nombre de pistes pour l'utilisation privative du domaine public. Les unes procèdent d'actes unilatéraux : permis de stationnement ou permis de voirie. Les autres passent par la conclusion de contrats administratifs : concession domaniale ou concession de service public[2].

Aucune, cependant, ne s'applique en l'espèce puisque, par hypothèse, les

1. Il n'existe pas, comme on sait, de législation organique du régime de la domanialité publique. Voy. not. sur ce point R. ERGEC, « Le droit administratif de l'économie, » *J.T.*, n° spécial du 01.01.2000, (n° 5951), p. 30
2. Sur ces différents modes d'utilisation privative du domaine public, voy. not. J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Liège, Faculté de Droit, 1978, pp. 414 à 426 ; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, n° 192 ; M. A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, t. II, n^{os} 424 à 427 *bis* et 473 à 478.

immeubles dont l'usage est envisagé pour les besoins de la vie associative ne font pas ou ne font plus partie du domaine public communal[3].

N'étant ni affectés à l'usage de tous, sans distinction, ni affectés à un service public communal[4], ces immeubles ressortent au domaine privé de la commune et, en particulier, à la catégorie des biens patrimoniaux[5].

C'est donc dans le champ du droit civil qu'il convient de rechercher, en l'espèce, l'instrument le plus adéquat.

Chapitre 2. L'utilisation privative d'un immeuble par la voie du bail civil

Section 1. Le bail de résidence principale

La loi du 20 février 1991 s'applique aux baux portant sur le logement que le preneur affecte dès l'entrée en jouissance à sa résidence principale[6]. Son article 3 fixe à 9 ans la durée de ce bail.

La durée fixée par la loi ne rencontre pas en l'espèce la préoccupation du pouvoir public à la recherche d'un outil souple, l'objectif de la loi étant par ailleurs d'assurer une protection stricte du preneur.

Section 2. Le bail commercial

Par la loi du 30 avril 1951, le législateur a voulu offrir une protection particulière au commerçant locataire de l'immeuble qu'il affecte à l'exercice de son activité

3. Ces immeubles ont donc, en droit, dû faire l'objet d'une décision expresse de désaffectation du domaine public par le conseil communal ou d'une désaffectation tacite mais certaine résultant d'un acte ultérieur de l'autorité supposant nécessairement pareille décision (sur les conditions de la désaffectation d'un bien du domaine public, voy. not. Cass. 3 mai 1968, *Pas.*, I, p. 1033 ainsi que Cyr. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, pp. 338-339 ; J. DEMBOUR, *op. cit.*, pp. 386-388 ; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, n° 188). Il n'est pas interdit de considérer que la décision du conseil approuvant le contrat de prêt à usage pour un immeuble déterminé anciennement affecté au domaine public est à voir, précisément, comme l'acte ultérieur entraînant cette désaffectation. Il paraît prudent toutefois, dans ce cas, de le préciser explicitement dans la délibération du conseil. « La règle qui veut que l'acte soit exprès, mérite une application plus rigoureuse quand il s'agit de faire rentrer dans le circuit privé ce qui en avait été écarté » (Cyr. CAMBIER, op. cit., p. 339).
4. Sur les limites du domaine public, notamment communal, voy. not. J. DEMBOUR, *op. cit.*, pp. 366 à 382 ; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, n° 186-187 ; Cyr. CAMBIER, *op. cit.*, pp. 335-337.
5. On distingue traditionnellement les biens patrimoniaux des biens dits communaux qui « sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis » (art. 542 C. civ.). A titre d'exemple, il s'agit des sarts communaux et des bois grevés de droits d'affouage au profit des seuls habitants ou de terrains grevés de certains droits comme le droit de pâturage ou de labourage en vertu d'anciens usages.
6. Loi du 20 février 1991, article 1er, §1.

professionnelle, en fixant notamment à son bail une durée minimale de 9 ans[7]. Ceci se justifie amplement par la nécessité d'assurer au fonds de commerce une stabilité suffisante[8].

L'esprit de la loi étant de conférer au commerçant une protection renforcée, l'outil s'avère inadapté *in specie*.

Section 3. Le bail emphytéotique

Les dispositions de la loi du 10 janvier 1824 confèrent à l'emphytéote un droit réel pour une durée minimale de 27 ans.

L'objectif poursuivi n'étant pas d'assurer un transfert de droit réel, de surcroît de longue durée, le bail emphytéotique n'apparaît pas adapté.

Section 4. Le bail à loyer

Les dispositions du Code civil relatives au contrat de bail ordinaire impliquent d'emblée le paiement d'un loyer[9].

Une protection étendue est ainsi acquise au preneur, qui découle des caractéristiques du bail à loyer[10]. On se borne ici à n'en rappeler que quelques unes : synallagmatique, le contrat oblige le bailleur à garantir de manière continue au preneur la jouissance du bien et à le garantir des vices cachés. Dépourvu du caractère *intuitu personae*, le bail est, sauf stipulation contraire, cessible et ouvert à la sous-location.

Si le bail est à durée indéterminée, le préavis est d'un mois au moins et la reconduction est tacite dans certaines conditions. À défaut d'état des lieux détaillé, le bien est présumé être dans l'état où il se trouve à la fin du bail.

Section 5. Synthèse

Par leurs caractéristiques spécifiques, ces diverses formes de baux sont des outils précieux en droit privé envisagé essentiellement dans un cadre économique. Toutefois, la protection conférée au preneur par le contrat de bail de même que son caractère onéreux ne répondent qu'imparfaitement aux objectifs recherchés.

Dans un arrêt très récent[11], la Cour d'arbitrage a remis en lumière une

7. Loi du 30 avril 1951, article 3. Il s'agit, faut-il le souligner, d'une disposition impérative.
8. J. PIRLET et J. TYBERGHIEN, *Le vade-mecum du commerçant*, Bruxelles, U.C.M., 1995, p. 60.
9. Cass., 25 juin 1954, *Pas.*, I, p. 928. Le prix est un élément essentiel du contrat de louage de choses. Il arrive que des communes consentent à cet égard des rabais importants voire n'exigent pour le loyer que l'Euro symbolique. Cette dernière pratique se rapproche en réalité du prêt à usage mais sous la souplesse.
10. Voy. Code civil, articles 1714 à 1762 *bis*.
11. Arrêt n° 32/2003 du 12 mars 2003, *M.B.*, 16 juillet, pp. 38224 et s.

disposition quelque peu oubliée du Code civil, l'article 1712[12]. La Cour y précise qu'un particulier auquel est accordé un droit sur une parcelle du domaine public ne peut se prévaloir de la protection conférée par la loi sur les baux commerciaux. Quant aux biens du domaine privé donnés en jouissance à un preneur, la Cour d'Arbitrage précise que les communes peuvent assortir les baux qu'elles concèdent de clauses dérogatoires aux dispositions — mêmes impératives — du droit commun. Elle justifie cette position « en vertu de la subordination de tout intérêt particulier — fût-il légitime — à l'intérêt général auquel tout acte de l'autorité publique est censé se rapporter ».

Cet arrêt de la Cour d'arbitrage, dont l'analyse approfondie déborde le cadre de la présente contribution, paraît ouvrir une brèche sérieuse dans la pratique habituelle des pouvoirs locaux — et de leurs interlocuteurs — qui consiste en général à considérer que les dispositions civiles impératives en matière de bail — et elles sont de plus en plus nombreuses — leur sont opposables comme aux particuliers.

Reste à savoir si la voie ainsi ouverte aux autorités locales et à leurs plaideurs sera suivie par les tribunaux judiciaires et, notamment, dans quelles limites exactes et sous quelles formes les « règlements particuliers » des communes peuvent dans leurs baux prévoir de telles dérogations sans vider de leur substance les dispositions civiles qui servant de trame[13].

Chapitre 3. L'utilisation privative d'un immeuble par la voie du prêt à usage

Section 1. Définition

Le prêt à usage, également appelé commodat[14], est « un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à charge pour le preneur de la rendre après s'en être servi »[15].

Il est régi par les articles 1875 à 1891 du Code civil.

D'une manière générale, on distingue deux espèces de prêt : le prêt à usage ou commodat et le prêt de consommation.

Le prêt à usage se distingue du prêt de consommation par l'obligation de restitution, selon que l'emprunteur doit restituer la chose elle-même dans son

12. « Les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics sont soumis à des règlements particuliers ».
13. Comme l'indique P. BLONDIAU dans un premier commentaire, l'avenir (..) dira quelle portée il y a lieu de donner (à cet arrêt du 12 mars 2003), plus précisément quelle est la mesure exacte de la liberté dont disposent ainsi les communes dans la rédaction de leur contrat de bail... (« Les communes et l'application de la loi relative aux baux commerciaux... quelques éclaircissements », *Mouvement Communal*, 2003/12, pp. 450).
14. Du latin « *commodare* » : mettre à disposition.
15. Article 1875 du Code civil.

individualité (bien non consomptible) ou ne doit restituer qu'une chose de même espèce ou qualité (bien consomptible).

Par sa nature même, le prêt de consommation est en l'espèce à écarter d'emblée. En ce qui concerne le prêt à usage, il est symptomatique de constater que les illustrations les plus fréquentes qui en sont données par la doctrine ou la jurisprudence concernent des biens mobiliers. L'application de la formule du prêt à usage à des biens immobiliers ne se heurte pourtant à aucun obstacle matériel ou formel.

Section 2. Les caractéristiques

2.1. Contrat réel

L'accord des parties est subordonné à la remise matérielle de la chose par le prêteur à l'emprunteur. La délivrance de la chose est une condition d'existence du prêt. Cette remise matérielle ne requiert toutefois aucune formalité spécifique.

En matière mobilière, le moment exact de la délivrance peut prêter à controverse, comme l'indique un arrêt récent de la Cour d'appel d'Anvers[16].

En matière immobilière et plus précisément de bâtiment, il est considéré que la délivrance se réalise par la remise des clefs.

La délivrance de la chose marque le point de départ du contrat avec toutes les obligations et conséquences qui y sont inhérentes[17].

2.2. Contrat unilatéral

Le contrat ne fait naître d'obligations qu'à charge d'une des parties, en l'occurrence, l'emprunteur.

Les engagements du prêteur prévus par le Code civil dans ses articles 1888 à

16. Anvers, 2 déc. 1996, *I.R.D.I.*, 1998, pp. 224-230 et note G. L. BALLON. Une galerie d'art avait prêté à la Communauté flamande une série d'œuvres en vue d'une exposition au Musée Royal d'Anvers. La Communauté flamande (emprunteur) avait contracté une assurance de clou à clou. Au moment du montage, la Communauté flamande constata qu'un des éléments constitutifs d'une œuvre était manquant. La galerie demanda la condamnation de la Communauté et de sa compagnie d'assurance à rembourser la valeur de la perte. Celles-ci objectèrent qu'il n'était pas démontré que l'objet manquant avait été emballé et par conséquent livré et que dès lors la perte ne leur incombait pas. La Cour d'appel, après avoir souligné que la convention en cause était un contrat de prêt à usage, rappelle qu'une assurance de clou à clou avait été conclue et que l'emballage et le transport étaient en l'occurrence aux frais et risques de l'emprunteur. Elle retient ces éléments comme présomption suffisante de ce que la remise matérielle de l'œuvre d'art a été effectuée au moment de l'enlèvement de l'objet chez le prêteur. (Sur cette décision, voy. égal. S. MICHAUX, « Le contrat de prêt », in *Les contrats spéciaux, chronique de jurisprudence, 1996-2000*, Bruxelles, Larcier, coll. *Les dossiers du J.T.*, n° 34, 2002, pp. 73-100 et spéc. p. 75).
17. *Ibidem*.

1891 et dont il sera question *infra* ne font pas obstacle à la qualité unilatérale du prêt[18]. Ces engagements ne sont pas des obligations inhérentes au prêt ; ils ne sont qu'éventuels et n'apparaissent, le cas échéant, que dans le cours et en raison de l'exécution du contrat.

2.3. Contrat essentiellement gratuit

Dans sa conception initiale, le prêt à usage est un service que le prêteur rend à l'emprunteur. Suivant les *Pandectes*, le contrat de prêt à usage est un contrat réel, unilatéral, de bienfaisance, par lequel une des parties livre à l'autre la jouissance d'une chose à charge pour celle-ci de restituer la chose prêtée à l'expiration du temps fixé par la convention, ou, dans le silence de celle-ci, déterminé par la nature de l'usage pour lequel elle a été empruntée »[19].

Le choix des parties de mettre à charge du preneur tout ou partie des frais de consommation ou de fonctionnement ne porte en rien atteinte à ce caractère gratuit. Cette caractéristique est importante dans la mesure où elle distingue le prêt à usage du bail. « Si un prix ou un salaire sont stipulés, le contrat devient automatiquement un louage de chose »[20]. La requalification du contrat reste néanmoins soumise à la libre appréciation du juge.

2.4. Caractère intuitu personae

Ce caractère est intimement lié au caractère gratuit. Suivant le Répertoire Pratique de Droit Belge, l'avantage gratuit procuré à l'emprunteur a habituellement pour base la complaisance ou la reconnaissance envers une personne déterminée[21].

Des caractères gratuit et *intuitu personae* du prêt découle pour l'emprunteur le principe de l'incessibilité de son droit. Néanmoins, l'article 1879 tempère ce principe au profit des héritiers. En effet, « le contrat de prêt ne prend pas nécessairement fin par la mort de l'emprunteur »[22].

Appliqué aux personnes morales, le caractère *intuitu personae* est à rapprocher de l'objet social. Par conséquent, toute association bénéficiant de l'usage d'un bien public prêté doit conserver un objet social identique sous peine de se voir retirer le prêt.

Un mécanisme contractuel d'autorisation préalable par le pouvoir prêteur est au minimum à prévoir en cas de cession du contrat de prêt par l'emprunteur à un autre bénéficiaire.

---

18. *Ibidem*, p. 76 et les réf. citées.
19. Tome 79 V° *Prêt à usage ou Commodat*, Bruxelles, Larcier, 1904, p. 981.
20. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 132, n°119.
21. Tome X, V° *Prêt à usage*, Bruxelles, Bruylant, 1939, p. 136.
22. H. De Page, *op. cit.*, p. 133, n°119.

Section 3. Les obligations des parties

3.1. Les engagements du prêteur

En ce qui concerne le prêteur, il n'existe pas d'obligations à proprement parler mais uniquement des engagements prévus aux articles 1888 à 1891 du Code civil.

Le commodat étant un contrat de bienfaisance, le prêteur n'assume en principe pas d'obligation. Sa situation est ainsi plus proche de celle du nu-propriétaire que du bailleur : il ne reçoit rien en contrepartie de la jouissance procurée à l'usager.

Les articles 1888 et 1889 concernent le retrait de la chose par le prêteur après le terme convenu ou, à défaut, après usage ainsi que le retrait pour besoin pressant et imprévu.

Les dépenses faites par l'emprunteur pour l'usage de la chose ne peuvent être répétées (art. 1886 C. civ.). L'article 1890 par contre prévoit le remboursement par le prêteur d'une dépense extraordinaire et urgente faite par l'emprunteur. Le prêteur n'est pas libéré de cette obligation si l'emprunteur a restitué la chose sans exiger à ce moment le remboursement des frais exposés. La renonciation ne se présume pas.

L'article 1891, se rapportant aux vices connus de la chose, consacre une responsabilité aquilienne limitée au seul cas où le prêteur, connaissant les défauts, n'en a pas averti l'emprunteur[23]. En outre, seule la connaissance effective du vice engage la responsabilité du prêteur[24].

Cette jurisprudence, assez restrictive, correspond à l'opinion dominante enseignée par De Page[25]. Toutefois, suivant D. Devos, la gratuité du prêt devrait certes conduire à une appréciation plus indulgente de la responsabilité du prêteur à défaut de connaissance effective mais sans aller jusqu'à l'exonération complète[26].

---

23. Cass. (1ère ch.), 29 nov. 1963, *Pas.*, 1964, p. 342.
24. Ainsi, un garagiste avait prêté gracieusement à un client un véhicule d'une ancienneté de 10 ans dans l'attente de la réparation du véhicule de ce dernier. Or, le système de freinage de cette voiture était défectueux, ce qui avait occasionné un accident au client lors d'un trajet de 120 km. La Cour d'appel de Gand a considéré, en ce qui concerne le véhicule de remplacement fourni par un garagiste, que la responsabilité de ce dernier n'était pas engagée au motif qu'il n'était pas démontré que le garagiste avait connaissance du défaut (en l'espèce, l'huile de frein avait pu s'échapper après la sortie du garage) et ce bien que la Cour admette que l'on doit attendre d'un garagiste professionnel qu'il fournisse une automobile de remplacement répondant aux exigences élémentaires de sécurité routière (9 octobre 1979, *R.W.*, 1980-1981).
25. D. Devos, « Le prêt », *J.T.*, 1993, p. 78.
26. *Ibidem*, p. 78.

3.2. Les engagements de l'emprunteur

a) Garde et conservation de la chose

L'article 1880 prévoit que l'emprunteur est tenu de veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il en résulte que l'emprunteur ne peut s'écarter de l'usage déterminé par la nature de la chose ou par la convention. L'usage illégitime expose l'emprunteur à des dommages-intérêts, pour autant qu'une faute dommageable lui soit imputable.

L'article 1884 prévoit, d'autre part, que « si la chose se détériore par le seul effet de l'usage pour lequel elle a été empruntée, et sans aucune faute de la part de l'emprunteur, il n'est pas tenu de la détérioration ». En cas d'absence de faute, l'emprunteur est donc exonéré de responsabilité. Dans le cas contraire, l'emprunteur est responsable de la faute légère appréciée *in abstracto*[27].

L'emprunteur est tenu des détériorations autres que les détériorations normales de la chose ainsi que de la destruction totale, sauf s'il prouve que celles-ci sont dues à un cas de force majeure.

L'article 1883 prévoit cependant que lorsque la chose prêtée a été estimée, « la perte qui arrive, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire ».

Enfin, l'emprunteur ne peut utiliser la chose pour un terme plus long que ce qui est fixé par le contrat (C. civ., 1881).

b) La restitution de la chose prêtée

L'emprunteur a l'obligation de restituer la chose prêtée après s'en être servi (C. civ., art. 1875). Il s'agit d'une obligation de résultat.

L'article 1888 précise de façon explicite quand doit se faire la restitution :

« Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée ». En cas de litige sur ce dernier point, le juge fixera le terme indéterminé.

Possédant la chose à titre précaire, l'emprunteur est présumé continuer à posséder au même titre et ne pourra invoquer la prescription.

Section 4. Synthèse

Le prêt à usage correspond adéquatement aux objectifs poursuivis dans la mesure où il s'inscrit dans un contexte législatif à la fois souple et détaillé.

Ce type de contrat présente en effet une certaine latitude tant au niveau de l'objet (meubles ou immeubles) qu'au niveau de la durée (terme déterminé ou

27. *Pandectes, loc. cit.*, p. 993.

indéterminé). Il mérite également d'être retenu pour son caractère essentiellement gratuit assorti néanmoins d'obligations fixées par le législateur à charge de l'emprunteur.

Le patrimoine immobilier des communes, disponible à des fins associatives, peut dès lors par cette formule trouver une nouvelle utilité. Le prêt à usage présente également l'avantage de permettre d'obliger l'utilisateur à l'entretien du bien au même titre, par exemple, qu'un locataire[28].

On notera enfin que rien, dans le principe, ne s'oppose à ce qu'une commune fasse usage d'un contrat du même type lorsqu'elle sollicite elle-même la mise à disposition d'un bien à titre gratuit, auprès d'un particulier, ou d'un autre pouvoir public.

Chapitre 4. Modèles de contrats et applications

Le conseil communal de la Ville de Namur a ainsi adopté en 1994 deux conventions-types, qui sont présentées ci-après. Elles ont depuis fait l'objet de nombreuses applications.

Deux modèles de contrat de prêt à usage ont ainsi été établis au départ des articles 1875 et suivants du Code civil. Le premier est à terme fixe avec faculté de résiliation anticipée : il prévoit une durée précise mais aussi la possibilité pour l'autorité publique de reprendre le bien à tout moment moyennant préavis. Le second prévoit une mise à disposition purement précaire : c'est à tout moment que l'autorité est en droit de reprendre son bien.

L'un ou l'autre modèle sera privilégié en fonction du but poursuivi et des possibilités concrètes de l'emprunteur d'investir dans la rénovation ou l'aménagement du bien.

4.1. Prêt à terme fixe avec faculté de résiliation anticipée

D'une part, l'institution publique, représentée par .....
ci-après désignée le prêteur,
D'autre part .....
représenté(e) par .....
ci-après désigné(e) l'emprunteur,
Sont convenus ce qui suit :

1. Le prêteur conclut avec le soussigné de seconde part un contrat de prêt à usage – régi par les articles 1875 à 1891 du Code Civil – relatif au bâtiment sis. .....et estimé à[29]. ..... L'usage du dit bâtiment

28. Voir les articles 3 et 4 des modèles de contrat (*infra*, Chap. 4).
29. La valeur de reconstruction ou de remise en état (ou quotité de cette valeur si seule une fraction du bâtiment est concernée par le contrat de prêt) suivant le contrat d'assurance d'incendie.

est prévu exclusivement comme suit : . . . . . .
. . . . . .

2. Ce prêt à usage est accordé pour une durée de. . . . . Toutefois, le prêteur peut reprendre le bien sans indemnité moyennant un préavis de trois mois, et ce pour raison d'utilité publique.
3. Ce prêt est consenti gratuitement.
   Les frais de consommations sont à charge de l'emprunteur[30] ; ceux-ci comprennent l'ensemble des frais afférents au bâtiment notamment les frais de chauffage, eau, électricité, gaz, téléphone, nettoyage et contrats d'entretien éventuels.
   Toutes les impositions prévues ou à prévoir sur le bien considéré ou découlant de l'usage de celui-ci sont à charge de l'emprunteur.
   La prise en charge de ces dits frais ne remet pas en cause le caractère gratuit du prêt.
4. L'emprunteur doit maintenir les lieux en parfait état d'entretien. Il est tenu de veiller à la garde et à la parfaite conservation du bien, le tout à peine de dommages et intérêts.
   À défaut, le prêteur peut, sans préjudice des dommages et intérêts visés ci-dessus, faire procéder d'office à la remise en état aux frais de l'emprunteur.
5. L'emprunteur ne peut apporter de modification au bien sans l'accord préalable et écrit du prêteur[31].
6. Il est interdit à l'emprunteur de céder en tout ou en partie ses droits sur le bien sans l'autorisation écrite et préalable du prêteur. Ceci vise notamment la cession ou la mise à disposition du bien en faveur des tiers à quelque titre que ce soit.
7. Un état des lieux sera établi contradictoirement par les parties avant l'entrée en jouissance du bien. Un constat des dégâts éventuels aura lieu à la fin de la période d'occupation du bien sur base de l'état des lieux d'entrée.
8. Il existe un abandon de recours de la part de la compagnie d'assurance du prêteur en ce qui concerne les risques dus à l'incendie[32]. L'emprunteur est tenu d'assurer les risques connexes à l'assurance incendie[33] qui ne sont pas couverts par la police d'assurance incendie souscrite par le prêteur. Il est expressément indiqué que la police d'assurance du prêteur ne couvre pas le contenu appartenant à l'emprunteur dans le bâtiment en question.
   Par ailleurs, l'emprunteur est tenu de souscrire une assurance « responsabilité civile - emprunt à usage »

30. Ces frais sont totalement ou partiellement mis à charge de l'emprunteur suivant des modalités à convenir. Le cas échéant, il sera fait, par exemple, référence aux quotités consommées à une date déterminée. Il pourrait éventuellement être fait application d'un forfait indexé ou non.
31. Tout accord préalable fera l'objet d'une convention annexe.
32. Pour autant que l'abandon de recours soit spécifié dans la police d'assurance incendie se rapportant au bâtiment en question.
33. Tels que les dégâts des eaux, des tempêtes, les bris de vitres, etc...

Le prêteur recevra une copie certifiée conforme des différents contrats d'assurance intervenus.

9. Tout manquement à l'une quelconque des obligations résultant pour l'emprunteur des dispositions du présent acte entraîne la résolution du contrat de plein droit et sans sommation.
10. Les Tribunaux de . . . . . sont seuls compétents pour trancher toutes les contestations généralement quelconques pouvant naître du présent contrat.

Fait en double exemplaire à . . . . . le . . . . . .
Chaque partie reconnaissant avoir reçu le sien.
Pour le prêteur,. . . . . .Pour l'emprunteur, ...

4.2. Le contrat de mise à disposition purement précaire

Les dispositions du premier modèle sont reprises intégralement dans la présente convention à l'exception de l'article 2 fixé : « Ce prêt à usage est accordé à titre précaire, le prêteur pouvant reprendre à tout moment le bien sur simple demande sans justification et sans indemnité ».

Les sanctions des clauses illicites envisagées selon la méthode horizontale

Patrick WÉRY
Professeur à l'Université catholique de Louvain

1. Un juriste horizontaliste. – Préconisant la méthode horizontale pour l'enseignement et la recherche en droit des sociétés, mon ami Michel Coipel en a énuméré les vertus dans sa contribution au *Liber Amicorum Jan Ronse* : « elle ouvre de nouveaux horizons, elle ébranle des solutions et clivages traditionnels, elle interpelle le législateur et, sur les décombres d'une conception ancienne volant en éclats, elle laisse entrevoir une conception nouvelle qui pourrait orienter la reconstruction du droit des personnes morales privées »[1]. Joignant le geste à la parole, mon collègue a rédigé un traité intitulé *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales*[2].

Rien d'étonnant, non plus, à le voir adopter cette démarche dans son remarquable ouvrage *Éléments de théorie générale des contrats*[3]. Dans une approche transcendant la division traditionnelle des contrats spéciaux, M. Coipel dégage un régime juridique commun aux différentes conventions. Parmi les bonnes pages de ce livre figure une étude d'ensemble des « clauses contractuelles relatives aux conséquences de l'inexécution du contrat »[4]. Après avoir constaté « le caractère utopique – sauf peut-être dans le très long terme – du credo libéral selon lequel la liberté contractuelle sans frein représente la meilleure conciliation du juste et de l'utile »[5], l'auteur passe en revue une série de remèdes légaux et jurisprudentiels visant à corriger la « conclusion imparfaite des contrats »[6]. Un de ces correctifs consiste à substituer à la liberté des parties un dirigisme contractuel : « Dans le but de protéger la partie supposée la plus faible, la loi étatique intervient, soit en imposant tel contenu contractuel, soit en prohibant des clauses jugées abusives »[7].

---

1. M. COIPEL, « Méthode horizontale et nouveau paradigme en matière de personnes morales de droit privé », in *Liber Amicorum Jan Ronse*, E. Story-Scientia, 1986, pp. 195 et s., spéc. p. 196.
2. *Rép. not.*, t. XII, l. II, 1ère partie, Bruxelles, Larcier, 1982, 302 pages.
3. M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Collection « A la rencontre du droit », E. Story-Scientia, 1999, 205 pages.
4. *Eléments ..., op. cit.*, 1999, pp. 147-205.
5. *Eléments ..., op. cit.*, 1999, p. 21.
6. Sur cette notion, voy. les développements de M. COIPEL in *Éléments ..., op. cit.*, 1999, pp. 20 et s.
7. M. COIPEL, *Eléments ..., op. cit.*, 1999, p. 22.

Cette contribution vise à prouver les mérites de la méthode horizontale en l'appliquant aux sanctions des clauses contractuelles illicites[8].

Le sujet demeure un terrain largement en friche[9]. Les auteurs se concentrent, d'ordinaire, sur la sanction qui frappe l'acte juridique dans son intégralité. De manière fort synthétique, l'enseignement de la doctrine traditionnelle tient en deux grandes propositions : 1) en principe, la nullité du contrat est totale, la nullité partielle n'étant admise que de manière exceptionnelle ; 2) le droit belge ne connaissant ni la nullité de plein droit, ni la théorie de l'inexistence[10], l'acte vicié n'est annulable que par décision de justice[11].

Ce désintérêt doctrinal à l'endroit des sanctions des clauses illicites[12] contraste avec la prédilection que le législateur contemporain leur porte. Il n'est que de songer aux clauses pénales comminatoires (art. 32, 21°, de la loi du 14 juillet 1991 ; art. 1153, alinéa 5 et 1231, § 1er, C. civ.), aux clauses de célibat stipulées dans un contrat de travail (art. 36 de la loi sur le contrat de travail) ou

8. L'illicéité d'une clause peut tenir à son objet (par exemple, une clause de célibat [art. 36, loi sur le contrat de travail] ou une clause qui exonérerait le débiteur de son dol) ou à la méconnaissance du formalisme solennel prescrit par la loi (voy. par ex. l'article 104, *in fine*, de la loi sur le contrat de travail : « La clause de non-concurrence doit être constatée par écrit à peine de nullité »).
9. Voy. toutefois une série de réflexions que l'on peut lire chez M. COIPEL, *Eléments* ..., 1999, pp. 157 et s. ; P. WÉRY, « Le contrat : sa modification, sa transmission, sa suspension et son extinction », livre 31*bis* du *Guide Juridique de l'Entreprise* (ouvrage collectif sous la dir. de M. COIPEL et P. WÉRY), Bruxelles, Kluwer, 2e éd., 2000, pp. 11-12 ; M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités » in *Les obligations contractuelles*, sous la dir. de P.A. FORIERS, Ed. Jeune Barreau Bruxelles, 2000, pp. 570-574 ; L. CORNELIS, *Verbintenissenrecht*, Anvers-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, pp. 678 et s. ; S. STIJNS, « Zijn onrechtmatige bedingen nietig ? », in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, Die Keure, 2001, pp. 921-946, spéc. pp. 926-937 ; F. MAUSSION et M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur l'indivisibilité et ses conséquences sur l'étendue de la disparition d'un acte juridique », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 449-466 ; W. VAN GERVEN, « Onverbindendheid : blokkendoos of grabbelton », in *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, pp. 483-496 ; S. STIJNS, « Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming », in *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, (ouvrage collectif sous la dir. de J. SMITS et S. STIJNS), Groningen, Intersentia, 2002, p. 225 et s. ; I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », in *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 304 et s.
10. Cette dernière théorie a été condamnée par la Cour de cassation dans un arrêt du 21 octobre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 174, *R.C.J.B.*, 1972, p. 415, note F. RIGAUX (à propos de l'absence de consentement d'une partie). Précédemment, voy., en sens contraire, à propos de l'absence de cause : Cass., 9 janv. 1936, *Pas.*, 1936, I, p. 110.
11. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 3e éd. 1964, p. 750 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », in *Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences*, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1991, p. 26.
12. Voy. ainsi le peu qu'en dit H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 3e éd., 1964, p. 758, n° 786. Dans leur étude fondamentale « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil Belge » (*Annales Droit Liège*, 1962, pp. 243-294), C. RENARD et E. VIEUJEAN n'évoquent pas la question. Voy. aussi V. BASTIAEN et G. THOREAU, *op. cit.*, 1991, pp. 25 et s.

aux clauses résolutoires expresses réputées non écrites dans les baux immobiliers (art. 1762 *bis*, C. civ.[13]). On pourrait encore multiplier les exemples[14].

L'approche horizontale de cette matière foisonnante fait apparaître que les sanctions susceptibles de frapper les clauses illicites sont variées : elles sont loin de se réduire à la seule nullité de la clause. Après en avoir proposé une typologie (A), nous nous focaliserons sur la technique du « réputé non écrit » : doit-on y voir un synonyme de la nullité de la clause ou une sanction originale ? (B)

A. Une typologie des sanctions des clauses illicites

2. Deux hypothèses. – Lorsque l'on s'intéresse au sort d'une clause illicite, il importe de distinguer deux hypothèses[15]. *Primo*, le cas où la validité de la clause litigieuse n'est soumise à aucune disposition légale particulière (§ 1er) ; *secundo*, le cas où une loi spéciale commine la sanction applicable (§ 2).

13. Cette disposition s'applique aussi bien au pacte commissoire exprès stipulé en faveur du bailleur qu'à celui qui serait prévu à l'avantage du preneur (Cass., 24 mars 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 1451, note A. Van Oevelen). Seuls les baux immobiliers sont visés par cette interdiction (M. Mabille, « Les locations mobilières », in *Les baux. Commentaire pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2001, VI.2.2.1).

14. A l'attention des juristes qui, comme M. Coipel, s'intéressent à la légistique, on peut faire remarquer que l'anathème que le législateur jette sur certaines clauses peut s'exprimer de diverses manières : « Il est interdit de... » (art. 17, Code de commerce à propos des transports par chemin de fer) ; telle prescription s'impose aux parties « nonobstant toute clause contraire » ou « à peine de nullité » (art. 27 de la loi sur la rémunération des travailleurs salariés) ; les clauses contraires à telle disposition légale sont « réputées inexistantes », « nulles », « interdites », « réputées non écrites » ; les dispositions de telle loi sont impératives (art. 577-2, § 9, *in fine* et art. 577-14, C. civ.) ; etc.

15. La question qui nous retient ne doit pas être confondue avec d'autres difficultés avec lesquelles le bénéficiaire d'une clause peut se trouver en butte : *primo*, l'inopposabilité de la stipulation tenant au fait que l'autre partie n'en a pas pris connaissance (ou n'a pas eu cette possibilité) ou qu'elle ne l'a pas acceptée avant la conclusion du contrat (sur ce point, voy. M. Coipel, *Eléments* ..., 1999, pp. 45 et s.) ; *secundo*, les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre d'une clause, qui consistent en une réduction du droit à son usage normal ou en une réparation du dommage causé (voy. à ce sujet, P. Wéry, « Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 127 et s.) ; enfin, la sanction encourue par la partie qui a rédigé une clause ambiguë dans le cadre d'un contrat d'adhésion, à savoir l'interprétation *contra proferentem* (à ce sujet, voy. l'article 31, § 4, de la loi du 14 juillet 1991 pour les contrats de vente entre un « vendeur » et un consommateur ; l'article 9 de la loi du 2 août 2002 pour les contrats conclus entre le titulaire d'une profession libérale et son client ; P. Wéry, « L'interprétation des contrats d'adhésion en cas d'ambiguïté ou d'obscurité de leurs clauses », note sous Liège, 25 avril 1996, *J.L.M.B.*, 1996, pp. 1374 et s.).

§ 1ER. LE RÉGIME DES CLAUSES ILLICITES EN L'ABSENCE DE TEXTES PARTICULIERS

3. Les textes du Code civil. – Dans les récents instruments internationaux d'harmonisation du droit des contrats figure une disposition générale qui admet la nullité d'une clause, sans entraîner la mise à mort du contrat. Ainsi, l'article 4 : 116 des Principes du droit européen des contrats prévoit-il que « Lorsqu'une cause d'annulation n'affecte que certaines clauses du contrat, l'annulation se limite à ces clauses à moins qu'eu égard aux circonstances de la cause, il ne soit déraisonnable de maintenir les autres dispositions du contrat »[16-17]. Bon nombre de Codes étrangers s'inscrivent, il est vrai, déjà dans ce courant[18].

Rien de tel, en revanche, dans notre Code civil ! Seule, en effet, la nullité de la convention y fait l'objet de dispositions générales[19-20]. Quelques textes particuliers, dont la plupart sont disséminés dans les chapitres consacrés aux contrats spéciaux, attestent cependant que les auteurs du Code ménageaient aussi une certaine place à la nullité partielle de la convention (art. 1227, alinéa 2, 1601, alinéa 2, 1628, 2013, alinéa 3, 2078, par exemple).

Qu'en est-il en dehors de ces hypothèses particulières ? *Quid*, par exemple, des clauses exonératoires de responsabilité qui affranchissent le débiteur de son dol ou qui portent atteinte à l'essence du contrat ? *Quid* aussi des clauses pénales comminatoires, avant que leur sort ne fût réglé par la loi du 23 novembre 1998 ?

---

16. *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary* (éd. par D. BUSCH, E. HONDIUS, H. VAN KOOTEN, H. SCHELHAAS et W. SCHRAMA), La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2002, pp. 231-232 ; *Principles of European Contract Law*, parts I and II, préparé par The Commission on European Contract Law, éd. par O. LANDO et H. BEALE, La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 279-280 ; M.-E. PANCRAZI, in *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la dir. de C. PRIETO, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, pp. 297 et s.
17. Les Principes Unidroit des contrats du commerce international (art. 3 : 16 (annulation partielle)) et l'avant-projet de Code européen des contrats rédigé par l'Académie des civilistes européens (art.144) consacrent des solutions analogues.
18. Il existe toutefois des différences importantes entre certains droits étrangers. Certains proclament, en règle, la nullité de la seule clause litigieuse ; d'autres partent du principe opposé, en frappant de nullité, sauf cas particuliers, toute la convention. Voy. ainsi et comp. : art. 139 B.G.B. allemand ; art. 1419, C. civ. italien ; art. 20, al. 2 du Code suisse des obligations ; art. 3 :41 du *Nieuwe Burgerlijk Wetboek* (C. Asser's, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, pp. 501 et s.).
19. Il suffit de lire l'article 1117 ou l'intitulé de la section VII du chapitre V, consacré à l'extinction des obligations (« De l'action en nullité ou en rescision des conventions »).
20. Dispersés dans le Code, les textes consacrés à la nullité des conventions sont, au demeurant, loin d'être des modèles de clarté. Voy. et comp. ainsi les articles 502 (« ... Tous actes passés postérieurement... sont nuls de droit »), 504 (« ... les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence... »), 900 (« ... les conditions... seront réputées non écrites »), 1117 (« La convention... n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision... »), 1131 (« L'obligation sans cause... ne peut avoir aucun effet »).

Quid, enfin, des clauses de non-concurrence illimitées dans le temps ou dans l'espace qui seraient acceptées par le vendeur d'un fonds de commerce[21] ?

Dans ces différentes hypothèses, la jurisprudence conclut à la nullité de la stipulation contractuelle. Celle-ci n'est pas nulle de plein droit. Provision étant due à la clause, il appartient au juge de faire tomber l'apparence de validité dont elle jouit, par une décision d'annulation. L'anéantissement de la clause est fondé sur les dispositions tirées du droit commun des contrats. Ainsi, avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 novembre 1998, la nullité des clauses pénales manifestement excessives reposait-elle sur les articles 6, 1131 et 1133 du Code civil[22-23].

4. L'étendue de la nullité. – La nullité est-elle confinée à la seule stipulation contractuelle ou l'illicéité gangrène-t-elle toute la convention ?

Doctrine et jurisprudence se sont trouvées aux prises avec deux dispositions légales qui, de prime abord, paraissent donner des réponses contradictoires : les articles 900 et 1172. Aux termes du premier, « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites ». Quant au second, il porte : « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ». Au prix d'une interprétation très libre de ces textes, les auteurs ont dégagé une règle commune, applicable tant aux libéralités qu'aux actes à titre onéreux[24]. Au départ de ces textes concernant les seules *conditions*, a été forgée une règle plus large, applicable à toute *clause* illicite[25]. Dans une récente étude, M. von Kuegelgen la rappelle en ces termes : « La volonté réelle des parties, interprétée souverainement en fait, constitue (...) l'élément décisif de l'étendue de l'annulation » ; « il s'agira pour le juge d'examiner si la clause ou les obligations frappées de nullité

21. Bien d'autres illustrations pourraient être données. Par exemple, à propos de certaines clauses monétaires et d'échelle mobile, voy. J. Van Mullen, « L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations », *Ann. Fac. dr. Liège*, 1978, pp. 76 et s.
22. Sur ce point, voy. S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 375.
23. Pour ce qui est du fondement de la nullité des clauses exonératoires de responsabilité en cas de dol ou d'atteinte à l'essence du contrat, voy. M. Coipel, *Eléments ...*, 1999, pp. 184 et s. ; B. Dubuisson, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie » in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles* (sous la dir. de P. Wéry), Bruxelles, La Charte, 2001, pp. 57 et s.
24. Voy. par ex. W. van Gerven, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1987, pp. 424-426 ; P. Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence (1968-1973). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, pp. 617 et s. ; P. Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 35 ; B. Teyssié, « Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », *D.S.*, 1976, chron. XLVIII, pp. 281-288 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, Paris, L.G.D.J., 1980, 1e éd., p. 750 ; D. Veaux, « Contrats et obligations. Nullité ou rescision des conventions. Effets de la nullité », *Jur. Class. Civ.*, articles 1304 à 1314, fasc. 50, 1994, pp. 20 et s.
25. H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, premier vol., *Obligations. Théorie générale*, 9e éd. par F. Chabas, Paris, Montchrestien, 1998, p. 322.

ont déterminé le consentement de l'une des parties ou ne peuvent être dissociées du reste de la convention »[26-27]. Cette solution a été avalisée par la Cour de cassation dans un arrêt du 27 février 1959, duquel il ressort que « Lorsqu'une convention contient plusieurs stipulations qui, dans l'intention des parties, forment un tout indivisible, la nullité d'une des stipulations entraîne la nullité de la convention entière »[28].

Par application de ce critère, la nullité d'une clause exonératoire de responsabilité ne s'étend, en règle générale, pas à la convention tout entière[29]. Certains défendent même l'idée audacieuse que la nullité pourrait n'affecter qu'une partie de la clause litigieuse[30].

§ 2. Les sanctions retenues par des dispositions légales particulières

5. Une sanction polymorphe. – Très nombreuses sont les lois particulières qui précisent la sanction encourue par les clauses illicites. La solution la plus commune consiste à amputer le contrat de celles-ci (a). L' « éradication de la clause maligne »[31]. ne détient cependant pas le monopole de la sanction ; il en existe bien d'autres (b).

a. L'élimination de la clause illicite

6. Une multitude de dénominations. – L'observation ne manque pas d'intérêt sur le plan légistique : l'élimination de la clause reçoit, en droit belge, des dénominations fort différentes.

---

26. M. von Kuegelgen, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 2000, p. 571. Voy. aussi H. De Page, *Traité*, t. 2, 1964, p. 758, n° 786 ; F. Maussion et M. von Kuegelgen, *op. cit.*, in *Mélanges Lucien Simont*, pp. 452-453 ; J. Roodhooft, « Nietigheid », in *Bestendig Handboek. Verbintenissenrecht*, Kluwer, 2003, II.4.111 et 112.
27. Il n'est pas rare de trouver, dans la pratique, des clauses qui se prononcent *expressis verbis* sur le sort à réserver au contrat, lorsqu'une clause est entachée d'une cause de nullité (M. von Kuegelgen, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 2000, pp. 574 et s.).
28. Sommaire de Cass., 27 février 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 653. Pour une application de ce principe, voy. Bruxelles, 4 avril 1974, *J.T.*, 1974, p. 588 ; Civ. Gand, 6 février 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 1047, commenté par S. Gilcart, in *J.D.S.C.*, 2e éd., Kluwer, 2000, pp. 33 et s.
29. S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique », *J.T.*, 1996, p. 732 ; E. Montero, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, (ouvrage collectif sous la dir. de M. Fontaine et G. Viney), Bruxelles, Larcier, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 402-404. Voy. aussi Cass., 16 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 374 : la nullité pour dol de la clause relative à la pension alimentaire figurant dans les conventions préalables à un divorce par consentement mutuel ne peut affecter le divorce lui-même.
30. Sur cette problématique, voy. I. Claeys, *op. cit.*, in *Sancties en nietigheden*, 2003, pp. 311-312. Pour le droit français, voy. D. Veaux, *op. cit.*, *Jur. Class. Civ.*, 1994, p. 20, n° 84.
31. M. Coipel, *Eléments ...*, 1999, p. 163.

Le législateur affiche une certaine préférence pour l'adjectif « nul ». Selon les cas, les clauses sont « nulles »[32], « réputées nulles »[33], « nulles de plein droit »[34], « déclarées nulles »[35] ou « de nul effet »[36]. Il peut aussi déclarer que les dispositions de telle loi sont « prescrites à peine de nullité »[37].

L'expression « réputée non écrite » recueille aussi les faveurs du législateur ; nous y reviendrons dans la seconde partie de cette étude.

D'autres formules, moins fréquentes, ont cours. Ainsi, quelques clauses sont-elles « réputées inexistantes »[38] ou considérées « comme non avenues »[39]. La loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation emploie, à l'article 90, alinéa 1er, une autre expression originale : « lorsque des pénalités ou des dommages et intérêts non prévus par la présente loi sont réclamés au consommateur, ce dernier *en est entièrement relevé de plein droit* »[40]. La formulation de l'article 19 *bis*, alinéa 1er, de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances doit aussi retenir l'attention : « Toutes clauses et tous accords qui ne sont pas conformes aux dispositions de la présente loi ou des arrêtés et règlements pris pour son exécution *sont censés avoir été établis dès la conclusion du contrat en conformité avec ces dispositions* »[41].

Cette diversité terminologique ne laisse pas de donner le vertige, d'autant qu'il arrive au législateur d'employer, au sein d'une même loi, deux expressions

32. Voy. not. l'article 13, alinéa 1er, de la loi du 1er avril 1976 relative à l'intégration verticale dans le secteur de la production animale ; article 3 de la loi du 4 août 1992 sur le crédit hypothécaire ; article 96, al. 1er, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre ; article 6 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail ; article 1728 *ter*, §1er, §2, 1728 *quater*, §2 et 1730, § 3, du Code civil. Le Code civil contenait, déjà en 1804, quelques dispositions retenant la sanction de la nullité : voy. ainsi l'article 1628, duquel il ressort que le vendeur est toujours tenu de la garantie d'éviction de son fait personnel et qui précise que « toute convention contraire est nulle » ; l'article 2078, alinéa 2, qui déclare nulle toute clause commissoire ou de voie parée.
33. Article 82, § 4, de la loi du 14 juillet 1991.
34. Voy. not. l'article 29 de la loi du 4 août 1992 sur le crédit hypothécaire ; article 14 de la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé ; article 630 du Code judiciaire.
35. Article 96, alinéa 2, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.
36. Article 29, alinéa 3, de la loi sur les baux à ferme : « Les clauses pénales et la condition résolutoire expresse sont de nul effet ».
37. Article 27 de la loi sur la rémunération des travailleurs. Voy. aussi l'article 18, alinéa 3, de la loi sur le contrat de travail.
38. Article 65, § 2, alinéa 1er, de la loi sur le contrat de travail ; article 53 de la loi sur les baux à ferme.
39. Voy. ainsi l'article 17 de la loi du 1er avril 1976 relative à l'intégration verticale dans le secteur de la production animale.
40. Mis en italiques par nous.
41. Mis en italiques par nous. Pour un commentaire de cette disposition, voy. B. Dubuisson, « La norme impérative dans le droit du contrat d'assurance », in *Liber Amicorum Hubert Claassens. Verzekering : theorie en praktijk. Assurance : théorie et pratique*, Anvers, Apeldoorn, Maklu, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1998, p. 133.

différentes[42]. Parfois d'ailleurs, c'est à l'intérieur d'un même article que cette disparité s'observe[43] !

Enfin, pour ajouter à la confusion, le législateur applique ces sanctions, tantôt à la « clause » contraire[44], tantôt à la « convention » contraire[45], tantôt aux deux[46]. Ces différences de formulation sont-elles le fruit d'une simple inconséquence de sa part ? Le législateur entend-il, au contraire, distinguer selon que la stipulation fait partie intégrante de la convention originaire ou qu'elle a fait l'objet d'un accord ultérieur entre parties ? La question est loin d'être anodine. On connaît, par exemple, l'importance que la jurisprudence attache aux termes de l'article 2078, alinéa 2, du Code civil : s'en tenant à une interprétation purement littérale[47], elle ne conteste pas la validité des conventions conclues postérieurement au contrat de gage, qui permettraient au créancier gagiste de s'approprier le gage ou d'en disposer sans respecter les formalités prévues par le premier alinéa[48].

Cette cacophonie s'observe aussi à l'étranger, et notamment en France[49]. Par souci de pragmatisme, le législateur européen s'est bien gardé d'entrer dans cet *imbroglio*. Plusieurs directives affirment l'impérativité d'une règle, en précisant sans plus que les clauses contraires « ne lient pas » l'autre partie. C'est le parti qui a été pris par la directive relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs[50], par celle sur le *time-sharing*[51] et par celle

42. Voy. par exemple, dans la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé, les articles 3, § 4 (« Est réputée non écrite... ») et 14 (« Est interdite et nulle de plein droit... »). Autre exemple dans la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre : les articles 36, § 1er (« réputée non écrite ») et 96, al. 1er (« Est nulle... ») et al. 2 (« Sauf ..., déclaré nul »). Le même phénomène a pu être observé en législation française (J. KULLMANN, *op. cit.*, 1993, p. 60).
43. Voy. ainsi l'article 13 de la loi Breyne du 9 juillet 1971, alinéas 1er (« ...réputée non écrite ») et 2 (« nullité de la clause... ») ; l'article 33 de la loi du 14 juillet 1991, dont le paragraphe 1er emploie l'expression « interdite et nulle », alors que le paragraphe 2 utilise celle de « réputée non écrite » ; l'article 82 de la loi du 14 juillet 1991, introduit par la loi du 25 mai 1999, relatif aux contrats à distance, § 3 (« réputée non écrite ») et § 4 (« est réputée nulle et interdite »).
44. Articles 1231, § 3, et 1153, alinéa 5 du Code civil.
45. Articles 20, 24, 53 et 56 de la loi sur les baux à ferme. Voy. aussi l'article 17 de la loi du 1er avril 1976 relative à l'intégration verticale dans le secteur de la production animale.
46. Voy. l'article 13, alinéa 2, de la loi Breyne (nullité de la convention, de la promesse de convention ou de la clause contraire à la loi) ; l'article 19*ter* de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances (« ... sont nuls toutes clauses et tous accords... »).
47. « Toute *clause* (nous soulignons) qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités requises ci-dessus, est nulle ».
48. F. t'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 155.
49. En ce sens, voy. not. V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *J.C.P.*, 1993, I, n° 3691, p. 316.
50. Directive 93/13 du 5 avril 1993 : « Les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs » (art. 6).
51. Directive 94/47 CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit →

relative à la garantie des biens de consommation[52]. Conscientes des divergences nationales en la matière, les autorités communautaires se sont rabattues sur cette formule neutre par laquelle elles entendent insister sur les conséquences pratiques de cette sanction[53]. Celle-ci présente cinq caractéristiques[54] : *primo*, le consommateur peut refuser de tenir compte de la clause litigieuse, sans constatation préalable de son caractère abusif par un juge ; *secundo*, le consommateur peut exciper du caractère abusif à n'importe quel moment à compter de la conclusion du contrat ; *tertio*, il ne peut valablement renoncer au droit de contester la validité de la clause ; *quarto*, le juge peut soulever d'office le caractère abusif de la clause ; enfin, la sanction qui frappe la clause opère avec un effet rétroactif[55].

7. Qualification de la sanction. – À l'évidence, le législateur édicte les sanctions au coup par coup, sans chercher à construire un système d'ensemble cohérent[56]. Cette absence de méthode est source de nombreuses difficultés et de disparités.

La question la plus délicate est, sans conteste, celle de savoir si les variations terminologiques autour des sanctions des clauses illicites désignent une seule et même réalité (la nullité judiciaire) ou s'il faut, au contraire, distinguer plusieurs types de sanctions permettant de purger le contrat de la clause illicite ? Nous reviendrons sur ce problème dans la seconde partie de cette étude. À ce stade,

---

→ d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *J.O.C.E.*, n° L280 du 29 octobre 1994, pp. 0083-0087, article 8.

52. Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.C.E.*, n° L171 du 7 juillet 1999, pp. 0012-0016, article 7, 1.

53. S. Stijns, « Zijn onrechtmatige bedingen nietig ? », in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, Die Keure-La Charte, 2001, pp. 921 et s. ; W. van Gerven, *op. cit.*, in *Liber Amicorum Jacques Herbots*, 2001, p. 491 ; P. Wéry, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 », *J.T.*, 2003, p. 807.

54. Selon M. Tenreiro, dont l'analyse est rapportée par S. Stijns, *op. cit.*, in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, 2001, p. 927.

55. La directive du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique sème toutefois le trouble, en employant une formule différente. On peut y lire, à l'article 14, b, que « Les États membres prennent les mesures nécessaires afin que (...) *soient ou puissent être déclarées nulles et non avenues* (nous soulignons) ou soient modifiées les dispositions contraires... » (*J.O.C.E.*, 19 juillet 2000, L180/22). La directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail utilise la même expression en son article 16, b (*J.O.C.E.*, 2 décembre 2000, L303/21). Faut-il y voir une sanction différente de celle qui consiste à déclarer que la clause « ne lie pas » ?

56. On en trouve une preuve supplémentaire dans les textes belges de transposition des directives européennes qui emploient l'expression « ne lient pas ». Les lois du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 précisent que la clause abusive est « nulle et interdite ». La loi sur le *time-sharing* emploie les expressions « réputée non écrite » et « nulle de plein droit » (voy. *supra*, notes 42 et 43).

bornons-nous à évoquer deux questions qui se posent, lorsque la sanction de la nullité est retenue.

Primo, qu'en est-il de la titularité du droit de critique ?

La plupart du temps, seule la partie faible que le législateur veut protéger peut postuler la nullité en justice : c'est le propre d'une loi impérative. Dans certaines lois récentes, le législateur investit toutefois le juge du pouvoir de soulever d'office la nullité, bien qu'elles ne revêtent qu'un caractère simplement impératif. La protection effective du consommateur, sur laquelle la Cour de justice des Communautés européennes insiste[57], commande cette solution, lorsque celui-ci est aux prises avec une clause abusive qui est l'œuvre d'un vendeur (au sens de la loi du 14 juillet 1991) ou d'un titulaire de profession libérale (au sens de la loi du 2 août 2002)[58].

Seconde question : quelle est l'ampleur de la nullité ?

En principe, seule la clause litigieuse est mise à néant. Son annulation signera toutefois aussi l'arrêt de mort des dispositions contractuelles qui en sont l'accessoire ; ainsi la nullité d'une clause de non-concurrence prive-t-elle de tout support la clause pénale qui était destinée à sanctionner sa méconnaissance (art. 1227, alinéa 2, C. civ.)[59]. Le juge ne pourrait aller plus loin en mettant en œuvre le critère de la cause impulsive et déterminante pour faire s'écrouler tout l'édifice contractuel[60]. Les lois du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002, qui concernent les clauses abusives stipulées par des professionnels (vendeurs ou titulaires de profession libérale) à l'encontre de particuliers (consommateurs ou clients) apportent cependant une dérogation remarquable à ce principe. À l'instigation du législateur européen, ces lois réservent, en effet, le cas où le contrat ne pourrait subsister sans la clause abusive : en pareille hypothèse, le contrat cesse d'être « contraignant » (art. 33, § 1er, alinéa 2, de la loi de 1991 et art. 3 de la loi de 2002).

b. Les autres sanctions

8. Un pouvoir modérateur. – La sanction doit être adaptée au mal auquel il faut porter remède. L'élimination complète de la clause n'est pas toujours le moyen idéal pour restaurer la légalité.

Des dispositions assez nombreuses reconnaissent ainsi au juge un *ius moderandi*, qui lui permet de tempérer une clause exorbitante.

57. C.J.C.E., 27 juin 2000, *J.C.P.*, éd. gén., 11 avril 2001, II, 10513, p. 768, note M. CARBALO FIDALGO et G. PAISANT ; C.J.C.E., 21 novembre 2002, *J.C.P.*, 2003, II, n° 10082, note G. PAISANT.
58. I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke contrôle van onrechtmatige bedingen*, thèse de doctorat, Gand, 1999-2000 (non publiée), p. 707 ; S. STIJNS, *op. cit.*, in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, pp. 943-945 ; P. WÉRY, *op. cit.*, *J.T.*, 2003, pp. 808-809.
59. B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, *D.S.*, 1976, chron. XLVIII, p. 286.
60. Voy. not., à propos du contrat de travail, les réflexions de M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. 1, Fac. Droit de Liège, 1982, pp. 368 et s.

Citons ainsi :
- l'article 1231, § 1er, du Code civil qui investit le juge du pouvoir de réduire le montant de la clause pénale exorbitante à hauteur du préjudice prévisible[61] ;
- l'article 1153, alinéa 5, du Code civil, qui édicte une disposition analogue pour le cas particulier de la clause pénale qui prévoirait des intérêts moratoires manifestement excessifs ;
- l'article 1907*ter* du Code civil, qui sanctionne la lésion qualifiée dont est victime l'emprunteur, par une réduction de ses obligations au remboursement du capital et au paiement de l'intérêt légal ;
- l'article 10, dernier alinéa, de la loi Breyne qui permet au juge de diminuer le montant de l'indemnité contractuelle stipulée ;
- l'article 87 de la loi sur le crédit du 12 juin 1991 qui prévoit une réduction « de plein droit » des obligations du consommateur, ainsi que l'article 90, alinéa 2, qui autorise le juge à « d'office les réduire » ;
- l'article 1728*bis*, § 2, du Code civil, aux termes duquel les dispositions contractuelles dont l'effet excéderait l'adaptation du loyer au coût de la vie prévue à l'alinéa premier sont « réductibles à celle-ci ».

Comme on peut l'observer, il s'agira, le plus souvent, pour le juge de réduire le montant dû par le débiteur. Le pouvoir modérateur peut toutefois s'exercer aussi sur des clauses non pécuniaires. L'article 1660, alinéa 2, du Code civil, relatif à la faculté de rachat, dispose ainsi que si celle-ci a été stipulée pour un terme plus long que le délai maximal de cinq ans, elle est « réduite à ce terme ».

9. Un pouvoir de résiliation unilatérale. – Les contrats qui contiennent des engagements perpétuels sont sanctionnés d'une manière originale.

L'atteinte à la liberté individuelle, qui est un principe d'ordre public, est sanctionnée non pas par une annulation du contrat, mais la reconnaissance d'un pouvoir de résiliation unilatérale en faveur de chacune des parties[62].

10. La révision à la hausse de la clause. – Parfois, le rétablissement de la légalité se réalise par une révision à la hausse de la clause contraire à la loi.

La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales en offre une intéressante illustration. Le législateur entend combattre les clauses draconiennes que certaines entreprises puissantes, débitrices de rémunération, insèrent aux dépens de leurs créanciers cocontractants. À cette fin, l'article 7 permet au juge de réviser la clause relative aux indemnités de retard et d'y substituer des « conditions équitables »[63]. Il échet

61. Ces textes impératifs présentent cette particularité de conférer aux tribunaux un pouvoir de réduction d'office (Cass., 6 déc. 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1485, obs. P. Wéry).
62. À ce sujet, voy. C. Delforge, « L'unilatéralisme et la fin du contrat », in *La fin du contrat*, vol. 51 de la C.U.P., 2001, p. 107 et s.
63. À ce propos, voy. Chr. Biquet-Mathieu, « A propos de la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, →

aussi de mentionner l'article 10, dernier alinéa, de la loi Breyne, lequel permet au juge de majorer le montant de l'indemnité contractuelle stipulée.

La majoration peut affecter aussi des dispositions non pécuniaires. Ainsi l'article 4 de la loi sur les baux à ferme prévoit-il que « Si une durée inférieure a été stipulée, elle est de plein droit portée à neuf ans ». On trouve une disposition analogue dans la loi relative aux baux commerciaux, où l'on peut lire que « La durée du bail ne peut être inférieure à neuf années » (art. 3).

11. L'action en cessation. – Diverses dispositions légales précisent que telle ou telle clause est « nulle et interdite ». Il ne faut pas y voir un pléonasme. L'interdiction de la clause se concrétise par une action en cessation qui est ouverte assez largement, au-delà du cercle immédiat des parties contractantes faibles à protéger[64].

Le législateur moderne recourt de plus en plus à cette technique, dont l'efficacité peut être renforcée par le prononcé d'une astreinte. Sans prétendre à la moindre exhaustivité, l'on peut relever que les actions en cessation sont prévues par la loi relative au crédit à la consommation[65], la loi du 14 juillet 1991 pour ce qui est de l'utilisation des clauses abusives par des vendeurs à l'encontre des consommateurs[66], les lois du 2 août 2002 relatives respectivement à la lutte contre les retards de paiement en matière de transactions commerciales[67] et aux clauses abusives stipulées par les titulaires de profession libérale à l'encontre de leurs clients[68] ou encore celle du 11 avril 1999 relative au *time-sharing*[69].

B. La technique du « réputé non écrit » et du « réputé inexistant »

12. L'essor du réputé non écrit. – Dans le Code de 1804, seul l'article 900[70] relatif aux conditions illicites employait l'expression « réputé non écrit ». La doctrine

---

→ 2003, p. 74 ; P. WÉRY, « La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales et ses incidences sur le régime des clauses pénales », *J.T.*, 2003, p. 878.

64. Voy. I. DEMUYNCK, « Rechtshandhaving door de stakingsrechter », *R.W.*, 2001-2002, pp. 1237-1257.
65. Article 109, qui renvoie aux articles 29 à 31.
66. Article 33.
67. Articles 8 et s.
68. Article 3, § 4.
69. Article 16, à combiner avec l'article 14.
70. Ses origines remontent au décret du 17 nivôse an II relatif aux donations et successions. Il s'agissait pour le législateur de frapper de vanité les conditions illicites qui auraient été mues par l'esprit contre-révolutionnaire des partisans de l'Ancien régime (M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 3, 2e éd., Paris, Librairie Cotillon, 1903, p. 875). Aux termes de son article 12, « Est réputée non écrite toute clause impérative ou prohibitive insérée dans les actes passés →

et la jurisprudence traditionnelles ne paraissent pas avoir accordé une attention particulière à cette formule.

Depuis quelques décennies, le « réputé non écrit » a incontestablement le vent en poupe. Il serait fastidieux d'énumérer toutes les dispositions légales qui tiennent une clause pour non écrite[71]. Le procédé permet notamment de faire pièce aux clauses par lesquelles les parties chercheraient à porter atteinte aux prérogatives des tribunaux. Il suffit de songer à l'article 1762 *bis* du Code civil, dont le but est de préserver le caractère judiciaire de la résolution en matière de baux immobiliers ; aux articles 1153, alinéa 5, et 1231, § 3, du même code qui ont pour objet de préserver la réduction judiciaire des clauses pénales ; ou à l'article 7 *in fine* de la loi du 2 août 2002, qui a trait au pouvoir de révision en cas d'abus manifeste de la part du débiteur.

La technique du « réputé non écrit » est-elle une sanction originale qui se différencie d'une annulation par voie de décision de justice ? Ou s'agit-il d'une simple coquetterie de style du législateur ?

Dans sa grande majorité, la doctrine opte, tant en Belgique qu'en France, pour la seconde interprétation[72]. La définition que le *Vocabulaire juridique Henri Capitant* donne des termes « non écrit » est à cet égard éloquente : « Se dit, dans un acte juridique, d'une clause illicite (not. une condition) dont la nullité n'emporte pas celle de l'acte qui la contient, la clause (seule annulée) étant censée n'avoir pas été stipulée ». L'expression « réputé inexistant » reçoit souvent la même acception[73].

Ces dernières années, plusieurs auteurs français[74] ont cependant pris leur distance avec cette analyse. Ils érigent le « réputé non écrit » en sanction

---

→ même avant le décret du 5 septembre 1791, lorsqu'elle est contraire aux lois ou aux mœurs, lorsqu'elle porte atteinte à la liberté religieuse du donataire, de l'héritier ou du légataire, lorsqu'elle gêne la liberté qu'il a, soit de se marier ou de se remarier même avec des personnes désignées, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou lorsqu'elle tend à le détourner de remplir les devoirs imposés et d'exercer les fonctions déférées par les lois aux citoyens. ».

71. Voy. not. les articles 900, 577-4, § 3, 1153, alinéa 5, 1231, § 3, et 1762 *bis*, du Code civil ; l'article 82, § 3, de la loi du 14 juillet 1991 ; l'article 13, alinéa 1er, de la loi Breyne ; l'article 36 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre ; l'article 3, § 4, de la loi du 11 avril 1999 sur le *time-sharing* ; l'article 1023 du Code judiciaire ; les articles 228, 404, 455 du Code des sociétés.

72. B. Teyssié, *op. cit.*, *D.S.*, 1976, chron. XLVIII, p. 285, note 49 ; V. Bastien et G. Thoreau, *op. cit.*, in *Les nullités ...*, 1991, p. 98 ; D. Veaux, *op. cit.*, *Jur. Class. Civ.*, 1994, pp. 24 et s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Les obligations*, t. 2, *Contrat*, Paris, Litec, 1998, 6e éd., pp. 358-359.

73. Voy. ainsi l'interprétation que reçoivent les articles 56 et 57 de la loi sur les baux à ferme : V. Renier, P. Renier, B. Demanet et B. Clérin, *Le bail à ferme*, *Rép. not.*, t. VIII, *Les baux*, l. II, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 115 (« Chaque fois qu'il est question d'inexistence, comme c'est le cas notamment à l'article 56, il faut entendre ce terme au sens d'une nullité relative »). En ce sens aussi, voy. E. Stassijns, *Pacht*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, Story-scientia, 1997, p. 43.

74. J. Kullmann, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.S.*, 1993, chron. XIV, pp. 59-66 ; V. Cottereau, « La clause réputée non écrite », *J.C.P.*, 1993, I, n°3691, pp. 315-321 ; →

spécifique, distincte de la nullité. Ils y voient une fiction par laquelle le législateur nie l'existence de la clause en la rayant du contrat. Par la seule force de la loi, la clause est censée n'avoir jamais été partie intégrante de la convention[75].

Si la sanction a certaines accointances avec la théorie de l'inexistence qui fut en honneur au dix-neuvième siècle[76], elle ne s'y identifie pourtant pas[77]. La notion d'inexistence visait, en effet, à traduire l'état d'un acte juridique qui, privé de l'un de ses éléments essentiels (l'objet ou le consentement d'une partie, par exemple), n'avait, par la force des choses, pu accéder à la vie juridique[78].

Ce n'est pas de cela qu'il s'agit en l'espèce. Selon la formule de R. Baillod, « Le 'réputé non écrit' permet de restaurer la légalité par amputation, retranchement »[79]. Cette « bombe propre »[80]. permet d'éviter les dégâts collatéraux qui seraient provoqués par l'annulation de tout le contrat. Renonçant à « la politique de 'tout ou rien' »[81], le législateur entend protéger la partie faible de la manière la plus adéquate : par une sorte de « réfaction législative »[82], il maintient la convention, dont la majeure partie est avantageuse à la partie faible, en se bornant à l'expurger de sa partie viciée[83]. Les dispositions légales que les parties avaient cherché à évincer prennent alors le relais pour combler le vide créé par la disparition de la clause litigieuse.

Prise au pied de la lettre, l'expression signifie que la clause est « censée n'avoir jamais été rédigée »[84] : « La clause ne figure pas au contrat et ne peut donc faire l'objet d'une quelconque lecture : sitôt écrite, sitôt retranchée »[85]. Si elle frappe les esprits, la formule « réputé non écrit » n'est cependant pas à l'abri de la critique dans un système juridique qui est dominé par le principe du consensua-

---

→ R. BAILLOD, « A propos des clauses réputées non écrites », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, pp. 15-38.

75. M. VON KUEGELGEN, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 2000, p. 573.
76. Voy. par ex. ce qu'en disait F. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. 2, Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, Marescq, 1881, pp. 345 et s.
77. Comp. avec L. CORNELIS, *op. cit.*, 2000, p. 678 ; W. VAN GERVEN, *op. cit.*, in *Liber amicorum Jacques Herbots*, 2001, p. 487.
78. Comme le rappellent J. KULLMANN, *op. cit.*, 1993, p. 59 ; R. BAILLOD, *op. cit.*, 1996, p. 22.
79. R. BAILLOD, *op. cit.*, 1996, p. 23. Les expressions les plus diverses ont cours en doctrine : la clause est biffée, gommée, caviardée, éradiquée, effacée, cancellée...
80. J. KULLMANN, *op. cit.*, 1993, p. 62.
81. C. THIBIERGE-GUELFUCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 363.
82. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, 1999, p. 323.
83. L'interprétation actuelle de l'article 900 du Code civil déroge toutefois à ce schéma de principe, puisque si la condition est déterminante de la volonté des parties, c'est toute la libéralité qui tombe.
84. Selon les termes d'un arrêt du 2 décembre 1987 de la Cour de cassation française, *Bull. civ.*, 1987, III, n° 198.
85. J. KULLMANN, *op. cit.*, 1993, p. 61.

lisme. Contester le caractère écrit de la clause n'est en soi pas suffisant pour nier son existence[86], dans la mesure où une clause verbale peut, en principe, aussi accéder à la vie juridique. L'expression « réputée inexistante », que l'on rencontre parfois[87], paraît à cet égard plus conforme à l'objectif du législateur.

13. Les caractéristiques du « réputé non écrit ». – Cette querelle de qualification ne se résume certainement pas à une pure controverse académique. Sous réserve de l'une ou l'autre nuance, les auteurs qui plaident en faveur du particularisme du « réputé non écrit » s'accordent pour y attacher d'importantes conséquences pratiques. On peut en relever au moins quatre.

Ainsi le rôle du juge diffère-t-il sensiblement selon la qualification retenue. Il n'incombe pas au tribunal de réputer la clause non écrite, puisque celle-ci a, par la seule force de la loi, été éliminée sur-le-champ. Tout au plus, le juge sera-t-il appelé, en cas de contestation, à constater que, par l'effet d'une fiction légale, la clause est censée ne pas être entrée dans le champ contractuel. Fort de ce constat, il pourra faire droit à l'action en restitution de ce qui aurait été accompli en vertu de cette stipulation contractuelle[88]. Tout autre est l'office du tribunal qui serait saisi d'une action en nullité. En ce cas, son jugement n'est pas déclaratif, mais bien constitutif de droit : c'est lui qui prononce la nullité, mettant ainsi fin à l'apparence de validité dont jouissait la clause attaquée. Ce n'est que consécutivement à cette annulation que le juge ordonnera les restitutions qui s'imposent[89].

Si l'action en nullité se prescrit par 10 ans (art. 1304, pour les nullités relatives, et 2262 *bis*, § 1er, C. civ. pour les autres), la sanction du « réputé non écrit » échappe, en revanche, au jeu de la prescription extinctive[90]. La raison en est simple : « En quelque sorte, la clause réputée non écrite est transparente (...). Il est donc difficile de parler d'imprescriptibilité à propos de l'action visant à faire déclarer non écrite une clause puisque cette action n'a pas de raison d'être »[91].

Par ailleurs, alors que les nullités relatives peuvent faire l'objet d'une confirmation[92], la renonciation de la partie protégée à la sanction du « réputé non écrit » est inconcevable. Le « caractère effaçable (*de la clause*), le fait qu'elle

86. L'expression est, en revanche, appropriée, lorsqu'elle s'applique à une clause figurant dans un acte solennel, où l'écrit est requis *ad solemnitatem*. Tel est le cas des actes de disposition entre vifs ou des dispositions testamentaires visées par l'article 900 du Code civil.
87. Voy. par ex. l'article 53 de la loi sur les baux à ferme.
88. J. KULLMANN, *op. cit.*, 1993, p. 61.
89. J. KULLMANN, *op. cit.*, 1993, p. 61.
90. Voy. par ex. Cass. fr. civ., 9 mars 1988, *Sem. Jur.*, 1989, II, n° 21248, obs. G.V., *D.S.*, 1989, jur., p. 143, note Chr. ATIAS.
91. J. KULLMANN, *op. cit.*, 1993, p. 63 ; V. COTTEREAU, *op. cit.*, 1993, p. 319. En revanche, l'action en restitution de ce qui aurait été accompli sur la base de la clause réputée non écrite se prescrit (sur ce point, voy. J. KULLMANN, *op. cit.*, 1993, pp. 62-63).
92. Même tacite. Voy. par ex. Cass., 9 déc. 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 699 ; Cass., 14 janv. 1954, *Pas.*, 1954, I, p. 402 ; Cass., 6 déc. 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 36.

procède du néant, fait obstacle à la confirmation par une renonciation (...), ce qui reviendrait à lui donner une existence réelle alors qu'elle n'a qu'une vie fictive »[93].

Une dernière différence peut être relevée. On connaît l'importance que la distinction entre les nullités relatives et les nullités absolues revêt pour la titularité du droit de critique. Cette distinction n'est guère facile à opérer en raison des multiples nuances à y apporter[94]. Foin de ces difficultés pour la sanction du « réputé non écrit » ! Comme on l'a justement observé, « Le procédé de l'éradication neutralise (...) les problèmes d'attribution du droit d'invoquer la nullité, connus notamment en matière de nullité relative. L'intérêt général ou particulier n'est plus le critère déterminant comme il l'est en matière de nullité absolue ou relative »[95]. Toute personne intéressée, et notamment chaque partie[96], peut faire état du caractère « non écrit » de la clause. Quant au juge, il peut relever d'office que la clause est non avenue[97].

Comme on peut le constater, les divergences techniques entre les deux sanctions sont nombreuses. La technique du « réputé non écrit » étant à l'instar de toute fiction, de stricte interprétation[98], il ne peut être question d'appliquer cette sanction originale à des clauses que le législateur frappe seulement de nullité[99]. La sanction du « réputé non écrit » rejoint toutefois la nullité sur un point : toutes deux opèrent nécessairement avec effet rétroactif[100]. Par l'effet de la fiction légale, la convention se trouve amputée de la clause *ab initio*. Cette rétroactivité permet à la partie protégée de réclamer une indemnisation, s'il s'avère qu'elle avait obtempéré à la clause[101].

14. Et en droit belge ?– Cette thèse doctrinale est extrêmement séduisante *de lege ferenda*. Encore reste-t-il à savoir si elle a déjà reçu ses lettres de noblesse en Belgique. Très peu d'auteurs se sont engagés, de manière approfondie, dans ce

93. V. COTTEREAU, *op. cit.*, 1993, p. 319.
94. W. VAN GERVEN, *op. cit.*, 1987, p. 431 et s. ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, *Ann. Fac. dr. Liège*, 1962, p. 264 et s. ; P. WÉRY, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 1488 et s.
95. J. KULLMANN, *op. cit.*, 1993, p. 65.
96. Voy. toutefois V. COTTEREAU, *op. cit.*, 1993, p. 319, qui est plus restrictif.
97. J. KULLMANN, *op. cit.*, 1993, p. 62, sous réserve toutefois des droits de la défense (il se pourrait, en effet, que la clause ne soit pas facile à identifier).
98. J. KULLMANN, *op. cit.*, 1993, p. 59. Ainsi les clauses léonines ne sont-elles réputées non écrites par le Code des sociétés qu'en matière de SA, SPRL, SCRL et de société en commandite par actions (art. 228, 404, 455 et 657 C. soc.). La sanction reste la nullité de la société pour les autres formes sociétaires. Pour ce qui est de la convention préalable à la constitution d'une société anonyme, voy. S. GILCART, « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL », livre 14*bis* in *Guide juridique de l'entreprise*, ouvrage collectif sous la dir. de P. WÉRY et M. COIPEL, Kluwer, p. 40 ; S. GILCART, note sous Civ. Gand, 6 février 1998, *J.D.S.C.*, 2e éd., Kluwer, 2000, pp. 33 et s.
99. De délicats problèmes d'interprétation ne manqueront pas de se poser. Quelle est, par exemple, la portée de l'expression « nonobstant tout clause contraire » ?
100. V. COTTEREAU, *op. cit.*, 1993, pp. 319-320.
101. V. COTTEREAU, *op. cit.*, 1993, p. 319.

débat. Le plus souvent, nous l'avons dit, la doctrine assimile, sans examen, le « réputé non écrit » à la nullité. Dans son récent traité, notre collègue L. Cornelis souscrit toutefois à la thèse inverse, favorable à l'autonomie de cette sanction[102] ; M. von Kuegelgen abonde en ce sens[103].

Ces opinions nous paraissent trop tranchées. L'interprète qui souhaite construire une théorie générale sur la question ne peut, en effet, s'arrêter aux termes employés par les différentes lois. Il doit s'enquérir, à chaque fois, de la volonté du législateur, en ayant égard aux travaux préparatoires de la disposition concernée, afin de déterminer si c'est à dessein que telle ou telle expression est employée.

Dans le cadre limité de cette contribution, il est évidemment exclu de se livrer à l'exercice pour chacune des lois particulières. Les quelques investigations que nous avons entreprises sur la question devraient, nous semble-t-il, inciter les auteurs à la prudence. Souvent, les travaux préparatoires ne contiennent aucune indication sur la nature de la sanction[104]. Dans d'autres cas, il apparaît que les formulations différentes de la sanction se ramènent, en réalité, toutes à la nullité[105].

De lege lata, il est donc abusif d'affirmer, dès à présent, l'existence d'une *summa divisio* qui opposerait, d'une part, la nullité et, d'autre part, le « réputé non écrit » ou « réputé inexistant »[106]. Telle est aussi la conclusion qui se dégage de la consultation de la jurisprudence. Celle-ci privilégie, d'ordinaire, la qualification de nullité.

Citons ainsi un arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 1967[107]. En l'espèce, la clause d'un bail à ferme mettait à charge du preneur des impôts et des assurances qui, aux termes de la loi, auraient dû incomber au bailleur. Cette

102. L. Cornelis, *op. cit.*, 2000, p. 678 et s.

103. M. von Kuegelgen, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 2000, p. 573 ; M. von Kuegelgen, *op. cit.*, in *Liber Amicorum Lucien Simont*, 2002, p. 455. Comp. avec I. Claeys, *op. cit.*, in *Sancties en nietigheden*, 2003, pp. 286-287 et la note 72.

104. Ainsi en va-t-il, pour la loi du 23 novembre 1998 qui a modifié le régime des clauses pénales exorbitantes, des articles 1231, § 3, et 1153, alinéa 5, du Code civil.

105. Voy. par exemple les réflexions de R.H., note 1 sous Cass., 16 mars 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 859 : « dans les articles du Code civil concernant les baux à ferme, le législateur n'a pas employé une terminologie uniforme. Il a usé tantôt de l'expression « Toute convention contraire est nulle » (...) ou « nonobstant (ou malgré) toute convention contraire » (...), tantôt de l'expression « est réputée inexistante » (...), tantôt enfin de l'expression « Toute stipulation contraire est sans effet » (...). Mais on ne découvre, dans les travaux préparatoires des lois qui contiennent ces dispositions insérées dans le Code civil, aucun élément autorisant à croire que le législateur ait par ces diverses expressions entendu attribuer à la nullité de la convention ou de la stipulation un caractère différent ». Voy. aussi les réflexions de P. Van Ommeslaghe, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou *statu quo* ? », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 551 et s.

106. C'est le même constat que Ph. Simler formulait en 1969 pour le droit français : « Le critère textuel doit (...) être rejeté. Il est simpliste et arbitraire. Il confère une signification excessivement précise aux termes employés par le législateur (*op. cit.*, 1969, p. 406).

107. Cass., 16 mars 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 858, *R.W.*, 1966-1967, col. 2051.

clause, contraire à l'article 1764*ter* aujourd'hui abrogé du Code civil, était, selon les termes de la loi, « réputée inexistante ». Le fermier agit en répétition des sommes payées indûment. Son cocontractant lui rétorqua qu'en exécutant en connaissance de cause l'engagement de la clause, le fermier avait renoncé à sa nullité. Le juge du fond trancha le litige en distinguant entre les dispositions de la loi aux termes desquelles certaines clauses contraires sont déclarées « nulles » et les articles aux termes desquels certaines clauses sont « réputées non écrites » : « si les dispositions légales régissant le bail à ferme doivent être rangées dans la catégorie des dispositions impératives de protection d'intérêts privés, dont la transgression n'entraîne qu'une nullité relative que la personne protégée peut couvrir en exécutant délibérément l'engagement frappé de cette nullité, il en est cependant autrement lorsque la disposition légale répute certaines clauses inexistantes ou sans effet et (...) en pareil cas, ces dernières clauses doivent être simplement effacées ». La Cour de cassation récusa cette distinction qu'elle qualifia d' « arbitraire ». « Sans doute, concède-t-elle, pour établir les sanctions qui assurent le respect de ses prescriptions, la loi du 7 juillet 1951 emploie des formules différentes, mais (...) il résulte des travaux préparatoires et du but poursuivi par le législateur que, quels que soient les termes employés par la loi du 7 juillet 1951, ces sanctions sont de même nature ; (...) les dispositions qui les édictent ne protègent que des intérêts privés ; (...) toutes sont impératives, mais (...) aucune d'elles n'est d'ordre public »[108].

Un récent arrêt du 30 juin 2003 confirme cette analyse à propos d'un délicat problème d'interprétation soulevé par les termes de l'article 65, paragraphe 2, de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail. À propos de ce texte réglementant les clauses de non-concurrence à charge des ouvriers, la doctrine n'a pas manqué de relever que le législateur n'emploie pas une terminologie uniforme. La question se pose ainsi de savoir si les seuils de rémunération visés à l'article 65, paragraphe 2, alinéas 1er à 4, constituent une condition de validité ou d'existence de la clause. V. Vannes se fonde sur les termes mêmes de la loi (« La clause... est réputée inexistante... ») pour conclure que « lorsque la rémunération annuelle du travailleur est inférieure à un montant minimum légal, la clause est inexistante ; ce qui signifie en d'autres termes qu'elle n'existe pas. Elle ne produit donc aucun effet juridique envers l'une ou l'autre des parties »[109]. C. Wantiez[110] voit, au contraire, dans la rémunération une condition de validité de la clause de non-concurrence. À son estime, la différence de terminologie ne procède pas d'un choix délibéré du législateur : « la variété des termes utilisés au sujet de la même condition permet de penser que la loi n'a pas

108. En ce sens aussi, R.H., note 1 sous Cass., 16 mars 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 859.

109. V. Vannes, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 238 et s.

110. C. Wantiez, *Les clauses de non-concurrence et le contrat de travail*, Bruxelles, Larcier, 2e éd., pp. 27 et s.

réellement voulu créer de distinction entre les conditions d'existence d'une clause et celles de sa validité »[111].

L'auteur du pourvoi en cassation estimait qu'une distinction devait être opérée entre, d'une part, le cinquième alinéa de ce paragraphe, qui énumère, de manière limitative, les conditions de validité des clauses de non-concurrence (« La validité de toute clause de non-concurrence est en outre subordonnée... »), et, d'autre part, les alinéas 1 à 4, dont les termes indiquent qu'il s'agit de conditions d'existence de pareilles clauses. Le demandeur en cassation inférait de la formule « La clause ne peut s'appliquer... » qu'en cas de non-respect de l'article 65, § 2, alinéa 2, la clause ne peut sortir aucun effet, que les parties n'ont aucun pouvoir d'appréciation à cet égard, avec cette conséquence qu'il n'y a pas lieu d'invoquer la nullité de la clause pour échapper à son emprise. Dans son arrêt du 30 juin 2003, la Cour de cassation rejette le pourvoi en se fondant sur l'économie de l'article 65, § 2 : de celle-ci ressort le fait que les conditions de rémunération indiquées aux quatre premiers alinéas sont, à l'instar des conditions prévues à l'alinéa suivant, des conditions de validité de la clause de non-concurrence dont la méconnaissance est sanctionnée par une nullité relative[112].

15. Un revirement de jurisprudence ? – Un arrêt, rendu le 25 avril 2003 en un tout autre domaine[113], pourrait toutefois marquer un revirement important de la jurisprudence de la Cour de cassation.

En l'espèce, les parties à un contrat de bail commercial s'étaient accordées, au début des années soixante, sur une clause qui excluait la révision triennale du loyer, en violation de l'article 6 de la loi sur les baux commerciaux. Dans les années nonante, une partie demanda en justice la révision du loyer. Celle-ci lui fut refusée par le juge du fond, au terme du raisonnement suivant. La loi relative aux baux commerciaux est impérative. La prescription décennale édictée par l'article 1304 du Code civil est, partant, applicable à la clause qui méconnaît l'article 6 de la loi. Afin de pouvoir réclamer du juge une révision du loyer, il faut, au préalable, annuler la stipulation contraire, ce qui n'est plus possible eu égard au délai qui s'est écoulé. Dans le pourvoi formé contre cette décision, le demandeur rappelle que l'article 6, qui est impératif, permet la révision aux périodes et dans les délais qu'il prévoit, « ongeacht, ajoute le demandeur, elk strijdig contractueel beding dat voor niet geschreven moet worden gehouden ». Par voie de conséquence, l'exercice du droit à révision peut être exercé sans introduction, au préalable, d'une action en nullité.

La haute juridiction accueille le pourvoi en ces termes : « dat die bepaling van dwingend recht is ter bescherming van zowel de huurder als de verhuurder, en geldt niettegenstaande daarmee strijdige bedingen in de huurovereenkomst ; dat

111. *Id.*, p. 29.
112. Extraits du rapport d'activité de la Cour de cassation année judiciaire, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 32 et s.
113. C.01.0374.N.

de verhuurder aldus de bescherming van artikel 6 rechtstreeks uit de wet put en niet uit een conventioneel beding in de huurovereenkomst ; dat hij om de toepassing van dit recht te eisen niet verplicht is eerst de nietigverklaring te vorderen van de met dit recht strijdige bedingen in de huurovereenkomst ». La Cour censure, dès lors, le juge du fond qui avait estimé que la prescription décennale de l'article 1304 du Code civil faisait obstacle à l'annulation de la clause.

Cette décision va incontestablement à l'encontre de l'interprétation traditionnelle de l'article 6 de la loi sur les baux commerciaux[114]. L'arrêt est d'autant plus remarquable à relever que la Cour écarte la nécessité d'une action en nullité, alors qu'en l'espèce, la loi n'emploie pas d'expression telle que « réputée non écrite » ou « inexistante ». C'est le demandeur en cassation qui, dans son pourvoi, a habilement apporté cette précision complémentaire. La Cour dégage, semble-t-il, sa solution du caractère impératif de la loi.

De cet arrêt, il ressort ainsi que lorsqu'une partie tire directement son droit de la loi, elle peut le faire valoir indéfiniment sans avoir à redouter l'exception de prescription. Si l'on adhère à la thèse favorable à l'autonomie du « réputé non écrit », cette décision devrait avoir une seconde conséquence importante. Le bénéficiaire de la sanction du « réputé non écrit » ne doit pas craindre que son cocontractant lui oppose une confirmation de la clause. La confirmation n'est, en effet, rien d'autre que la renonciation, par le titulaire du droit de critique, à son action en nullité relative[115].

Arrêt d'espèce ou décision de principe ? Une hirondelle ne fait pas nécessairement le printemps. La prudence est de mise à ce stade, eu égard à la jurisprudence antérieure de la Cour. S'il devait néanmoins s'agir d'un arrêt de principe, ses conséquences pratiques en seraient considérables. Toute clause transgressant une loi impérative se verrait, en effet, soustraite à la sanction de la nullité, dès lors que la partie protégée est en mesure d'établir qu'elle puise directement son droit de la loi.

114. Voy. ainsi en faveur de la nullité relative, avec toutes les conséquences résultant de cette qualification (possibilité de confirmation, application de l'article 1304 du Code civil...) : H. DE PAGE, *Traité*, t. 4, 1972, p. 833 ; J. 't KINT et M. GODHAIRD, *Le bail commercial, Rép. not.*, t. VIII, *Les baux*, l. IV, Bruxelles, Larcier, 1990, p. 63 ; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, Bruxelles, De Boeck Université, 2002, pp. 144 et s. Le même raisonnement est tenu pour les clauses contraires à la loi sur les baux à ferme (V. RENIER, P. RENIER, B. DEMANET et B. CLÉRIN, *op. cit.*, 1992, pp. 113 et s. ; E. STASSIJNS, *op. cit.*, 1997, p. 37 et s.) ou à la loi sur les baux de résidence principale (Y. MERCHIERS, *Le bail de résidence principale*, *Rép. not.*, t. 7, *Les baux*, l. III, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 69-70).

115. S. STIJNS, *op. cit.*, in *Totstandkoming* ..., 2002, pp. 230-231.

Conclusion

16. Un beau sujet de thèse. – Ces quelques lignes ne nourrissaient certes pas l'ambition d'épuiser le vaste sujet des sanctions qui peuvent frapper des clauses illicites. Il y faudrait une thèse de doctorat !

À tout le moins, les vertus de la méthode horizontale ont-elles pu, une fois encore, se vérifier à propos d'une problématique complexe.

Espérons qu'à l'avenir, le législateur accordera une plus grande attention aux termes qu'il emploie. Pour l'instant, tel n'est assurément pas le cas. À notre sens, la nullité devrait, *de lege ferenda*, être soigneusement distinguée de la sanction du « réputé non écrit » et du « réputé inexistant »[116].

Cette dernière sanction procure à la partie faible un surcroît de protection : comme l'observe fort bien J. Kullmann, « l'éradication légale est formulée dans des termes qui révèlent la fermeté de la volonté du législateur. La nuance en est bannie. Le régime de la fiction légale devrait donc apporter une plus grande sécurité juridique, chacun devant savoir, dès qu'il contracte, que la loi nie que son consentement puisse porter sur la clause soumise à ce régime »[117].

À cet égard, le choix du législateur belge en faveur de la nullité comme sanction des clauses abusives proscrites par les lois du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 prête le flanc à la critique[118] : les termes de la directive européenne de 1993 (« ne lient pas ») militaient davantage en faveur du « réputé non écrit », ou mieux encore du « réputé inexistant ». Le projet de loi du 31 mars 2004 complétant les dispositions du Code civil relatives à la vente en vue de protéger les consommateurs encourt le même reproche, lorsqu'il prévoit, en ce qui concerne le futur article 1649*octies* du Code civil : « Sont nuls les clauses contractuelles ou les accords conclus avant que le défaut de conformité ne soit porté à l'attention du vendeur par le consommateur et qui, directement ou indirectement, écartent ou limitent les droits accordés au consommateur par la présente section »[119].

---

116. J. KULLMANN, *op. cit.*, 1993, pp. 63 et s. qui livre quelques réflexions intéressantes sur les domaines où la technique du « réputé non écrit » devrait être employée par préférence à celle de la nullité.
117. J. KULLMANN, *op. cit.*, 1993, p. 63.
118. Sur cette critique, voy. S. STIJNS, *op. cit.*, in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, pp. 928 et s. ; W. VAN GERVEN, *op. cit.*, in *Liber amicorum Jacques Herbots*, 2002, pp. 491-493 ; P. WÉRY, *op. cit.*, *J.T.*, 2003, p. 807.
119. Voy., en effet, l'article 7.1 de la directive : « Les clauses contractuelles ou les accords... ne lient pas... le consommateur ».

Les personnes morales

Les personnes morales

Vereffening van vennootschappen : nieuwe bepalingen in het wetboek van vennootschappen en de mogelijkheid om na ontbinding en vereffening, de vereffening onmiddellijk te sluiten

Herman Braeckmans
Gewoon hoogleraar Universiteit Antwerpen (UA)

I. Behoud van de rechtspersoonlijkheid

1. Een vennootschap wordt na ontbinding geacht voort te bestaan voor haar vereffening (art. 183 W.Venn.). Zulks houdt in dat de beslissing tot ontbinding van de vennootschap en de daarmee gepaard gaande vereffening geen einde maakt aan de rechtspersoonlijkheid van de betrokken vennootschap, ongeacht haar rechtsvorm[1]. Het behoud van de rechtspersoonlijkheid geldt zowel ten aanzien van de aandeelhouders (vennoten) als ten aanzien van derden[2].

Het behoud van de rechtspersoonlijkheid impliceert echter niet dat de rechtstoestand van de in vereffening gestelde vennootschap dezelfde is als de rechtstoestand vóór de beslissing tot vereffening : de beslissing tot vereffening heeft immers tot gevolg dat de vennootschap nog uitsluitend bestaat voor haar

1. E. De Bie en J. De Leenheer, *Vereffening van vennootschappen na de wet van 13 april 1995*, Brussel, Ced Samson, 1996, 55 ; E. De Bie en (vanaf 1 juli 1996) M. Corynen, Art. 183, *in Artikelsgewijze commentaar Vennootschappen en Verenigingen*, H. Braeckmans, K. Geens en E. Wymeersch (red.), Antwerpen, Kluwer, 2001, Art. 183-4 en 183-5 ; zie ook P. Demeur, « La survie de la société anonyme après dissolution », *Rev. prat. soc.*, 1956, 164-182 ; J. Heenen, « Nature des droits de l'associé sur l'actif d'une société commerciale avant et après la dissolution », noot onder Cass., 2 december 1952, *R.C.J.B.*, 1953, 291-299 ; D. D'Hooghe, « De gevolgen van de sluiting van de vereffening van handelsvennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid », *T.B.H.*, 1989, 333 ; R. Tas, De procesrechtelijke gevolgen van de sluiting van de vereffening van een handelsvennootschap, *T.R.V.*, 1997, 496 en de verwijzing naar J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 496. Zie ook Cass., 22 maart 1962, *Pas.*, 1962, I, 607 ; *R.C.J.B.*, 1963, 42, met noot J. Renauld, « Effets de la clôture de la liquidation sur l'existence des sociétés commerciales. Merk op dat de vennootschap in vereffening nog failliet kan worden verklaard : Cass., 17 juni 1994 », *T.B.H.*, 1994, 876, en vnl. J. Woestyn, « Vennootschappen en insolventierecht », in *Omgaan met vennootschappen : regulering en rechtspraktijk*, Vlaamse Conferentie Balie Gent i.s.m. Instituut Financieel Recht (red.), Antwerpen, Maklu, 2002, 226-227.
2. E. De Bie en (vanaf 1 juli 1996) M. Corynen, *o.c.*, in *Artikelsgewijze commentaar Vennootschappen en Verenigingen*, H. Braeckmans, K. Geens en E. Wymeersch (red.), Art. 183-5 ; *cf.* de oude rechtspraak terzake : Cass. 17 mei 1906, *Pas.*, 1906, I, 249 ; Hof Luik 1 november 1900, *R.P.S.*, 1901, 314 ; G. Renauld, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1963, p. 55, nr. 7.

vereffening. Zulks houdt in dat de vennootschap nog uitsluitend bevoegd is om handelingen te stellen die nodig of nuttig zijn voor de vereffening. Hiermee wordt bedoeld : de realisatie van het actief, de aanzuivering van het passief en de toebedeling van het vereffeningsaldo.

2. Het belangrijkste gevolg van het behoud van de rechtspersoonlijkheid is dat de vennootschap, tijdens de duur van de vereffening en tot aan de afsluiting, titularis blijft van al haar rechten en verbintenissen en dat geen vermenging van vermogen optreedt tussen het vennootschapsvermogen en het eigen vermogen van de aandeelhouder[3].

II. Afsluiting van de vereffening door de algemene vergadering

3. Zodra de vereffening van de ontbonden vennootschap is geschied, heeft de afsluiting van de vereffening plaats.

De afsluiting van de vereffening is een voor het rechtsverkeer zeer belangrijke rechtshandeling : zij heeft ingrijpende gevolgen voor de vennootschap die hierdoor ophoudt te bestaan (met uitzondering van een passieve aanspreekbaarheid opzichtens de vereffenaar), voor de vereffenaar wiens taak wordt beëindigd, voor de aandeelhouders die hun hoedanigheid van aandeelhouder verliezen en eigenaar worden van het (hen toebedeelde) vereffeningsaldo en voor de schuldeisers, voor wie hun debiteur verdwijnt (onder voorbehoud van nog beperkte rechten opzichtens de vereffenaar)[4].

Terecht stellen De Bie en Corynen dat men derhalve mag verwachten dat een dergelijke ingrijpende gebeurtenis als de afsluiting van de vereffening van een vennootschap in detail zou geregeld zijn in het Wetboek van Vennootschappen, teneinde te waarborgen dat de belangen van alle betrokken partijen – en in het bijzonder die van de schuldeisers, die weinig inspraak hebben in het vereffeningsproces – worden gevrijwaard[5].

---

3. E. De Bie en J. De Leenheer, *o.c.*, p. 56-57 ; D. D'Hooghe, *o.c.*, *T.B.H.*, 1989, 333 e.v. ; zie aangaande de uitzonderingen op de regel dat een vennootschap titularis blijft van al haar rechten en verbintenissen : E. De Bie en (vanaf 1 juli 1996) M. Corynen, *o.c.*, in *Artikelsgewijze commentaar Vennootschappen en Verenigingen*, H. Braeckmans, K. Geens en E. Wymeersch (red.), Art. 183-8 : overeenkomsten met intuitu personae karakter en de toepassing van een contractuele clausule die het recht geeft aan de wederpartij om de overeenkomst te beëindigen ingeval van invereffeningstelling.
4. E. De Bie en (vanaf 1 juli 1996) M. Corynen, *o.c.*, in *Artikelsgewijze commentaar Vennootschappen en Verenigingen*, H. Braeckmans, K. Geens en E. Wymeersch (red.), Art. 194-4 ; H. Du Faux, « La liquidation des sociétés commerciales », *Rép. not.*, t. 12, *Droit commercial*, livre 6, Brussel, Larcier, 2003, nr. 147 ; zie in de rechtspraak : Hof Brussel, 29 maart 1999, *Rev. prat. soc.*, 1999, nr. 6793, 326. « De beslissing tot sluiting van de vereffening en niet de publicatie is bepalend voor de afsluiting van de vereffening en teloorgang van de rechtspersoonlijkheid » : R. Tas, *o.c.*, *T.R.V.*, 1997, 496 ; *cf.* Hof Gent, 25 november 1998, *T.R.V.*, 1999, 37.
5. E. De Bie en (vanaf 1 juli 1996) M. Corynen, *o.c.*, in *Artikelsgewijze commentaar Vennoot-* →

De wet beantwoordt manifest niet aan dat verwachtingspatroon en is in die optiek zeker voor kritiek vatbaar. De afsluiting van de vereffening wordt slechts op uiterst summiere wijze geregeld. Art. 190 § 2 W.Venn. bepaalt dat de vereffenaars na betaling van de schulden of consignatie van de nodige gelden om die schulden te voldoen, onder de vennoten de gelden of waarden verdelen en hun de goederen overhandigen die zij voor nadere verdeling hebben moeten overhouden[6].

4. Uit de formulering van art. 194 W.Venn. kan worden afgeleid dat de algemene vergadering het bevoegde orgaan is om tot de afsluiting van de vereffening te beslissen.

De wet bevat geen vereiste inzake quorum en meerderheid. In die optiek mag worden aanvaard dat de beslissing van de algemene vergadering wordt genomen zonder quorum en met een gewone meerderheid[7]. Deze regeling is bekritiseerbaar : een zo ingrijpende gebeurtenis als de afsluiting van de vereffening zou ook door een bijzonder quorum – en meerderheidsvereiste – moeten worden geregeld. Uiteraard kunnen de statuten een quorumvereiste en een bijzondere meerderheid bepalen.

III. De wijzigingen van het Wetboek van Vennootschappen inzake afsluiting van de vereffening

5. De procedure tot afsluiting van de vereffening werd gewijzigd door het Wetboek van Vennootschappen.

Het oud art. 188 lid 1 Venn.W. bepaalde dat de vereffenaar na afloop van de vereffening aan de algemene vergadering verslag moet uitbrengen over het gebruik van de waarden van de vennootschap en aan deze algemene vergadering de rekeningen met de stavingstukken moet voorleggen. Tevens werd in het oud art. 188 lid 1 Venn.W. bepaald dat deze algemene vergadering commissarissen aanstelt om die stukken te onderzoeken en dat deze algemene vergadering een nieuwe algemene vergadering belegt waarop na verslag van de commissarissen,

---

→ schappen en Verenigingen, H. Braeckmans, K. Geens en E. Wymeersch (red.), Art. 194-4 ; zie ook E. De Bie en J. De Leenheer, *o.c.*, p. 179.

6. Tevens werd in art. 190 § 2 W.Venn. een regeling opgenomen i.v.m. de inkoop van de aandelen van de vennootschap.

7. Terzake is niet de authentieke vorm vereist (behoudens indien uit hoofde van deze beslissing nog onroerende goederen worden overgemaakt) : H. Du Faux, *o.c.*, *Rep. not.*, nr. 142 ; *Cf.* onder het oude recht : F. Passelecq, *Traité des sociétés commerciales*, in *Les Novelles*, Droit comercial, Brussel, Larcier, 1934, p. 636, nr. 4853. De beslissing tot invereffeningstelling daarentegen is een statutenwijziging en moet derhalve voldoen aan het quorumvereiste van de helft en een meerderheid van drie vierden van de stemmen (zie inzake BVBA : art. 286 W. Venn. ; inzake coöperatieve vennootschap : art. 381 W.Venn. en inzake N.V. : art. 558 W.Venn.).

uitspraak wordt gedaan over de wijze waarop de vereffenaars hun taak hebben vervuld. De procedure van het oud art. 188 lid 1 Venn.W. veronderstelt derhalve dat twee algemene vergaderingen worden gehouden[8]. De vraag of het verplicht is om twee algemene vergaderingen te houden, dan wel of de vereffening mag worden afgesloten in één enkele vergadering, werd in de rechtsleer van vóór de inwerkingtreding van het Wetboek van Vennootschappen terecht genuanceerd beantwoord : indien alle aandeelhouders aanwezig (of vertegenwoordigd) zijn op de eerste algemene vergadering, kunnen de aandeelhouders na voorlezing van het verslag door de vereffenaar beslissen om de vereffeningsrekeningen onmiddellijk zelf te controleren. De vergadering wordt dan geschorst waardoor de aandeelhouders de rekeningen kunnen controleren, waarna de vergadering wordt hervat en de vereffening wordt afgesloten[9]. Bij complexe vereffeningen werd deze praktijk ten stelligste afgeraden : de vereffening belangt de vereffenaar en de schuldeisers aan en het is moeilijk aanvaardbaar dat de aandeelhouders de door art. 188 Venn.W. procedure zonder meer terzijde kunnen schuiven[10]. De vereffenaar riskeert overigens ook een aansprakelijkheid voor door schuldeisers geleden schade ingeval van miskenning van art. 188 Venn.W.[11].

6. Het Wetboek van vennootschappen heeft de procedure van de afsluiting van de vereffening in aanzienlijke mate vereenvoudigd[12].

Op grond van het nieuw art. 194 W.Venn. kan worden geponeerd dat slechts één algemene vergadering moet worden gehouden om de vereffening af te sluiten.

Nieuw is ook dat de vereffenaar de aan de algemene vergadering voor te leggen rekeningen samen met de stavingstukken ten minste één maand voor de algemene vergadering op de zetel van de vennootschap neerlegt.

Het nieuw art. 194 W.Venn. maakt geen melding van een afzonderlijk verslag. De wetgever heeft blijkbaar als uitgangspunt genomen dat de rekeningen en de stavingstukken voldoende moeten zijn om de werkzaamheden van de vereffenaar en het resultaat van de vereffening te beoordelen[13].

---

8. E. De Bie en J. De Leenheer, *o.c.*, p. 183 ; zie ook F. Passelecq, *o.c.* in *Les Novelles, Droit commercial*, p. 635, nr. 4844 ; M. Wuillaume, *Vademecum du liquidateur de sociétés et d'associations*, Brussel, Créadif, 1983, 61 e.v. ; R. Tas, *o.c.*, *T.R.V.*, 1997, 196.
9. E. De Bie en J. De Leenheer, *o.c.*, p. 186.
10. E. De Bie en J. De Leenheer, *o.c.*, p. 186.
11. E. De Bie en J. De Leenheer, *o.c.*, p. 186 ; H. Du Faux, « La liquidation des sociétés commerciales », in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1994, p. 134, nr. 139 en de verwijzingen aldaar.
12. Zie o.m. E. De Bie en (vanaf 1 juli 1996) M. Corynen, *o.c.*, in *Artikelsgewijze commentaar Vennootschappen en Verenigingen*, H. Braeckmans, K. Geens en E. Wymeersch (red.), Art. 194 ; H. Du Faux, *o.c. Rép. not.*, nrs. 132 e.v. ; K. Geens, « La codification du droit des sociétés 1999 : dispositions générales du code des sociétés », in *Le nouveau Code des sociétés*, Centre Jean Renauld (red.), Brussel, Bruylant, 1999, p. 91, nr. 47.
13. Terecht merken De Bie en Corynen op dat de Memorie van Toelichting bij de wet van 7 mei →

Alhoewel de redactie van een afzonderlijk verslag derhalve niet wettelijk vereist is, kan worden aanvaard dat het toegelaten is aan de vereffenaar om een afzonderlijk verslag te redigeren teneinde de aandeelhouders verder te informeren over de vereffening. De regelen inzake de lastgeving kunnen hier zeker als aanknopingspunt dienen : iedere lasthebber is ertoe gehouden rekenschap te geven van de uitvoering van zijn opdracht en aan de lastgever verantwoording te doen van al hetgeen hij krachtens zijn volmacht ontvangen heeft (art. 1993 B.W.)[14].

7. Ook de aanstelling van een commissaris teneinde de stukken te onderzoeken is niet meer vereist. Krachtens het nieuw art. 194 W.Venn. wordt de commissaris van de vennootschap (indien er een is benoemd) zonder tussenkomst van de algemene vergadering belast met de controle van de rekeningen en de stavingstukken[15]. Bij ontstentenis van een commissaris beschikken de aandeelhouders over een individueel onderzoeksrecht, waarbij zij zich kunnen laten bijstaan door een bedrijfsrevisor of een accountant[16].

8. Krachtens art. 194 W.Venn. moet minstens één maand verlopen tussen de neerlegging door de vereffenaar van de rekeningen en stavingstukken en de dag van de algemene vergadering die tot de afsluiting van de vereffening beslist.

Aanvaard mag worden dat het aan de vereffenaar, als terzake bevoegd orgaan, toekomt om de algemene vergadering samen te roepen.

De libellering van art. 194 W.Venn. is alleszins onduidelijk. Nergens wordt bepaald hoe de aandeelhouders op de hoogte moeten worden gebracht van de neerlegging van de rekeningen en stavingstukken[17]. Indien de vereffenaar de

---

→ 1999 (*Parl. St.*, Kamer, 1998-99, nr. 1838/1) terzake niets vermeldt : E. De Bie en (vanaf 1 juli 1996) M. Corynen, *o.c.*, in *Artikelsgewijze commentaar Vennootschappen en Verenigingen*, H. Braeckmans, K. Geens en E. Wymeersch (red.), Art. 194-10 en 194-11.

14. B. Tilleman, « Lastgeving », *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 125, nr. 226 ; H. De Page, *Traité*, V, p. 415, nr. 422 ; *R.P.D.B.*, « Tw. Mandat », p. 764, nr. 501.

15. In het oude artikel 188 Venn.W. konden ook andere personen dan bedrijfsrevisoren de functie van commissaris waarnemen. Zulks is in het nieuw art. 194 W.Venn. niet meer het geval. De commissaris van de vennootschap is steeds een bedrijfsrevisor (zie art. 130 W.Venn.).

16. *Cf.* met art. 166 W.Venn. inzake de individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid van de vennoten in de vennootschappen waar geen commissaris werd benoemd ; zie o.m. Vz. Kh. Ieper, 17 mei 1999, *T.R.V.*, 1999, 534 met noot ; Hof Gent, 18 april 2002, *T.R.V.*, 2002, 255 en de bibliografische noot ; P. Baert, « En hoe staat het met uw wapenproductie ? Bedenkingen bij het vragenrecht van de aandeelhouder, naar aanleiding van de Barco-zaak », *T.R.V.*, 2002, 397-403 ; H. Braeckmans, « Het vraagrecht van de aandeelhouder in de algemene vergadering », in *Liber amicorum L. Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 527-537.

17. In dezelfde zin : E. De Bie en (vanaf 1 juli 1996) M. Corynen, *o.c.*, in *Artikelsgewijze commentaar Vennootschappen en Verenigingen*, H. Braeckmans, K. Geens en E. Wymeersch (red.), Art. 194-11 en art. 194-12.

minimumtermijnen inzake oproeping voor een algemene vergadering inzake N.V. zou in acht nemen, geldt slechts een oproepingstermijn van vijftien dagen voor aandelen op naam (art. 533 lid 2 W.Venn.) en tweemaal met een tussentijd van acht dagen en de tweede maal ten minste acht dagen voor de vergadering, in een nationaal verspreid blad en in een blad uit de streek waar de vennootschap haar zetel heeft (art. 533 lid 1 W.Venn.).

De onduidelijkheid inzake oproeping van art. 194 W.Venn. klemt des te meer ingeval in de vennootschap geen commissaris werd benoemd : de vennoten moeten alsdan hun individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid gedurende een maand kunnen uitoefenen.

9. De *ratio legis* van de termijn van één maand is m.i. dat de commissaris van de vennootschap, of, bij zijn ontstentenis, de vennoten (aandeelhouders) over voldoende tijd moeten kunnen beschikken om de rekeningen en de stavingstukken te controleren. In die optiek kan hierbij aanknoping worden gevonden bij art. 143 W.Venn. inzake de controle door de commissaris, waarbij wordt bepaald dat aan laatstgenoemde één maand op voorhand de nodige stukken van het bestuursorgaan moeten worden voorgelegd.

IV. Mogelijkheid tot afsluiting van de vereffening onmiddellijk na de beslissing tot ontbinding en vereffening

10. Vraag is of tot de sluiting van de vereffening kan worden beslist onmiddellijk na de beslissing tot ontbinding en vereffening.

Deze vraag is vaak aan de orde aangezien het in bepaalde gevallen aangewezen kan zijn om de vereffening zo snel als mogelijk af te sluiten : de vennootschap vermijdt dat een nieuwe jaarrekening moet worden opgemaakt, of bepaalde fiscale of economische redenen liggen ten grondslag aan de wens om de vereffening zo snel als mogelijk af te sluiten.

Uiteraard beroert deze vraag ook de notariële praktijk. Aan de notaris wordt gevraagd om de beslissing tot ontbinding en vereffening in authentieke vorm te verlijden, en daarbij aansluitend, de afsluiting van de vereffening. In die optiek is de notaris alleszins betrokken bij deze vraagstelling, temeer omdat hij de externe wettigheid moet bevestigen van de rechtshandelingen en formaliteiten vóór de beslissing tot ontbinding (art. 181 § 4 W.Venn.).

11. Vooreerst moet zeker worden beklemtoond dat alle door art. 181 § 1 W.Venn. vereiste verslagen moeten aanwezig zijn : het verslag van het bestuursorgaan, de staat van activa en passiva die niet meer dan drie maanden voordien is vastgesteld en het verslag van de commissaris, of, bij zijn ontstentenis, van een bedrijfsrevisor of accountant. Het ontbreken van deze documenten leidt tot nietigheid van de beslissing tot ontbinding (art. 181 § 3 W.Venn.), tot aanspra-

kelijkheid van de notaris die de externe wettigheid van de rechtshandelingen en formaliteiten moet bevestigen (art. 181 § 4 W.Venn.) en tot aansprakelijkheid van de zaakvoerders of bestuurders wegens overtreding van het Wetboek van Vennootschappen en tot toepassing van de strafsanctie opzichtens de bestuurders of zaakvoerders uit hoofde van art. 196 W.Venn.[18].

12. Aanvaard mag worden dat tegen de werkwijze waarbij tot ontbinding en vereffening wordt besloten en onmiddellijk daaropvolgend tot sluiting van de vereffening, in beginsel geen bezwaar bestaat[19].

13. Het is m.i. wel vereist dat hierbij een aantal voorwaarden in acht worden genomen.

A. Het is aangewezen dat er niets meer moet worden vereffend. In dat geval is het immers niet zinvol om de aandeelhouders (en de vennootschap) nog te verplichten om de hele procedure te doorlopen[20]. Indien uit de voorgelegde staat van actief en passief blijkt dat er nog activa moeten worden vereffend en passiva moeten worden aangezuiverd, loopt de vereffenaar een (ernstig) risico, aangezien de vorderingen tegen hem slechts verjaren na verloop van vijf jaar te rekenen vanaf de bekendmaking van de beslissing tot afsluiting van de vereffening.

14. B. Een afsluiting van de vereffening met nog bestaande schulden kan de aansprakelijkheid van de vereffenaar teweeg brengen. Bij de ontbinding en invereffeningstelling en de daaropvolgende onmiddellijke sluiting van de veref-

18. Inzake de verschillende bij de vereffening noodzakelijke documenten (verslagen, controle van de externe wettigheid door de notaris) : zie o.m. H. BRAECKMANS, « Gedwongen overdracht en uittreding – vereffening », in *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1995*, H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH (red.), Antwerpen, Maklu, 1996, 339 e.v. ; G.A. DAL en P. DE WOLF, « La société et sa restructuration », in *Droit des sociétés : les lois des 7 et 13 avril 1995*, Centre Jean Renauld (red.), Brussel, Bruylant, 1995, 300 e.v. ; P. COLLE, « De nieuwe bepalingen inzake ontbinding en vereffening », in *De gewijzigde vennootschapswet 1995*, K. BYTTEBIER, R.R. FELTKAMP en A. FRANCOIS (red.), Antwerpen, Kluwer, 473 e.v. ; B. TILLEMAN, « Ontbinding van vennootschappen », *Reeks Rechtspersonen- en vennootschapsrecht*, Jan Ronse Instituut, Kalmthout, Biblo, 1997, p. 61 e.v., nrs. 77 e.v..

19. E. DE BIE en (vanaf 1 juli 1996) M. CORYNEN, *o.c.*, in *Artikelsgewijze commentaar Vennootschappen en Verenigingen*, H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (red.), Art. 194-8 ; L. WEYTS, « Ontbinding, vereffening en sluiting van de vereffening van een vennootschap in één dag : het kan », *T.R.V.*, 2003, p. 287, nr. 6 e.v. ; D. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, « Kroniek vennootschapsrecht 2002-2003 », *T.R.V.*, 2003, p. 629, nr. 30 ; *cf.* onder het recht voor de inwerkingtreding van het Wetboek van Vennootschappen : Brussel, 29 maart 1999, *Rev. prat. soc.*, 1999, nr. 6793, 326.

20. L. WEYTS, *o.c.*, *T.R.V.*, 2003, p. 287, nr. 6 e.v. ; *cf.* P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1933, p. 612, nr. 1008*bis*.

fening is het om die reden aangewezen om het akkoord van de vereffenaar met de onmiddellijke afsluiting van de vereffening te acteren.

Hierbij kan wel worden aangestipt dat het mogelijk is dat de vereffening kan worden afgesloten, ook al is het passief niet volledig aangezuiverd : met inachtname van de rechtspraak en rechtsleer kan worden aanvaard dat de afsluiting van de vereffening en de daaruit voortvloeiende toebedeling van het vereffeningsaldo aan de aandeelhouders niet noodzakelijk vereist dat alle schulden van de vennootschap voorafgaandelijk werden terugbetaald[21]. Het Hof van Cassatie steunde zich hierbij op de bepaling van art. 194 lid 1, derde streepje Venn.W. (thans art. 198 § 1, derde streepje W.Venn.), krachtens hetwelk door verloop van vijf jaren alle rechtsvorderingen tegen de vereffenaars als zodanig verjaren. De woorden « als zodanig » zijn hierbij essentieel : volgens het Hof van Cassatie kan uit deze wetsformulering worden afgeleid dat de vereffening kan worden afgesloten alvorens alle schulden werden aangezuiverd. Indien men immers de andere zienswijze zou volgen (nl. dat de vereffening pas kan worden afgesloten als alle schulden werden voldaan), heeft art. 194 lid 1 derde streepje Venn.W. (thans art. 198 § 1 derde streepje W.Venn.) geen enkele betekenis omdat in dat geval nooit de vijfjarige verjaring tegen derden (waaronder schuldeisers) kan worden ingeroepen.

15. C. Het is vereist dat alle aandeelhouders (vennoten) aanwezig zijn op de algemene vergadering die tot ontbinding en onmiddellijk daaropvolgende afsluiting van de vereffening beslist en dat zij alleen met eenparigheid hiertoe beslissen[22].

De neerlegging van rekeningen, samen met de stavingstukken, ten minste één maand voor de algemene vergadering die tot afsluiting beslist, is alleszins een wettelijke maatregel ter bescherming van de aandeelhouders (vennoten) : zij krijgen tijd voor reflectie en kunnen aan de hand van de neergelegde documenten de verrichtingen van de vereffenaar controleren[23]. Indien niet alle aandeelhouders (vennoten) aanwezig zijn op de bedoelde algemene vergadering, of indien zij niet met eenparigheid tot de afsluiting

21. Cass., 22 maart 1962, *Pas.*, 1962, I, 806 ; *R.C.J.B.*, 1963, 45, met noot J.G. RENAULD, *Effets de la clôture de la liquidation sur l'existence des sociétés commerciales : « la liquidation peut légalement être acquittée au moyen de l'actif attribué par cette clôture aux actionnaires »* ; Hof Brussel, 29 april 1993, *T.R.V.*, 1993, 419 (« *dat de aanwezigheid van onbetaalde schulden en van nog te verwachten tegoeden niet in de weg staat dat de vereffening afgesloten wordt* ») ; D. D'HOOGHE, *o.c.*, *T.B.H.*, 1989, p. 336 e.v. ; E. DE BIE en (vanaf 1 juli 1996) M. CORYNEN, *o.c.*, in *Artikelsgewijze commentaar Vennootschappen en Verenigingen*, H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (red.), Art. 194-2.
22. In dezelfde zin : L. WEYTS, *o.c.*, *T.R.V.*, 2003, p. 287, nr. 6 ; D. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, *o.c.*, *T.R.V.*, 2003, p. 629, nr. 30 ; zie ook F. PASSELECQ, *o.c.* in *Les Novelles, Droit commercial*, p. 640, nr. 4891.
23. L. WEYTS, *o.c.*, *T.R.V.*, 2003, 288.

van de vereffening beslissen, bestaat de mogelijkheid dat de afwezige of tegenstemmende aandeelhouder de nietigverklaring zou eisen van de beslissing tot afsluiting van de vereffening (art. 64 W.Venn. ; art. 178 W.Venn. en art. 179 W.Venn.). De afstand door alle aandeelhouders van de hen beschermende wettelijke bepaling aangaande de termijn van één maand is volkomen aanvaardbaar. De maatregel beschermt louter hun belangen, zodat hiervan vrijwillig afstand kan worden gedaan[24].

16. D. In de vennootschappen waar een commissaris[25] werd benoemd, is krachtens artikel 194 W.Venn. vereist dat de commissaris de neergelegde rekeningen, samen met de stavingstukken, controleert (art. 194 lid 1, tweede zin W.Venn.) en terzake in voorkomend geval een verslag redigeert (art. 194 lid 2 W.Venn.)[26].

Gelet op het voorgaande is het aangewezen dat de commissaris wordt opgeroepen om aanwezig te zijn op de kwestieuze algemene vergadering[27]. Tevens is het aangewezen dat de commissaris – onder voorbehoud van de beslissing tot ontbinding en vereffening – reeds een overzicht ontvangt van de rekeningen en stavingstukken[28], zodat hij de controle kan verrichten en in voorkomend geval een verslag kan redigeren. In elk geval moet in de notulen van de kwestieuze algemene vergadering worden opgenomen dat de commissaris afstand doet van de formaliteiten van oproeping. Indien hij niet kan aanwezig zijn, moet minstens genotuleerd worden dat hij de rekeningen en stavingstukken heeft gecontroleerd en moet van zijn verslag in voorkomend geval melding worden gemaakt in de notulen van de algemene vergadering.

---

24. *Cf.* L. WEYTS, *o.c.*, *T.R.V.*, 2003, 288, die verwijst naar andere vormen van afstand zoals deze met betrekking tot de 15-dagen termijn bij aanbieding van het voorkeurrecht bij kapitaalverhoging door inbreng in geld, of de afstand van de termijn van oproeping voor de fusie- of splitsingsvergadering, met verwijzing naar T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Antwerpen, Kluwer, 1993, p. 210, nr. 287.
25. Bedoeld wordt een bedrijfsrevisor, lid van het Instituut der Bedrijfsrevisoren : art. 130 W.Venn..
26. De commissaris die deze bepaling negeert, kan aansprakelijk zijn. De vraag hierbij is of deze aansprakelijkheid rust op het gemeen recht of op art. 140 W.Venn.. Men kan hierbij aanvaarden dat art. 140 W.Venn. niet van toepassing is, nu deze bepaling ressorteert onder titel 7 van boek 4, nl. de controle van de jaarrekening. *In casu* kan worden gesteld dat de controle van de commissaris van de rekeningen bij de vereffening een eigen, specifieke taak is, losstaand van de taak en de daaraan verbonden aansprakelijkheid inzake controle van de jaarrekening : *cf.* N. THIRION en C. BALESTRA, « De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris », in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor*, Instituut Der Bedrijfsrevisoren (red.), Studies IBR, Recht 2003, Brugge, Die Keure, 2003, p. 25, nr. 43.
27. Zie inzake de oproeping van de commissaris voor een algemene vergadering uit hoofde van de nieuwe bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen : H. BRAECKMANS, « De commissaris : gewijzigde taak en aansprakelijkheid in het Wetboek van Vennootschappen », in *Liber amicorum Y. Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, p. 375, nr. 7.
28. Het is aangewezen dat deze rekeningen en stavingstukken worden geredigeerd door het bestuursorgaan, in afwachting van de benoeming van de vereffenaar.

V. Slotbeschouwing

Uit deze beschouwingen blijkt dat een zo belangrijk leerstuk als de afsluiting van de vereffening niet op voldoende adequate wijze werd geregeld in het Wetboek van Vennootschappen De wijzigingen uit hoofde van het Wetboek van Vennootschappen dragen bij tot een vereenvoudiging van de procedure. Op goede gronden en mits voldaan wordt aan een aantal voorwaarden, bestaat de mogelijkheid tot afsluiting van de vereffening, onmiddellijk na de beslissing tot ontbinding en vereffening.

Ordre public sociétaire et arbitrage

Olivier CAPRASSE
Chargé de cours à la Faculté de droit de Liège,
Avocat au Barreau de Bruxelles

1. Les écrits du Professeur Coipel et particulièrement ceux consacrés au droit des sociétés et des associations sont à juste titre reconnus de tous. Académiques et acteurs du monde de l'entreprise y trouvent chaque jour de précieux enseignements.

La maîtrise de ces matières a plus d'une fois amené M. Coipel à siéger comme arbitre.

Une sentence publiée à la rédaction de laquelle il a participé avec X. Dieux et J.P. Fierens en témoigne.

Partant de celle-ci, nous voudrions, en hommage à notre éminent collègue, consacrer quelques lignes à la relation entre l'ordre public sociétaire et l'arbitrage.

2. Nous évoquons tout d'abord le contenu de cette sentence (I), ce qui nous permet de poser la problématique (II) et d'avancer la solution à laquelle nous adhérons (III).

I. La sentence arbitrale du 24 février 1992

3. En vertu de l'article 32 du Code des sociétés – anciennement article 1855 du Code civil – « 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 associés ».

Dans le prolongement de la limitation des causes de nullité des sociétés les plus courantes, le Code prévoit en outre, pour les SPRL[1], les coopératives à responsabilité limitée[2], les SA[3], et les commandites par actions[4], que « si les clauses de l'acte constitutif déterminant la répartition des bénéfices ou des pertes sont contraires à l'article 32, ces clauses sont réputées non écrites ».

1. Article 228.
2. Article 404.
3. Article 455.
4. Article 657.

4. Le contenu de l'article 32 est considéré comme d'ordre public[5]. ou au moins comme impératif[6].

Par une sentence du 24 février 1992, un tribunal arbitral composé de X. Dieux, M. Coipel et J.P. Fierens a annulé une convention pour contrariété à l'article 1855 du Code civil (aujourd'hui article 32 du Code des sociétés).

Ce qui nous intéresse ici dans cette sentence, c'est que les arbitres l'ont rendue « zonder enig mentaal voorbehoud omtrent het openbare orde karakter van de materie »[7]. Les arbitres ont tout d'abord rappelé que la disposition est habituellement considérée comme d'ordre public. Ils ont tout de même accepté de connaître du litige qui l'impliquait, en allant jusqu'à sanctionner la violation de cette disposition.

5. Cette approche doit selon nous être approuvée. Elle n'était cependant pas évidente au regard du critère belge de l'arbitrabilité des litiges.

II. La problématique

6. En vertu de l'article 1676 du Code judiciaire, « tout différend déjà né ou qui pourrait naître d'un rapport de droit déterminé et sur lequel il est permis de transiger, peut faire l'objet d'une convention d'arbitrage ».

Le pouvoir de recourir à la justice privée qu'est l'arbitrage dépend donc de la possibilité de transiger sur le litige en cause.

7. Le critère de la transaction requiert que les parties aient « la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ». Or, « les conditions de validité des transactions sont appréciées par rapport aux règles de fond qui gouvernent les renonciations »[8]. Comme l'exprimait M. De Gavre en 1967 déjà, « la capacité de disposer présuppose la disponibilité de l'objet. De là il résulte que la transaction n'est valable que si les 'choses' qui en constituent la matière sont dans le commerce juridique et ne sont pas telles que des dispositions impératives interdisent d'y renoncer » et, en outre, « la transaction ne sera valable que dans la mesure où son objet est licite et non contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs »[9].

---

5. Voy. à cet égard, V. Simonart, « L'ordre public et le droit des sociétés », *R.D.C.*, 1994, pp. 96 et s., spéc. p. 129.
6. M. Coipel, « Réflexions sur le portage d'actions au regard de l'article 1855 du Code civil », note sous Bruxelles, 3 déc. 1986, *R.C.J.B.*, 1989, pp. 542 et s., spéc. p. 568 et pp. 581-582.
7. K. Geens, « De arbitrage over vennootschapsinterne conflicten », *in L'arbitrage dans la vie des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 147.
8. B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 113.
9. J. De Gavre, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 270.

8. L'ordre public est une notion fondamentale de notre droit. L'article 6 du Code civil en témoigne : il est interdit de « déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Il est, d'ailleurs, très présent dans la réglementation de l'arbitrage[10].

Il n'en reste pas moins une notion « particulièrement fuyante »[11] qui « emprunte sans doute une partie de sa majesté au mystère qui l'entoure »[12] et qui « se sent beaucoup plus qu'elle ne se définit »... Son caractère variable dans le temps et l'espace complique son appréhension[13].

Il est, en outre, devenu multiple dans sa nature[14]. L'ordre public politique et moral, tout d'abord, « a pour objectif de protéger l'État, la famille, l'individu et les bonnes mœurs...(il) préserve les valeurs fondamentales de la société »[15]. À côté de celui-ci, dit ordre public classique, s'est développé un ordre public économique et social. On le subdivise traditionnellement entre l'ordre public

10. Ainsi, en Belgique, si le premier point d'attache de l'ordre public dans l'arbitrage est celui de l'arbitrabilité, il conditionne symétriquement la validité de la sentence ; sans parler ici des conventions internationales, le Code judiciaire belge contient plusieurs mesures destinées à assurer l'efficacité du contrôle de cet ordre public ; l'article 1703 ne reconnaît ainsi l'autorité de la chose jugée à la sentence que pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public et que le litige soit susceptible d'être réglé par la voie de l'arbitrage ; les articles 1710 et 1723 portent, par ailleurs, le rejet de l'*exequatur* d'une sentence qui serait, ou dont l'exécution serait, contraire à l'ordre public, ou bien encore qui aurait été rendue sur un litige qui n'était pas arbitrable ; enfin, la sentence arbitrale peut être annulée si elle est contraire à l'ordre public ou si le litige n'était pas arbitrable (art. 1704) ; sur ce dernier point, il n'est pas inintéressant de noter qu'il s'agit de deux hypothèses de nullité renforcée ; en effet, alors que la demande d'annulation fondée sur d'autres causes doit, en général, être intentée, à peine de forclusion, dans un délai de trois mois à partir du jour où la sentence a été notifiée aux parties (art. 1707. 1°), le délai est illimité dans les deux cas qui nous occupent ; voy. seulement les conditions de délai qui peuvent intervenir dans les hypothèses visées aux articles 1711 et 1712 ; ces deux causes de nullité ne relèvent pas, en outre, de celles qui ne sont pas retenues lorsque la partie qui s'en prévaut en a eu connaissance au cours de la procédure arbitrale mais ne les a pas invoquées à ce moment (art. 1707. 4°).
11. J. Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », *in Les notions à contenu variable*, Etudes publiées par Ch. Perelman et R. Van Der Elst, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 77 et s., spéc. p. 78.
12. D. Cohen, *Arbitrage et société*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 98.
13. En définitive, comme l'a très bien écrit J.-B. Racine (*L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, L.G.D.J, 1999, p. 7), « le flou de la notion est consubstantiel au rôle que l'ordre public joue dans le système juridique ».
14. Sur les différentes catégories de l'ordre public, voy. J.-B. Racine (*L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 9 et s.) et les références citées par cet auteur, plus spécialement : G. Farjat, *Droit privé de l'économie, Théorie des obligations*, PUF, Thémis, 1975, pp. 298 et s. ; G. Farjat, *L'ordre public économique*, L.G.D.J., 1963 ; Ph. Malaurie, *L'ordre public et le contrat (Etude de droit comparé : France, Angleterre, URSS)*, Paris, 1953 ; Ph. Malaurie « Rapport français », *in La notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé*, Trav. Ass. H. Capitant, 1956, T.VII, pp. 748 et s. ; J. Mestre, « L'ordre public dans les relations économiques » *in L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, pp. 33 et s. ; R. Savatier, « L'ordre public économique », *D.*, 1965, chron.37.
15. J.-B. Racine, *L'arbitrage international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 9.

de direction et l'ordre public de protection[16]. Le premier vise à assurer la défense d'intérêts économiques supérieurs, il se rapporte aux règles de concurrence, de réglementation des prix...Le second a une fonction de protection des parties jugées en état de faiblesse. Que l'on se trouve dans le cadre de l'ordre public économique de direction ou dans le cadre de l'ordre public économique de protection, la logique qui anime les règles peut être de deux types : « néolibérale » ou « dirigiste »[17]. Lorsqu'elle est « dirigiste », une norme crée directement un droit. Il y a là intervention directe sur le contenu du contrat. Lorsqu'elle est « néolibérale », une norme laisse aux parties le soin de contracter, tout en fixant des limites à cette liberté.

La jurisprudence belge, à la suite de la doctrine, peut se targuer d'avoir mené de longue date un effort de conceptualisation et de classification de ces notions. Ainsi, la Cour de cassation retient-elle que « n'est d'ordre public que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe dans le droit privé, les bases juridiques fondamentales sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société »[18].

De même une distinction a été rapidement faite entre les normes dites impératives et les normes d'ordre public. L'on enseigne, en effet, que les protections portées par les normes impératives sont celles auxquelles on ne pourra renoncer « que lorsque l'événement en vue duquel la protection a été instituée se sera produit ou que le déséquilibre qu'elle compensait aura cessé »[19]. Les droits qui résultent des normes d'ordre public, quant à eux, ne peuvent en aucune circonstance faire l'objet d'une renonciation. Au regard de l'arbitrabilité des litiges, les normes impératives posent donc le même type de problème, mais pendant un temps limité. En effet, le droit né d'une norme impérative ne peut faire l'objet d'une renonciation tant que joue cette impérativité. En d'autres termes, comme l'écrivent les auteurs Matray et Martens, « la différence essentielle entre les lois impératives et les lois d'ordre public porte sur la durée de la protection légale mais non sur la nature de celle-ci »[20].

9. S'interroger sur l'arbitrabilité des litiges revient donc à déterminer l'incidence de la présence de normes d'ordre public ou impératives.

Or, on le sait, le droit des sociétés contient de très nombreuses dispositions de ce type. La sentence citée ci-dessus a eu ainsi à rencontrer la force de l'article 32.

Est ainsi en jeu la place même de l'arbitrage dans ce secteur, par rapport

16. Sur ces catégories et leurs conséquences, voy. G. FARJAT, *Droit privé de l'économie, 2. - Théorie des obligations*, P.U.F., 1975, pp. 298 et s.
17. J.-B. RACINE, *L'arbitrage international et l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 9 et s.
18. Cass. 15 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 884 ; comme on le sait, cette formule a été empruntée à H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. I, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1948, p. 102.
19. J. VAN GELDER et J. LINSMEAU, « Le respect de la règle de droit par l'arbitre et par l'amiable compositeur », note sous Cass. 2 févr. 1973, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 394 et s., spéc. p. 408.
20. « Arbitrage et ordre public interne », *Rev. arb.*, 1978, pp. 95 et s., spéc. p. 103.

auquel on s'accorde à souligner les avantages que ce mode de solution des conflits peut présenter.

III. La solution préconisée

10. Nous avons eu l'occasion d'y consacrer de longs développements par ailleurs[21], l'appréhension du critère de l'arbitrabilité a connu ces dernières années une mutation importante (A). A nos yeux, celle-ci est rationnelle (B). Elle touche aussi la matière particulière du droit des sociétés (C).

A. La mutation intervenue dans l'appréhension du critère de l'arbitrabilité

11. Dans une application stricte, voire rigide, le critère de la transaction conduit au rejet de l'arbitrage en présence de normes d'ordre public et à l'invalidité des clauses compromissoires en présence de normes impératives[22].

Jurisprudence et doctrine ont cependant remis en cause de telles solutions radicales depuis longtemps.

12. Ainsi, pour ne prendre que quelques illustrations, la Cour de cassation a consacré la validité des clauses compromissoires insérées dans les contrats de concession exclusive de vente même pour couvrir les litiges nés des droits impératifs portés par la loi du 27 juillet 1961 sur la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée lorsque le droit belge est choisi par les parties[23-24].

---

21. Voy. *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002.
22. La clause compromissoire est la convention d'arbitrage par laquelle les parties décident à l'avance de soumettre à l'arbitrage les litiges futurs éventuels qui naîtraient de leurs rapports contractuels ; lorsque la convention d'arbitrage est conclue après la naissance du différend, on parle de compromis arbitral.
23. Voy. Cass., 28 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, pp. 1276 et s., spéc. p. 1280 et rapport de M. KRINGS (alors avocat général), pp. 1260 et s. ; *R.C.J.B.*, 1981, p. 332, et note critique de R. VANDER ELST : « Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé » ; *J.T.*, 1979, pp. 625 ; voy. aussi Cass., 22 décembre 1988, *Droit de la distribution 1987-1992*, Kluwer, 1994, p. 145 ; Comm. Bruxelles, 6 mai 1993, *R.W.*, 1993, pp. 474 et s. ; Comm. Hasselt, 24 décembre 1996, *R.D.C.*, 1998, p. 255.
24. Sur la question, voy. aussi N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 249 ; B. DEMEULENAERE, « Arbitrabiliteit in het Belgisch arbitragerecht », *T.P.R.*, 1998, spéc. pp. 653 et s. ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 371 ; B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* », *J.D.I.*, 1994, pp. 919 et s., et pp. 952 et s. ; B. HANOTIAU, « L'arbitrage international en Belgique », *in L'arbitrage-Travaux offerts au professeur Fettweis*, Ed. Story-Scientia, 1989, n°115, p. 150 ; B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité des litiges relatifs à la résiliation d'une concession exclusive de vente à durée indéterminée », note sous sentence Arbitrale CCI, n° 6379 de 1990, *R.D.C.*, 1993, p. 1146 ; B. HANOTIAU, « La loi applicable à l'arbitrabilité du litige », *Rev. dr. aff. int.*, 1998, pp. 755 et s. ; P. HOLLANDER, →

De même, plus personne ne conteste aujourd'hui qu'un litige relatif à l'exécution d'un contrat est arbitrable même si une des parties soulève la nullité de l'opération au regard de normes d'ordre public telles que le droit de la concurrence européen, ou la réglementation des prix[25-26]. L'arbitre devra juger du bien fondé de ce moyen de défense.

→ « L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de concession de vente exclusive et d'agence commerciale en droit belge », *Rev. dr. aff. int.*, 1998, pp. 86 et s. ; P. HOLLANDER et P. KILESTE, « Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1987 à 1992) », *R.D.C.*, 1993, pp. 32 et s., spéc. n^os^ 100-102 ; P. HOLLANDER et P. KILESTE, « Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1992 à 1997) », *R.D.C.*, 1998, pp. 3 et s., spéc. n^os^ 118-126 ; M. NEUT, « De beoordeling door de Belgische rechter, ten tijde van het opwerpen van de exceptie van onbevoegdheid, van de arbitreerbaarheid van een geschil inzake de eenzijdige beëindiging van een alleenverkoopconcessie », note sous Comm. Louvain, 14 sept. 1999, *R.W.*, 2000, pp. 1302 et s. ; A. NUYTS, « La loi belge du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée et les conventions d'arbitrage », *J.T.*, 1993, p. 349 ; « Le contrôle de l'arbitrabilité selon la loi du for dans les Conventions de New York et de Genève et les concessions de vente exclusive à durée indéterminée en Belgique », note sous Comm. Bruxelles, 29 oct. 1991, *R.D.C.*, 1993, p. 1122 ; *La concession de vente exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1996 ; P. E. PARTSCH, « L'arbitrabilité des litiges dans la Convention de New York », *Act. dr.*, 1992, pp. 1259 et s. ; P. F. SCHLOSSER, « Arbitration and the European public policy », *in L'arbitrage et le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 95 ; H. VAN HOUTTE, « L'arbitrabilité de la résiliation des concessions de vente exclusive », *in Mélanges Vander Elst*, T. II, Nemesis, 1986, p. 821 ; en jurisprudence, voy. Bruxelles, 19 déc. 1986, *Droit de la distribution 1987-1992*, Kluwer, 1994, p. 141, arrêt cassé par Cass., 22 déc. 1988, *Droit de la distribution 1987-1992*, Kluwer, 1994, p. 145 ; Comm. Bruxelles, 29 oct. 1991, *R.D.C.*, 1993, p. 1118 ; Comm. Louvain, 24 mars 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 1131 ; Comm. Bruxelles, 5 oct. 1994, *J.T.*, 1995, p. 344 et note B. HANOTIAU, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1568 ; Bruxelles, 4 oct. 1985, *J.T.*, 1986, p. 93 et note A. KOHL ; Comm. Hasselt, 24 déc. 1996, *R.D.C.*, 1998, p. 255 ; Comm. Bruxelles, 27 févr. 1997, inédit, R.G. 9689/95, cité par P. HOLLANDER (*Rev. dr. aff. int.*, 1998, p. 95) ; Anvers, 15 sept. 1997, cité *in R.D.C.*, 1998, p. 132.

25. Ph. de BOURNONVILLE, « L'arbitrage », *Rép. not.*, T. XIII, liv. 6, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 126 ; L. IDOT, « Rapport introductif », *in Competition and arbitration law*, Dossier CCI, 1993, pp. 11 et s., spéc. p. 24 ; L. IDOT, (« Arbitrage et droit communautaire », *Rev. dr. aff. int.*, 1996, p. 564) relève que dans la jurisprudence étatique française actuelle, la question de l'arbitrabilité du litige n'est même plus soulevée ; voy. J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, pp. 104 et s. et les références citées note 403 ; G. VAN HECKE, « Arbitrage et restriction de la concurrence », *Rev. arb.*, 1973, pp. 3 et s. ; G. VAN HECKE, « Arbitrage et règles de concurrence », *Rev. arb.*, 1978, pp. 190 et s. ; H. VAN HOUTTE, « L'arbitrage : son territoire et ses frontières », *op. cit.*, p. 144 ; notons toutefois la position isolée de J. B. BLAISE (note sous Cass., 21 octobre 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 264, spéc. p. 281) qui estime que, par nature, le droit de la concurrence échapperait à l'arbitrage dans la mesure où il donnerait lieu à un contentieux spécifique nécessitant une approche économique d'ensemble ; la jurisprudence française qui a eu l'occasion de se prononcer plus d'une fois en la matière admet très clairement aujourd'hui l'arbitrabilité des litiges dans le cadre desquels la validité d'un contrat au regard du droit de la concurrence est mise en cause ; la première affaire intervenue en la matière a abouti à l'annulation de la convention d'arbitrage (Paris, 22 mai 1980, et Cass., 21 oct. 1981, *Rev. arb.*, 1982, →

De même encore, on considérait par le passé qu'un compromis serait nul lorsque l'ordre public a été violé par le contrat en cause. Si cette conception trouve encore des adeptes en doctrine[27], ceux-ci sont de plus en plus isolés. La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs renforcé cet isolement dans la mesure où elle a expressément reconnu à l'arbitre, dans le cadre de l'arbitrage international, le pouvoir de sanctionner la violation de l'ordre public[28].

Une fois admise l'arbitrabilité des litiges qui mettent en cause des normes d'ordre public, l'on ne peut, à notre estime, qu'admettre la possibilité de sanction de ces normes par les juges privés[29]. Ce qui est susceptible de faire difficulté, c'est de donner à l'arbitre la possibilité d'apprécier la légalité d'une situation au regard de l'ordre public. Qu'il arrive à un constat de légalité ou d'illégalité est indifférent[30]. Le « danger » potentiel de l'arbitrage, c'est le

---

→ p. 264, et note J.B. BLAISE) mais il s'agissait d'un cas de violation de l'ordre public par la convention d'arbitrage elle-même ; pour la jurisprudence favorable à l'arbitrage, voy. Paris, 20 janv. 1989, *Rev. arb.*, 1989, p. 280, et note L. IDOT ; Paris, 19 mai 1993, (*Labinal*) *RTD com.*, 1993, p. 492, et obs. J. C. DUBARRY et E. LOQUIN ; *Rev. arb.*, 1993, p. 645, et note Ch. JARROSSON ; *J.D.I.*, 1993, p. 957, et note L. IDOT ; Paris, 14 octobre 1993, *Rev. arb.*, 1994, p. 164, et note Ch. JARROSSON ; Paris, 30 mars 1995, *Rev. arb.*, 1996, p. 131, et obs. J. PELLERIN ; Paris, 6 juillet 1995, compte rendu dans *Rev. arb.*, 1997, p. 85 ; comp. en Belgique I. VEROUGSTRAETE, « Conclusions », *in L'arbitrage dans la vie des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 238.

26. Notons que le mouvement a été lancé, à cet égard, aux États-Unis par le célèbre arrêt *Mitsubishi* où la Cour suprême a admis l'arbitrabilité des litiges internationaux mettant en cause le droit anti-trust américain ; voy. J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial internationl et l'ordre public, op. cit.*, pp. 100 et s.

27. M. STORME et B. DEMEULENAERE, *International commercial arbitration in Belgium, op. cit.*, p. 17 ; B. DEMEULENAERE, « Arbitrabiliteit in het belgisch arbitragerecht anno 1998 », *op. cit.*, pp. 660 et s. ; B. DEMEULENAERE, « Arbitrage en overdracht van aandelen », *in L'arbitrage dans la vie des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 97 et s., spéc. pp. 104 et s. ; P. ANCEL, (« Convention d'arbitrage, Condition de fond, Litiges arbitrables », *op. cit.*, n^{os} 105 et s., spéc. n° 114), s'exprime avec nuances sur cette question mais n'en conclut pas moins que « le refus de voir l'arbitre prononcer la nullité d'un contrat, sanctionner la violation de l'ordre public, apparaît ainsi comme un réduit symbolique. Mais s'il est techniquement difficile à justifier et pratiquement assez inopportun, il manifeste avec éclat la différence irréductible qui existe entre l'arbitre et le juge étatique ».

28. Voy. la jurisprudence *Ganz* et *Labinal* : Paris, 29 mars 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 478, note L. IDOT ; Paris, 19 mai 1993, *Rev. arb.*, 1994, p. 685.

29. En ce sens : Ph. de BOURNONVILLE, « L'arbitrage », *op. cit.*, p. 209 ; M. HUYS et G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 351(« les arbitres doivent appliquer toutes les règles d'ordre public et éventuellement prononcer les nullités qui s'y attachent ») ; G. HORSMANS, « L'arbitrage et l'ordre public interne belge », *op. cit.*, p. 86 ; J. LINSMEAU, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 56.

30. Ce qui fait problème, ce n'est pas que le contrat soit effectivement nul, c'est d'être sûr que l'arbitre apprécie correctement la validité de celui-ci ; L. DE GRYSE, (« Quelques propos sur l'arbitrage en matière de brevets d'invention », *in Jura Vigilantibus Antoine Braun*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 100) écrit en ce sens : « le brevet ou plutôt l'invention couverte par le brevet →

principe même de la soumission d'une question de ce type à un juge privé. En outre, « l'appréciation de la violation de l'ordre public suppose...une analyse de fait et de droit qui peut être délicate. Il n'est donc pas très heureux de faire dépendre ce critère de répartition des compétences qu'est l'arbitrabilité du litige d'analyses qui touchent au fond du droit litigieux. Pour être efficace, le critère de non-arbitrabilité doit être simple et pouvoir faire l'objet d'une appréciation *prima facie* »[31].

B. La rationalité de la mutation

13. L'appréhension stricte du critère de la transaction, qui a eu cours un temps en France et en Belgique, revient en définitive à assimiler le recours à l'arbitrage à une renonciation aux droits en cause.

Or, les jeux ne sont pas faits dès le moment du recours à l'arbitre. Il est ainsi intéressant de rappeler un des éléments de la distinction opérée par De Gavre entre la transaction et le compromis : « la transaction a pour but de *mettre fin* à un litige, tandis qu'au contraire le compromis laisse intact le conflit existant entre les parties, et tend seulement à en attribuer la connaissance et la solution à des arbitres convenus, plutôt qu'aux juges naturels du litige »[32]. Comme l'écrit P. Level, « la convention d'arbitrage ne déroge pas par elle-même à une règle d'ordre public, comme pourrait le faire, le cas échéant, une transaction qui met fin au litige »[33].

Après la clause compromissoire ou le compromis vient l'arbitre. Celui-ci devra appliquer les normes contraignantes sous peine de voir sa sentence dépourvue d'autorité de chose jugée.

14. Le critère de la transaction est donc appréhendé aujourd'hui en tenant compte du cadre dynamique dans lequel il s'insère. M. de Boisséson écrit en ce sens, à propos du critère d'arbitrabilité français similaire au belge en ce qu'il fait référence à la notion de libre disponibilité des droits, que « la référence,

---

→ étant...contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, il serait...inadmissible que des tribunaux arbitraux en reconnaissent néanmoins la validité. On peut toutefois se demander s'il s'agit dans ce cas d'une question de « non-arbitrabilité » ou d'incompétence du tribunal arbitral ou simplement d'un cas de sentence arbitrale susceptible d'être annulée pour contrariété à l'ordre public (art. 1704-2°,a). Cette dernière solution paraît plus exacte ».

31. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 348.
32. J. DE GAVRE, *op. cit.*, p. 96.
33. P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1992, p. 236 ; pour Ph. de BOURNONVILLE, (« L'arbitrage », *op. cit.*, p. 67), « la transaction se présente davantage comme le résultat d'une intervention non contraignante d'un tiers, ou d'une conciliation, que comme un mode autonome de règlement des litiges ».

directe ou indirecte, à la transaction pour la détermination du régime de l'arbitrabilité, est l'héritage d'une conception contractuelle et sans doute dépassée de l'arbitrage. Pour notre part, nous pensons que cette assimilation est insuffisante, dans la mesure où elle ignore le dynamisme foncier de l'arbitrage, centré sur la mission juridictionnelle de l'arbitre, dans le cadre d'une instance où l'objet du litige, confié par les parties, peut éventuellement être modifié à la suite d'une application d'office par l'arbitre de règles d'ordre public, à condition que le principe du contradictoire ait été respecté. La notion de « libre disposition » de l'article 2059 doit ainsi être tenue pour créatrice d'une qualification autonome et propre à l'arbitrage »[34].

15. L'on s'est progressivement orienté vers l'idée d'une prise en compte spécifique de l'ordre public par rapport à la matière de l'arbitrage. Comme l'a remarquablement écrit M. Ancel, « il faut tenir compte d'une difficulté spécifique à l'arbitrage, qui tient à la nature mixte, ambiguë de cette institution, à la fois contractuelle et juridictionnelle. La convention d'arbitrage est un contrat qui a pour objet le règlement juridictionnel d'un litige. Et cette ambiguïté se retrouve à propos de l'application de l'ordre public »[35].

On en arrive, de la sorte, à dégager une appréhension de l'ordre public propre à l'arbitrage. « Ce qui est conforme ou contraire à l'ordre public dans la convention d'arbitrage, c'est le fait qu'un arbitre juge privé, soit désigné pour connaître de telle ou telle catégorie de litiges »[36]. « L'ordre public qui limite la liberté de passer une convention d'arbitrage est un *ordre public juridictionnel*[37] qui ne coïncide pas nécessairement avec l'ordre public de fond, applicable aux litiges soumis aux arbitres »[38]. En d'autres termes, confronté à un litige qui nécessite l'application de normes contraignantes, il faut déterminer si cet ordre public est d'une intensité telle qu'il s'oppose à ce qu'un juge privé en connaisse. La question est alors de « savoir si les exigences de l'intérêt social s'opposent, dans une conjecture donnée, à faire trancher le problème par des arbitres, parce que ledit problème requiert l'intervention de la puissance publique et que la décision par voie d'arbitrage porte atteinte à l'organisation de la société »[39].

34. M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, G.L.N.-Joly, 1990, p. 504.
35. P. Ancel, « Convention d'arbitrage, Condition de fond, Litiges arbitrables », *Jurisclasseur* Procédure civile, Fasc. 1024, Commercial, Fasc. 212, 1986, n°5.
36. *Ibidem*.
37. C'est nous qui soulignons.
38. P. Ancel, « Convention d'arbitrage, Condition de fond, Litiges arbitrables », *op. cit.*, n°5.
39. H. Motulsky, « Les limites du domaine de l'arbitrage », in *Ecrits - Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 64 et 65 ; dans le même sens, J. Robert (note sous Cass. fr., 29 nov. 1950, *S.*, 1951, pp. 120 et s., spéc. p. 121) écrit que « si l'ordre public apparaît ainsi s'alimenter à des sources aussi diverses, il s'ensuit que, ne frappant que pour ces fins déterminées les matières auxquelles il s'attache, la barrière qu'il institue aux conventions privées ne sera dressée que dans la mesure où, dans ces matières, la convention pourrait contrevenir à ces fins ».

16. Si l'on peut ainsi rationnellement ouvrir beaucoup plus largement le domaine de l'arbitrage, c'est parce que le travail de l'arbitre pourra, au regard de ces normes, faire l'objet d'un contrôle relativement approfondi de la part du juge étatique dans le cadre des procédures en exequatur ou en annulation de la sentence.

S'agissant de la procédure en annulation par exemple, on sait que celle-ci ne peut consister en une révision au fond de la décision arbitrale. La sentence ne peut être annulée que dans les cas limitativement énumérés à l'article 1704 du Code judiciaire.

Parmi ceux-ci, l'ordre public figure en bonne place[40]. Il doit en outre appréhendé de manière concrète.

Avec Fouchard, Gaillard et Goldman, il nous semble en effet que « la nature du contrôle exercé commande de conclure à la totale liberté d'appréciation des circonstances de la cause tant en fait qu'en droit, des juridictions chargées de l'exercer. Ce contrôle est en effet la contrepartie nécessaire de l'attitude libérale manifestée par les tribunaux sur l'arbitrabilité des litiges et l'on comprendrait mal que la confiance de principe accordée aux arbitres qui constitue le fondement de cette attitude libérale ne s'accompagne pas d'un contrôle ultérieur de la sentence ne permettant pas aux arbitres d'échapper à toute censure en motivant habilement leur décision de fait »[41].

On ne peut suivre une voie minimaliste dans la mesure où celle-ci revient, en définitive, à ne contrôler que « l'apparence de conformité de la sentence avec l'ordre public »[42].

Le juge ne peut se contenter de contrôler l'applicabilité de la loi d'ordre public sans contrôler la manière dont l'arbitre a appliqué cette loi[43].

Mais, afin de préserver un équilibre, ce « contrôle élargi ne doit pas conduire à une sanction systématique de l'arbitre qui a commis une erreur. Il doit être effectué dans un but précis : vérifier l'adéquation de la situation créée par la sentence aux objectifs poursuivis par la loi de police ».

On ne saurait mieux dire que Seraglini dont les propos méritent d'être intégralement reproduits : « lorsque le juge estime que l'arbitre s'est trompé, il doit examiner le résultat consacré et la situation créée par la sentence, et les comparer à ceux qu'aurait, à son avis, consacré l'application correcte de la loi de police écartée ou mal appliquée par l'arbitre. Lorsqu'une distorsion apparaît entre les deux situations, le juge doit voir si elle est significative au regard des

40. Il est le premier des motifs d'annulation.
41. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 939 ; voy. aussi à propos de la jurisprudence américaine W. Park, (W. PARK, « National Law and Commercial Justice ; Safegarding Procedural Integrity in International Arbitration », *Tul. L. Rev.*, 1989, p. 669) : « judicial review of the content of awards, at least for their conformity with public policy, is the cost for letting the dispute go to arbitration ».
42. E. LOQUIN, note sous Cass. fr., 3 juin 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 76.
43. P. MAYER, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.*, 1994, p. 631.

objectifs poursuivis par la disposition impérative. Seule une atteinte concrète et sérieuse, non seulement à la loi de police mais surtout aux objectifs qu'elle poursuit, doit être sanctionnée. Peu importe que le raisonnement, l'interprétation, la motivation de la sentence, ne soient pas totalement convaincants aux yeux du juge »[44].

17. La jurisprudence belge semble s'inscrire dans cette voie, même si c'est parfois avec quelques réserves.

Ainsi, le tribunal civil de Liège a-t-il décidé que si le contrôle de la motivation par le juge de l'annulation est étranger au contrôle de la légalité de la sentence, c'est « sous réserve des exigences de l'ordre public »[45].

D'autre part, dans une affaire mettant en cause la validité d'une convention d'actionnaires, le tribunal de Nivelles a estimé qu'il lui appartenait de vérifier l'exactitude du raisonnement juridique du tribunal arbitral au regard des principes d'ordre public dégagés par la Cour de cassation en matière de validité de telles conventions, mais il refusa, en revanche, de vérifier si les arbitres avaient pu, en fait, considérer que la convention en cause liait ou non la société, ce qui était pourtant de nature à influencer la validité de cette convention[46].

Par ailleurs, dans une affaire soumise au tribunal de première instance de Bruxelles, cette juridiction a vérifié le bien fondé du raisonnement des arbitres s'agissant de l'appréciation de la validité d'une clause d'inaliénabilité au regard du principe d'ordre public de libre cessibilité des titres dans une S.A., ou de la compatibilité d'une disposition contractuelle par rapport aux principes régissant les clauses pénales[47].

Et dans le cadre d'un recours mettant en cause le secret professionnel des avocats, le tribunal civil de Charleroi a concrètement vérifié si, en l'espèce, les arbitres avaient pu légalement déduire des faits de la cause la possibilité de rendre publique la consultation d'un avocat[48].

18. Un contrôle peut donc intervenir sur le résultat du travail de l'arbitre[49]. Cette possibilité de contrôler la correcte application des normes contraignantes explique l'élargissement du champ de l'arbitrabilité[50].

---

44. Ch. SERAGLINI, note sous Paris, 14 juin 2001, *SA André, Rev. arb.*, 2001, pp. 800-801.
45. Civ. Liège, 6 mars 1984, *Jur. Liège*, 1984, p. 197, note G. de LEVAL.
46. Sentence arbitrale, 26 sept. 1990 et Civ. Nivelles, 15 sept. 1992, *J.T.*, 1993, pp. 630 et s.
47. Bruxelles, 4 avril 2001, R.G. 00/10.507/A, inédit.
48. Civ. Charleroi, 19 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 111 et s. et note P. HENRY.
49. Suivant P. ANCEL, (« Convention d'arbitrage, Condition de fond, Litiges arbitrables », *op. cit.*, n° 11), « le fait que les textes donnent mission au juge étatique de vérifier la conformité de la sentence à l'ordre public, distinctement de la validité du compromis, ne postule-t-il pas que l'arbitre a, au moins dans certains cas, la possibilité d'appliquer cet ordre public ? » ; voy. aussi K. GEENS, « De arbitrage over vennootschapsinterne conflicten », *op. cit.*, spéc. p. 148.
50. J.-B. RACINE, (*L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 38) souligne en ce sens que « c'est l'existence d'un contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public qui →

C. En droit des sociétés

19. La même *favor arbitrandum*, pour reprendre une expression chère au Professeur Hanotiau, se retrouve dans le contentieux sociétaire.

On notera quelques exemples de litige du droit des sociétés qui impliquent des normes d'ordre public ou impérative et où l'arbitrabilité a été reconnue.

Ainsi la doctrine unanime admet la possibilité pour un tribunal arbitral de prononcer la nullité d'une société[51].

Les litiges relatifs à la révocabilité *ad nutum* des administrateurs de SA ont été jugés arbitrables[52].

La validité de l'exclusion d'un coopérateur par l'assemblée générale a pu être valablement jugée par un tribunal arbitral[53].

Une clause compromissoire statutaire a pu valablement prévoir le recours à l'arbitrage pour la mise en œuvre de la procédure en exclusion forcée pour justes motifs[54].

La Cour de cassation a reconnu indirectement la possibilité de s'engager par clause compromissoire à aller en arbitrage pour débattre de la dissolution de la société pour justes motifs[55].

La sentence arbitrale dont nous sommes parti s'inscrit donc parfaitement dans ce mouvement.

III. Conclusions

20. Comme cela semble être la tendance générale, doctrine et jurisprudence intervenues en matière de sociétés considèrent, à juste titre selon nous, que le

---

→ justifie fondamentalement la libéralisation des conditions d'arbitrabilité » ; voy. la jurisprudence citée, spéc. la seconde affaire *Impex* : Colmar, 29 nov. 1986, *J.C.P.*, 1970, II, 16246, et note B. OPPETIT et P. LEVEL ; rejet pourvoi par Cass., 18 mai 1971, *J.D.I.*, 1972, p. 62, note B. OPPETIT ; *Rev. crit. DIP*, 1972, p. 174, et note E. MEZGER ; *Rev. arb.*, 1972, p. 2, et note Ph. KAHN.

51. Voy. ainsi notamment A. BENOIT-MOURY et D. MATRAY, « L'arbitrage et le droit des sociétés », *Document Cepani*, 1978 (publié par extraits dans *Rev. arb.*, 1978, pp. 130 et s.), pp. 1 et s. ; M. COIPEL, « Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales », *Rép. not.*, T. XII, L. II, Bruxelles, Larcier, 1982, n° 166 ; G. HORSMANS et Y. DE CORDT, « La recherche arbitrale de l'efficacité sociétaire », *in Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 564.
52. Sentence, 26 sept. 1990, et Civ. Nivelles, 15 sept. 1992, *J.T.*, 1993, pp. 630 et s.
53. Mons, 30 juin 1997, *R.D.C.*, 1999, pp. 28 et s., et note F. LEFEVRE ; Bruxelles, 27 avril 1999, *R.D.C.*, 2000, pp. 619 et s. ; *T.R.V.*, 1999, pp. 525 et s., et note D. VAN GERVEN.
54. Voy. Prés. Comm. Bruxelles, 5 févr. 1998, de Garre et consorts, BV, n° 10378/97, inédit.
55. Cass., 2 févr. 1973, *Rev. prat. soc.*, 1973, pp. 137 et s. ; *R.C.J.B.*, 1975, pp. 394 et s., et note J. VAN GELDER et J. LINSMEAU.

caractère impératif ou d'ordre public des normes qui doivent être appliquées ne limite pas en soi le recours à l'arbitrage.

Arbitrage et droit des sociétés sont donc susceptibles de se rencontrer fréquemment, ce qui est intéressant au regard des avantages de ce mode de règlement des différents, avantages particulièrement prisés en cette matière.

Quand l'intérêt social de l'ASBL et son fonctionnement collégial sont menacés par les intérêts de quelques-uns ...

Michel DAVAGLE
Professeur en gestion des organisations non marchandes à l'Institut provincial de formation sociale de Namur, conseiller juridique à l'ASBL Semafor d'Ans

« Pour que l'association tienne les promesses qu'elle contient, il est nécessaire qu'elle soit elle-même fondée sur un statut de liberté, d'égalité et de réciprocité entre tous ses membres »
Eugène FOURNIER[1]

Si l'ASBL est définie, en droit, comme une personne morale possédant une identité distincte des membres qui la composent, elle est aussi, en sociologie des organisations, un lieu où le pouvoir constitue le fondement de l'action organisée : *« plus la zone d'incertitude contrôlée par un individu ou un groupe sera cruciale pour la réussite de l'organisation, plus celui-ci disposera de pouvoir »*[2]. D'autres diront même que l'association peut être *« une niche à l'éclosion de micro-pouvoirs totalitaires »*[3]. Aussi certains membres de l'ASBL, le plus souvent les fondateurs, vont-ils insérer dans les statuts diverses dispositions susceptibles de les prémunir d'un « coup d'État » sous l'argument, souvent fallacieux, du respect de l'intérêt social de l'ASBL.

Ces pratiques nous interpellent et nous conduisent à nous interroger afin de savoir si elles sont bien légales et si elles ne vont pas à l'encontre de la notion même d'ASBL. Notre réflexion se réalisera en deux temps. Tout d'abord, au départ d'un récent arrêt de la Cour d'appel de Mons[4], nous nous questionnerons sur la validité de la clause statutaire désignant des administrateurs dits « statutaires » et nous nous demanderons si un administrateur peut participer au vote devant décider de sa révocation (section 1).

D'autres dispositions statutaires peuvent consolider la position de pouvoir de certains administrateurs au sein de l'ASBL. Aussi, nous interrogerons-nous sur

1. E. FOURNIER, *L'individu, l'association et l'État*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1907.
2. M. CROZIER et E. FRIEDBERG, *L'acteur et le système*, Paris, Éditions du Seuil, Collection points, 1977, p. 67.
3. P. ANSAY, « Crise et destin », in *La Revue Nouvelle*, octobre 1992, n° 10, p. 32.
4. Mons, 10 avril 2003, RG n° 2000/RG/597, inédit.

la validité de certaines clauses qui dénient certains pouvoirs à l'assemblée générale ou qui confèrent un pouvoir (trop) important à certains membres de l'association qui, dans la très grande majorité des cas, sont aussi des administrateurs de l'ASBL (section 2).

Inévitablement, avant de conclure, la question de l'usage abusif du droit de vote d'une minorité doit aussi être posée (section 3).

Section 1. L'administrateur statutaire

Les statuts de plusieurs ASBL envisagent la désignation d'« administrateurs statutaires », c'est-à-dire d'administrateurs dont le nom figure dans le corps des statuts de l'association. L'arrêt de la Cour d'appel de Mons rendu le 10 avril 2003[5] nous permet d'aborder notamment cette problématique.

1. Les faits

Le problème se posait dans neuf ASBL gérées par des conseils d'administration, en principe, différents mais au sein desquels on retrouvait les mêmes administrateurs. Le litige dont a été saisi la Cour porte sur la révocation d'un administrateur dit « statutaire » qui est également président du conseil d'administration, administrateur délégué et qui est, de surcroît, engagé sous contrat de travail d'employé en qualité de directeur dans l'ASBL faîtière de ces ASBL[6]. La décision de révocation de cet administrateur avait été obtenue lors d'une assemblée générale extraordinaire, réunissant dix membres présents ou représentés à six voix pour et quatre voix contre. Aucune abstention n'a été constatée. La Cour a été ainsi amenée à s'interroger sur le fait de savoir si l'administrateur en question était bien un administrateur « statutaire », auquel cas, le vote en faveur de la révocation aurait dû recueillir sept voix.

Le tribunal de première instance de Mons[7] avait, quant à lui, considéré que l'administrateur n'était pas un administrateur statutaire sous l'argument que *« cette désignation a été insérée dans les statuts dans le cadre d'une modification statutaire, que cette modification des statuts n'a pas été valablement effectuée puisque le quorum de présence était inférieur au 2/3 exigé par l'article 8 de la loi du 25 mars 1991* (lire 21 juin 1921) *(voir procès verbaux des assemblées générales, pièce 62*bis *du dossier des parties défenderesses) »*. Le tribunal en conclut que l'administrateur pouvait être révoqué à la majorité absolue et que la décision de l'assemblée générale n'était pas entachée de nullité pour vice de forme. Il convient de noter que les statuts ne précisent pas la durée du mandat des

5. Mons, 10 avril 2003, RG n° 2000/RG/597, inédit.
6. On pourrait légitimement s'interroger sur l'existence d'un lien de subordination entre cet administrateur délégué et l'ASBL et donc sur l'existence présumée d'un contrat de travail.
7. Civ. Mons, 26 avril 2000, RG n° 98/1307/A, inédit.

administrateurs : « *(...) Les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale et révoqués par cette dernière à la majorité des membres présents (...)* ».

La Cour d'appel de Mons a, quant à elle, réformé le jugement du tribunal civil de Mons et prononcé la nullité des décisions prises par les différentes assemblées générales qui avaient pour objet la révocation de l'administrateur et son exclusion en qualité de membre. Elle a considéré que l'administrateur était un administrateur statutaire et qu'il pouvait participer au vote qui doit décider ou non de son exclusion (voir point 3).

2. La licéité du concept et ses conséquences

Si le Code des sociétés prévoit explicitement que le mandat d'administrateur d'une SA ne peut excéder six ans et que les administrateurs sont toujours révocables par l'assemblée générale[8], pareille disposition n'existe pas dans la loi du 27 juin 1921. Aussi, le silence du législateur a permis la création du concept d'« *administrateur statutaire* »[9]. Dans cette hypothèse, le nom de cet administrateur est repris dans les statuts, ce qui a pour conséquence que la révocation de cet administrateur implique une modification des statuts et donc le vote à une majorité qualifiée (2/3 des voix) par une assemblée générale réunissant au moins deux tiers des membres présents ou représentés[10]. Il est à noter que, dans l'affaire soumise à la Cour d'appel de Mons, les administrateurs sont désignés à l'article 12 des statuts de l'ASBL[11], ceux-ci ne comprenant que 13 articles[12] et que, par ailleurs, l'article 8 des statuts envisage la révocation des administrateurs à la majorité sans autre précision.

Si la révocation d'un administrateur relève incontestablement du pouvoir de l'assemblée générale[13], Jos Goedseels considérait, quant à lui, que la notion d'administrateur statutaire ne pouvait s'appliquer en matière d'ASBL : « *On admet, en matière de sociétés commerciales que les administrateurs sont révocables même s'ils sont nommés par les statuts sans qu'il soit nécessaire de recourir à la forme des modifications statutaires. Il n'y a aucun motif d'en décider autrement pour les associations* »[14]. Raisonner par analogie n'est certes guère un procédé convaincant mais cette réflexion s'adresse également aussi à ceux qui défendent

8. Article 518, § 3 du Code des sociétés.
9. Ph. 't KINT, *Les associations sans but lucratif*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 118, n° 144 ; J. t'KINT, Associations sans but lucratif, Bruxelles, Larcier, 1987, p. 77, n° 145.
10. Ph. 't KINT, *op. cit.*, p. 118, n° 144.
11. L'article 12 est libellé comme suit : « Sont nommés administrateurs, les membres ci-dessous nommés par l'assemblée générale (...) ».
12. L'article 13 est libellé comme suit : « *L'association adhère comme membre de (...) dont le siège est à (...). Elle accepte le règlement intérieur de (...)* ».
13. Article 4, 2° de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations.
14. J. GOEDSEELS, *Traité juridique des associations sans but lucratif et des établissements d'utilité publique*, Bruxelles, Larcier, 1935, p. 114, n° 995.

la thèse contraire en recourant à l'argument que, en matière de SPRL[15], il est possible de désigner des gérants statutaires. En effet, dans cette dernière hypothèse le législateur prévoit explicitement cette possibilité alors que, en matière d'ASBL, aucune disposition légale ne nous permet d'accréditer l'une ou l'autre thèse.

Il faudrait alors, selon certains, s'en référer aux règles édictées par le droit commun en matière de mandat[16]. Si l'article 2004 du Code civil établit le principe de la révocabilité *ad nutum*, celui-ci revêt un caractère supplétif largement admis par la doctrine et la jurisprudence. Ainsi, tout en maintenant le principe de la révocabilité du mandat, les parties peuvent convenir de conditions particulières[17]. Les statuts pourraient ainsi envisager que la révocation d'un administrateur, nommément désigné, requiert une décision prise à une majorité spéciale. Aussi, le concept d'« administrateur statutaire » ne semble pas aller à l'encontre du dispositif légal mis en place.

Il convient toutefois de s'interroger sur la pertinence de la référence aux règles du mandat puisque l'administrateur n'est pas, dans la sphère interne, à proprement parler un mandataire.

Le nouveau libellé de l'article 2, 7°, a de la loi du 27 juin 1921 exige que les statuts déterminent *« le **mode** de **nomination**, de cessation de fonctions et **de révocation** des administrateurs (...) »*. Cette formulation semble, selon nous, autoriser la nomination d'administrateurs statutaires que l'assemblée générale ne pourrait révoquer en opérant une modification statutaire.

3. L'intérêt opposé

Une deuxième question a été posée à la Cour d'appel de Mons, celle de savoir si l'administrateur dont on propose la révocation peut participer au vote concernant son exclusion.

La loi du 27 juin 1921 ne stipule pas expressément que le membre doit s'abstenir de participer au vote quand il a un intérêt direct dans une décision importante soumise à l'approbation de l'assemblée générale[18]. Toutefois, Jos Goedseels écrivait : *« En vertu des principes généraux qui régissent le fonctionnement des assemblées délibérantes, et dont l'article 60 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales fait une application aux sociétés anonymes, les administrateurs des associations sans but lucratif ne peuvent prendre part à aucune délibération dans laquelle ils ont un intérêt personnel. Cette règle s'applique*

15. Article 256, alinéa 2 du Code des sociétés ; M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *Rép. not.*, t. XII – Le droit commercial, livre IV, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 238, n° 270.
16. Il convient toutefois de souligner que l'administrateur n'est pas seulement un mandataire. Il dispose en effet également d'un pouvoir de décision en matière de gestion.
17. P. WÉRY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 275, n° 246.
18. M. SOUMERYN-KESTEMONT et Th. AFSCHRIFT, *Vademecum des associations sans but lucratif*, Bruxelles, Créadif, 1991, p. 20.

notamment aux délibérations du conseil d'administration ou de l'assemblée générale dont l'objet serait relatif à la révocation de l'administrateur en cause »[19]. Cependant, ce principe ne trouve pas à s'appliquer aux assemblées délibérantes de la Chambre et du Sénat et, pour les mêmes raisons que celles évoquées ci-dessus (point 2), on ne peut accepter de raisonner par analogie.

L'arrêt de la Cour d'appel évoque toutefois le principe général de droit qui refuse au mandataire de se porter contrepartie. En effet, la loyauté que le mandant est en droit d'attendre de son mandataire fait obstacle au fait que celui-ci puisse se porter cocontractant dans l'acte juridique qu'il passe au nom de son mandant[20]. Nous nous interrogeons, en l'espèce, sur la pertinence de cette référence puisque, en l'occurrence, le litige ne porte pas sur la représentation du mandant dans un acte juridique mais sur sa participation, en qualité de membre de l'ASBL, à une décision collégiale prise au sein d'un organe de l'ASBL.

La délicatesse devrait certes amener le membre à s'abstenir de participer à une telle décision mais, en l'absence d'une disposition légale privant le membre de son droit de vote, le membre peut, selon nous, participer à une décision de l'assemblée générale devant statuer sur sa propre révocation, sa responsabilité n'étant engagée que pour le dommage qu'il occasionnerait à l'ASBL[21].

Certes en matière de sociétés, l'article 523 du Code des sociétés prévoit que *« si un administrateur a, directement ou indirectement, un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou une opération relevant du conseil d'administration, il doit le communiquer aux autres administrateurs avant la délibération du conseil d'administration »*. Cette disposition ne vise toutefois que les décisions ou les opérations conclues par le conseil d'administration dans le cadre de ses compétences et non les décisions prises par l'assemblée générale[22]. À supposer que cette disposition trouverait même à s'appliquer, l'administrateur peut, malgré tout, participer à la délibération et au vote, sauf dans les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne.

Il convient de noter que, dans l'affaire soumise à la Cour de Mons, celle-ci constate que « *le procès-verbal de chacune des assemblées, signé par six administrateurs, précise (...) que la décision a été prise à la suite de dix votes exprimés par bulletin secret, six pour la révocation et quatre contre la révocation* ». Elle ajoute :

19. J. Goedseels, *Traité, op. cit.*, p. 114, n° 995*bis*. Dans le même sens : Civ. Bruxelles, 5 avril 1957, *Rev. prat. soc.*, 1957, p. 230, obs. J. t'Kint ; Ph. Coenraets, *Traité jurisprudentiel des associations sans but lucratif*, Diegem, Ced-Samson, 1997, p. 79
20. P. Wéry, *op. cit.*, p. 154, n° 105.
21. Ph. 't Kint, *op. cit.*, p. 137, n° 188.
22. F. De Bauw, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 272, n° 657 ; J. Heenen, note sous Cass., 4 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1977, p. 560 ; G. Keutgen et A.-P. Dumont, « La société et son fonctionnement », in *Droit des sociétés ; les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Bruyant, 1995, p. 252 ; J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 441, n° 706 ; J. Van Ryn, « Examen de jurisprudence (1949 à 1953) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1954, p. 220, n° 29.

« *les intimées qui ont ainsi accepté le vote sans réserve, ne peuvent ultérieurement en corriger le résultat en supposant que l'appelant (...) a voté contre sa révocation* ». Nous pouvons nous interroger sur la portée des mots « *ont accepté le vote sans réserve* ». Cela signifie-t-il que l'assemblée générale aurait pu dénier, ce que nous ne pouvons accepter, le droit du membre de voter à l'assemblée générale ?

Section 2. Les autres clauses statutaires

Si les statuts peuvent envisager de désigner des administrateurs statutaires, ce qui confère déjà à ces administrateurs une « certaine » sécurité, certains statuts prévoient d'autres clauses destinées à assurer la « stabilité » d'administrateurs, voire à « verrouiller » le dispositif de protection.

1. L'irrévocabilité du mandat

Certains statuts envisagent de considérer le « mandat » d'administrateur comme étant ir-révocable. Si la Cour de cassation a, quant à elle, admis la possibilité de prévoir l'irrévocabilité du mandat[23], la plupart des auteurs estiment qu'une telle clause ne peut être insérée dans un mandat à durée indéterminée car elle serait contraire au principe de la liberté individuelle[24]. et contraire à l'ordre public[25].

Toutefois, en SPRL, le Code des sociétés prévoit que les gérants *« nommés par les associés dans l'acte de société sans limitation de durée sont réputés nommés pour la durée de la société, leurs pouvoirs ne sont pas révocables en tout ou en partie que pour motifs graves »*[26]. et donc, dès le moment où l'on accepte que le gérant statutaire peut être désigné pour une durée indéterminée[27], il faudrait considérer que l'irrévocabilité du mandat pourrait être prévue dans un mandat conclu pour une durée indéterminée. Nous ne pouvons opérer un tel glissement et continuons à considérer qu'un « mandat » d'administrateur en ASBL conclu pour une durée indéterminée est toujours révocable. Par ailleurs, même quand le mandat est conclu pour une durée déterminée, le principe de la révocabilité du mandat trouve également à s'appliquer puisque ce mandat a été octroyé dans l'intérêt exclusif de l'ASBL. Enfin, le nouvel article 2, 7°, a) de la loi du 27 juin 1921 exige que les statuts précisent la durée du mandat des administrateurs ce qui, selon nous, s'oppose au caractère irrévocable que certains voudraient attribuer à ce mandat.

---

23. Cass., 13 janvier 1938, *Rev. prat. soc.*, 1938, p. 81.
24. P. Wéry, *op. cit.*, p. 288, n° 255.
25. R. Dekkers, note sous Gand, 17 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 329 ; B. Tilleman, *Le mandat*, Diegem, Kluwer Éditions juridiques, 1999, p. 368, n° 568.
26. Article. 256, alinéa 2 du Code des sociétés.
27. M. Coipel, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 238, n°270.

À supposer que certains ne partagent pas cette analyse, il convient alors de rappeler qu'une disposition statutaire peut toujours, selon nous, être modifiée par l'assemblée générale dans le respect du prescrit de l'article 7 de la loi du 27 juin 1921. Par ailleurs, un mandat irrévocable peut toujours être résolu par le juge[28]. La résolution judiciaire exige toutefois que le mandataire ait manqué gravement[29] à ses obligations (ex. : le dol du mandataire[30], la comptabilisation non rigoureuse dans les livres de caisse des frais imputés à charge du mandant[31]). D'autre part, le mandant dispose, en cas d'urgence, d'un droit de révocation pour lequel il doit cependant respecter un certain nombre de conditions de fond et de forme[32]. Enfin, il existe par ailleurs un consensus de plus en plus important pour considérer que le mandant possède un droit de résiliation unilatérale quand le comportement du mandataire rend définitivement impossible toute poursuite de la collaboration[33]. Ce sera notamment le cas quand l'exécution est devenue matériellement ou moralement impossible[34].

2. La clause d'immutabilité

Afin d'empêcher que les statuts puissent être ultérieurement modifiés par une assemblée générale même statuant à l'unanimité, certains auteurs considèrent, à tort selon nous, qu'une clause dite d'« immutabilité » portant sur l'entièreté des statuts ou seulement sur certaines dispositions peut être introduite dans les statuts[35]. Cette clause qui « fige » le dispositif mis en place par les fondateurs devrait conduire à la dissolution de l'ASBL[36]. si une modification des dispositions s'avérait indispensable pour le bon fonctionnement de l'association.

Les partisans de cette thèse privilégient l'intention des fondateurs et acceptent de ce fait que l'assemblée générale soit dépouillée d'un pouvoir que le législateur a explicitement conféré à l'assemblée générale. Ces mêmes auteurs considèrent,

28. Article 1184 du Code civil.
29. Une simple faute ne suffit donc pas.
30. Anvers, 30 juin 1898, *Pas.*, 1988, II, p. 374.
31. Liège, 23 octobre 1979, *Pas.*, 1980, II, p. 97.
32. P. WÉRY, *op. cit.*, p.282, n°250.
33. M. COIPEL, « Les conséquences de l'inexécution du contrat » in *Guide Juridique de l'Entreprise*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. II, 1/4.
34. B. TILLEMAN, *op. cit.*, p. 373, n° 572.
35. J. GOEDSEELS, *Traité*, *op. cit.*, p. 113, n° 988 ; L. LINDEMANS L. et VANDENEEDE, *Les associations sans but lucratif*, Bruxelles, LICAP, 1994, p. 29 ; Ph. MULLIEZ, *Fusions et scissions des associations sans but lucratif*, Diegem, Ced-Samson, 1998, p. 17 ; Ph. t'KINT, *op. cit.*, p. 141, n° 200, J. t'KINT, *op. cit.*, 1974, p. 137, n° 29. En ce sens dans les sociétés anonymes : P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *Les sociétés anonymes*, t. 1, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 362, n° 477. *Contra* : M. COIPEL et M. DAVAGLE, « Des statuts conformes aux nouvelles exigences légales », in *Non Marchand*, Bruxelles, De Boeck, 2003/2, n° 12, p. 46 ; M. DAVAGLE, *Mémento des ASBL*, Bruxelles, Éditions Kluwer, 2003, pp. 116 et 117, n° 7-85.
36. Ph. 't KINT, *op. cit.*, p. 141, n°200.

à juste titre, que l'article 4,1° de la loi du 27 juin 1921 est une disposition impérative[37]. qui interdit de concéder les pouvoirs de l'assemblée générale au conseil d'administration mais il est quelque peu étonnant de ne considérer cette disposition comme étant impérative que dans une seule hypothèse.

Si l'on admet que l'assemblée générale ne peut abdiquer des pouvoirs qui lui sont assignés par le législateur[38], que l'intérêt de la personne morale doit être protégé et que l'article 4,1° de la loi relative aux ASBL a bien un caractère impératif, la licéité de la clause d'immutabilité doit, selon nous, être contestée[39]. Il faut, par ailleurs, noter que l'ancien article 2, 10° de la loi du 27 juin 1921 exigeait que les statuts prévoient les règles applicables en cas de modification des statuts. Ce libellé était de nature à donner un argument aux défenseurs de la licéité de la clause d'immutabilité. Cet argument devient aujourd'hui un contre argument puisque le nouvel article 2 ne reprend plus cette exigence, cette disposition ayant été supprimée par la loi du 2 mai 2002.

3. La clause de mutabilité

Certains statuts renforcent les règles légales afin notamment d'empêcher ou, par la difficulté supplémentaire ainsi créée, de rendre hautement improbable toute modification statutaire. Cette pratique trouve sa légitimité dans l'article 7, alinéa 1er de la loi du 27 juin 1921 qui stipule que : *« (...) les résolutions sont prises à la majorité des voix des membres présents ou représentés, sauf dans les cas où il en est décidé autrement par la loi ou les statuts »*. Bien qu'inscrite à l'article 7 de la loi, la doctrine majoritaire admet que cette disposition peut aussi s'appliquer aux articles 8, 12 et 20 de la loi du 27 juin 1921 au point d'exiger que la décision soit prise à l'unanimité des voix des membres présents ou représentés[40]. Ainsi, les fondateurs pourraient restaurer la disposition édictée par l'article 1134 du Code civil en imposant la règle de l'unanimité pour toute modification statutaire ou pour la modification qui devrait être apportée à certaines dispositions statutaires.

Les auteurs qui autorisent l'insertion d'une clause de mutabilité dans les statuts déclarent que les statuts ne peuvent déroger à l'article 8, 12 et 20 de la loi sur les ASBL[41]. mais s'empressent d'ajouter *« si ce n'est pour y ajouter des*

37. J. Goedseels, *La personnalité civile des associations sans but lucratif et des établissements d'utilité publique*, Bruxelles, Librairie Hauchamps, 1921, p. 106 ; J. t'Kint, *op. cit.*, p. 87. Dans le même sens Ph. Coenraets, *op. cit.*, p.57.
38. J. Van Ryn et P. Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence (1961 à 1965) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1967, p. 345.
39. M. Coipel et M. Davagle, « Des statuts conformes aux nouvelles exigences légales », in *Non Marchand*, Bruxelles, De Boeck, 2003/2, n° 12, p. 46 ; M. Davagle, *Mémento des ASBL*, Bruxelles, Éditions Kluwer, 2003, p. 117, n°7-85.
40. A. Buisseret, *Associations sans but lucratif*, Louvain, Vander Éditeur, 1973, p. 77 ; M. Soumeryn-Kestemont, *op. cit.*, p. 78, n° 103.
41. J. Goedseels, *La personnalité civile*, *op. cit.*, pp. 107 et 108.

conditions supplémentaires à celles requises par le texte légal »[42]. Les exigences imposées à l'article 8 seraient donc, selon eux, des conditions minimales[43].

Outre le fait que, dans les articles 8, 12 et 20 de la loi du 27 juin 1921, le législateur n'a pas autorisé explicitement à modifier les règles de majorité qu'il a prévues, la lecture de l'article 7 de la loi ne nous permet pas de conclure que le législateur a édicté une disposition qui autoriserait (ou n'autoriserait pas) à modifier les articles 8, 12 et 20 de la loi du 27 juin 1921.

Si nous considérons que, pour permettre un bon fonctionnement de l'ASBL, les membres ne sont pas aussi libres que certains veulent le prétendre quant à la manière dont les statuts peuvent être modifiés et donc que, dans l'intérêt social de l'ASBL, on applique simplement la règle légale prévue sans en aggraver l'exigence. Faute d'accepter ce raisonnement, il convient toutefois de souligner que l'exercice du droit de vote ne revêt pas seulement un caractère subjectif ou personnel puisqu'il revêt également un caractère fonctionnel qui empêche son titulaire d'en abuser au mépris de l'intérêt social[44].

4. Le droit de veto

Une clause statutaire précisant que les décisions prises par l'assemblée générale ne sont pas exécutoires si un membre fondateur s'y oppose, est considérée pour certains comme licite[45]. Cette thèse doit être, selon nous, critiquée parce qu'elle prive de fait les autres membres d'un droit effectif de vote et que l'assemblée ne peut être considérée comme délibérante même si un simulacre a précédé le vote de la disposition.

Signalons que parmi les auteurs qui défendent la possibilité de prévoir un droit de veto, certains pondèrent le principe en stipulant qu'une même personne ne peut exercer ce droit sur toutes les matières mais que toutes les matières peuvent faire l'objet d'un droit de veto.

5. Le vote plural

Tous les membres ont un droit de vote égal aux assemblées générales : un homme, une voix[46]. La doctrine majoritaire admet que les statuts puissent déroger à cette règle en accordant à certains membres un droit de vote plus important[47] pouvant aller jusqu'à leur conférer un droit de veto[48].

42. J. GOEDSEELS, *Traité*, p. 90, n° 710. En ce sens dans les sociétés anonymes : P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *Les sociétés anonymes*, t. 1, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 362, n° 477.
43. Ph. 't KINT, *op. cit.*, p. 139, n° 193.
44. F. DE BAUW, *op. cit.*,, p. 274, n° 664.
45. J. LINDEMANS et L. VANDENHEEDE, *Les associations sans but lucratif*, Première partie, Bruxelles, LICAP, 1986, p. 35.
46. Article 7, alinéa 1er de la loi du 27 juin 1921.
47. J. 't KINT, *op. cit.*, p. 86, n° 177.
48. Ph. 't KINT, *op. cit.*, p. 136, n° 185.

La lecture du texte légal ne nous permet pas d'affirmer que le vote plural est autorisé. Les termes *« sauf dans les cas où il en a été décidé autrement par les statuts ou la loi »*, peuvent très bien se rapporter uniquement à la règle de majorité exigée pour décider valablement. Les discussions parlementaires présidant à la loi du 27 juin 1921 nous éclairent peu à ce sujet si ce n'est qu'un passage dans lequel le ministre de la Justice, en réponse à une question d'un sénateur, considère que *« si certains membres voulaient avoir une position privilégiée, la loi ne leur interdit pas »*[49]. Lors des travaux préparatoires relatifs à la loi du 2 mai 2002, le Ministre de la Justice, en réponse à un amendement proposé par un sénateur[50] a décidé qu'il n'entrait pas dans les intentions du Gouvernement *« de remettre en cause le principe selon lequel les statuts peuvent attribuer un droit de vote plural à certains membres »*[51]. Cette position fut confirmée dans le justificatif d'un nouvel amendement déposé par le Gouvernement[52].

Si l'on admet la licéité d'un vote plural, cette faculté peut-elle aller jusqu'à déséquilibrer de manière significative le pouvoir de vote des autres membres (ex. : dans une assemblée de dix membres, un membre possède dix voix et chacun des autres membres une voix), voire le rendre inutile ? Le principe de la décision collégiale serait alors ici aussi bafoué, l'assemblée générale ne possédant plus de fait aucun pouvoir de décision véritable. Aussi estimons-nous que, si le vote plural peut être admis, il ne peut, en aucun cas, avoir pour effet de « fausser » les règles démocratiques qui président aux décisions des assemblées générales.

Section 3. L'abus de minorité

Comme il l'a été dit ci-dessus, l'exercice du droit de vote ne revêt pas seulement un caractère subjectif ou personnel puisqu'il revêt nécessairement un caractère fonctionnel qui em-pêche son titulaire d'en abuser au mépris de l'intérêt social[53]. Aussi, l'exercice du droit de vote peut-il être considéré, dans certains cas, comme abusif. Il n'est cependant pas exigé que ce droit ait été exercé dans une intention de nuire à la majorité, le caractère abusif résultant *« de l'analyse de l'intérêt servi par la décision critiquée »*[54]. L'utilisation d'une minorité de blocage

49. Réponse de M. VANDEVELDE au Sénat le 14 juin 1921, in J. GOEDSEELS La personnalité civile, *op. cit.*, p. 402 ; D. COECKELBERGH, « Statutaire beschermingsmaatregelen », *Z.W.*, 1995, p. 6 ; Ph. MULLIEZ, *Fusions et scissions d'associations sans but lucratif*, Diegem, Ced-Samson, 1998, p. 17.
50. Amendement n°104 de Mme TAELMAN, *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 283/6, pp.16 et 17.
51. Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 283/16, p. 47.
52. Amendement n°326 du Gouvernement, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 283/15, p. 6.
53. F. DE BAUW, op. cit., p. 274, n° 664.
54. P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, « Examen de jurisprudence (1979 à 1990) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1993, p. 811, n° 143.

peut ainsi être abusive lorsque le vote est réalisé sans considération pour l'intérêt social et pour le préjudice important qui peut en résulter pour l'association.

Quand la minorité abuse de son droit pour entraver le fonctionnement de l'ASBL, le juge pourrait déchoir les membres de leur droit de se prévaloir de la prérogative dont ils abusent[55]. À ce sujet P. Van Ommeslaghe et X. Dieux envisagent que cette solution puisse *« être appliquée lorsque les statuts comprennent des conditions de majorité renforcées, calculées sur la base des votes effectivement émis, notamment pour assurer la protection des actionnaires minoritaires, et que ceux-ci votent de manière abusive contre les décisions proposées à l'assemblée générale, créant le cas échéant une situation de blocage »*[56]. Dans cette hypothèse, les votes exprimés de manière abusive sont considérés comme nuls et seront donc soustraits du nombre de voix valablement exprimées. Cette solution offrirait l'avantage de neutraliser les effets de l'abus de droit[57]. A *contrario*, si la position abusive d'une minorité de membres a pour conséquence que la décision ne puisse être obtenue, le juge pourrait considérer que ces votes sont des votes positifs[58].

Il est à noter qu'en matière de sociétés anonymes, le législateur a prévu une procédure qui permet de demander l'exclusion des actionnaires à l'origine de l'abus[59]. Pareille disposition ne se retrouve malheureusement pas dans la loi du 27 juin 1921.

Conclusions

L'intérêt social est très souvent défini comme étant l'intérêt de l'entreprise[60] qui comprend notamment l'intérêt de l'ASBL, des travailleurs et de la communauté dans laquelle l'entreprise exploite son activité[61]. Si cette notion a cours en matière de sociétés, elle devrait, selon nous, être le ***principe de base*** du fonctionnement des ASBL puisque celles-ci sont créées pour poursuivre un but supérieur qui ne peut être de nature à accorder un avantage patrimonial direct aux membres.

---

55. P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, « Examen de jurisprudence (1979 à 1990) », *op. cit.*, p. 815, n° 145.
56. P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, « Examen de jurisprudence (1979 à 1990) », *op. cit.*, p. 815, n° 145.
57. F. De Bauw, *op. cit.*, pp. 275 et 276, n° 667. P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, « Examen de jurisprudence (1979 à 1990) », *op. cit.*, p. 816, n° 145.
58. Mons (réf.), 23 mars 1989, *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 196 ; Liège, 9 novembre 1981, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 145.
59. Articles 636 à 641du Code des sociétés.
60. P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, « Examen de jurisprudence (1979 à 1990) », *op. cit.*, p.772, n° 125.
61. P. Van Ommeslaghe, « Entreprise, entreprises en difficultés, concepts juridiques », *Rev.Fac.Dr. ULB*, 1991, p. 1.

Ainsi, au nom de la thèse contractuelle, diverses clauses vont tempérer, voire anéantir, le fonctionnement démocratique d'une structure créée pour poursuivre un but non lucratif. Nous pouvons alors nous demander en quoi une ASBL est une personne morale si ses intérêts sont déniés au seul profit de certains membres.

« Cette égalité, disent-ils, est une chimère de spéculation qui ne peut exister dans la pratique. Mais si l'abus est inévitable, s'ensuit-il qu'il ne faille pas au moins le régler ? C'est précisément parce que la force des choses tend toujours à détruire l'égalité que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir »[62].

62. J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, liv. II, Paris, Flammarion, 1992, p. 77.

Quelques développements relatifs aux responsabilités civile et pénale de l'administrateur personne morale d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL

Marie Amélie DELVAUX
Avocate,
Assistante à la Faculté de droit des FUNDP[1]

1. Une personne morale peut être administrateur ou membre du comité de direction d'une SA, gérant d'une SCRL et, depuis peu, gérant d'une SPRL[2]. Quant à cette dernière forme de société, l'ancien article 129, alinéa 1 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, devenu l'article 255 du Code des sociétés, imposait autrefois que la SPRL soit gérée par une ou plusieurs personnes *physiques*. L'article 14 de la loi du 2 août 2002[3] a supprimé cette exigence et aligné le régime de la SPRL sur celui des SA et SCRL.

2. Lorsqu'une personne morale administre une société, elle est naturellement susceptible d'engager sa responsabilité civile (I) comme sa responsabilité pénale II).

I. LA RESPONSABILITE CIVILE DE L'ADMINISTRATEUR PERSONNE MORALE

3. La loi du 2 août 2002, dite « *loi corporate governance* »[4], a modifié les

1. Je remercie Willy CASSIERS pour nos échanges fructueux et ses nombreux éclaircissements ainsi qu'Alexandre CRUQUENAIRE et Stéphane GILCART pour leur relecture attentive et leurs remarques toujours pertinentes.
2. Par ailleurs, une personne morale peut également être *fondateur* et/ou *associé* d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL à condition que son objet social le lui permette et que les statuts de la SA, SPRL ou SCRL à laquelle elle participe n'excluent pas la participation de personnes morales. Un régime particulier est toutefois instauré pour les personnes morales fondateur ou associé unique d'une SPRLU (voir l'article 213, alinéas 1 et 2 du Code des sociétés qui refuse, dans certaines conditions, la limitation de la responsabilité de la personne morale).
3. Loi du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, *M.B.*, 22 août 2002, p. 36.555 (vig. 1er septembre 2002).
4. Sur cette notion, voir P. KILESTE et M. CALUWAERTS, « Pouvoirs, attributions et fonctionnement du conseil d'administration et notion de 'corporate governance », *D.A.O.R.*, 1997, n° 43, p. 9.

modalités d'exercice par une personne morale du mandat d'administrateur de société et la responsabilité civile qui en découle.

Un bref rappel des fondements de la responsabilité civile des dirigeants de société permet de rafraîchir les mémoires et de planter le décor (A), avant d'étudier cette réforme (C). Il n'est également pas inutile d'exposer brièvement le régime précédant la réforme (B), puisqu'il peut encore s'appliquer à certaines situations.

A. Tableaux synoptiques des fondements de la responsabilité des dirigeants de SA, SPRL et SCRL

4. Traditionnellement, on distingue la responsabilité du dirigeant à l'égard de la société, d'une part (tableau 1), et celle à l'égard des tiers, d'autre part (tableau 2).

À noter qu'en cas de faillite, le curateur, personnage bicéphale, représente à la fois la société faillie et la masse des créanciers (les tiers) ; ceci lui permet de « jouer sur les deux tableaux » en fondsant d'éventuelles actions en responsabilité contre les dirigeants sur l'ensemble des bases légales mentionnées ci-dessous[5].

S'ajoutent à ces fondements de responsabilité à portée générale des dispositions éparses du Code des sociétés définissant des cas particuliers de responsabilité, s'identifiant souvent à une responsabilité pour violation du Code ; les principales hypothèses seront succinctement relevées (tableau 3).

Tableau 1 : responsabilité du dirigeant à l'égard de la société

	Faute de gestion	*Violation du Code ou des statuts*	*Responsabilité aquilienne*
Base légale ?	articles 262 (SPRL), 408, alinéa 1 (SCRL) et 527 (SA) du Code des sociétés	articles 263, alinéa 1, (SPRL), 408, alinéa 2 (SCRL) et 528, alinéa 1 (SA) du Code des sociétés	articles 1382 et 1383 du Code civil
Qui peut être responsable ?	administrateur de droit[6], actuel ou passé	administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé[7]	administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé[8]

5. La qualité en vertu de laquelle le curateur agit a des implications tant au niveau des fondements de responsabilité qu'il peut invoquer que de l'opposabilité ou non de la décharge votée par l'assemblée générale ; opposable au curateur qui agit dans le cadre de l'*actio mandati* (articles 262, 408, alinéa 1 et 527 du Code des sociétés), la décharge n'est, par exemple, pas opposable au curateur qui introduit une action au nom de la masse des créanciers pour violation du Code ou des statuts (articles 263, alinéa 1, 408, alinéa 2 et 528, alinéa 1 du Code des sociétés).

6. Le texte vise *expressément* la responsabilité *de l'exécution du mandat que le dirigeant a reçu* ; il semble donc que l'administrateur de fait ne puisse voir sa responsabilité engagée sur cette base, →

	Faute de gestion	*Violation du Code ou des statuts*	*Responsabilité aquilienne*
Quelle faute ?	mauvaise exécution du mandat confié par la société ; conditions du droit commun du mandat	violation du Code ou des statuts (à savoir violation d'une obligation de résultat)	faute indépendante du mandat qui lie le dirigeant à la société (violation d'une loi pénale ou d'une norme s'imposant à tous)
Y a-t-il solidarité ?	responsabilité pour sa faute personnelle ; la solidarité est subordonnée à l'établissement d'une faute commune[9]	solidarité de droit	responsabilité pour sa faute personnelle ; la solidarité est subordonnée à l'établissement d'une faute commune
À qui la faute est-elle imputable ?	à l'auteur de la faute ; éventuellement faute commune à établir	présomption d'imputabilité à tous de la violation SAUF triple preuve[10] ; peu importe que l'administrateur soit actif ou non actif	à l'auteur de la faute ; éven-tuellement faute commune à établir
Quel dommage réparable ?	l'intégralité du dommage subi	l'intégralité du dommage subi	l'intégralité du dommage subi
Quel lien causal ?	lien strict entre la faute et le dommage	lien strict entre la faute et le dommage	lien strict entre la faute et le dommage

→ puisqu'il n'a reçu aucun mandat de gestion, à moins que la société ait accepté, expressément ou tacitement, sa gestion de fait (voir la théorie du mandat apparent).

7. Malgré l'indigence du texte sur ces points, on considère que sont également susceptibles de voir leur responsabilité engagée pour violation de la loi ou des statuts non seulement les dirigeants de droit actuels mais également les dirigeants de fait et les anciens dirigeants.
8. On considère généralement que sont également susceptibles de voir leur responsabilité engagée sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil non seulement les dirigeants de droit actuels mais également les dirigeants de fait et les anciens dirigeants.
9. C'est-à-dire que chaque administrateur ou gérant a contribué à la réalisation du dommage sans qu'il soit possible de déterminer la proportion dans laquelle la participation de chacun à la faute commune a concouru à la réalisation du dommage. Dans la mesure où la faute reprochée est une omission, on peut présumer son caractère commun à tous les administrateurs au vu du principe de la collégialité du conseil d'administration. Par contre, la faute positive ne sera pas nécessairement une faute commune mais pourra être imputée particulièrement à l'un des administrateurs.
10. Articles 263, alinéa 2 (SPRL), 408, alinéa 3 (SCRL) et 528, alinéa 2 (SA) du Code des sociétés ; cette triple preuve consiste à établir l'absence de participation à l'infraction (absence à la réunion du conseil d'administration, ...), l'absence de faute dans son chef (ce n'est pas fautivement qu'il était absent à la réunion du conseil d'administration : maladie, ...) et la dénonciation par l'administrateur de l'infraction commise par le conseil d'administration à l'assemblée générale la plus proche après qu'il a eu connaissance des faits.

Tableau 2 : responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers

	Violation du Code ou des statuts	*Comblement de passif*	*Responsabilité aquilienne*
Base légale ?	articles 263, alinéa 1 (SPRL), 408, alinéa 2 (SCRL) et 528, alinéa 1 (SA) du Code des sociétés	articles 265, alinéa 1 (SPRL), 409, alinéa 1 (SCRL) et 530 (SA) du Code des sociétés	articles 1382 et 1383 du Code civil
Qui peut être responsable ?[11]	administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé	administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé	administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé
Quelle faute ?	violation du Code ou des statuts (à savoir violation d'une obligation de résultat)	faute grave et caractérisée qui est soit violation Code/statuts, soit faute de gestion	acte illicite et faute de gestion MAIS quid de Cass., 07/11/1997[12]

11. Seul le texte fondateur de l'action en comblement de passif vise *expressément* l'administrateur de droit mais aussi le dirigeant de fait, et englobe *expressément* les anciens dirigeants. Sur la base de la violation du Code ou des statuts, et a fortiori sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, les textes ne nous apprennent rien relativement à ces deux critères. On considère toutefois que sont également susceptibles de voir leur responsabilité engagée sur ces deux fondements non seulement les dirigeants de droit actuels mais également les dirigeants de fait et les anciens dirigeants.
12. On se contente de rappeler ici l'arrêt nébuleux de la Cour de cassation du 7 novembre 1997 (*J.D.S.C.*, 2000, n° 115, p. 5 et note M. COIPEL ; *Bull.*, 1997, p. 1146 ; *Arr. Cass.*, 1997, p. 1093 ; Pas., 1997, I, p. 1146 ; *R.G.D.C.*, 1998, p. 153 ; *T.R.V.*, 1998, p. 284 et note I. CLAEYS ; *R.C.J.B.*, 1999, p. 730 et note V. SIMONART). La Cour de cassation consacre l'idée selon laquelle « *lorsqu'une partie contractante agit par un organe, un préposé ou un agent d'exécution pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extra-contractuel que si la faute mise à sa charge constitue un manquement non à une obligation contractuelle mais à l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat* ». La Cour assimile donc les organes des personnes morales aux préposés et agents d'exécution quant aux conditions de leur responsabilité personnelle et leur fait bénéficier du même type d'immunité. A la suite de cet arrêt, il devient difficile pour les tiers d'encore engager la responsabilité des dirigeants sur la base de l'article 1382 du Code civil en matière contractuelle. Pour ce faire, il faut en effet que *la faute* commise par le dirigeant (violation de l'obligation générale de prudence) se distingue du manquement à l'obligation contractuelle (absence de paiement, malfaçon, ...), et que *le dommage subi* par le tiers se distingue de celui qui résulte de l'inexécution du contrat. Dans la pratique, les cours et tribunaux n'appliquent pas toujours l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 07/11/1997, sans doute à défaut d'en avoir compris le sens profond et la portée réelle. Voir not. Civ. Anvers, 9e ch., 13 janv. 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 988 et note E. DE BEUKELAER, *J.D.S.C.*, 2001, n° 318, p. 203 et note M. A. DELVAUX intitulée : « L'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1997 : un pavé dans la mare ? Certainement une intervention sibylline ! » ; Civ. Bruxelles, 11e ch., 27 janv. 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1089 ; Liège, 7e ch., 28 mai 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13.739.

	Violation du Code ou des statuts	*Comblement de passif*	*Responsabilité aquilienne*
Y a-t-il solidarité ?	solidarité de droit	solidarité éventuelle, soumise à l'appréciation du juge	la solidarité est subordonnée à l'établissement d'une faute commune[13]
A qui la faute est-elle imputable ?	présomption d'imputabilité à tous de la violation SAUF triple preuve[14] ; peu importe que l'administrateur soit actif ou non actif	à l'auteur de la faute ; éventuellement faute commune à établir	à l'auteur de la faute ; éven-tuellement faute commune à établir
Quel dommage réparable ?	l'intégralité du dommage subi	tout ou partie du dommage, selon l'appréciation du juge	l'intégralité du dommage subi MAIS quid de Cass., 07/11/1997[15]
Quel lien causal ?	lien strict entre la faute et le dommage	plus lâche : faute qui a *contribué* à la faillite	lien strict entre la faute et le dommage

Tableau 3 : responsabilité particulière du dirigeant à l'occasion de diverses opérations

Les divers cas de responsabilité qui suivent concernent le dirigeant de droit comme de fait, actuel ou passé. En principe[16], la responsabilité est engagée tant à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers. S'identifiant à une violation du Code, la faute est — sauf une exception[17] — présumée imputable à chacun des administrateurs, actif ou non, à moins qu'il n'établisse la triple preuve imposée par les articles 263, alinéa 2 (SPRL), 408, alinéa 3 (SCRL) et 528, alinéa 2 (SA)[18].

13. Voir *supra*, note 9.
14. Voir *supra*, note 10.
15. Voir *supra*, note 12.
16. Certains textes ne prévoient expressément la responsabilité qu'à l'égard des associés (par exemple, la responsabilité en cas de fusion ou de scission n'est prévue qu'à l'égard des associés de la société dissoute, l'être moral ayant disparu) ou des tiers (par exemple, la responsabilité en cas d'absence de convocation en cas de perte de l'actif net). Toutefois, comme la faute du dirigeant s'identifie à une violation du Code, et à condition de prouver un intérêt à agir et un dommage en lien causal avec la faute, l'action en responsabilité peut dans chaque cas être introduite par la société comme par les tiers.
17. Le Code prévoit expressément que la responsabilité pour n'avoir pas indiqué dans les actes et documents émanant de la société certaines mentions identifiant celle-ci, ou pour avoir indiqué le capital social plutôt que le capital libéré ou l'actif net (suivant le cas), ou pour avoir omis d'indiquer la qualité en vertu de laquelle le dirigeant intervient est *personnelle* (articles 62, 78, 79 et 80 du Code des sociétés).
18. Voir *supra*, note 10.

	Base légale ?	Quelle faute ?	Y a-t-il solidarité ?	Quel dommage réparable ?	Particularités ?
Augmentation du capital	articles 314 (SPRL), 424 (SCRL) et 610 (SA) du Code des Sociétés	défaut de souscription valable, de respect du capital minimum légal, de libération effective du minimum légal et du capital non valablement souscrit ; surévaluation manifeste des apports en nature, absence (ou fausseté)[19] des mentions dans l'acte d'augmentation[20]	solidarité de droit	la partie du capital non valablement souscrite ou non effectivement libérée, la différence entre le capital souscrit et libéré et les minima légaux, le préjudice qui est une suite immédiate (et directe)[21] de la surévaluation manifeste des apports en nature ou de l'absence/fausseté des mentions dans l'acte	similitudes avec la responsabilité des fondateurs au moment de la constitution d'une société, à l'exception de l'hypothèse du capital manifestement insuffisant
Transformation de la société	article 785 du Code des Sociétés	surévaluation de la société à transformer, non respect par la société transformée du capital minimum requis, inobservation de certaines formalités légales, absence ou fausseté de certaines mentions dans l'acte	solidarité de droit	la différence entre l'actif net de la société transformée et le capital minimum légal, la partie surévaluée de l'actif net, le préjudice qui est une suite immédiate et directe de la nullité de la transformation ou de l'absence/fausseté des mentions dans l'acte	nombreuses formalités à respecter et responsabilité qui s'apparente à celle des fondateurs
Fusion ou scission	article 785 du Code des Sociétés	faute commise lors de la préparation ou de la réalisation de la fusion ou la scission (le Code impose notamment de nombreuses formalités à respecter et de nombreux rapports à établir pour procéder à ces opérations)	solidarité de droit	le préjudice subi par l'associé/l'actionnaire individuel en liaison causale avec la faute des dirigeants lors de la préparation ou la réalisation de l'opération	chaque associé/actionnaire de la société scindée ou absorbée dispose individuellement d'une action en responsabilité contre les dirigeants de la société disparue ; lourdes amendes pénales pour les dirigeants méconnaissant les formalités imposées par le Code

	Base légale ?	Quelle faute ?	Y a-t-il solidarité ?	Quel dommage réparable ?	Particularités ?
Défaut de convocation de l'AG en cas de perte de l'actif net	articles 332, al. 4 (SPRL), 431, al. 4 (S-CRL) et 633, al. 5 (SA) du Code des sociétés	violation de l'obligation des dirigeants de réunir une AG si l'actif net est réduit à la moitié ou au quart du capital social	solidarité de droit	l'accroissement de la perte des tiers entre l'époque où l'AG aurait dû être convoquée et le moment où le passif social a été définitivement « cliché »	le lien causal entre le défaut de convocation de l'AG et le préjudice subi par les tiers est présumé de manière réfragable.
Quasi-apports	articles 220 à 222 (SPRL), 396 (SCRL) et 445 à 447 (SA) du Code des sociétés	défaut d'établir les rapports prescrits par le Code, de les communiquer aux associés ou d'obtenir l'autorisation préalable de l'AG	solidarité de droit	le préjudice subi par la société ou les tiers en liaison causale avec l'acquisition du quasi-apport (surévaluation, ...)	régime similaire à celui de la responsabilité des fondateurs et des dirigeants (augmentation de capital) lors d'un apport en nature
Indications des mentions identifiant la société ou de la qualité du signataire d'un acte	articles 62, 78, 79 et 80 du Code des sociétés	absence, dans les actes et documents émanant de la société, de certaines mentions identifiant celle-ci, indication du capital social plutôt que du capital libéré ou de l'actif net (suivant le cas), absence d'indication de la qualité en vertu de laquelle le dirigeant intervient	responsabilité individuelle	responsabilité personnelle pour l'engagement pris ou obligation de combler le capital « manquant »	ces fondements de responsabilité visent chaque fois une parfaite transparence lors des relations contractuelles avec une société
Dépôt tardif des comptes annuels	articles 92, §1, alinéa 3 et 98, alinéa 3 du Code des sociétés	absence de dépôt des comptes annuels à la BNB dans les six mois de la clôture de l'exercice social et dans les trente jours de leur approbation	solidarité de droit	le préjudice subi par les tiers en liaison causale avec l'absence ou le retard dans le dépôt des comptes annuels	le lien causal entre la présentation tardive ou le défaut de dépôt des comptes annuels et le préjudice subi par les tiers est présumé de manière réfragable

	Base légale ?	Quelle faute ?	Y a-t-il solidarité ?	Quel dommage réparable ?	Particularités ?
Procédure en cas d'opposition d'inté-rêts au sein de l'organe de gestion[22]	articles 259 et 264 (SPRL) et 523 et 529 (SA) du Code des sociétés	en cas de conflit d'intérêts dans le cadre d'une décision/opération, obtenir un avantage abusif au détriment de la société	solidarité de droit	préjudice subi par la société ou les tiers suite à la décision ou l'opération qui procure à un ou plusieurs dirigeants un avantage financier abusif au détriment de la société	si les dirigeants n'ont pas respecté la procédure légale, la décision ou l'opération peut dans certaines conditions être annulée, avec la responsabilité corrélative des dirigeants

19. La fausseté des mentions n'engage que les dirigeants de SA et SPRL, mais pas les dirigeants de SCRL, n'étant pas mentionnée à l'article 424, 3° du Code des sociétés.
20. On ajoute, pour la SA, la responsabilité *individuelle* du dirigeant qui aurait pris un engagement pour un tiers (mandat ou porte-fort) lorsque celui-ci n'est pas valable ou n'est pas ratifié dans le délai légal ; le dirigeant est réputé personnellement obligé (article 611 du Code des sociétés). Le régime est sensiblement différent pour les SPRL puisque l'article 315 n'envisage explicitement que le mandat et prévoit la responsabilité *solidaire* de *tous* les gérants pour l'engagement non valable. Rien n'est prévu dans pareille hypothèse pour les SCRL. Sur les articles 611 et 315 du Code des sociétés qui sont, à peu de choses près, les fidèles décalques respectivement des articles 459 (SA) et 231 (SPRL) du même Code, voy., pour la SA, Ch. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, t. I, Bruxelles-Gand, Librairie Judiciaire Polydore Pée, 2e éd., 1933, pp. 156-163, n° 224 ; du même auteur, dans la troisième édition, revue et mise à jour par A. Benoît-Moury et A. Grégoire, t. I, Bruxelles, éditions Swinnen, 1981, pp. 293-294, nos 489-493. Également, P. Wauwermans, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 7e éd., 1933, pp. 95-98, nos 135-139 ; L. Frédéricq, *Traité de droit commercial belge*, t. IV, Gand, Fecheyr, 1950, pp. 480-483, n° 305 ; L. Mahieu, « De la souscription d'actions par mandataire et par porte-fort, sans désignation dans l'acte de constitution de la personnalité du mandant ou du tiers », *Rev. prat. soc.*, 1903, pp.76-82. De même, en SPRL, L. Frédéricq, *Traité de droit commercial belge*, t. V, Gand, Fecheyr, 1950, pp. 899-901, n° 634 ; J. Van Houtte, *Traité des sociétés de personnes à responsabilité limitée*, t. I, Sociétés d'études morales, sociales et juridiques, Bruxelles, Larcier, 3e éd., pp. 91-96, nos 63-65. On soulignera que le défaut d'indication de la responsabilité solidaire des administrateurs, dans l'article 611 du Code des sociétés, est sans doute un regrettable oubli, qui tranche avec la formulation de l'article 459 (responsabilité solidaire des fondateurs dans une SA).
21. Pour les SA et les SCRL. Dans les SPRL par contre, seules les suites préjudiciables *immédiates* doivent être réparées, le terme *direct* étant absent de l'article 314,4° du Code des sociétés.
22. À noter que les SCRL continuent à échapper au régime applicable en cas de conflit d'intérêts.

B. Régime antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002

5. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002[23], la désignation d'une personne morale au poste d'administrateur d'une SA ou d'une SCRL[24] est une technique fréquemment utilisée pour permettre à une personne physique, véritable dirigeant de la société, d'échapper, au moins partiellement et dans certaines hypothèses, à une responsabilité personnelle. Ce stratagème lui permet, en effet, non seulement de se protéger en masquant sa responsabilité, tant vis-à-vis des actionnaires que des créanciers, mais aussi de modifier substantiellement l'appréciation des risques et de faire obstacle aux garanties d'indépendance requises des administrateurs[25].

6. Comment se répartissent les responsabilités d'administrateur entre la personne morale titulaire du mandat et la personne physique qui l'exerce concrètement avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002 ? Comme nous l'avons fait ci-avant[26], il convient de distinguer suivant que l'on envisage la responsabilité du dirigeant à l'égard de la société gérée, d'une part, ou à l'égard des tiers, d'autre part.

7. En ce qui concerne la responsabilité à l'égard de la société, deux situations doivent être envisagées.

Lorsque la société administrateur est représentée dans sa mission de gestion par son organe statutaire (conseil d'administration, administrateur délégué, tel administrateur muni d'un pouvoir spécial, ...), les actes de cet organe l'engagent directement (théorie de l'organe[27]) et il lui revient d'assumer les responsabilités d'administrateur. La personne physique ayant exercé le mandat au nom et pour compte de la personne morale échappe, quant à elle, à toute responsabilité personnelle[28], sauf si elle a commis une faute aquilienne.

---

23. À savoir avant le 1er septembre 2002.
24. Voir *supra*, n° 1 : l'exercice des fonctions de gérant d'une SPRL était autrefois expressément limité aux personnes physiques par l'article 255 du Code des sociétés ; cette exigence a été supprimée par l'article 14 de la loi du 2 août 2002 (*op. cit.*).
25. Projet de loi modifiant le code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ordin., 2000-2001, n°1211/1, pp. 9 et 11.
26. Voir *supra*, point A.
27. En vertu de cette théorie, « *les actes accomplis par ses organes sont les actes de la personne morale elle-même* » (M. Coipel, « Introduction au droit des sociétés et autres groupements », *Guide juridique de l'entreprise*, 2e édition, Livre 11.1, n° 70, p. 16 et *Droit des sociétés commerciales*, 2e édition, tome I, Bruxelles, Kluwer, 2002, n° 70, p. 62).
28. « *L'organe (...) n'assume, à aucun moment, une quelconque responsabilité puisqu'il n'est que l'interprète et n'a fait qu'exprimer la volonté de la personne morale* (...) » (S. Gilcart, « La personne morale, promotrice d'une société en formation », note sous J.P. Westerlo, 29 juin 2001, *J.D.S.C.*, 2003, n° 469, p. 76, et spéc. p. 89).

l'article 314,4° du Code des sociétés.
22. À noter que les SCRL continuent à échapper au régime applicable en cas de conflit d'intérêts.

Lorsque la société administrateur est représentée dans sa mission de gestion par un mandataire de son choix[29] élu par son assemblée générale[30], le partage des responsabilités entre la société administrateur et la personne physique qui exerce effectivement le mandat devrait se régler selon les dispositions du Code civil relatives au mandat, et plus particulièrement à la substitution de mandataire[31-32] : la société administrateur n'est responsable que si elle n'avait pas le pouvoir de se substituer quelqu'un ou si, ayant ce pouvoir, elle a choisi une

29. Autre que son organe.

30. À condition que les statuts de la société administrée l'autorisent ou que l'assemblée générale de la société administrée l'accepte expressément ou tacitement. On rappelle en effet que la mission de gérer une société commerciale fait l'objet d'un mandat, contrat *intuitu personae* ; le mandataire ne peut en principe confier l'exercice de son mandat à un tiers, à moins d'y être autorisé. Voir sur ce point O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 63 et 64.

31. Articles 1984 à 2010 du Code civil relatifs au contrat de mandat, et tout spécialement article 1994 du Code civil relatif à la substitution de mandataire. Voir sur cette question les nombreux écrits d'O. RALET : « L'exercice d'un mandat d'administrateur par une personne morale – questions de responsabilité », *D.A.O.R.*, liv. 27, p. 11 ; *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 65 ; « L'administrateur personne morale et le mandataire substitué », *R.P.S.*, 1994, pp. 465-468. Voir également sur la question plus générale du mandat en droit des sociétés, S. GILCART, « La société en formation et la représentation en droit des sociétés », note sous J.P. Westerlo, 3 novembre 2000, *J.D.S.C.*, 2003, n° 468, pp. 68-73.

32. À moins qu'une faute aquilienne ait été commise ; dans ce cas l'auteur, personne physique ou société, doit répondre personnellement du dommage causé par sa faute aquilienne. On notera cependant que par un arrêt du 16 février 2001 (Cass. (1re ch.), RG C.99.0477.N, 16 février 2001 (S.P.R.L. ONYX / D.), http ://www.cass.be (18 mai 2004) ; *Arr. Cass.*, 2001, liv. 2, p. 303 ; *Huur*, 2002, liv. 2, p. 107 ; *J.D.S.C.*, 2002 (abrégé), p. 116 et note P. KILESTE et C. BERTSCH ; *Pas.*, 2001, liv. 2, p. 301 ; *R.W.*, 2002-03, liv. 9, p. 340 ; *Res Jur. Imm.*, 2001, 123 ; *Rev. prat. soc.*, 2001, liv. 4, p. 348 ; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 698 et note C. GEYS), la Cour de cassation a remis en cause cette opinion traditionnelle en ce qui concerne la faute précontractuelle. La Cour précise en effet que lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute ne constituant pas un délit au cours de négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute engage non pas la responsabilité de l'administrateur ou du mandataire mais celle de la société ou du mandant sur la base de l'article 1992 du Code civil. Cette jurisprudence peut-elle être étendue à d'autres hypothèses que la faute précontractuelle ? Dans un jugement du 25 juin 2002 relatif à la responsabilité des dirigeants d'une société commerciale, la 4e chambre du Tribunal de commerce de Hasselt (*T.R.V.*, 2003, liv. 1, p. 81, note J. VANANROYE et *J.D.S.C.*, 2004, note M.A. DELVAUX intitulée « c'est pas (que) moi, c'est (aussi) lui ! – Les fautes concurrentes, la responsabilité solidaire ou in solidum, l'intervention d'un garant : autant de voies utiles au fautif pour limiter sa part de responsabilité et la facture finale ? », à paraître) a déduit de l'arrêt de cassation précité que les organes en général ne sont plus responsables sur le plan extra-contractuel des actes posés en exécution de leur mandat, en citant à l'appui de cette thèse CORNELIS et CLAEYS (« De burgerlijke aansprakelijkheid van de bedrijfsjurist en van zijn onderneming », *Le droit des affaires en évolution. Les responsabilités de l'entreprise*, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Kluwer, Anvers, 2001, p. 48, n° 44). On note qu'un appel a été interjeté contre cette décision. Nous n'avons pas encore connaissance de l'arrêt qui est ou sera rendu en cette affaire au jour où nous écrivons ces lignes. Nous préférons être prudents et ne pas donner une interprétation extensive à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2001, qui apparaît comme une limite, à entendre strictement, au principe de la responsabilité personnelle du mandataire ou de l'organe pour sa faute aquilienne.

personne notoirement incapable ou insolvable[33] ; la société administrateur peut également voir sa responsabilité engagée si elle a manqué à son obligation de surveiller et d'assister son mandataire substitué[34]. En outre, la société gérée peut en toute hypothèse engager la responsabilité du mandataire substitué personne physique par le biais d'une action directe[35].

8. Cette application de la substitution de mandataire à l'hypothèse où la société administrateur désigne un mandataire pour exercer sa mission de gestion est toutefois controversée, non seulement sur le plan des principes, mais également sur le plan des conséquences, jugées inadmissibles[36].

Sur le plan des principes, lorsque l'on considère que la société administrateur est un *organe* de la société administrée, son choix d'un mandataire pour exercer la mission de gestion s'identifie à un choix fait par la société gérée, qui est le mandant direct, et sans substitution[37]. En outre, certains auteurs considèrent qu'il ne peut y avoir substitution de mandat que si le mandataire « substitué » est informé qu'il agit directement au nom et pour le compte du mandant originaire, à savoir la société administrée. À défaut, il n'y a qu'un « simple » mandat de la société administrateur à la personne physique qui exerce la mission de gestion[38]. Dans les deux cas précités, il n'y a qu'un mandat simple, tantôt de la société administrée à la personne physique, tantôt de la société administrateur à la personne physique, mais aucune substitution de mandat.

Sur le plan des conséquences, on imagine difficilement comment un administrateur, fût-il une société, puisse se décharger entièrement de sa responsabilité de gestion et éviter l'application du régime de responsabilité défini, de manière

33. En pratique, on constate que souvent la société gérée exige que la société administrateur soit représentée par son organe (interdiction de toute substitution), ou précise à tout le moins l'identité de la personne qui pourra être désignée pour représenter la société administrateur.
34. Voir à ce sujet P. Wéry, « L'huissier de justice et la substitution de mandataire », *R.G.D.C.*, 1998, pp. 316 et s. et les références citées et I. Corbisier, « Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale », *R.P.S.*, 1994, pp. 101 et s.
35. Article 1994, alinéa 2 du Code civil. « *À moins*, souligne O. Ralet (« L'exercice d'un mandat d'administrateur... », *op. cit.*, p. 13), *que la personne administrateur ait choisi comme mandataire substitué un de ses employés, l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 immunisant alors celui-ci sauf pour sa faute légère habituelle* ».
36. Voir S. Gilcart qui résume la controverse in « La personne morale, promotrice d'une société en formation », note sous J.P. Westerlo, 29 juin 2001, *J.D.S.C.*, 2003, pp. 76-93 et spécialement pp. 86 à 88.
37. P. Wéry, « Le mandat », *Rép. not.*, t. IX, liv. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 179, n° 128 cité par S. Gilcart, « La personne morale, promotrice d'une société en formation », *op. cit.*, p. 88.
38. Voir sur ce point P. A. Foriers, « Observations sur l'article 1994 du Code civil et l'action directe née de la substitution », note sous Cass., 16 décembre 1977, *R.C.J.B.*, 1981, p. 469 et I. Corbisier, « Quelques réflexions... », *op. cit.*, pp. 90 et s. et les références citées et « Observations », *R.P.S.*, 1994, pp. 471-473 ; *contra* : O. Ralet, « L'administrateur personne morale et la mandataire substitué », *R.P.S.*, 1994, pp. 465-468 et les nombreuses références citées.

impérative (voire d'ordre public[39]), par le Code des sociétés en se prévalant de la substitution de mandat.

9. A l'égard des tiers, c'est la société administrateur qui assume la responsabilité pour violation du Code ou des statuts ; la personne physique ayant exercé concrètement le mandat, qu'elle soit organe ou mandataire, échappe à toute responsabilité. Quant à la responsabilité aquilienne[40], c'est aussi bien la personne physique qui exerce la mission d'administrateur que la société administrateur (à laquelle on peut éventuellement reprocher son mauvais choix ou sa mauvaise surveillance de son représentant) qui peuvent voir leur responsabilité engagée.

10. Les tiers peuvent enfin engager la responsabilité de la personne morale administrateur en sa qualité de commettant pour la faute de son préposé, sur pied de l'article 1384, alinéa 3 du Code civil.

11. Quels que soient le fondement de la responsabilité et le titulaire de l'action, si la personne physique qui exerce concrètement la mission de gestion est un employé de la société administrateur[41], on peut se demander si elle bénéficie de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail. Peut-on cumuler la qualité de *mandataire* de la société et celle d'employé, avec l'immunité corrélative ? La question est controversée[42] mais déborde notre propos.

12. Il n'est pas inintéressant enfin de se demander si la personne physique qui n'est pas un organe de la société administrateur peut voir sa responsabilité engagée en qualité *d'administrateur de fait*. Selon P. Van Ommeslaghe et

39. Voir, par exemple, *R.P.D.B.*, V° *Sociétés anonymes*, t. XII, Bruylant, Bruxelles, 1951, p. 409 et RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, 3e édition, Bruxelles, Swinnen, 1982, n° 941, p. 185 cité par O. RALET, *Responsabilités ..., op. cit.*, p. 245, note 479. La doctrine est divisée sur le point de savoir si les dispositions relatives à la responsabilité des administrateurs doivent ou non se voir reconnaître un caractère d'ordre public. Il est vrai que le respect des droits des créanciers pourrait apparaître comme un principe général de droit privé considéré comme fondamental dans l'organisation économique et sociale de la société belge, et partant comme étant d'ordre public (voir notamment l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 31 mai 1990 considérant que sont entachées de fraude et dès lors frappées de nullité absolue les conventions entre une société mère et sa filiale en vue d'organiser la spoliation de la filiale, *in J.T.*, 1991, p. 45). Ce débat déborde notre propos et exclut qu'on s'y arrête.

40. On renvoie à la note 12 et à la remarque relative à l'arrêt nébuleux de la Cour de cassation du 7 novembre 1997 (*op. cit.*) ; on renvoie également à la note 32 relative à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2001 (*op. cit.*), dont on ignore s'il peut être interprété de manière extensive.

41. On ne pourrait évidemment imaginer que la personne physique soit un employé de la société *administrée*, le lien de subordination à l'égard de cette société excluant l'indépendance nécessaire à l'exercice de la mission de gestion.

42. Voir notamment O. RALET *in* « L'exercice d'un mandat d'administrateur... », *op. cit.*, p. 12 et les références citées.

X. Dieux, pour être qualifiée de mandataire de fait, « *il faut que, sans avoir été régulièrement investie des pouvoirs nécessaires à cette fin, la personne à laquelle on prétend attribuer cette qualité se soit effectivement comportée comme un administrateur, en prenant, seule ou avec d'autres, des décisions ressortissant à l'administration de la société au sens de l'article 54 des lois coordonnées* (devenu 522 du Code des sociétés), *que seul l'organe d'administration aurait pu prendre. Il faut en outre que, par leur répétition ou en raison de toutes autres circonstances spécifiques à constater par le juge, ces décisions impliquent l'existence dans le chef de la personne en cause de la véritable maîtrise des affaires sociales, en fait* »[43]. O. Poelmans distingue plus systématiquement deux conditions nécessaires à la qualification d'administrateur de fait, la seconde n'étant pas envisagée par les auteurs précédents[44] :

- l'exercice d'une activité de gestion et l'(auto-)appropriation de pouvoirs permettant de disposer du sort commercial et financier de l'entreprise ;
- l'exercice de cette activité en totale indépendance.

En principe, la personne physique qui exerce la mission de gestion de la société le fait au nom et pour le compte de son mandant, auquel elle doit rendre compte. Sauf cas exceptionnels, elle ne dispose dès lors pas d'une totale indépendance et d'une souveraineté de décision, ce qui rend délicate son assimilation à un administrateur de droit.

Dans le cadre de l'action en comblement de passif, par contre, « *toute personne qui, à quelque titre que ce soit, a pu intervenir positivement dans la gestion de la société et à laquelle peut être imputée une faute grave et caractérisée ayant conduit à la faillite* » peut voir sa responsabilité engagée, ce qui peut inclure, dans certaines hypothèses, la personne physique exerçant la mission de gestion[45].

13. On note pour conclure que, dès avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002, les statuts de la société administrée ou l'acte de nomination de l'administrateur personne morale prévoyaient déjà fréquemment l'obligation expresse pour l'administrateur de désigner une personne physique chargée d'exercer le mandat d'administrateur en son nom et pour son compte.

---

43. P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, « Les sociétés commerciales - examen de jurisprudence (1979-1990) », *R.C.J.B.*, 1993, p. 793, n° 130.
44. O. Poelmans, « L'affaire des 'Forges de Clabecq' et le droit de la faillite », note sous Bruxelles (8e ch.), 01/03/1997, *D.A.O.R.*, n° 43, p. 78. Voir également M. Dony, « La responsabilité des pouvoirs publics en cas d'intervention dans une entreprise en difficultés », *J.T.*, 1990, p. 670.
45. En ce sens, O. Ralet, *Responsabilités ...*, *op. cit.*, p. 181 et O. Ralet, « L'exercice d'un mandat d'administrateur... », *op. cit.*, p. 13.

C. Régime actuel

14. L'article 2 de la loi du 2 août 2002 introduit un second paragraphe à l'article 61 du Code des sociétés[46] prévoyant expressément que la personne morale administrateur d'une société[47] doit désigner un représentant permanent, personne physique chargée de l'exécution de cette mission pour ses nom et compte[48]. Cette personne encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que si elle exerçait cette mission en nom et pour compte propres, sans préjudice de la responsabilité solidaire[49] de la personne morale représentée.

La protection des tiers est ainsi élargie puisqu'ils peuvent réclamer l'intégralité de leur dommage soit à la personne morale administrateur, soit à la personne physique exerçant la mission de gestion. En outre, le sens des responsabilités de la personne physique qui exerce le mandat de gestion est accru.

À noter toutefois que si le représentant est un employé de la société, il ne pourra voir sa responsabilité personnelle engagée qu'en cas de faute volontaire, de faute grave ou de faute légère habituelle[50]. Dans cette hypothèse, la personne

---

46. L'article 61, § 2 du Code des sociétés est formulé comme suit : « *Lorsqu'une personne morale est nommée administrateur, gérant ou membre du comité de direction, celle-ci est tenue de désigner parmi ses associés, gérants, administrateurs ou travailleurs, un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale. Ce représentant est soumis aux mêmes conditions et encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente. Celle-ci ne peut révoquer son représentant qu'en désignant simultanément son successeur. La désignation et la cessation des fonctions du représentant permanent sont soumises aux mêmes règles de publicité que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propres. Le représentant permanent de la personne morale qui est administrateur ou gérant et associé dans une société en nom collectif, une société en commandite simple, une société coopérative à responsabilité illimitée ou dans une société en commandite par actions, ne contracte toutefois aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société dans laquelle la personne morale est administrateur ou gérant et associé.* »
47. Qu'il s'agisse de l'administrateur de SA, du gérant de SPRL ou de SCRL, ou du membre du comité de direction d'une SA. Par contre, la personne morale déléguée à la gestion journalière ne doit pas désigner un représentant permanent (*Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin., 2001-2002, n° 1211/14, pp. 241 et 244).
48. Sur les particularités du représentant permanent (identité, conditions de permanence et de publicité, désignation, révocation, rôle, décharge, ...), nous renvoyons à l'article détaillé de O. Caprasse intitulé « Personne morale administrateur et comité de direction » publié dans *D.A.O.R.*, 2002/64, pp. 328-333.
49. A noter que la solidarité vise uniquement la responsabilité civile, et non la responsabilité pénale qui ignore cette notion.
50. Article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail. Les travaux préparatoires indiquent que la loi nouvelle ne porte pas atteinte aux règles de responsabilité appliquées dans le droit du travail, et citent précisément l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 ; la personne morale administrateur reste, quant à elle, responsable pour l'ensemble du dommage dans cette hypothèse du représentant permanent sous contrat d'emploi avec elle (*Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin., 2001-2002, n° 1211/1, pp. 11-12).

morale demeure responsable tant en sa qualité d'administrateur que d'employeur sur pied de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil.

15. L'objectif poursuivi par les auteurs de la loi « *corporate governance* » est d'éviter qu'une personne physique puisse échapper totalement à sa responsabilité de dirigeant, ou à tout le moins rendre plus complexe la mise en cause de sa responsabilité, par le biais de la désignation, au poste d'administrateur, d'une société qu'elle contrôle plutôt que d'elle-même directement[51].

Désormais, peu importe que l'exercice du mandat d'administrateur soit effectivement exercé par un organe de la personne morale administrateur ou par un mandataire spécial. Chacun encourt en effet les mêmes responsabilités civiles[52] et pénales[53] que s'il exerçait la mission en son nom propre et pour son compte.

16. A première vue, l'intérêt d'administrer une société par le biais d'une personne morale afin de masquer sa responsabilité personnelle semble avoir disparu avec l'entrée en vigueur du nouveau régime.

Toutefois, il semble que cette affirmation doit être nuancée, certaines situations permettant encore aux personnes physiques de « se cacher » derrière une personne morale pour échapper aux responsabilités de dirigeant. Deux hypothèses doivent être envisagées.

D'une part, la loi du 2 août 2002 est entrée en vigueur le 1er septembre 2002. En l'absence de disposition transitoire particulière relative à l'article 2 de la loi[54], et conformément au droit commun, cette loi nouvelle s'applique immédiatement et sans rétroactivité. Le régime antérieur décrit sub. B. reste en vigueur pour les actes et omissions fautifs antérieurs à cette date. On rappelle à cet égard qu'en vertu de l'article 198, alinéa 4 du Code des sociétés, la responsabilité des administrateurs, quel que soit son fondement juridique[55], se prescrit par cinq ans à compter du fait dommageable ou de la découverte de celui-ci lorsqu'il a été celé par dol[56]. Le régime antérieur à la réforme « *corporate governance* » risque dès lors de survivre encore quelques temps.

---

51. *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin., 2001/2001, n° 1211/001, pp. 9, 11 et 12.
52. Que ce soit pour faute de gestion, violation du Code ou des statuts, responsabilité aquilienne.
53. Voir ci-après, au point II.
54. Le chapitre IV de la loi consacré aux dispositions transitoires règle l'entrée en vigueur de certains articles parmi lesquels ne figure pas l'article 2.
55. J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, t. I, 1ère éd., 1954, n° 636, p. 405. O. Ralet ajoute que si la faute commise constitue une infraction pénale, l'article 26 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle reste d'application, ce qui signifie que l'action civile ne pourra pas être prescrite avant l'action pénale (O. Ralet, *Responsabilités ..., op. cit.*, pp. 128-129 et 324 à 327).
56. Et ceci même si la dissimulation n'est pas imputable au dirigeant concerné (Bruxelles, 28 septembre 1966, *J.T.*, 1967, p. 97 et note J. J. Stryckmans). Si la responsabilité du dirigeant est fondée sur un ensemble de faits ayant tous concourus à la survenance du dommage, la prescription ne prend cours qu'à dater du dernier fait (Bruxelles, 19 mars 1968, *Pas.*, 1968, →

D'autre part, et de manière plus générale, l'article 61, §2 du Code des sociétés qui oblige la personne morale administrateur à désigner un *représentant permanent* ne prévoit pas de sanction spécifique en cas de non respect de ce prescrit. Il est tout à fait possible qu'en pratique, certaines sociétés négligent de désigner un représentant permanent, ce qui engage leur responsabilité pour violation de la loi, mais pourrait éviter à la personne physique exerçant le mandat d'administrateur de voir sa responsabilité personnelle engagée[57]. En effet, l'article prévoit que le *représentant permanent* est soumis à la même responsabilité que s'il exerçait le mandat d'administrateur en son nom propre. Si la personne physique qui exerce le mandat de gestion au nom de la société administrateur n'a pas été désignée *représentant permanent* conformément à l'article 61, §2, on pourrait soutenir que la responsabilité y définie ne peut lui être appliquée.

En ce sens, le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002 conserve un intérêt certain pour la personne physique administrateur qui souhaite limiter sa responsabilité.

II. LA RESPONSABILITE PENALE DE L'ADMINISTRATEUR PERSONNE MORALE

« *societas delinquere potest et... puniri potest !* »

17. La loi du 4 mai 1999[58], entrée en vigueur le 2 juillet 1999, a totalement bouleversé le régime — et plus précisément la sanction — des infractions commises par des sociétés commerciales, en réintroduisant un article 5 dans le Code pénal[59].

Auparavant, le Ministère public devait rechercher la personne physique[60]

→ II, p. 180 ; J. Van Ryn et P. Van Ommeslaghe, « Les sociétés commerciales - examen de jurisprudence (1972-1978) », *R.C.J.B.*, 1981, p. 392, n° 67).

57. Dans les limites définies *supra*, au point B.

58. Loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, *M.B.*, 22 juin 1999, pp. 23411 et s.

59. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, la jurisprudence considérait que si la personne morale pouvait commettre par elle-même une infraction, elle ne pouvait par contre se voir infliger une quelconque sanction pénale (voir Cass. 08/04/1946, *Pas.*, 1946, I, p. 136 ; cette jurisprudence a été répétée dans maints arrêts ultérieurs, dont notamment Cass., 16/12/1948, *Pas.*, 1948, I, p. 723 ; *J.T.*, 1949, p. 148 et note de Cyr. Cambier ; Cass., 12/06/1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1179 ; Cass., 10/10/1979, *Pas.*, 1980, I, p. 177 ; Cass., 25/04/1989, *Pas.*, 1989, I, p. 884 ; Cass., 23/05/1990, *Pas.*, 1990, p. 1083). Un des objectifs du législateur de 1999 était de lutter contre la criminalité organisée : il était autrefois délicat de s'y attaquer « *en raison de l'impossibilité d'engager des poursuites pénales contre des personnes morales, ce qui assure souvent l'impunité de certains comportements criminels, malgré les troubles sociaux et économiques souvent très graves qu'ils provoquent* » (*Doc. parl.*, Chambre, sess. ordin., 1998-1999, n° 2093/5, p. 2).

60. A l'exception des hypothèses limitées dans lesquelles la loi elle-même désigne l'agent responsable de l'infraction, comme nous l'examinerons ci-après au point C. (R. Legros parle « d'attribution →

(l'organe, le préposé ou le gérant de fait) par l'intermédiaire de laquelle la société avait agi (infraction positive) ou aurait dû agir et s'était fautivement abstenue de le faire (infraction d'omission) afin qu'elle supporte la répression[61]. Désormais, la loi assimile sur le plan pénal les personnes morales aux personnes physiques. Par conséquent, la personne morale est un sujet de droit qui peut commettre une infraction par elle-même et être responsable pénalement, indépendamment des personnes physiques qui la composent.

18. Dans le cadre de l'étude de la responsabilité pénale des sociétés administrateurs de SA, SPRL et SCRL, il nous appartient tout d'abord de rappeler brièvement le régime mis en place par la loi du 4 mai 1999 sur la responsabilité pénale des personnes morales (A). Nous nous attarderons ensuite sur deux questions particulières : d'une part, nous relèverons les sanctions pénales spécifiques aux administrateurs définies par le Code des sociétés (B) ; d'autre part, nous examinerons l'avenir du mécanisme de l'imputabilité légale des infractions à la suite de l'entrée en vigueur du régime de responsabilité pénale des personnes morales (C).

→ légale », *in* « Imputabilité pénale et entreprise économique », *R.D.P.*, 1968-1969, pp. 374-378). Pour découvrir la personne physique à laquelle l'infraction était imputable, le juge examinait notamment l'organigramme et les statuts de l'entreprise afin de cibler la répartition des compétences entre les divers protagonistes ; l'infraction ne pouvait toutefois être imputée à une personne physique uniquement en raison de la fonction qui lui était confiée par la loi ou les statuts.

61. À noter que sur le plan civil, le juge ne devait pas identifier l'individu intervenu dans l'infraction, puisqu'il se contentait de considérer que c'était la personne morale qui en était l'auteur et devait donc indemniser la victime. L'action civile fondée sur une infraction pénale était dès lors valablement dirigée contre la personne morale, et ne devait pas être introduite contre ses dirigeants. La personne morale pouvait en effet être déclarée auteur d'un délit, même si elle n'encourait pas la sanction pénale prévue (voir, par exemple, Trib. trav. Liège, 16 mars 1999, *Chron. dr. soc.*, 2000, p. 91 et note, en matière de défaut de paiement des primes de fin d'année). La personne morale pouvait éventuellement, par la suite, se retourner contre l'auteur de l'infraction : « *Les personnes morales ne peuvent être coupables, puisque leur volonté fait défaut. Mais la responsabilité civile, imposée par la loi, dans l'intérêt des personnes lésées, aux êtres juridiques, n'est pas une obligation principale, comme celle des individus qui ont causé le dommage ; elle a seulement le caractère d'un cautionnement légal ; d'où la conséquence que la communauté, qui a payé les dommages-intérêts, peut exercer son recours contre les coupables* » (J. J. Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3e éd., 1879, n° 267, cité par J. Verhaegen, « Responsabilité pénale des personnes morales », *Ann. dr.*, 1983, p. 67). On rappelle toutefois l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail qui exclut que le travailleur soit tenu responsable de sa faute préjudiciable, hormis s'il s'agit d'une faute lourde, d'une faute légère habituelle ou d'un dol. Cette disposition n'a évidemment aucune incidence en droit pénal.

A. Le régime mis en place par la loi du 4 mai 1999[62]

19. Les personnes morales[63] sont responsables des infractions commises pour leur compte et des infractions qui sont intrinsèquement (et non occasionnellement[64]) liées à la réalisation de leur objet ou à la défense de leurs intérêts[65], conformément à l'alinéa 1er de l'article 5 du Code pénal. Peu importe qu'un profit matériel soit tiré de l'infraction.

Il ne s'agit pas d'une responsabilité objective, liée à la simple matérialité des faits, puisqu'il convient que l'infraction soit « *rapportée* » aux instances dirigeantes de la société pour lui être imputable[66].

Le régime mis en place ne fait pas disparaître toute responsabilité pénale de la personne physique délinquante au sein d'une société commerciale. Le législateur a cependant souhaité limiter les situations de « double responsabilité pénale » et privilégier une responsabilité pénale *alternative*. Dans ce but, l'alinéa 2 de l'article 5 instaure un régime complexe de *cumul* ou d'*absence de cumul* des responsabilités pénales de la société et de la personne physique, variant selon que l'infraction commise l'a été sciemment et volontairement, ou involontairement.

Ce mécanisme de cumul éventuel des responsabilités pénales s'applique lorsque la responsabilité de la société est engagée *exclusivement*[67] en raison de

62. Les questions des sanctions mises en place, de la procédure pénale adaptée et du droit transitoire, si passionnantes soient-elles, ne seront pas envisagés ici à défaut de place.
63. Dans la suite du texte, nous parlerons généralement des sociétés commerciales, puisqu'elles occupent notre réflexion. Ne perdons cependant pas de vue que le champ d'application de la loi du 4 mai 1999 est bien plus large, puisqu'il englobe les asbl, fondations, établissements d'utilité publique, régies, entreprises publiques autonomes, ...
64. *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin., 1998-1999, n° 2093/5, p. 26.
65. Ne sont donc pas visées les infractions que commet *pour son propre compte* une personne physique qui *utilise* la structure juridique de la personne morale (exemple : un employé de banque se sert des données informatiques dont il dispose par sa profession pour détourner des fonds dans son intérêt personnel).
66. Selon l'exposé des motifs du projet de loi, « *il devra être établi soit que la réalisation de l'infraction découle d'une décision intentionnelle prise au sein de la personne morale, soit qu'elle résulte, par un lien de causalité déterminé, d'une négligence au sein de la personne morale. On vise par exemple l'hypothèse où une organisation interne déficiente de la personne morale, des mesures de sécurité insuffisantes ou des restrictions budgétaires déraisonnables ont créé les conditions qui ont permis la réalisation de l'infraction* » (*Doc. Parl.*, Sénat, sess. ordin., 1998-1999, n° 1217/1, p. 4).
67. On peut se demander quand la responsabilité de la personne morale est engagée *exclusivement* par une personne physique. Comme le souligne Adrien Masset (in « La responsabilité pénale dans l'entreprise », *Guide juridique de l'entreprise*, 2e édition, Livre 119.3, p. 22 et *Droit des sociétés commerciales*, tome II, 2e édition, 2002, p. 936), il existe « *une contradiction* in terminis *puisque les règles du cumul prennent place, selon l'expression même de la loi, lorsque la responsabilité pénale de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée ; 'cumul' et 'exclusivement' sont évidemment antinomiques* (...) ». On pourrait toutefois considérer qu'il n'existe aucune contradiction dans les termes puisque le début de l'article 5 alinéa 2 vise l'intervention d'une personne physique, et donc *l'acte*, tandis que la suite du texte vise *la faute* de la personne physique, notion distincte.

l'intervention (acte positif ou omission) d'une personne physique *identifiée*. Ce champ d'application strictement défini exclut les infractions commises suite à la décision d'un organe collégial[68], les hypothèses dans lesquelles les faits rendent impossible l'identification d'une personne physique[69] et les hypothèses d'imputation légale[70] ; dans ces trois cas de figure, seul l'alinéa 1 de l'article 5 du Code pénal instaurant le principe général de la responsabilité pénale de la société trouve à s'appliquer ; aucun cumul avec la responsabilité pénale d'une personne physique n'est envisageable.

Il n'est pas nécessaire que soit établie à la charge de la société une faute *distincte* de celle de son « représentant »[71] pour que sa responsabilité soit engagée.

Le régime mis en place prévoit deux solutions différentes :

- si la personne physique a commis la faute *sciemment et volontairement*, le juge a le choix de condamner soit uniquement la société, soit les deux concomitamment[72] ;
- si la personne physique a commis l'infraction *involontairement*, par négligence ou abstention coupable, le juge condamne exclusivement l'auteur de la faute la plus grave[73], soit la personne physique, soit la société ; la loi créée donc une cause d'excuse absolutoire pour l'auteur de la faute la moins grave, dans le respect de l'article 78 du Code pénal.

Afin de clarifier les solutions, on peut utilement schématiser les règles qui précèdent comme suit :

- la personne physique *est seule* condamnée si elle s'est servi de la société pour commettre une infraction pour son compte personnel[74],

---

68. À moins que la décision ait fait l'unanimité ou que les votes soient identifiés.
69. Par exemple, une infraction de roulage commise au moyen d'une voiture de société lorsque la société dispose d'un important parc automobile et ne peut identifier quelle personne utilise à quel moment précis quel véhicule. Les travaux préparatoires citent quant à eux l'exemple du recours systématique à des faux, au sein d'une organisation, sans pouvoir identifier la personne qui a matériellement écrit le document. « *Par les circonstances de fait (multiplication des faux dans le temps et le nombre), le juge peut être convaincu qu'il s'agit d'une pratique de la personne morale même. Il n'est pas nécessaire de constater que telle personne identifiée a matériellement établi le document en question* » (*Doc. Parl.*, Sénat, sess. ordin., 1998-1999, Rapport au Roi, n° 1217/6, p. 9).
70. Cette question de l'imputation légale sera examinée au point C. ci-après.
71. Cette notion de représentant ne doit pas être entendue au sens particulier du droit des sociétés (le gérant, l'administrateur de droit ou de fait) ; est visée ici la personne physique qui est matériellement l'auteur de l'infraction au sein de la personne morale.
72. Sur la légalité du mode potestatif (le juge *peut* condamner la personne physique en même temps que la personne morale) utilisé par la loi, voir l'arrêt de la Cour d'arbitrage n°128/2002 du 7 juillet 2002 (http ://www. arbitrage.be, *M.B.*, 13 novembre 2002, p. 51012, *J.T.T.*, 2003, liv. 857, p. 206, *R.W.*, 2002-2003, liv. 39, p. 1541, *J.D.S.C.*, 2003, p. 267 et note M.A. DELVAUX « *L'éventuelle inconstitutionnalité de la loi du 4 mai 1999* »).
73. Sur la légalité de l'utilisation d'un concept flou (faute *la plus grave*), voir l'arrêt de la Cour d'arbitrage n°128/2002 du 7 juillet 2002 précité.
74. L'alinéa 1er de l'article 5 du Code pénal prévoit en effet que la responsabilité de la personne →

- la société *est seule* condamnée si aucune personne physique n'est identifiée comme auteur de l'infraction[75],
- la société *est* acquittée si la personne physique identifiée a agi involontairement et que le juge considère la faute de la personne physique comme plus grave que celle commise par la société,
- la personne physique identifiée *est* acquittée si elle a agi involontairement et que le juge considère la faute de la société comme plus grave que celle commise par la personne physique,
- la personne physique identifiée *peut être* acquittée si elle a commis l'infraction sciemment et volontairement, selon appréciation du juge[76].

20. Le nœud gordien du régime de cumul ou décumul mis en place réside dans le caractère volontaire ou non de la commission de l'infraction par la personne physique. Deux théories, l'une qualifiée d'abstraite et l'autre de concrète, s'opposent quant à l'appréciation de cet élément moral de l'infraction[77].

Si on privilégie l'élément moral exigé par l'incrimination légale (théorie abstraite), alors le cumul des responsabilités de la société et de la personne physique n'est envisageable que pour les infractions volontaires, à savoir lorsque la loi exige un dol, ce qui constitue le *quod plerumque fit*.

Si on privilégie l'élément moral tel que constaté dans la réalité des faits (théorie concrète), alors le cumul des responsabilités de la société et de la personne physique est envisageable chaque fois que le juge constate que la personne a agi sciemment et volontairement *in concreto*, sans se préoccuper de l'éventuelle exigence formulée par le texte légal en ce qui concerne l'intention de l'auteur de l'infraction.

→ morale ne peut être engagée que si l'infraction a été commise pour son compte ou qu'elle est intrinsèquement liée à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts.

75. L'alinéa 2 de l'article 5 du Code pénal prévoit en effet que le cumul des responsabilités pénales de la personne morale et de la personne physique n'est envisageable que si la responsabilité de la personne morale est engagée par l'intervention d'une personne physique *identifiée*.

76. On constate un effet pervers du régime nouveau qui permet l'acquittement de prévenus pourtant reconnus coupables. Ainsi, pour les infractions intentionnelles, l'acquittement d'une personne physique est possible selon l'appréciation du juge et malgré que les éléments infractionnels soient établis dans son chef ; pour les infractions non intentionnelles, un des prévenus, personne physique ou société, sera nécessairement acquitté, malgré sa négligence fautive, au motif que sa faute est moins grave que celle de l'autre prévenu. Ce régime ne va-t-il pas conduire au développement d'un sentiment d'impunité chez les personnes physiques œuvrant au sein d'une société commerciale ? Ne va-t-il pas également influencer le choix de certains de créer une société, permettant dans certaines hypothèses une impunité pénale, plutôt que de développer leur activité commerciale en personne physique et d'être soumis sans exception au droit pénal ?

77. Voir un jugement qui présente de manière très didactique ces deux théories : Corr. Anvers, 1ère ch. C., 19 novembre 2001, *T.M.R.*, 2002, liv. 3, p. 290 et *J.D.S.C.*, 2003, p. 281 et note M.A. DELVAUX. Voir également sur cette question Adrien MASSET, « La responsabilité pénale dans l'entreprise », *Guide juridique de l'entreprise*, 2e édition, Livre 119.3, pp. 22 à 25 et *Droit des sociétés commerciales*, tome II, 2e édition, 2002, pp. 936 à 939.

Selon cette seconde théorie, majoritaire[78], des infractions non intentionnelles selon le législateur (infractions d'imprudence ou de négligence) peuvent conduire au cumul des responsabilités si le juge constate que leur auteur a consciemment et volontairement manqué de prévoyance et de précaution.

21. L'article 61, §2 du Code des sociétés, introduit par la loi du 2 août 2002[79], déroge au régime de cumul/décumul des responsabilités pénales de la société commerciale d'une part, de la personne physique d'autre part, instauré par le nouvel article 5, alinéa 2 du Code pénal.

Comme nous l'avons indiqué[80], cette disposition établit notamment que le représentant permanent de la société administrateur d'une autre société encourt les mêmes responsabilités sur le plan pénal que s'il exerçait lui-même la mission de gestion en nom et pour compte propres. Il peut donc être poursuivi pénalement pour une infraction commise involontairement alors même qu'il n'a pas commis la faute la plus grave, et pour une infraction commise sciemment et volontairement, sans que le juge n'ait le choix de ne condamner qu'une des deux personnes, la société administrateur ou son représentant permanent.

Le texte légal invite à considérer le représentant permanent comme l'auteur direct de l'infraction, indépendamment de la société administrateur qui l'a désigné. Ce nouveau régime instauré par l'article 61, §2 du Code des sociétés aggrave substantiellement la responsabilité de la personne physique agissant dans le cadre d'une société commerciale, puisque l'application de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal lui permettait auparavant, dans de nombreuses hypothèses[81], d'échapper à toute responsabilité pénale.

22. Ce nouveau régime aggrave, selon nous, de la même façon la responsabilité pénale de la société administrateur. Il semble en effet difficile d'admettre que

78. Voir notamment B. Bilquin et A. Braem, « Responsabilité pénale des personnes morales », *in Manuel de droit pénal et de procédure pénale*, Supplément 5, février 2003, Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 107-108 et 113-114 ; A. De Nauw en F. Deruyck, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, *R.W.*, 1999-2000, p. 906 ; J. Messine, « Propos provisoires sur un texte curieux : la loi du 4 mai 1999 instituant la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. dr. pén.*, 2000, pp. 650-654 ; F. Kefer, « La responsabilité pénale de la personne morale : une réponse de plus à la délinquance d'entreprise », *in* X., *Le point sur le droit pénal*, Formation permanente CUP, n° 37, février 2000, pp. 26-28 et 36 ; Ch. Vanderlinden, « La loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales et le droit pénal social », *Rev.dr.pén.*, 2000, pp. 667-668 ; Ph. Traest, « De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de straftrechtelijke verantwoordelijheid van rechtspersonen, *T.R.V.*, 1999, pp. 466-469 ; M. G. Faure, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de onderneming », *T.P.R.*, 2000, vol. II, n° 29 et 30, pp. 1331-1335 ; P. Waeterinckx, « De cumulatie van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon met die van de natuurlijke persoon – art. 5, tweede lid Sw, een staaltje van onbehoorlijke regelgeving », *R.W.*, 2000-2001, n° 33, p. 1220.

79. Voir *supra*, point I.C.

80. Voir *supra*, n° 14.

81. Voir *supra*, n° 19.

l'on puisse faire, au profit de la société, une application simultanée des articles 61, §2 du Code des sociétés et 5, alinéa 2 du Code pénal.

Le premier ne vise que la personne physique, et stipule qu'elle encourt la même responsabilité pénale que si elle était elle-même l'administrateur auteur de l'infraction ; le second vise tant la personne physique que la personne morale, et organise un régime de responsabilités pénales alternatives des personnes physique et morale, un cumul étant exceptionnellement prévu.

La société commerciale administrateur ne peut, selon nous, tenter d'échapper en certaines circonstances à sa responsabilité pénale en application de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal[82]. Quel est le raisonnement suivi ? L'alinéa premier de l'article 5 du Code pénal instaure, en des termes généraux, un principe de responsabilité pénale des personnes morales. Et ce n'est que dans le cadre strict de l'alinéa second qu'une personne morale peut, dans certaines hypothèses, être acquittée malgré qu'elle ait commis une infraction.

Même si l'article 61, §2 du Code des sociétés n'en touche mot, puisqu'il réglemente le statut du représentant permanent, personne physique, tant la société administrateur que le représentant permanent doivent être envisagés comme auteurs directs de l'infraction, en leur nom propre et pour leur propre compte. Or le régime de cumul/décumul des responsabilités pénales défini à l'alinéa second de l'article 5 ne peut s'appliquer que dans l'hypothèse où une personne physique a commis une infraction *au nom et pour le compte d'une personne morale* et où les deux personnes, physique et morale, sont « *sur pied d'égalité* » au niveau de la sanction pénale, qui les touchera soit exclusivement, soit simultanément. A partir du moment où un texte légal spécifique, dans une matière particulière, établit que la personne physique doit *en tous les cas* être considérée comme auteur direct de l'infraction (et pas au nom et pour le compte de la société qui l'a désignée) et sanctionnée à ce titre (et pas sanctionnée éventuellement, dans certains conditions), le mécanisme de cumul/décumul mis en place ne peut plus s'appliquer tel qu'il a été prévu, avec la distinction entre infractions commises sciemment et volontairement par la personne physique ou non, avec l'appréciation de la gravité des fautes respectives...

Il nous semble donc, mais cette opinion est avancée « *sans filet* »[83], que le régime de l'alinéa second de l'article 5 du Code pénal ne peut être appliqué dans les relations entre la société administrateur et son représentant permanent. Dès lors, tant le représentant permanent que la société administrateur doivent être jugés, sur un plan pénal, comme les co-auteurs d'une infraction commise en leur nom propre et pour leur propre compte.

---

82. Voir *supra*, n° 19.

83. Curieusement, les travaux préparatoires de la loi du 2 août 2002 ne développent absolument pas l'aspect pénal des responsabilités et l'éventuelle dérogation à la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales. Il semble que seules les conséquences civiles de la responsabilité aient intéressé les auteurs de la loi.

Conformément au droit transitoire[84], et dans la mesure où la loi du 2 août 2002 est, sur le plan pénal, une loi moins favorable au délinquant, l'article 61, §2 du Code des sociétés ne peut s'appliquer qu'aux infractions commises à compter de son entrée en vigueur le 1er septembre 2002, sans rétroactivité.

Pour les infractions commises du 2 juillet 1999[85]. au 31 août 2002, en application de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal, ce seront tantôt la société administrateur, tantôt la personne physique qui gère en ses nom et compte, tantôt les deux, qui supporteront la sanction pénale.

B. Les sanctions pénales spécifiques aux administrateurs dans le Code des sociétés

23. Le principe de la responsabilité pénale des personnes morales est inscrit dans le Livre I du Code pénal. En vertu de son article 100, ce principe s'applique à toutes les matières pénales (droit pénal commun, fiscal, social, environnemental, ...), sauf exceptions expresses dans des lois particulières.

À côté des infractions définies par le Code pénal, dont un certain nombre sont susceptibles d'être imputées à des sociétés commerciales[86], les législations particulières assortissant de sanctions pénales leurs dispositions sont nombreuses[87]. Parmi celles-ci, le Code des sociétés occupe une place de choix et retient notre attention, puisqu'une trentaine d'articles sont consacrés à la définition d'infractions imputables spécifiquement aux dirigeants de sociétés[88].

Ainsi, les sociétés administrateurs peuvent voir leur responsabilité engagée en cette qualité pour avoir, par exemple, omis de déposer le texte intégral des statuts modifiés de la société gérée[89], omis de soumettre à l'assemblée générale les comptes annuels dans les six mois de la clôture de l'exercice[90], omis de présenter certains rapports à l'assemblée générale[91], distribué des dividendes ou tantièmes en violation du Code[92], ... Ce sont plus souvent des omissions qui sont sanctionnées, que des actions.

---

84. Article 2, du Code pénal, article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et article 15.1 du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques.
85. Date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales (voir *supra*, n° 17).
86. Ainsi la corruption de fonctionnaires, la divulgation de secrets de fabrication, le chèque sans provision, la fraude informatique, le faux en écritures, l'abus de confiance et l'abus de biens sociaux, l'escroquerie, le recel, ...
87. Droit comptable, droit fiscal, réglementation des prix, pratiques du commerce, concurrence, urbanisme, normes protectrices de l'environnement, normes relatives à la rémunération des travailleurs, loi sur le crédit à la consommation, ...
88. À noter que l'article 17 du Code des sociétés précise que l'ensemble du Livre 1 du Code pénal, sans exception du chapitre VII (participation punissable) ou de l'article 85 (circonstances atténuantes), s'applique aux infractions définies dans le Code des sociétés.
89. Article 90 du Code des sociétés.
90. Article 126, §1er, 2° du Code des sociétés.
91. Voir notamment l'article 126, §1er, 3° du Code des sociétés.
92. Voir notamment l'article 648, 1° du Code des sociétés.

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, les sociétés administrateurs échappaient à toute sanction pénale, seules les personnes physiques assumant la mission de gestion en leur sein et ayant accompli l'acte punissable pouvant être poursuivies. Désormais, la société administrateur assume directement sa responsabilité pénale.

Les peines prévues par le Code des sociétés sont tantôt l'amende exclusivement[93], tantôt l'amende et/ou l'emprisonnement[94], tantôt ces deux sanctions cumulées[95]. Adaptée à la réalité sociétaire, la peine de prison est évidemment remplacée, pour les sociétés, par une amende dont le montant est obtenu moyennant l'application d'un mécanisme complexe de conversion défini à l'article 41*bis* du Code pénal[96]. Les peines de prison définies par le Code des sociétés allant de 1 mois à 1 an[97], seront remplacées, en application de la règle de conversion, par des amendes allant de 2.500 EUR à 240.000 EUR[98].

93. Le minimum de la peine principale d'amende étant de 26 BEF (voir l'article 127 du Code des sociétés) et le maximum de 10.000 BEF (voir les articles 90, 91, 126, §1, 1°, 128, 196, 345, 389, 433, 647, 773, 788 et 873 du Code des sociétés).
94. Soit le juge a le choix de cumuler les deux peines ou de n'en prononcer que l'une, prison ou amende (articles 126, §1, 2° et 3°, 170, 171, 650 et 652 du Code des sociétés), soit la peine d'amende est automatique, mais s'y ajoute éventuellement, selon l'appréciation du juge, une peine de prison (articles 347, 387, 434 et 648 du Code des sociétés). Dans les deux hypothèses, l'emprisonnement prévu va de 1 mois à 1 an.
95. L'article 129 renvoyant à l'article 458 du Code pénal (violation du secret professionnel) prévoit un emprisonnement de 8 jours à 6 mois et une amende de 100 EUR à 500 EUR. L'article 388 du Code pénal renvoyant aux articles 496 et suivants du Code pénal (escroquerie) prévoit, suivant les cas, un emprisonnement pouvant aller de 8 jours à 5 ans et une amende pouvant aller de 26 à 3000 EUR.
96. La conversion de peines de prison en peines d'amende pose d'évidentes difficultés pratiques. Tout d'abord, on espère que les juges assurent l'individualisation de l'amende et une proportionnalité à la taille de la société et à son importance financière. Ensuite, on souligne que l'identité entre la peine de prison et la peine d'amende ne peut être parfaite, puisque la personne physique peut bénéficier d'une libération conditionnelle, tandis que la société paie immédiatement l'amende prévue, sans « remise de dette » ultérieure s'identifiant à une remise de peine. Enfin, on ne peut concevoir d'emprisonnement subsidiaire (articles 40 et 41 du Code pénal) à défaut pour la société de payer l'amende ; que faire à défaut d'exécution ? Saisir les biens de la société ? Calculer des intérêts de retard ? Ajoutons que le législateur a été amené à adapter à la réalité sociétaire les conditions pour bénéficier des mesures de faveur que sont la suspension, le sursis et la probation (voir l'article 18*bis* de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, introduit par la loi du 4 mai 1999).
97. Voir les articles 126, 170, 171, 347, 434, 648, 650, 652, ... du Code des sociétés.
98. À titre anecdotique, on souligne que le minimum de la peine de prison défini à l'article 129 du Code des sociétés pour la violation du secret professionnel par les employés de la BNB et à l'article 388 du Code des sociétés pour la tentative d'escroquerie (8 jours) est difficilement transposable, le mécanisme de conversion n'ayant pas envisagé les peines de moins d'un mois. Dans cette hypothèse, A. MASSET propose que la peine d'amende soit établie au minimum de la peine d'amende correctionnelle, soit 26BEF/130 EUR (« La responsabilité pénale dans l'entreprise », *Guide juridique de l'entreprise*, Livre 119.3, Bruxelles, Kluwer, 2001, p. 26, note 3).

24. Les articles 126, §2 et 171, §3 du Code des sociétés prévoient que les sociétés seront civilement responsables des condamnations à l'amende prononcées en vertu de leurs dispositions contre leurs administrateurs, gérants et mandataires. La société gérée pourra donc être amenée à verser elle-même l'amende prononcée à charge de la société qui l'administre, et réclamer ensuite le remboursement à celle-ci par le biais d'une action subrogatoire[99].

Lorsque la société gérée elle-même encourt déjà une condamnation, l'article 50*bis* du Code pénal prévoit que « *Nul ne peut être tenu civilement responsable du paiement d'une amende à laquelle une autre personne est condamnée, s'il est condamné pour les mêmes faits* ». Cependant, l'article 100 du même code permet que les lois particulières dérogent à ses dispositions, ce qu'a fait expressément le Code des sociétés dans les deux hypothèses soulignées ci-avant.

Dans les autres hypothèses d'infractions pénales définies par le Code des sociétés, les sociétés gérées ne supportent aucunement la charge de la sanction infligée à leurs sociétés dirigeantes condamnées pénalement.

25. Nous ne connaissons pas, à l'heure d'écrire ces lignes, de décision de jurisprudence condamnant une société en sa qualité d'administrateur sur base des dispositions pénales du Code des sociétés. Cela signifie-t-il que les sociétés administrateurs adoptent un comportement exempt de tout reproche, que ces dispositions demeurent lettre morte ou que les jugements de condamnation sont trop peu intéressants pour mériter une publication ? Mystère. Il est à craindre que la deuxième explication corresponde le plus adéquatement à la réalité et que les parquets soient suffisamment encombrés et insuffisamment informés pour poursuivre ce type de délinquance.

C. L'imputabilité légale de l'infraction après la loi du 4 mai 1999

C.1. Position de la question

26. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 (à savoir le 2 juillet 1999), il était souvent délicat d'identifier et d'individualiser l'auteur de l'infraction au sein d'une société commerciale « délinquante ». De nombreuses lois antérieures à l'instauration du principe de responsabilité pénale des personnes morales contournaient cette difficulté en déterminant expressément les personnes physiques pénalement responsables des faits infractionnels commis au sein de la société[100]. Il en est ainsi de normes de droit social imputant la responsabilité

99. Voir sur ce point F. KEFER, « Questions de droit pénal du travail – propos sur la responsabilité civile des amendes et condamnations d'office », *R.D.S.*, 1998, pp. 50 et 51.

100. « (...) *Cette désignation du 'responsable' par le législateur n'implique évidemment pas une condamnation automatique en cas d'infraction. Tout au plus y a-t-il eu désignation de la personne qui a le 'devoir d'éviter l'infraction'. Il reste loisible à celle-ci de démontrer qu'elle a fait tout ce qui était en son pouvoir pour tenter d'éviter que soit perpétré le délit.* » (J.-P. BOURS, « La responsa-
→

pénale à l'employeur ou à ses préposés ou mandataires[101], de la loi sur l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs sanctionnant les administrateurs, gérants ou associés[102], ...

Ces législations ont été adoptées dans un contexte particulier, à savoir l'immunité pénale des personnes morales et la nécessité corrélative de déceler en leur sein une personne physique à sanctionner. Au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi sur la responsabilité pénale des personnes morales, on s'est très logiquement interrogé sur le maintien de ce mécanisme d'imputation légale de l'infraction.

C.2. Enseignements de la Cour d'arbitrage

27. C'est à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de l'article 22, § 3, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs que la Cour d'arbitrage, dans un arrêt du 15 octobre 2002, s'est interrogée pour la première fois sur le maintien du mécanisme d'imputation légale de l'infraction[103].

Cette disposition vise « *l'administrateur, le gérant ou l'associé de la société* » qu'elle tient pour responsable de l'infraction de mise en circulation d'un véhicule non assuré.

→ bilité pénale des entreprises », *Act. Dr.*, 1997, p. 473). L'imputation légale réduit le travail du juge qui se contente de vérifier *in concreto* les éléments constitutifs de l'infraction d'une part, la qualité (employeur, administrateur, ...) du prévenu d'autre part.

101. Voir par exemple l'article 56 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, *M.B.*, 15 janvier 1969.

102. Loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, *M.B.*, 8 décembre 1989.

103. C.A., 15 octobre 2002, n° 145/2002 (question préjudicielle), *M.B.*, 3 février 2003, liv. 4572 (extrait), *J.T.*, 2002, p. 752, *R.G.A.R.*, 2003, liv. 5, n° 13.730, *R.W.*, 2002-2003, liv. 36, p. 1420, *J.D.S.C.*, 2003, p. 276 et note M.A. DELVAUX, intitulée « L'imputabilité légale de l'infraction après la loi du 4 mai 1999 », site de la Cour d'arbitrage http ://www. arbitrage.be. En termes d'égalité et de non discrimination, la question préjudicielle était plus précisément formulée par le tribunal correctionnel d'Anvers comme suit : « *L'article 22, § 3, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce sens que cet article rend responsables les administrateurs, gérants ou associés d'une société propriétaire ou détentrice d'un véhicule automoteur lorsque ce véhicule automoteur est admis à la circulation sur la voie publique ou sur les terrains ouverts au public ou uniquement à un certain nombre de personnes ayant le droit de les fréquenter sans que la responsabilité civile à laquelle il peut donner lieu n'ait été couverte par une assurance répondant aux dispositions de la loi et dont les effets ne sont pas suspendus, alors qu'en vertu de l'article 5 du Code pénal, toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte ?* ».

Cette imputation légale conduit à pénaliser *purement et simplement* la personne physique alors même que l'article 5 du Code pénal instaure un régime complexe de cumul/décumul des responsabilités pénales des personnes physique et morale et ne prévoit de poursuivre une personne physique que si, en cas de délit intentionnel, celle-ci a commis la faute sciemment et volontairement et, en cas de délit involontaire, celle-ci a commis la faute la plus grave.

La Cour d'arbitrage se réfère tout d'abord à l'article 100 du Code pénal pour constater que la responsabilité pénale des personnes morales instaurée à l'article 5 s'applique à toutes les infractions, à moins que le législateur ne déroge à cette règle générale dans un cas particulier, en se fondant sur une justification objective et raisonnable.

La Cour considère que les législations antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 et prévoyant une imputabilité légale de l'infraction à une personne physique n'ont pu avoir l'objectif de déroger expressément à une responsabilité des personnes morales encore inexistante à l'époque, et ne peuvent donc être considérées comme des « *dispositions contraires* » au sens de l'article 100 du Code pénal. Elle estime donc qu'en ce qui concerne les infractions commises à partir du 2 juillet 1999, et en application de l'article 5 du Code pénal, c'est bien la personne morale qui doit répondre de sa responsabilité pénale, et non les personnes physiques désignées légalement comme *a priori* responsables. La Cour en déduit en l'espèce que l'article 22, § 3, de la loi relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs contenant l'imputation légale à une personne physique de l'infraction commise par la personne morale a été implicitement abrogé par l'article 5 du Code pénal, puisque cette loi antérieure n'est pas compatible avec les dispositions de la loi nouvelle instaurant la responsabilité pénale des personnes morales[104].

28. La Cour d'arbitrage a été saisie d'une problématique similaire à laquelle elle a répondu de semblable façon dans un arrêt du 22 juillet 2003, portant cette fois sur la constitutionnalité de l'article 67*ter* des lois coordonnées relatives à la police de la circulation routière, depuis l'entrée en vigueur de l'article 5 nouveau du Code pénal[105]. Cette disposition vise « *les personnes physiques qui représen-*

104. Il est intéressant de souligner que la Cour considère ainsi que la loi nouvelle, *générale*, déroge à la loi *spéciale* antérieure.

105. C.A., 22 juillet 2003, n° 104/2003 (question préjudicielle), *J.T.*, 2004, p. 72, J.D.S.C., 2004, note M.A. DELVAUX, à paraître, site de la Cour d'arbitrage http ://www. arbitrage.be. En termes d'égalité et de non discrimination, la question préjudicielle était plus précisément formulée par le tribunal de police de Huy comme suit : « *L'article 67*ter *des lois coordonnées relatives à la police de la circulation routière viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il retient la responsabilité pénale de la personne physique représentant une personne morale déterminée pour avoir négligé de communiquer l'identité du conducteur ou à défaut de la personne responsable du véhicule lorsqu'une infraction a été commise avec un véhicule immatriculé au nom de la personne morale, alors qu'en vertu de l'article 5 du Code pénal : « 'toute personne morale est pénalement* →

tent la personne morale en droit », qu'elle tient pour responsables de la communication de l'identité du conducteur du véhicule immatriculé au nom de la personne morale au moment de l'infraction.

La Cour conclut à nouveau que cette disposition s'inscrit dans un contexte spécifique, à savoir l'impunité pénale des sociétés, et que son interprétation doit être modifiée à la lumière du nouvel article 5 du Code pénal. C'est désormais directement la société qui doit répondre de l'infraction.

29. Dans les deux hypothèses tranchées, c'est la société commerciale qui apparaissait clairement comme l'auteur de l'infraction, étant le propriétaire du véhicule tantôt non assuré, tantôt instrument de l'infraction au Code de la route. Et la Cour estime que les personnes physiques ne peuvent « *rester personnellement responsables des infractions* ***imputées à la personne morale*** » (nous surlignons). En conséquence, l'imputation légale peut être considérée comme implicitement abrogée[106], sans toutefois que l'infraction telle qu'elle a été définie ne disparaisse. En quelque sorte, on « revient à la normale », le mécanisme d'imputation légale devant demeurer une exception à l'imputation judiciaire de principe.

Ce retour à l'imputation judiciaire traditionnelle doit, selon nous, être appliqué de façon généralisée à toutes les hypothèses d'imputation légale antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, chaque fois que l'on constate que l'intention du législateur n'est pas d'engager la responsabilité personnelle d'une personne physique[107], mais de pallier l'absence de responsabilité pénale propre des personnes morales[108].

→ *responsable des infractions quisont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte. Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable' ?* ».

106. Dans les deux arrêts précités, la Cour reconnaît comme « admissible » la thèse (expressément défendue par le Conseil des ministres dans le second arrêt) selon laquelle les dispositions querellées ont été implicitement abrogées par l'article 5 du Code pénal, dans la mesure où ces lois antérieures ne sont pas compatibles avec les dispositions de la loi nouvelle (Points B.4.2. de l'arrêt du 15 octobre 2002 et B.9. de l'arrêt du 22 juillet 2003).

107. Ainsi, dans le second arrêt précité, la Cour a recherché les travaux préparatoires de la disposition en cause pour constater que « *il n'apparaît pas* (...) *de la genèse de la loi que le législateur aurait voulu engager la responsabilité personnelle des personnes visées à l'article 67*ter, *en raison de leur responsabilité particulière ou de leur qualité particulière* ».

108. *Contra* : A. Masset (in « La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modalisée », *J.T.*, 1999, p. 657) : « *La loi du 4 mai 1999 n'aura pas pour effet de faire disparaître les incriminations, nombreuses en droit pénal des affaires, qui ont eu recours au mécanisme de l'imputabilité légale* ».

Certes, le mécanisme de l'abrogation *tacite* n'est pas souhaitable ; on préférerait que le législateur revoie sa copie et se pose systématiquement la question, dans chaque hypothèse d'imputation légale, de la justification du mécanisme instauré. Chaque fois que la genèse du texte permet d'établir que l'objectif initial était de pallier l'impunité des personnes morales, le législateur devrait abroger expressément la disposition contenant l'imputation légale à une personne physique. On doute toutefois que cette tâche titanesque entre dans les projets à court ou moyen terme du législateur, et cette carence nuit à la sécurité juridique.

30. Après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, on peut imaginer l'adoption de nouvelles normes pénales contenant l'imputation légale d'une infraction à une personne physique déterminée en lieu et place de la société commerciale à laquelle elle appartient, à la condition expresse que le législateur ait volontairement choisi de déroger au principe de responsabilité pénale des personnes morales, dans des circonstances spécifiques et en se fondant sur une justification objective et raisonnable[109].

Quant aux textes législatifs imputant la responsabilité d'une infraction à une personne déterminée *qui peut s'identifier à une personne morale* (l'employeur personne morale, l'administrateur personne morale, ...) et dont le but originaire n'est pas de pallier l'absence de responsabilité pénale des personnes morales, ils permettent - à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 - de condamner directement la personne morale-auteur légal sur la base de la simple imputation légale de l'infraction, indépendamment du constat d'une faute dans son chef. Cette responsabilité pénale directe de la personne morale n'exclut pas la possibilité d'engager concomitamment la responsabilité pénale de la personne physique, à condition toutefois qu'elle réponde également au concept légal (d'employeur, d'administrateur, ...), qu'elle ait commis une faute et que les conditions du cumul soient réunies[110]. Dans cette hypothèse, au côté de la personne morale qui revêt la qualité d'auteur légal, une personne physique – qui a commis une faute – peut pareillement correspondre au concept d'employeur, de préposé et de mandataire au sens autonome que ceux-ci reçoivent en droit pénal[111]. *« Il s'agit donc des mêmes personnes que celles qui étaient désignées comme responsables des infractions commises par une personne morale avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, à la différence que, désormais,*

109. Par exemple, le législateur souhaite engager la responsabilité individuelle des personnes qu'il vise en raison de leur responsabilité particulière ou de leur qualité particulière.

110. Voir *supra*, n° 19.

111. Pour une application relative à des infractions de droit pénal social (faire travailler un ouvrier étranger sans permis de travail, ne pas inscrire des travailleurs dans le registre du personnel, ne pas déclarer des travailleurs à l'ONSS, voir Corr. Liège (11ème ch. *bis*), 13 décembre 2002, *J.D.S.C.*, 2003, p. 283.

leur responsabilité pénale ne sera engagée qu'à la condition qu'elles aient, en outre, commis une faute »[112].

C.3. Incidences sur les infractions pénales définies par le Code des sociétés

31. On peut se demander si, dans le cadre du Code des sociétés, le législateur a choisi de sanctionner l'administrateur, le gérant, le directeur, le mandataire, la personne préposée à la gestion, ... *directement* et en sa qualité propre, ou si c'était uniquement à défaut de pouvoir sanctionner la société commerciale qui serait le véritable auteur de l'infraction. L'intérêt de cette question réside dans le point de savoir si, en application de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage étudiée ci-avant, de telles imputations légales doivent être considérées comme abrogées par l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales, ou non. Question délicate et sujette à de nombreux débats, aucune réponse tranchée et implacable ne pouvant être apportée.

L'idéal serait de pouvoir découvrir la volonté claire et univoque du législateur au moment où il a incriminé ces comportements : souhaitait-il sanctionner les dirigeants en tant que tels, ou plutôt éviter que de tels comportements restassent impunis, la société gérée « *bénéficiaire* » de l'infraction n'étant pas susceptible d'être sanctionnée ? Les travaux préparatoires du Code des sociétés n'en touchent mot[113]. Deux thèses opposées peuvent être soutenues à cet égard.

32. La première se fonde sur le constat que le Code des sociétés est postérieur à la loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales[114], et en déduit que le législateur, sachant pertinemment que désormais la société commerciale est directement responsable pénalement, a *volontairement* maintenu l'imputabilité aux dirigeants, considérant qu'ils sont réellement les auteurs directs de l'infraction, en raison de leur responsabilité particulière ou de leur qualité particulière. Ils doivent alors être sanctionnés personnellement à ce titre, la société commerciale n'ayant rien à voir avec l'infraction.

Cette première thèse ne peut convaincre. Le réalisme impose en effet de constater que le législateur n'a pas envisagé un seul instant la problématique

112. F. KEFER, « La responsabilité pénale de la personne morale : une réponse de plus à la délinquance d'entreprise », *in* X., *Le point sur le droit pénal*, Formation permanente CUP, n° 37, février 2000, p. 29.

113. On verra ci-après que les travaux préparatoires relatifs aux dispositions pénales ne font que reprendre, moyennant parfois quelques légères modifications, les anciennes dispositions pénales des lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

114. La loi sur la responsabilité pénale des personnes morales date du 4 mai 1999, a été publiée au Moniteur belge le 22 juin 1999 et est entrée en vigueur le 2 juillet 1999, tandis que le Code des sociétés date du 7 mai 1999, a été publié au Moniteur belge le 6 août 1999 et est entré en vigueur le 6 février 2001. La date qui doit retenir l'attention est la date d'*entrée en vigueur* de la loi sur la responsabilité pénale des personnes morales, et non la date de son adoption, qui ne précède que de quelques jours l'adoption du Code des sociétés.

de l'imputabilité légale de l'infraction et de la responsabilité pénale des sociétés commerciales lors de l'élaboration du Code des sociétés. Il est donc difficile de soutenir que c'est *sciemment et volontairement*[115] que le législateur aurait maintenu cette imputabilité légale aux administrateurs et gérants dans le Code des sociétés.

33. La seconde thèse repose sur la considération que le Code des sociétés n'est pas une véritable loi nouvelle, mais juste la codification de la législation antérieure[116-117]. En édictant ce Code, le législateur n'a donc nullement pris en considération la loi du 4 mai 1999, ni envisagé l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales. On peut alors considérer, comme la Cour d'arbitrage l'a fait dans les deux arrêts précités pour les deux législations querellées, que le Code des sociétés « *a été adopté avant l'entrée en vigueur de l'article 5 du Code pénal, de sorte que l'on ne saurait prétendre que le législateur a sciemment voulu prévoir une exception à cette dernière disposition* »[118].

34. Cette seconde thèse, selon laquelle le législateur n'a pas voulu expressément déroger à la nouvelle responsabilité pénale des personnes morales, a notre préférence. Elle nous invite à retourner aux sources des lois successives sur les sociétés commerciales et de leurs dispositions pénales, pour y découvrir l'intention originelle du législateur[119].

À défaut toutefois d'y déceler des indications pertinentes, nous restons dans l'embarras et ne pouvons qu'émettre des supputations. Ainsi, les travaux préparatoires de la loi du 18 mai 1873 ne touchent mot de l'impossibilité de sanctionner la société commerciale elle-même et de la nécessité corrélative de punir ses dirigeants. Mais à la fin du XIX^{e} siècle, il est tout simplement inimaginable qu'une personne morale puisse commettre une infraction, puisque l'être moral apparaît comme une pure fiction : il ne dispose pas d'une faculté de

115. Pour reprendre les termes de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal, commenté ci-dessus.

116. Les travaux préparatoires relatifs aux dispositions pénales du nouveau Code sont systématiquement formulés en termes laconiques comme suit : « *Cet article est une reformulation de l'article...* », « *Cet article est une combinaison des articles...* » ou « *Cet article est inspiré par l'article...* » (*Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin., 1998-1999, exposé des motifs, commentaire des articles, n°1838/1, pp. 19-184).

117. Sur cette question, voir l'article de M.A. Delvaux et M. Coipel intitulé « Le Code des sociétés », *in J.T.*, 2000, pp. 545-555.

118. Point B.3.2. de l'arrêt du 15 octobre 2002 et point B.6. de l'arrêt du 22 juillet 2003.

119. Voir les articles 131 à 135 de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales qui définissent les premières infractions au droit des sociétés et leurs commentaires dans les documents préparatoires *in* Jules Guillery, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1973 sur les sociétés commerciales en Belgique*, Bruxelles, Bruylant-Christophe et C^{ie}, 1878, et spécialement pp. CI à CV, 4, 150 à 152, 364 à 378, 418 à 420, 485 et 486, 557 et 558.

discernement propre et ne peut poser par lui-même un acte répréhensible[120]. On comprend dès lors que dans cet état d'esprit, la question n'ait pu être envisagée à cette époque.

Dans ce brouillard, il nous semble pourtant raisonnable et sensé d'affirmer que les infractions du Code des sociétés visent spécifiquement et directement les dirigeants en cette qualité, et non la personne morale gérée. Dans les autres lois particulières contenant des imputations légales, par contre, les infractions visent plus souvent la personne morale directement. Il convient dès lors d'écarter tout impact de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage étudiée ci-avant sur les dispositions pénales sanctionnant les dirigeants dans le Code des sociétés.

Quelle que soit la position que l'on défend, il est clair que l'on touchera une société, mais la différence est de taille : tantôt c'est la société administrateur qui est sanctionnée, tantôt la société administrée.

35. Les développements qui précèdent concernent le partage éventuel des responsabilités pénales entre la société administrateur et la société administrée, lorsque le législateur recourt à l'imputabilité légale de l'infraction à l'administrateur, au gérant, au directeur.

Cette question du partage éventuel des responsabilités se pose également à un autre niveau : celui des relations entre la société administrateur et son représentant permanent. Qu'en est-il de l'imputabilité légale de l'infraction au représentant permanent contenue dans l'article 61, §2 du Code des sociétés ?[121]. Postérieure à l'entrée en vigueur de la responsabilité pénale des personnes morales, cette imputation légale s'inscrit dans un objectif clair du législateur : responsabiliser la personne physique qui exerce concrètement le mandat d'administrateur[122]. Nul doute en l'espèce que le législateur a souhaité sanctionner directement la personne physique, et l'imputation légale à laquelle il recourt ne pose pas de difficultés au regard des deux arrêts de la Cour d'arbitrage étudiés au point C.1.

120. Ce n'est qu'en 1946 que la Cour de cassation va affiner le principe et considérer qu'une personne morale peut commettre par elle-même une infraction mais ne peut se voir infliger une quelconque sanction pénale : *societas delinquere potest sed non puniri* (Cass. 08/04/1946, *Pas.*, 1946, I, p. 136). Cette jurisprudence a été répétée dans maints arrêts ultérieurs ; voir notamment Cass., 16/12/1948, *Pas.*, 1948, I, p. 723 ; *J.T.*, 1949, p. 148 et note de Cyr. CAMBIER ; Cass., 12/06/1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1179 ; Cass., 10/10/1979, *Pas.*, 1980, I, p. 177 ; Cass., 25/04/1989, *Pas.*, 1989, I, p. 884 ; Cass., 23/05/1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1083. Sur cette question, voir notamment l'étude de R. LEGROS, « La responsabilité pénale des dirigeants de sociétés et le droit pénal général », *R.D.P.*, 1963-1964, pp. 3-28.

121. Voir *supra*, n° 21.

122. *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin., 2001/2001, n° 1211/001, pp. 9, 11 et 12.

III. CONCLUSION

36. Au terme de cette étude à deux facettes, que retenir ? Que les deux récentes interventions du législateur qui ont occupé notre esprit dans ces quelques lignes ont eu des effets bien distincts.

L'une, la loi du 2 août 2002, a permis de clarifier le partage des responsabilités civiles entre la personne morale administrateur et la personne physique qui exerce concrètement le mandat, balayant d'un coup les controverses passées. L'autre, la loi du 4 mai 1999, a suscité mille interrogations nouvelles relatives au partage des responsabilités pénales entre la personne morale administrateur et la personne physique qui exerce concrètement le mandat, sans donner le moindre élément clair et précis pour y répondre.

L'une visait à responsabiliser la personne physique qui dirige une société commerciale sous couvert d'une société administrateur, l'autre à responsabiliser la société au sein de laquelle des infractions sont commises en son nom et pour son compte.

Lumière d'un côté, pénombre de l'autre.

Sans doute des applications jurisprudentielles viendront-elles prochainement illustrer et, quand c'est nécessaire, clarifier les questions relatives aux responsabilités civiles et pénales de l'administrateur personne morale de SA, SPRL ou SCRL. Au jour où nous écrivons ces lignes, la réflexion n'est que théorique et intuitive, mais les questions qui se posent sont d'ores et déjà passionnantes.

Le rôle économique des ASBL : le regard de Michel Coipel face à la méthodologie du « Grundtypus »

Marleen Denef
Collaboratrice scientifique au Jan Ronse Instituut (Leuven)
Avocate (Dewallens & Partners)

Le rôle économique des ASBL : une passion partagée

1. Avec Michel Coipel, je partage une passion très spécifique. Il ne faut pas se méprendre. La passion que nous partageons, c'est celle du « non-profit », souvent décrite, en français, comme celle du « non-marchand ». Notre passion trouve son origine dans le cadre légal identique qui entoure le fonctionnement des organisations non-marchandes et plus particulièrement dans l'article 1 de la loi sur les ASBL et fondations[1]. Cela a mené Michel Coipel à une étude magistrale qui date de 1985[2]. C'est son étude qui a inspiré, plus de quinze ans plus tard, mes recherches doctorales. Afin de rendre hommage à notre passion commune, je compte livrer, dans son *Liber Amicorum*, une synthèse, en français, de mes recherches. Non pas qu'il en ait besoin : Michel Coipel maîtrise le néerlandais à un tel point de détail que cela lui permit de faire partie de mon jury de thèse. Mais peut-être une synthèse en sa langue maternelle lui permettra-t-elle de jouir vraiment de l'essence de ma recherche (– idéalement en compagnie d'un excellent verre de vin de Bordeaux dans le cadre tellement agréable de sa maison à Lacanau –), plutôt que de devoir se perdre dans les détails inhérents à la dissertation doctorale. Pour les besoins de la cause et par respect pour mon ami Michel, j'ai remplacé le titre original de ma thèse[3] par un titre paraphrasant sa propre étude.

---

1. La « loi sur les ASBL et fondations » fait référence à la loi du 27 juin 1921 telle que modifiée par les lois du 2 mai 2002 (*M.B.*, 11 décembre 2002), du 16 janvier 2003 (*M.B.* 5 février 2003, surtout les art. 32, 69 et 87) et du 22 décembre 2003, (*M.B.*, 31 décembre 2003, art. 394-395). Pour les références détaillées ainsi que les délais d'adaptation, M. Coipel, « Entrée en vigueur de la loi du 2 mai et des délais d'adaptation pour les ASBL anciennes », *Non Marchand* 2003/2, n° 12, pp. 9-38 et le tableau M. Denef, « Verenigingen en stichtingen 'nieuwe stijl' », *N.J.W.* 2003, n° 44, (p. 1026), p. 1035.
2. M. Coipel, « Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés et de la commercialité », in *Les ASBL-Evaluation critique d'un succès*, CDVA, Gent, Story-Scientia, 1985, pp. 93-225.
3. M. Denef, M., Beschouwingen bij het normencomplex dat de economische activiteiten van VZW en stichting reguleert, getoetst aan de belangen van enkele bijzonder stakeholders →

L'étude s'inscrit dans un cadre multidisciplinaire

2. Le problème de la nature et de l'impact des activités des ASBL, fondations et autres organisations sans but lucratif, est présent dans différentes disciplines scientifiques.

3. Ainsi, la sociologie étudie-t-elle les raisons d'existence et les activités de ce que l'on qualifie généralement, dans cette discipline, de « société civile »[4]. Partant d'un contexte de recherche essentiellement sociologique, qui s'est entre-temps étendu aux autres disciplines et qui dépasse les frontières de la nationalité, la recherche Johns Hopkins, qui a démarré en 1990 sous la houlette de l'Institute for Policy Studies de Baltimore[5], du même nom, et qui est en cours[6] aujourd'hui encore, est certainement la plus connue.

4. Mais la science économique va aussi à la recherche d'explications sur la raison de l'existence de ce que cette discipline décrit généralement comme des « organisations sans but lucratif », dont l'ASBL et la fondation, et des activités développées par celles-ci[7]. Comme certains modèles d'explication économique peuvent aussi être intéressants d'un point de vue juridique, j'en résume ici les plus significatifs.

De nombreux modèles économiques partent d'une explication négative dans laquelle la *demande* d'activités mises sur pied par les organisations sans but lucratif trouve notamment sa raison d'exister dans un échec simultané du marché et des pouvoirs publics, comme étudié par Weisbrod[8], ou dans un

---

→ (concurrenten, schuldeisers en begunstigde doelgroep), Proefschrift K.U.Leuven, 20 november 2002, paru entre-temps comme *Economische activiteiten van VZW en stichting. Juridische doorlichting van hun relatie met concurrenten, schuldeisers en begunstigde doelgroep*, in *Reeks Rechtspersonen- en Vennootschapsrecht Jan Ronse Instituut*, n° 17, Kalmthout, Biblo, 2004, 607 pages.

4. M. Elchardus, M. Hooghe, en W. Smits, *Oorzaken en gevolgen van middenveldparticipatie.* synthèse, VUB-équipe de recherche TOR, rapport 2000/5, 39 pages.
5. L. M. Salamon, et H. K. Anheier, *Defining the nonprofit sector : a cross-national analysis*, in *Johns Hopkins Nonprofit Sector Series* 4, Manchester University Press, Manchester/New York, 1997, 525 pages.
6. Pour la partie concernant la Belgique : X, *De non-profitsector in België : socio-economisch onderzoek*, synthèse, Brussel, Koning Boudewijnstichting, 2001, 49 pages.
7. Pour plus de détails : B. Enjolras, « Mécanismes économiques et spécificités associatives », in *Faire société : les associations au cœur du social*, Fr. Bloch-Lainé, (ed.), Paris, Syros, 1999, 109-126 ; M. Jegers, *Economische en bedrijfseconomische analyse van non-profitorganisaties*, cours Micro-économie marchande et non-marchande, VUB 2000-2001, 8-20 ; S. Mertens et M. Lefebvre, « Théorie économique et marchandisation des services non marchands », *Non Marchand* 2003/1, n° 11, pp. 11-28.
8. B. Weisbrod, *The nonprofit economy*, Harvard University Press, Cambrigde, 1988, 251 pages. (i.h.b.pages. 5-9).

échec contractuel pour cause « d'asymétrie informationnelle » entre les parties concernées. Le fondateur de cette dernière théorie est Hansmann, qui explique l'existence des organisations sans but lucratif par le manque de possibilités pour les utilisateurs de certains services ou biens (par exemple dans le domaine de la santé publique) de pouvoir en vérifier la qualité au préalable[9]. La production de tels biens et services par une organisation sans but lucratif inspire alors plus de confiance que celle qui est le fait d'une organisation à but lucratif en raison de la « *non distribution constraint* » : l'interdiction de l'affectation ôte à ceux qui dirigent l'organisation, la motivation d'épargner sur la qualité des biens ou services produits au préjudice de ses clients et au bénéfice des actionnaires, qui, par cette mesure d'économie, verraient croître le bénéfice à distribuer. La théorie de Hansmann est intéressante parce qu'elle établit un lien entre le modèle d'explication économique des organisations sans but lucratif, d'une part, et ses spécificités juridiques, d'autre part. Une étude ultérieure d'Ortmann et Schlesinger relève que ce modèle d'explication ne peut se maintenir que si la « *non distribution constraint* » peut réellement être rendue obligatoire[10]. La théorie de « l'asymétrie informationnelle » n'est en outre pas du tout probante et elle ne permet pas d'expliquer, par exemple, pourquoi « dans certaines branches d'activités coexistent des organisations lucratives, non lucratives et publiques, alors que l'asymétrie d'information est importante »[11].

Par conséquent, l'étude économique est en quête de modèles d'explication autres et supplémentaires, pas tellement au départ de la demande, mais bien de l'*offre* des organisations sans but lucratif. « La théorisation à cet égard est encore plus embryonnaire que celle relative à la demande (...). On peut affirmer, de manière générale, que les organisations non lucratives apparaissent lorsque les avantages, de quelque manière qu'ils soient définis, sont supérieurs, pour les initiateurs, (...) aux inconvénients. »[12]. Les exemples d'une telle théorie qui examine le pourquoi de la création des organisations non lucratives, concernent l'importance d'une maximisation de la confiance de leurs membres ou du nombre de partisans, bien plus que le bénéfice, comme le suggère James[13] ou la possibilité de dépasser, par le choix d'une organisation non lucrative plutôt que par celui d'une variante lucrative, dans une certaine mesure, les conflits d'intérêt qui peuvent apparaître entre les parties impliquées dans la demande et l'offre des biens et services fournis par l'organisation non lucrative, comme dans

9. H. B. Hansmann, « The role of nonprofit enterprise », 89 *Yale Law Journal* 1980, 835-901.
10. A. Ortmann, et M. Schlesinger, M., « Trust, repute and the role of non-profit enterprise », *Voluntas* 1997/8, n° 2, 97-119.
11. B. Enjolras, « Mécanismes économiques et spécificités associatives », *loc. cit.*, 112.
12. D'après la traduction de M. Jegers, *Economische en bedrijfseconomische analyse van non-profitorganisaties*, *op. cit.*, 21.
13. E. James, E., dans B. Enjolras, « Mécanismes économiques et spécificités associatives », *loc. cit.*, 113.

le modèle des *stakeholders* de Ben-Ner et Van Hoomissen[14]. Malgré toutes ces tentatives, « il semble nettement que l'on n'ait pas encore développé un cadre de pensée théorique achevé expliquant l'existence d'une organisation non lucrative. (...) Dans le cadre économique, on doit donc encore parcourir un long chemin, qui n'offre, en outre, pas la certitude de mener quelque part »[15].

5. Le point commun de toutes ces études tient au fait qu'elles recherchent une explication de l'existence du secteur non lucratif et qu'elles veulent inventorier la valeur ajoutée de ce secteur et les activités qu'il déploie à partir de différents angles d'approche. Son côté juridique est généralement mal mis en lumière, bien qu'il faille avouer que ce reproche ne s'applique certainement pas à Hansmann[16] et Weisbrod. Ce dernier auteur, surtout, a fait remarquer fort tôt que des imperfections juridiques peuvent contribuer au choix d'une « forme juridique non lucrative » et s'arrête à la question de savoir « What happens when imperfect regulation permits the development of non profits that are for-profits in desguise »[17] ? Cette question est bien sûr encore plus aiguë lorsque les deux catégories s'aventurent sur le même terrain d'action.

6. Ma thèse de doctorat examine d'un point de vue juridique les activités développées au sein de ce que l'on appelle le secteur « non lucratif », avec une attention toute spéciale pour le glissement qui a eu lieu de la sphère non économique vers le terrain économique. Ce travail n'est nullement un exposé juridique global de cette problématique au sein de l'ensemble du secteur non lucratif : l'ASBL et la fondation ne constituent que deux formes juridiques au sein desquelles les activités peuvent être entreprises ; les intérêts des concurrents, des créanciers et du groupe cible bénéficiaire ne sont que trois angles d'approche à partir desquels il est possible d'étudier l'impact du glissement des activités. En optant donc pour une approche *stakeholders*, je me rallie à la conception embryonnaire tendant à accorder aussi de l'importance, dans le secteur non lucratif, à une approche de *corporate governance*[18]. Le choix des trois acteurs

14. A. Ben-Ner, et T. Van Hoomissen, T., « Nonprofit organizations in the mixed economy : a demand and supply analysis », *Annals of Public and Cooperative Economics* 1991, nr. 62, 4 e.v.
15. D'après la traduction de M. Jegers, *Economische en bedrijfseconomische analyse van non-profitorganisaties*, *op. cit.*, 20.
16. H. R. Hansmann, « A reform agenda for the Law of Nonprofit Organizations », paper American Law Institute, 3 mei 2000, 46 pages.
17. B. Weisbrod, B., *The nonprofit economy*, *op. cit.*, p. 11.
18. Voir par exemple pour des applications spécifiques : C. Van Hulle, K. Eeckloo, G. Van Herck, et A. Vleugels, « Governance bij Belgische ziekenhuizen : analyse en optimalisering », in *Stakeholder Synergie - Vijfentwintigste Vlaams Wetenschappelijk Economisch Congres*, L. Peeters, P. Matthyssens et L. Vereeck, L. (eds.), Hasselt, Garant, 2002, 725-754 ; B. Van Buggenhout et V. Verdeyen, « Social governance : corporate governance in de instellingen van de sociale zekerheid, de welzijns- en de gezondheidszorg », *R.W.* 2001-2002, 1373-1387 ; pour un début d'analyse général du « non profit governance » : M. Denef, « Van corporate governance →

précités repose essentiellement sur l'intérêt pratique immédiat des deux premiers groupes lors du déploiement d'activités économiques et sur l'intérêt théorique de toujours servir en dernier recours le dernier groupe.

Analyse de la spécificité de l'extension des activités de l'ASBL et de la fondation

7. Dans la première partie de l'étude, on a examiné sous un jour nouveau le débat relatif à la nature et à l'ampleur des activités que l'ASBL et la fondation peuvent réaliser en vertu du droit belge. À l'exemple des doctrines allemande[19] (« Grundtypus ») et néerlandaise[20] (« normaaltype »), j'ai examiné la spécificité de l'ASBL et de la fondation visées par le législateur en 1921. Ma recherche de la normalité de la forme est limitée en ce sens qu'elle s'oriente uniquement sur les activités de l'ASBL et de la fondation[21].

8. Sur la base de mon survol des 75 années de vie associative qui ont précédé la loi sur les ASBL et fondations, il est en tout cas permis de supposer que les puissants et les décideurs de l'époque ne croyaient *pas* à la participation de l'ASBL et de la fondation aux activités économiques[22]. Dans le cadre de la recherche de la spécificité en termes d'activités typiques de la forme qui seules m'intéressent ici, les constatations historiques contribuent aux interprétations classiques seules (notamment « téléologiques ») des dispositions légales qui décrivent les ASBL, les fondations et leurs activités[23].

Par l'élargissement du contexte historique et social contribuant à cette téléologie, on peut affirmer que les *activités normales* de l'ASBL-type et de la fondation-type se situaient en 1921 entièrement *hors* du circuit commercial, ou, mieux, économique : selon la normalité légale de 1921, l'ASBL et la fondation ne peuvent déployer des activités économiques principales ni accessoires. En ce qui concerne l'ASBL, on peut se baser sur le « caractère doublement fermé », qui la caractérisait, à mon avis, à ce moment-là. J'estime trouver la première facette de ce caractère fermé dans la constatation qu'elle réalise son but non économique avec des activités non économiques essentiellement pro-

---

→ naar nonprofit governance : een meer dan nodige stap », in *Social Profit Jaarboek* 2000, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2000, 29-42.

19. K. Schmidt, « Der bürgerlicht-rechtliche Verein mit wirtschaftlicher Tätigkeit », *Archiv für die civilistische Praxis* 182 (1982), 1-55.

20. T. J. Van Der Ploeg, *Het burgerlijk recht en de vrijwillige organisaties. Beschouwingen naar aanleiding van de regeling van de vereniging en de stichting in Boek 2 B.W.*, in *Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Van der Heijden Instituut, nr. 17, Deventer, Kluwer, 1978, 225 pages.

21. Pour une typologie différente basée sur « l'organisation interne » de l'association et de la fonction, consultez T. J. Van Der Ploeg, susmentionné.

22. M. Denef, *Economische activiteiten van VZW en stichting, op. cit.*, n° 13-57.

23. *Ibid.*, n° 58-79.

pres qui sont directement liées à ce but. Le caractère fermé est alors double lorsqu'on constate que l'ASBL n'exécute qu'exceptionnellement des activités économiques qui constituent une partie absolument nécessaire pour la réalisation de ces activités et objectifs (par exemple l'achat de matériel pour la formation d'enseignants) ou qui peuvent être conçus comme une forme d'aide purement interne de cette réalisation au service du groupe fermé de membres (par exemple la vente de boissons pendant une soirée littéraire). Les exemples d'ASBL dont les activités paraissent, dans une certaine mesure, commerciales ou économiques doivent être lus à la lumière de ce double caractère fermé. La nature non économique des activités de la fondation d'intérêt public se déduit de son appartenance à la catégorie des patrimoines d'affectation typiques.

9. Le fait que toutes sortes de théories accessoires se développent quand même est dû à une attention exagérée pour les arguments techniques purement juridiques, puisés dans la description légale du commerçant et de l'acte de commerce qu'il exerce à titre principal ou accessoire, y compris l'addendum jurisprudentiel du but lucratif commercial[24]. Ainsi, des dérogations au type normal qui étaient sans conteste *in*tolérables en 1921 ont trouvé leur justification dans la terminologie inhérente au droit belge.

10. On a d'ailleurs pensé un moment que le législateur aurait tranché le plaidoyer pour davantage d'activités économiques pour les ASBL au détriment de ces dernières par un classement « obligatoire » des ASBL aux activités économiques dans le droit des sociétés. La création de la « société à finalité sociale » (S.F.S.), en 1995, a suscité un moment l'illusion que l'ASBL-type initiale faisait sa réapparition et qu'elle serait obligée de se retrancher vers des activités non économiques. On n'en est pas arrivé là : en l'absence du devoir de conversion et vu la guerre de tranchées encore attisée concernant les activités économiques « accessoires » pour les ASBL, la S.F.S. (dont la forme juridique suscite d'ailleurs plusieurs questions) n'apporte aucun soulagement[25].

11. L'extension, plaidée aujourd'hui encore par la doctrine, majoritaire et minoritaire, aux activités commerciales et économiques (respectivement accessoires et principales) pour les ASBL, n'est pas seulement problématique en raison de l'imprécision actuelle des critères de l'activité accessoire, qui cause sur le terrain une grande *incertitude juridique*, mais aussi et surtout en raison de la possibilité d'*abus* de ces organisations lorsqu'elles se rendent sur le terrain économique, abus que le législateur ne pouvait viser en 1921, vu les activités non économiques qu'il envisageait pour l'ASBL-type.

Les trois études partielles ciblées du complexe normatif qui devrait en théorie

24. *Ibid.*, n° 80-141.
25. *Ibid.*, n° 142-199.

défendre les intérêts des *concurrents*, *créanciers* et *groupe cible bénéficiaire* font apparaître que ce sont surtout ces trois groupes qui peuvent être les victimes de cet abus.

Et même si, en ce qui concerne la fondation, la loi du 2 mai 2002 a supprimé l'insécurité, puisque cette loi compte de façon illimitée les activités économiques au rang de la normalité légale[26], les études partielles sont pourtant aussi pertinentes pour elle. On se demande en effet si le législateur a été conscient dans cette option des implications pour les parties prenantes en question.

Les concurrents comme partie prenante

La neutralisation de la concurrence comme but, l'impôt des sociétés et la LPCC comme moyens ?

12. Il ressort de la partie de l'étude menée sous l'angle d'approche de la *neutralisation de la concurrence* que tant la législation sur l'impôt sur le revenu[27] que la législation sur les pratiques du commerce[28] tiennent compte dans leur champ d'application de l'existence de l'ASBL et de la fondation avec des activités « économiques ». Elles ont ainsi sans conteste eu leur impact sur la perception des activités économiques admissibles et ont, par conséquent, favorisé l'acceptation progressive de dérogations par rapport à la normalité initiale ; mais elles veulent, par-dessus, tout entraîner une neutralisation de la concurrence entre les acteurs ayant des activités identiques ou semblables.

Le rétrécissement des activités à la lumière de l'article 1er de la loi sur les ASBL et fondations en un débat « d'acte de commerçant ou de commerce ou non, avec ou sans but lucratif, accessoire ou non », que j'ai décrit, dans la première partie, à l'occasion de ma caractérisation de la normalité de la forme, a néanmoins certainement continué à produire ses effets et le fait toujours dans le contrôle des critères d'application de l'impôt sur le revenu des personnes morales ou des sociétés[29] et de la législation sur les pratiques du commerce[30]. Comme dit plus haut, cela crée sur le terrain une insécurité juridique et cela a des effets pour la protection de la concurrence visée.

---

26. *Parl. St.* Senaat 2000-2001, n° 2-283/13, p. 47, amendement n° 243.
27. M. Denef, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, *op. cit.*, nos 255-312.
28. M. Denef, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, *op. cit.*, nos 313-338.
29. Comparez récemment encore : Trib. Leuven, 28 nov. 2003, VZW Oxfam Wereldwinkels Dilbeek t./Belgische Staat, *niet gepubl.*, A.R. 02/2533/A ; Trib. Bergen le 7 mai 2003, commentaire dans *Fiscoloog*, 6 août 2003, n° 899, pp. 4-6, S. Van Crombrugge, « Rusthuizen : rechtspersonen- of vennootschapsbelasting ».
30. Voir Cass., 13 sept. 2002 (le but de lucre n'est pas un critère pour la qualification de « vendeur » au sens de l'article 1.6.a) L.P.C.C.), *T.R.V.* 2003, 290, note E. Terryn, Tout ASBL-vendeur doit quand-même se limiter aux activités commerciales/économiques accessoires afin d'éviter une concurrence « illégale » et l'application de l'article 93 L.P.C.C.

13. Dans les deux branches juridiques, il est indiqué de réfléchir à un nouveau critère d'application qui, selon moi et dans le contexte de protection de la concurrence dont il est ici question, doit être recherché dans la jurisprudence de la Cour européenne de justice, qui indique la direction de la « notion d'activité économique ». En effet, tant qu'il perdure une imprécision sur ce que l'on entend exactement par « activité économique », le débat ne peut être réduit à son essence.

En droit fiscal, il faut encore ajouter que la logique du tout ou rien, qui entraîne toujours une application *globale* soit de l'impôt sur le revenu des sociétés soit de l'impôt sur le revenu des personnes morales, donne peu de satisfactions. Les modèles français, néerlandais et allemand méritent, par conséquent, d'être suivis dans leur possibilité d'application d'un statut mixte d'impôt sur les revenus[31]. Nous pourrions à cet effet nous inspirer du système de « sectorisation », comme en France, de la délimitation du domaine de l'entreprise et de l'étiquetage du patrimoine comme aux Pays-Bas ou de la scission des « dem Geschäftsbetrieb zuzuordnenden Besteuerungsgrundlagen (Einkünfte, Umsätze, Vermögen) » de l'Allemagne. En outre, la France et l'Allemagne appliquent un système de « franchise », qui exempte les associations ou fondations ayant des produits d'une « activité lucrative » ou d'une « Geschäftsbetrieb » des « impôts commerciaux » ou « Körperschaftssteuer », lorsque ces produits restent sous le seuil des 250.000 FRF ou 60.000 DEM, et donne ainsi une norme quantitative claire pour déterminer le caractère accessoire de ces activités.

« L'activité économique » : une inspiration européenne ?

14. Une analyse approfondie de la jurisprudence de la Cour européenne de justice et des visions de ses avocats généraux concernant la notion d'entreprise, telle qu'utilisée à l'article 81, paragraphe 1, du traité CE (article 85, paragraphe 1, de l'ancien traité CE) m'a inspiré une approche en deux phases pour la définition de la notion d'activité « économique »[32].

Une première phase examine si les activités en question ne peuvent être disqualifiées comme économiques parce qu'elles sont en tout cas censées ne pas relever du champ d'application des règles de concurrence, comme, par exemple, les activités appartenant à l'exercice de l'autorité ou les activités qui ont toujours été dans les mains des services publics et qui doivent être nécessairement exécutées par des services publics.

Si la première phase n'entraîne pas une exclusion des activités des règles de concurrence, cela ne signifie pas encore automatiquement que les activités en question soient nécessairement économiques. Il faut, à cet effet, entamer une deuxième phase dans laquelle la caractérisation de l'activité comme

31. M. DENEF, *Economische activiteiten van VZW en stichting, op. cit.*, n^os^ 277-309.
32. *Ibid.*, n^os^ 339-377.

« économique » dépend de la réalisation d'un certain nombre de conditions. Les conditions ayant trait à la forme juridique, au mode de financement et au but ou à l'objectif de l'entreprise qui effectue l'activité ne sont pas pertinentes. En revanche, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice et des opinions des avocats généraux que les critères suivants doivent être qualifiés de pertinents. L'entreprise qui déploie des activités économiques se trouve (1) sur un « marché » sur lequel elle (2) concurrence des (3) entreprises normales. Ladite entreprise « normale », que la jurisprudence appelle aussi parfois, pour compliquer les choses, l'entreprise privée à but lucratif, fonctionne selon trois principes liés entre eux. Tout d'abord, l'entreprise contribue elle-même par ses activités au risque financier accompagnant de telles activités ; deuxièmement elle détermine elle-même le prix ou la contre-prestation pour pouvoir couvrir ce risque financier et, troisièmement, l'acheteur doit payer un prix adéquat.

Il va de soi que la définition proposée de l'activité « économique » n'est qu'une amorce à la réflexion et non une réponse définitive concernant la définition. On a déjà écrit bien des choses sur les frontières de l'activité « économique » et encore plus sur la notion d'entreprise y afférente, à partir de plusieurs autres angles d'approche, sans que le dernier mot n'ait été dit à ce sujet et ne puisse peut-être être dit[33].

15. Par cet exercice de réflexion, j'espère surtout avoir montré que les critères d'application pour l'impôt des sociétés (exploiter une entreprise/opérations de nature lucrative) et pour la L.P.C.C. (la notion de vendeur) et les notions de but lucratif et d'acte de commerce utilisées dans la pratique doivent être éventuellement revus ou, au moins, corrigés.

Les créanciers comme partie prenante

Comportement à risque accru par manque d'apport obligatoire ?

16. Dans la partie de l'étude qui implique les *créanciers*[34], je pars de la problématique du droit des personnes morales en général. La question qui surgit lorsqu'on utilise le droit des sociétés comme droit comparatif pour ce qui concerne la protection *préventive* des créanciers à partir du capital et de l'apport est de savoir si le caractère libre de la participation comme fondateur ou membre de l'ASBL ne peut être à la base des divergences par rapport au type normal initial, voire même si cela ne peut pas encourager l'abus de cette forme juridique.

33. Comparez par exemple W. Van Gerven, W., *Ondernemingsrecht*, I, derde uitgave, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, Antwerpen, Standaard, derde uitgave, 1989, 72-83 ; B. Peeters, *De continuïteit van het overheidsondernemen*, Antwerpen, Maklu, 1989, 42, ainsi que les références en thèse.

34. M. Denef, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, *op. cit.*, n^{os} 378-427.

Je ne veux pas dire par-là l'abus strictement juridique, qui se formule théoriquement en termes de qualification fausse (article 1er de la loi sur les ASBL et fondations) ou d'usage faux (article 18 de la loi sur les ASBL et fondations), qu'il est difficile de constater dans la pratique, mais un abus dans le sens d'un comportement à risque accru en ce qui concerne les activités déployées, à savoir une tendance naturelle, non empêchée par des normes juridiques, de déplacer les limites des activités autorisées en partant de la supposition que la transgression de ces frontières ne peut mettre en jeu la responsabilité personnelle. À la lumière de l'analyse de la *Law & Economics* américaine, on pourrait être tenté de dire que si[35]. Les chercheurs constatent en effet une augmentation du « comportement à risque » au fur et à mesure que les seuils de capital baissent : « The lower the amount of the firm's capital, the greater the incentive to engage in excessively risky activities »[36]. Si l'on poursuit ce raisonnement de manière conséquente, l'absence totale de capital minimum ou d'obligation d'apport combinée à l'exclusion inconditionnelle de la responsabilité personnelle des fondateurs/membres d'une ASBL ne peut conduire qu'au déplacement des frontières des activités économiques autorisées. « Vu du point de vue desdites sociétés commerciales, l'ASBL offre donc certains avantages »[37]. « Le manque de protection des tiers résulte encore de l'absence de diverses exigences qui, dans les S.A. et les S.P.R.L., apparaissent comme le contrepoids normal à la responsabilité limitée »[38].

Pourtant, dans ce contexte, il convient d'être prudent avec la transposition de constatations concernant les sociétés de capitaux sans plus ou sur la base d'un examen *Law & Economics* : le capital et les actions sont en effet apportés pour rentabiliser ; en visant la distribution du bénéfice, les actionnaires placent le « *needed capital at the risk of business* »[39]. La tendance d'effectuer des transactions irréfléchies et risquées en espérant un rendement personnel aussi élevé que possible et un risque personnel minimal pour l'actionnaire, ne peut jouer un rôle pour les fondateurs (et plus tard les membres) d'une ASBL, ni pour les fondateurs d'une fondation. L'ambition d'enrichissement personnel qui pourrait apparaître en cas de société de capitaux par une exclusion inconditionnelle

35. Pour des références détaillées consultez les notes en bas des pages nos 137-148 chez Ph. Ernst, « Misbruik van de rechtsvorm van een VZW-beschouwingen over de rechtspersoonlijkheid, het winstoogmerk, de commercialiteit en het vermogen van de VZW », *T.P.R.* 19995, (p. 7), p.p 42-45, n° 16.
36. F. Easterbrook et D. Fischel, *The economic structure of corporate law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, derde druk, 59.
37. Comparez Ph. Ernst, « Misbruik van de rechtsvorm van een VZW-Beschouwingen over de rechtspersoonlijkheid, het winstoogmerk, de commercialiteit en het vermogen van een VZW », *loc. cit.*, pp. 42-45, nos 16-17.
38. M. Coipel, « Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés et de la commercialité », *loc. cit.*, p. 204, n° 261.
39. M. J. Dix, « Adequate risk capital : the consideration for the benefits of separate incorporation », 53 *Nw. U.L.Rev.* 1958, (478), 491.

de responsabilité des fondateurs/actionnaires, qui peuvent se réjouir d'un versement de bénéfice en temps de réussite et qui peuvent entièrement détourner le risque d'entreprise sur les créanciers en temps d'insuccès, ne peut se présenter chez les fondateurs de l'ASBL (et ses membres ultérieurs) et de la fondation, par manque d'attente légitime de versement de bénéfice. En outre, le capital minimum n'est pas seulement remis en question dans le droit des sociétés[40], mais aussi dans le contexte plus large de *Law & Economics*[41].

Importance de la scission comptable des fonds conditionnels et inconditionnels

17. Il y a donc plusieurs raisons pour ne pas se fixer trop sur la fonction de protection des débiteurs, qui peut résulter du capital et de l'apport, bien qu'il faille souligner que, si une « mise en commun »[42] de quelque importance a lieu, une juste appréciation en est toujours justifiée dans l'intérêt des créanciers de l'ASBL et de la fondation.

18. En outre, du point de vue des créanciers, on peut s'attendre à ce que le statut d'apports avec droit de reprise, tout comme les dons sous condition résolutoire ou avec charge, puissent être estimés à tout moment de façon correcte, ce qui ne semble pas toujours possible selon le nouveau droit des associations et fondations[43].

L'arrêté royal du 19 décembre 2003 relatif aux obligations comptables et à la publicité des comptes annuels de certaines associations sans but lucratif, associations internationales sans but lucratif et fondations (*M.B.* 30 décembre 2003) crée au *passif* du bilan un poste VII.B. pour les « provisions pour dons et legs avec droit de reprise » (article 19, § 2, 4°, de l'arrêté royal du 19 décembre 2003). Autrement qu'en France toutefois, on ne considère apparemment pas les dons et legs avec droit de reprise comme une forme séparée de patrimoine associatif qui est à tout temps nettement distinct des « fonds propres » inconditionnels et définitivement acquis (poste I) de l'association. Sont en effet uniquement portées sous la nouvelle rubrique comptable VII.B. « les provisions constituées pour couvrir l'obligation de remboursement à laquelle l'association pourrait être tenue *en cas* d'exercice par les donateurs ou les légataires de leur droit de reprise » (article 19, § 2, 4°, de l'arrêté royal du 19 décembre 2003, mis par

40. J. Byttebier, « Enige beschouwingen over de zin en onzin van de beperkte aansprakelijkheid », *D.A/O.R.* 1994, n° 30, (p. 55), p. 63, n° 24 ; J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 304 ; M. Wyckaert, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A. Rechten en plichten van vennoten*, Kalmthout, Biblo, 1994, proefschrift KULeuven, p. 190, n° 248.
41. F. Easterbrook, et D. Fischel, *The economic structure of corporate law*, *op. cit.*
42. Sur ce terme : M. Denef, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, *op. cit.*, n° 410.
43. L'apport avec droit de reprise est, comme l'apport inconditionnel, soumis au risque en cas d'insolvabilité tandis que les don sous condition résolutoire ou avec charge ne sont pas soumises à ce risque ni au concours qui en résulte. M. Denef, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, *op. cit.*, n^{os} 413-418*quater*.

l'auteur en italique). Il semble logique que ce poste VII.B. ne comprenne pas seulement les provisions de prétendus « apports », mais aussi les provisions pour dons « sous condition résolutoire » dont la condition s'est réalisée ou se réalisera avec certitude les jours suivants. Le même raisonnement vaut d'après nous pour les dons avec charge dont la charge ne peut être remplie.

Il semble que, tant que le droit de reprise n'est pas exercé, le créancier ne saura pas si des dons avec droit de reprise sont repris dans les « fonds propres » reproduits au poste I. du passif du bilan.

19. En vertu de l'article 10, § 2, lu en combinaison avec l'article 15, 8°, de l'arrêté royal du 19 décembre 2003, il est nécessaire que « l'annexe » de *l'intégralité* des comptes annuels de *très grandes* ASBL et fondations scinde les différents composants du poste des « cotisations, dons, legs et subsides », repris à la rubrique I.D. du *compte de résultats*, sauf si une telle scission n'est pas pertinente par rapport au principe énoncé à l'article 24 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 d'exécution du Code des sociétés (qui s'applique aux ASBL et aux fondations en vertu de l'article 9 de l'arrêté royal du 19 décembre 2003). Sur la base du principe de « l'image fidèle », qu'énonce ledit article 24, on peut, d'après nous, s'attendre à ce que l'annexe fasse la distinction entre les dons sous condition résolutoire[44], les dons avec charge et même les « apports avec droit de reprise ». L'article 15, 8° de l'arrêté royal du 19 décembre 2003 ne spécifie pas comment cette scission doit se faire. Plus importante que la scission d'après le compte 73 contenue dans le plan comptable minimum normalisé (en annexe au susdit A.R. du 19 décembre 2003) nous semble être une scission qui reflète justement l'image fidèle susmentionnée. Il s'agit à présent d'attendre pour voir si la Commission des normes comptables partage cette opinion dans les directives annoncées et la brochure sur les nouvelles obligations comptables[45]. Et il faut surtout espérer que cela s'appliquera aussi pour l'annexe aux comptes annuels selon les schémas *abrégés* que les *grandes* ASBL et fondations peuvent établir, ce qui ne semble pas être le cas jusqu'à nouvel ordre (article 18 de l'arrêté royal du 19 décembre 2003).

20. Examiné de cette manière, il semblerait donc que l'arrêté royal du 19 décembre 2003 ait ici laissé échapper une opportunité de donner une image précise du fonds inconditionnel, d'une part, et du fonds conditionnel (dont les apports, dons sous condition résolutoire ou avec charge), d'autre part. Il est néanmoins évident que, à la lumière d'une évaluation correcte de leur gage, les créanciers (potentiels) auront tout intérêt à avoir une vue immédiate et générale de cette répartition. En plus, une description claire du « don avec droit de reprise » serait

44. Que les dons sous condition suspensive n'appartiennent pas au « patrimoine propre », va de soi selon moi.
45. Voir le rapport au Roi concernant l'arrêté royal du 19 décembre 2003, *M.B.*, 30 décembre 2003, pp. 61929-61930.

à sa place dans l'arrêté royal du 19 décembre 2003 afin d'éviter des discussion sur le contenu juridique de ce terme comptable nouveau.

La prévention repose sur l'information

21. Cette étude apprend en outre que, alors qu'il était assez difficile sous la loi (ancienne) sur les ASBL d'obtenir rapidement des informations (financières ou organisationnelles), la loi du 2 mai 2002 leur a permis de faire un bon pas en avant par la création du dossier d'association ou de fondation[46]. Il est évident que les comptes annuels à déposer chaque année (dans ledit dossier pour les « petites » ASBL et fondations, et auprès de la Banque nationale de Belgique pour les « grandes » ASBL et fondations) sous réserve de ce qui a été dit plus haut à ce sujet, jouera un rôle crucial dans la collecte d'informations. Il est moins certain de savoir si l'obligation de dépôt sera respectée aussi strictement, à défaut de clarté concernant les sanctions pénales en cas de négligence[47].

La prévention dans le cadre de la représentation contractuelle[48] *?*

22. Il va probablement de soi que la représentation contractuelle de l'ASBL et de la fondation intéresse préventivement les créanciers : une responsabilité contractuelle ne peut être réalisée que si elle se base sur un contrat conclu par un représentant de la personne morale agissant *qualitate qua*, c'est-à-dire dans sa qualité exacte et dans les limites de son pouvoir de représentation.

Sous le droit (ancien) de l'ASBL, les créanciers couraient, en théorie du moins, de grands risques, puisque les restrictions de pouvoir interne et externe des représentants sont opposables, alors que cette opposabilité ne requiert nullement que les données (relatives au pouvoir) des représentants soient publiées. Il va de soi que la charge de l'information du cocontractant, créancier futur qui voudrait exclure tout risque en la matière, est considérable. Ce système est également critiqué dans le droit français (où il est d'ailleurs toujours d'application) par une récente thèse de doctorat : « Par conséquent, celui qui traite avec une association court toujours plus ou moins le risque de voir contester la validité de la convention qu'il a conclue. Cette insécurité juridique, contrepartie de la souplesse du régime des associations, est un handicap certain, notamment pour celles qui exercent une activité économique »[49].

---

46. *Ibid..*, n^{os} 440-467.
47. *Ibid.*, n° 467.
48. *Ibid.*, n^{os} 468-502.
49. Y. GUYON, « Le fonctionnement de l'association », in *Associations 2000*, E. ALFANDARI et Ph. DUTHEIL, Ph., (dir.), Paris, Dalloz, 2000, (p. 195), p. 232, n° 1325. Comp. les propositions différentes sur la base des activités économiques ou non des ASBL : P. HOANG, *La protection des tiers face aux associations. Contribution à la notion de « contrat-organisation »*, thèse, Paris II, 2000, 90-100.

Ainsi affirmé, le système *Prokura,* qu'introduit la loi sur les ASBL et les fondations selon le modèle des sociétés, constitue un vrai soulagement pour le créancier inquiet : tout comme les restrictions au pouvoir de représentation externe général[50], les restrictions résultant de la restriction ou du partage du pouvoir d'administration interne ne sont pas opposables aux tiers, alors que l'opposabilité de nominations et de (modifications des) statuts dépendent de la publication aux annexes du Moniteur belge. Le seul point d'insécurité pour les créanciers constitue les dépassements d'objet, qui, vu la spécialité légale de l'ASBL, ne peuvent être qu'opposables[51]. En vue de cette opposabilité, il est dès lors recommandé de décrire clairement dans les statuts la spécification des activités de l'association, que le législateur n'a pas rendue obligatoire. À y regarder de plus près,[52] j'estime d'ailleurs qu'il convient de plaider, pour la fondation aussi, l'opposabilité des dépassements de l'objet. La vision réenvisagée à ce sujet ne repose pas tellement sur la constatation que le législateur a faite de la description des activités une mention statutaire obligatoire[53]. Elle se base toutefois sur la perspective utilisée plus loin du groupe cible bénéficiant des activités non économiques, qui se voit ainsi attribuer une certaine mesure de protection, du moins contre les formes les plus manifestes de détournement de patrimoine.

Une mesure « pré-curative » : l'administration provisoire[54]

23. Une mesure, qui figure entre le préventif et le curatif, concerne à mon avis l'administration provisoire, une sorte de mesure « *précurative* ». Vu la quantité réduite de jurisprudence et de doctrine qui approfondissent ce thème pour l'ASBL et/ou la fondation, l'étude demeure nécessairement limitée. La quantité réduite est probablement due à la possibilité limitée/contestée sous l'ancienne législation sur les ASBL pour les créanciers d'exiger la désignation d'un administrateur provisoire. On peut supposer que l'absence d'obligation de publication générale des comptes annuels se situe à la base de la sous-exploitation de cette possibilité par les créanciers. Comme déjà dit dans une observation précédente, le nouveau droit sur les ASBL et fondations introduit du changement à cet égard, de telle sorte que les créanciers peuvent former une telle demande en connaissance de cause et à défaut d'un cadre quelconque d'insolvabilité dans lequel ils savent leurs droits représentés en cas de sérieuses difficultés financières

50. Sur la formulation équivoque du dernier alinéa de l'article 13 de la loi sur les ASBL et fondations et la question de l'opposabilité des limites statutaires au pouvoir général de représentation, M. DENEF, *Economische activiteiten van VZW en stichting, op. cit.*, n° 485.
51. 52.M. DENEF, *Economische activiteiten van VZW en stichting, op. cit.*
52. Et à la différence de ma première interprétation : M. DENEF, « De faillietverklaring van handelsvennootschappen, VZW's en stichtingen ná het cassatiearrest van 4 oktober 2001 », *T.R.V.* 2002, p. 89, n° 17.
53. Article 28, 3° de la loi sur les ASBL et fondations.
54. M. DENEF, *Economische activiteiten van VZW en stichting, op. cit.*, n^{os} 503-528.

d'une association ou d'une fondation par une procédure adaptée de concordat judiciaire ou de faillite.

Une mesure curative : la responsabilité des administrateurs[55]

24. La responsabilité des administrateurs a été le premier mécanisme de protection *curatif*. Il est difficile de prévoir si, à la lumière de l'obligation de dépôt des comptes annuels de l'ASBL et de la fondation dans le nouveau droit sur les ASBL et fondations, on doit s'attendre à une retenue (encore) plus grande lors de l'appréciation de la responsabilité externe des administrateurs d'ASBL et de fondations. Les tribunaux rendront un avis fondé à ce sujet et ils détermineront si, comme dans le droit des sociétés, ils laissent jouer dans leurs réflexions le fait que les créanciers peuvent s'informer sur la base des données financières publiées. En tout cas, la responsabilité externe des administrateurs de toutes les personnes morales vis-à-vis des créanciers de la personne morale qu'ils représentent demeure par essence une analyse de faits, plutôt qu'un examen frisant la certitude juridique.

Le fait que le juge doive adopter une attitude de « retenue », aussi en cas d'ASBL et de fondations, ne signifie bien sûr pas qu'il ne peut pas considérer certains critères d'appréciation comme non pertinents (comme le fait que l'ASBL ou la fondation a un objet idéal) ni qu'il ne puisse pas écarter des moyens de défense futiles des administrateurs (comme un manque de connaissances ou d'expérience ou une délégation de pouvoir). Mais même après un exercice minutieux d'instruction par le juge, il apparaîtra très souvent que les créanciers ne doivent pas attendre trop de la responsabilité des administrateurs, comme dans le droit des sociétés.

Une mesure curative : la non-opposabilité sensu stricto et sensu lato[56]

25. En outre, il apparaît qu'un recours à la première catégorie des mécanismes de non-opposabilité (la non-opposabilité *sensu stricto*) ne bénéficiera pas rapidement au créancier. Si, sous le régime de l'ancienne loi sur les ASBL et fondations et avant l'éclaircissement par la Cour de cassation, il pouvait encore spéculer, au cas où l'ASBL ou la fondation négligeait de respecter certaines formalités, sur l'imprécision éventuelle résultant des articles 26 et 43 de la loi sur les ASBL et fondations concernant la responsabilité personnelle ou non des administrateurs ou membres en cas de non-opposabilité de la personnalité juridique, cela n'a plus de sens, selon le nouveau droit, vu les énoncés clairs des articles 26 et 38 de la loi 38 sur les associations et fondations.

55. *Ibid.*, n^os^ 532-564.
56. *Ibid.*, n^os^ 565-598.

26. Les mécanismes de non-opposabilité *sensu lato,* étudiés ensuite, ne seront pas non plus d'une grande aide pour le créancier en cas de violation statutaire ou de fait de la spécialité légale.

L'annulation rétroactive de l'ASBL, qui peut être demandée dans le premier cas de violation statutaire sous la loi (ancienne) sur les ASBL, fournit au créancier, dans le pire des cas, l'annulation de sa propre convention. Ce risque ne peut pas se produire dans la nouvelle loi, qui introduit une annulation qui produit uniquement des effets futurs, mais qui, en cas de violation de fait de la spécialité légale comme lors de la dissolution pour d'autres motifs, le fait concourir avec les autres créanciers de l'ASBL Il peut éventuellement espérer que la menace d'une action en dissolution judiciaire de l'ASBL qui n'est pas en mesure de respecter ses engagements (article 18 de la loi sur les ASBL et fondations et 18, 1°, de la loi sur les associations et fondations) suffira pour appuyer sa revendication. Pour la sanction réduite de l'annulation des actes juridiques contraires à la spécialité statutaire ou légale, le créancier ne sera pas souvent familiarisé avec les actes juridiques que l'ASBL conclut avec d'autres pour pouvoir les contester pour ces motifs. En outre, le manque de clarté des limites des activités commerciales et donc, dans un certain sens, de la spécialité légale de l'ASBL n'ajoutera que peu d'applications pratiques à cette possibilité théorique.

Dans le nouveau droit, cette spécialité est un peu différente en ce qui concerne la fondation, puisque seule l'interdiction d'attribution d'avantages matériels aux fondateurs, administrateurs ou autres personnes impliquées à la réalisation du « but désintéressé » est reprise à l'article 27 de la loi sur les associations et fondations et non une interdiction des activités industrielles ou commerciales. S'il peut prouver une violation statutaire de l'interdiction d'affectation, le créancier de la fondation se prévaut, à défaut de toute autre disposition dans la loi sur les associations et fondations de la nullité de droit commun, avec le risque déjà esquissé. Le créancier d'une fondation qui n'est pas en mesure de respecter ses engagements, se trouve vis-à-vis du créancier d'une ASBL dans une position moins bonne, puisque, selon le texte de la loi sur les ASBL, ancienne ou autant que nouvelle, il ne peut même pas brandir la menace d'une action en nullité.

Enfin, à mon avis, on peut douter de l'efficacité que certains auteurs attendent aussi de l'application de la doctrine de la levée de la voile de la personnalité juridique[57]. Cela n'a pas grand chose à voir avec l'insécurité relative au fondement juridique que l'on recherche généralement dans la théorie de l'abus de droit, mais bien avec l'application du critère sur lequel se base l'abus de droit. Il ressort de cette étude que les frontières avec un exercice normal du droit de choisir la forme juridique de l'ASBL ne sont pas très précises. En ce qui concerne la distribution de bénéfice, seule l'attribution « d'avantages patrimo-

57. Ainsi ERNST, SIMONART et quelques autres.

niaux directs » aux membres est manifestement répréhensible (et, par conséquent, tout aussi exceptionnelle). À mon avis, la création de réserves par l'accumulation de bénéfices ne doit plus être considérée aujourd'hui comme un abus sans plus. Et à la lumière de la grande élasticité dont font preuve les frontières des activités commerciales (ou plutôt : économiques) admissibles des ASBL, quasi toute utilisation est à ce point de vue défendable. Sauf en cas de retour à l'interprétation littérale de l'article premier de la loi sur les ASBL et fondations, qui indiquerait clairement les frontières de l'exercice juridique normal relatif aux ASBL, une argumentation basée sur l'abus du droit de choisir la forme juridique d'ASBL est à mon avis moins prometteuse qu'affirmé. Selon le nouveau droit sur les associations et fondations, pour la fondation, la percée pourrait peut-être faire preuve de son utilité en cas de transgression de l'interdiction d'affectation.

La déclaration de faillite : l'épée dans les reins[58] *?*

27. La dernière partie relevant des mécanismes curatifs sélectionnés étudie l'application possible du droit des faillites et les responsabilités particulières y afférentes.

Malgré le constat selon lequel en théorie juridique, l'ASBL ne peut pas être déclarée en faillite, la jurisprudence a fait apparaître que, dans la pratique, cela n'a pas nécessairement constitué un obstacle pour les créanciers d'exploiter le cadre extensible formé par le droit des sociétés et le droit des faillites, dans une tentative ultime de récupérer leur créance.

28. Il n'est pas rare que cela justifie la déclaration de faillite d'une « S.N.C. irrégulière », ou, après la modification de la loi du 13 avril 1995, celle d'une société commerciale de droit commun, qui se cache sous ou est censée se cacher sous l'ASBL faussement qualifiée ou faussement utilisée. Du point de vue des créanciers, cette technique présente l'indéniable avantage que les associés sont solidairement responsables des dettes de la société en nom collectif ou de la société de droit commun déclarée en faillite et qui a été découverte sous l'ASBL.

Les inconvénients de l'attitude créative faisant usage desdites branches juridiques ne doivent pourtant pas être sous-estimés. Les questions juridiques qui peuvent être posées lors de l'imputation des actes de commerce simplement « selon le sentiment » à une société rarement identifiée comme telle constituent seulement quelques-uns des points difficiles inventoriés. Bien que nous devions avouer que les points douloureux en question ne doivent pas être pris en considération – ou alors très peu – en cas d'abus flagrants (c'est-à-dire surtout pour les ASBL faussement qualifiées), ils devraient contribuer, précisément dans la zone d'ombre (surtout en cas d'ASBL mal utilisées), à une décision

58. M. DENEF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, *op. cit.*, n^os^ 599-646.

dosée avec équilibre, bien qu'il faille ajouter tout de suite que, grâce à la multitude d'interprétations concernant les frontières de cette zone d'activités commerciales autorisées (et de la spécialité légale et statutaire), il fait bon s'y trouver pour les gens qui veulent exploiter l'insécurité juridique à laquelle elle donne lieu. S'y opposer en faisant abstraction des points douloureux soulevés ne contribue qu'au sentiment déplaisant qui l'accompagne pour tout juriste qui se respecte.

En ce qui concerne la fondation, le déplaisir sera moins grand, vu les innovations du nouveau droit sur les associations et fondations qui peuvent être utilisées pour plaider la déclaration de faillite directe de la fondation, bien que la jurisprudence doive encore le confirmer.

29. C'est la raison de mon plaidoyer pour ne pas réserver, à l'exemple de la France, de l'Allemagne et des Pays-Bas, le champ d'application du droit des faillites aux *commerçants* parmi les personnes morales, mais à l'étendre à toutes les personnes morales, quelle que soit la nature de leurs activités, ou au moins à celles exerçant des activités *économiques*. Du point de vue des créanciers, le droit des faillites présente davantage de garanties que la voie de la liquidation après dissolution : la possibilité de déterminer une période suspecte, l'indépendance du curateur et la surveillance de ses actes leur garantissent que leurs intérêts seront défendus de façon optimale, la responsabilité du fondateur en cas de capital manifestement insuffisant et la responsabilité des administrateurs pour faute grave manifeste ayant contribué à la faillite lui offrent des possibilités de recours supplémentaires par l'intermédiaire du curateur.

Bref...

30. En résumé, on peut partir, à mon avis, du point de vue que, en 1921, le législateur n'a pas accordé la priorité à une protection adéquate des intérêts de tiers qui contractent avec une ASBL ou une fondation, ce qui est surtout dû à la constatation que les activités normales initialement visées par le législateur de l'ASBL « doublement fermée » et de la fondation impliquaient peu ou pas de contact avec les créanciers. Il n'a donc prêté aucune attention (et il ne devait prêter aucune attention) au conflit pouvant surgir entre l'intérêt de notre société pour une création aussi souple que possible de l'ASBL (y compris l'obtention de la personnalité juridique), d'une part, et les intérêts des créanciers, d'autre part.

Dès 1977, on a constaté qu'il y avait eu une évolution « qui a placé l'ASBL dans une sphère d'entreprise à laquelle sa structure légale ne répond plus entièrement »[59]. Lorsque le droit est confronté à des organisations plus ou moins complexes entreprenant des activités sociales, dans l'un ou l'autre grou-

59. D'après R. VERHEYDEN, « Het gebrek aan overheidscontrole in het belang van derden op de verenigingen zonder winstoogmerk », *R.W.* 1977-1978, (col. 481), col. 514 (notre traduction).

pement coopératif d'hommes, se pose la question du partage des risques entre les intéressés. Surtout lorsqu'il s'agit d'activités d'une certaine ampleur, on peut s'attendre à ce que le droit donne une réponse à la demande d'un « partage de risque optimal et équitable »[60].

Vu les résultats de l'étude ci-dessus, on peut répondre de façon nuancée à la question de savoir si le « complexe de normes »[61]. qui règle les activités économiques de l'ASBL et de la fondation attache suffisamment d'importance aux intérêts des créanciers, à la lumière du *nouveau droit sur les associations et fondations*. Il est clair que l'obligation de dépôt des comptes annuels de l'ASBL et de la fondation formera la pierre angulaire des mécanismes de protection *préventive*. Cela ne peut bien sûr fonctionner que si l'autorité contrôle et force le respect de cette obligation. L'autorité ne peut en sous-estimer l'importance puisque la littérature économique[62] insiste aussi sur le rôle des créanciers comme instance de contrôle des organisations sans but lucratif. En outre, l'introduction du système *Prokura* montre aussi une attention accrue pour la protection préventive des créanciers. Dans le cadre *précuratif* de l'administration provisoire, il convient de revaloriser le rôle des créanciers en tant qu'initiateurs. Sur le plan *curatif* surtout, il faut, à mon avis, encore réfléchir et spécialement à la lumière du champ d'application du droit belge sur les faillites et les responsabilités spéciales qui l'accompagnent.

Le groupe cible favorisé par les activités non économiques comme partie prenante[63]

31. Si l'on étudie les interprétations courantes de l'article premier de la loi sur les ASBL et fondations (article 1er de la loi sur les associations et fondations), au point de vue des conditions qui concernent le déploiement d'activités économiques, on remarque que tant l'interprétation minoritaire que l'interprétation majoritaire de l'utilisation des produits des activités économiques constituent des conditions pour la réalisation de l'activité ou du but non économique. En ce qui concerne la fondation, cette condition se retrouve actuellement dans la définition légale même, puisque l'article 27 de la loi sur les associations et fondations stipule que le patrimoine de la fondation « est affecté à la réalisation d'un but désintéressé déterminé » et que la fondation ne peut procurer un gain matériel ni aux fondateurs ni aux administrateurs ni à d'autres personnes, « sauf, dans ce dernier cas, s'il s'agit de la réalisation du but désintéressé ». En théorie,

60. J. G. C. Raaijmakers, *Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen. Preadvies Nederlandse Juristenvereniging*, 1997-I/1, Zwolle, Tjeenk Willink, p. 27, n° 23.
61. *Ibid.*, p. 29, n° 26.
62. M. Jegers, Economische en bedrijfseconomische analyse van non-profit organisaties, Brussel, VUB, 2000-2001, p. 65.
63. M. Denef, *Economische activiteiten van VZW en stichting, op. cit.*, nos 661-739.

on peut donc partir du principe que l'impact du déploiement des activités économiques ne peut être que positif puisque les produits et recettes qui en résultent doivent être affectés par (interprétation de la) définition au groupe cible bénéficiant des activités et objectifs non économiques. Du point de vue du groupe cible bénéficiaire se pose toutefois la question de savoir comment ce devoir d'affectation théorique peut être contrôlé dans la pratique et, le cas échéant, forcé.

L'espoir que rendre des comptes au groupe cible bénéficiaire – et donc un contrôle par celui-ci – soit possible sur la base d'une obligation légale de ventilation du traitement comptable des opérations en cas d'activités économiques et non économiques mixtes ou sur la base d'une obligation de rapport convenable en termes de réalisation des objectifs et activités non économiques, n'est en tout cas pas justifié pour le moment, vu l'absence de cadre légal en la matière.

L'étape suivante, à savoir *l'obligation* d'une utilisation correcte du patrimoine par le groupe cible bénéficiaire, même en cas d'activités non économiques pures, ne semble pas non plus évidente. La qualification du groupe cible bénéficiaire comme « intéressé » dans l'action en annulation *relative* des actes juridiques contraires à l'affectation du patrimoine définie *statutairement*, ne l'est pas davantage. Seule la nullité *absolue* des opérations d'affectation contraires à l'interdiction d'affectation *légalement* définie entraînera peu de problèmes. On doit y ajouter d'emblée que cela ne peut être dit des violations « indirectes » de l'interdiction d'affectation par des « prestations contractuelles disproportionnées »[64]. Pourtant ce sont précisément ces violations indirectes qui forment, à mon avis, un plus grand risque pour toutes les ASBL et les fondations de formes plus sournoises de détournement de patrimoine que les distributions directes de bénéfice.

32. La principale conclusion en général doit toutefois être que les mécanismes de sanction les moins efficaces pour une affectation de patrimoine correcte, en cas d'activités non économiques pures, deviennent encore plus incertains en cas de mélange d'activités économiques et non économiques. Dans ce cas-là, tout détournement de l'affectation de patrimoine non économique définie statutairement est en effet justifiée comme une utilisation pour des activités économiques, également définies statutairement.

33. Tout bien considéré, les mécanismes de protection ont l'air fort maigres pour le groupe cible bénéficiaire et l'efficacité de mécanismes défendables s'avère peu sûr. Il va de soi qu'on n'aurait en principe pas besoin de sanctionner les infractions à la protection de leurs intérêts par dissolution, nullité, etc., s'il existait des mécanismes préventifs défendant les intérêts du groupe cible béné-

64. M. DENEF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, *op. cit.*, n^os^ 680-689.

ficiaire. Comme déjà dit plus haut, un traitement comptable approprié et convenable, un rapport adapté aux finalités non économiques et la publication de ces informations y contribueraient certainement. Mais un règlement des conflits d'intérêts sur une base légale et une obligation de rapport relatif à certaines transactions méritent, à mon avis, d'être aussi envisagés, puisque je suis personnellement convaincue que les prestations contractuelles disproportionnées constituent peut-être un risque supérieur de détournement de patrimoine que les cas flagrants de distributions directes de bénéfice aux fondateurs, administrateurs, membres, ...

Solutions alternatives

La limitation des activités économiques de l'ASBL et de la fondation : la S.F.S. comme alternative ?

34. Comme on l'a dit, on a cru un moment que le législateur allait trancher le plaidoyer pour davantage d'activités économiques pour les ASBL au détriment de ces dernières. Les propos tenus lors des débats parlementaires des articles de loi concernant la société à finalité sociale (S.F.S.) laissent supposer que celle-ci ne doit pas tellement servir d'alternative, mais bien de remplaçant juridique de l'ASBL à activités (principalement) économiques. Le manque de contrôle[65] et de transparence[66] des ASBL ayant de telles activités fait qu'elles offrent moins de garanties pour les tiers créanciers[67], affirme le législateur. Implicitement, le législateur dit ainsi que les activités spécifiques des ASBL, telles que la doctrine et la jurisprudence des trente dernières années les ont élargies, doivent être réduites[68]. Ce n'est un secret pour personne qu'il s'est inspiré ici des suggestions du Professeur Coipel[69], qui proposait déjà en 1985 comme compromis entre la suppression complète des ASBL, d'une part, et l'autorisation d'activités économiques illimitées, d'autre part, de réduire le terrain des activités des ASBL en excluant « ceux qui exercent des activités économiques – ou seulement ceux qui exercent des activités commerciales » et éventuellement même ceux qui, bien qu'ils n'exercent pas en soi ce genre d'activités, remplissent quand même « un rôle économique significatif ».

65. *Trav. Parl.* Senaat 1993-1994, n° 1086/2, p. 301.
66. *Trav. Parl.* Senaat 1993-1994, n° 1086/2, p. 304.
67. *Trav. Parl.* Senaat 1993-1994, n° 1086/2, p. 343.
68. Comp. F. Wilmet, « La société à finalité sociale : deux ans après », *D.A/O.R.* 1998, n° 45, (p. 45), p. 46.
69. M. Coipel, « Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés et de la commercialité », in *Les ASBL-Évaluation critique d'un succès*, C.D.V.A., Gent, Story-Scientia, 1985, (p. 93), p. 235, nr. 332 ; M. Coipel, « Les sociétés à finalité sociale : innovation, révolution ou illusion », in *ASBL et société à finalité sociale. Quelques aspects juridiques et économiques*, in *Non Marchand, Droit & Management*, Gent, Mys & Breesch, 1996, pp. 49 et s.

35. Il est malheureusement apparu qu'avec la S.F.S. le législateur « poursuit la réalisation simultanée d'un double objectif »[70]. C'est précisément la raison pour laquelle aucun des deux ne s'avère finalement réellement réalisé. Il veut, d'une part, éclaircir le secteur des ASBL en visant une meilleure protection des tiers, tout en profitant de l'occasion pour réaliser une certaine forme de participation des travailleurs. Cette approche combinée, ainsi que les problèmes[71] qui peuvent se poser pour certains aspects de la formation juridique de la S.F.S., ont abouti au fait que finalement aucun des deux objectifs n'a été réalisé. Ainsi, le fait de « pousser » ces ASBL « à rejoindre le droit des sociétés, plus rigoureux et offrant plus de garanties aux tiers »[72] est plutôt apparu comme une option. La discussion parlementaire nous apprend, en outre, que les activités économiques « accessoires » restent possibles pour les ASBL C'est pourquoi nous continuerons à discuter jusqu'à la nuit des temps des frontières de ces activités accessoires, dans le droit, mais aussi dans les faits.

36. La pratique[73] nous apprend entre-temps qu'en Flandre l'on se montre plutôt hésitant avec la S.F.S., à l'exception des opportunistes de la première heure, qui espéraient en retirer d'importants avantages fiscaux ou sociaux et quelques expériences dans la sphère du droit public.

« Filialisation » [74] *?*

37. Comme alternative à l'adaptation proposée du cadre légal étudié de l'ASBL et de la fondation à l'exercice d'activités économiques, on peut penser à ce que l'on peut décrire comme une « filialisation » des activités économiques. Cela revient essentiellement à héberger les activités économiques dans une structure de société dans laquelle l'ASBL ou la fondation est actionnaire majoritaire (voire même actionnaire unique). Il ne s'agit donc nullement des participations à titre de placement et de « bonne administration » du patrimoine de l'ASBL ou de la fondation, mais bien du scénario dans lequel une activité (ou une partie de l'activité), à savoir l'activité économique, est hébergée dans une autre personne juridique (entière).

38. L'inspiration de cette alternative peut se retrouver en France, aux Pays-Bas et en Allemagne. Dans la plupart de ces systèmes juridiques, la possibilité pour une ASBL ou une fondation de participer comme actionnaire majoritaire dans une société s'accompagne d'une fiscalité adaptée à ce genre de construction et

70. *Trav. Parl.* Senaat 1993-1994, n° 1086/2, p. 309.
71. Ph. Ernst, « De vennootschap met een sociaal oogmerk », in *Het gewijzigd vennootschapsrecht 1995*, H. Braeckmans et E. Wymeersch, (eds.), Antwerpen, Maklu, 1996, 35 e.v.
72. *Trav. Parl.* Senaat 1993-1994, n° 1086/2, p. 288
73. Pour les chiffres, consultez l'enquête VOSEC du 10 avril 2002, www.vosec.be
74. M. Denef, M., *Economische activiteiten van VZW en stichting, op. cit.*, n^{os} 772-775.

on pense aux possibilités de fusion entre l'ASBL et la S.A. ou B.V., dont elle garde toutes les actions, à l'importance d'obligations de publication éventuelle, vu l'importance d'un « ancrage » du contrôle par l'ASBL et averti aussi de ses risques éventuels.

39. En droit belge, il règne une certaine imprécision concernant la possibilité pour les ASBL de participer comme actionnaire dans une société à personnalité juridique entière. Alors que la doctrine initiale émet peu d'objections contre une telle participation et n'y impose aucune restriction, on voit apparaître progressivement une certaine résistance contre la construction dans laquelle une ASBL prend une participation dans une société « réalisant l'activité commerciale en ses lieu et place » à partir de l'idée « que le législateur de 1921 n'a pas entendu faire des ASBL des associations holding ou faîtières de sociétés commerciales »[75]. Cette doctrine ne peut accepter que la participation qui peut passer comme accessoire ou subordonnée. Dans cette thèse apparaît aussi la finalité : lorsqu'est prise une participation « avec but lucratif, elle ne sera pas compatible avec l'ASBL si cette participation constitue davantage qu'une activité accessoire pour l'ASBL »[76]. Non seulement la norme de la subordination quantitative sera rarement atteinte (ainsi, il ne semble nullement évident de trouver une activité non économique qui génère davantage de produits au sein de l'ASBL que le chiffre d'affaires d'une activité économique dans la société qui lui est liée), mais cela semble en outre peu pertinent au regard du critère du but lucratif juridiquement taxé en tant que tel. À côté de cela, il y a la vision qui relève peu d'objections à une telle participation parce qu'il ne s'agit pas tellement d'une « *activité* lucrative », mais plutôt d'une « *opération* à but lucratif, tout comme un placement dans des fonds » (mis par l'auteur en italique)[77]. La seule restriction qui s'applique, selon cette interprétation, est que « les ASBL sont bien sûr tenues d'affecter le produit de cette participation à la réalisation de leur objet social »[78].

L'arrêté royal du 19 décembre 2003 relatif aux obligations comptables et à la publicité des comptes annuels de certaines associations sans but lucratif, associations internationales sans but lucratif et fondations[79] semble en tout cas avoir

75. B. De Clippel, « La gestion du patrimoine d'une ASBL dans le cadre de la loi du 27 juin 1921 », *loc. cit.*, p. 15, n° 18.3.
76. D'après D. Van Gerven, « De vereniging zonder winstoogmerk als aandeelhouder in een vennootschap », *loc. cit.*, p. 231, n° 25 (notre traduction).
77. D'après J. Verstappen, « Schaalvergroting in de non-profit-Fusies en splitsingen van verenigingen zonder winstoogmerk-Juridische aspecten », *Z.W., 1994*, (p. 74), p. 90, nr. 81 (notre traduction) ; H. Du Faux, « Société coopérative », in *Rép. not.* XII, livre V.4., Bruxelles, Larcier, 1986, p. 61, n° 37.
78. J. Verstappen, *loc. cit.*, p. 90, n° 81. J. 't Kint, « Les associations sans but lucratif », in *Rép.not.*, Bruxelles, Larcier, 1987, p. 55, n° 77.1 ; G. Raucq, et P. Hainaut-Hamende, « Les sociétés anonymes », in *Rép. not.* XII, livre III/1, 1994, n° 65.
79. *M.B.*, 30 décembre 2003.

peu de problèmes avec une construction où une ASBL participe comme actionnaire (majoritaire) dans une société. L'arrêté royal a en effet créé un poste comptable pour les « grandes » ASBL, fondations et A.I.S.B.L. qui reproduit les « participations dans des sociétés liées »[80] et les participations dans « d'autres sociétés avec lesquelles il existe un rapport de participation »[81]. « L'annexe » faisant partie des comptes annuels à déposer doit en outre mentionner des données supplémentaires sur les sociétés dans lesquelles l'association possède une participation, ainsi que les sociétés dans lesquelles l'association possède des droits sociaux à concurrence de dix pour cent au moins du capital souscrit[82].

Bien qu'il existe donc suffisamment d'indications pour affirmer qu'il existe peu d'objections d'un point de vue juridique à une « filialisation » des activités économiques d'une ASBL, nous n'avons pas encore étudié le problème du point de vue fiscal. Seuls les « fisconautes » peuvent s'aventurer à faire des prévisions concernant les implications fiscales d'une scission de l'activité économique (devenue trop importante) d'une ASBL

40. Vu l'insécurité relative concernant la possibilité et l'ampleur de la participation autorisée d'une ASBL ou d'une fondation dans une société et compte tenu des sables mouvants fiscaux dans lesquels on se trouve dans cette hypothèse, il me semble qu'une « filialisation » d'activités par la prise d'une participation majoritaire de l'ASBL dans une société à personnalité juridique entière soulève, dans l'état actuel de notre droit, tout autant de questions qu'en cas d'hébergement des activités économiques dans l'ASBL ou la fondation même.

Les suggestions d'adaptation du cadre légal à ce dernier scénario plutôt qu'à une technique de filialisation sont d'ailleurs aussi étayées par une étude économique : « Nonprofits should not be permitted to have for-profit subsidiaries. (...) More generally, interlocking managements of nonprofits and for-profit firms should be prohibited. All of these arrangements now occur and they all provide opportunities for abuse of the nonprofit form (...). When the two forms of organizations are jointly controlled, there are simply too many opportunities for using the nonprofit form to enhance the profit of the proprietary partner. When men and women who are associated with private firms sit on boards of directors of nonprofits, they can and often do see to it that the organization purchases services from the proprietary firms they represent. When nonprofit and proprietary organizations are controlled by the same people, inputs that are uses jointly by the two organizations can be accounted for in ways that load costs onto the taxed firm and revenues onto the nonprofit, thus permitting higher aggregate salaries to be paid, at the expense of tax collections »[83].

80. Bilan, actif, poste IV.A.1.
81. Bilan, actif, poste IV.B.1.
82. Articles 15, 4° et 18, 2°, arrêté royal du 19 décembre 2003.
83. B. Weisbrod, *The nonprofit economy*, *op. cit.*, p. 164.

En guise de conclusion provisoire

41. L'étude esquissée ci-dessus indique les interventions juridico-techniques pouvant éventuellement contribuer à une défense plus équilibrée des intérêts dans le complexe des normes qui règle l'ASBL et la fondation à activités économiques illimitées. En gardant un œil sur ce qui se passe dans d'autres disciplines de recherche et l'autre sur l'Europe[84], cette dernière option semble en tout cas défendable, bien qu'elle sera probablement prise sur la base de considérations autres que purement juridiques. Le juriste ne peut que contribuer à ce que Hansmann décrit comme « a general effort at law reform, designed to address the organizational changes in the nonprofit sector »[85], afin d'éviter que « imperfect regulation permits the development of nonprofits that are for-profits in disguise »[86].

Il suffit de terminer ce débat provisoirement avec les mots sages du professeur émérite auquel est consacré ce liber : « Le choix de nouvelles solutions législatives est avant tout un choix politique. Le rôle du juriste est surtout – du moins lorsque les exigences de la Justice et du Bien Commun ne sont pas en cause – un rôle de technicien : il propose et l'homme politique dispose »[87].

84. Voir projet d'un statut pour l'association européenne, n° 93/c 236/01, PB.C. le 31 août 1993, p. 263/3.
85. H. R. Hansmann, « A reform agenda for the Law of Nonprofit Organizations », paper American Law Institute p. 46.
86. B. Weisbrod., The nonprofit economy, *op. cit.*, p. 11.
87. M. Coipel « Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés et de la commercialité », *loc. cit.*, p. 226, n° 308.

Une fiscalité réaménagée pour les associations sans but lucratif ? Pour une réforme de l'impôt des personnes morales

Michel De Wolf
Professeur aux FUNDP, à l'UCL et aux HEC de Liège,
Reviseur d'entreprises

Les personnes morales sans but lucratif remplissent une fonction essentielle dans notre économie sociale de marché. Le législateur n'est malheureusement pas parvenu jusqu'ici à leur donner un statut fiscal approprié.

Section 1ère. - La situation présente

Sous l'actuel Code des impôts sur les revenus, la question cardinale, pour une personne morale sans but lucratif, est celle du type d'impôt auquel elle sera assujettie : impôt des personnes morales (I.P.M.) ou impôt des sociétés (I. Soc.)[1].

A. L'assiette de l'impôt

L'impôt des personnes morales génère une taxation cédulaire sur certains types de revenus, sans appréhension du résultat financier global de l'association. Seront ainsi taxés :

- le revenu cadastral des immeubles belges (c'est-à-dire la valeur locative nette forfaitaire déterminée par l'Administration du cadastre), sauf s'il est exonéré, ce qui sera spécialement le cas s'ils sont affectés à l'exercice d'une des activités d'intérêt public visées par le Code (article 12, § 1er), à savoir l'exercice public d'un culte ou de l'assistance morale laïque, l'enseignement, l'installation d'hôpitaux, de cliniques, de dispensaires, de maisons de repos, de homes de vacances pour enfants ou personnes pensionnées, ou d'autres oeuvres analogues de bienfaisance ;
- la partie du loyer net des biens immobiliers sis en Belgique donnés en location, qui excède le revenu cadastral indexé. Ne sont toutefois pas visés les biens donnés en location à une personne physique agissant à titre non professionnel, à un agriculteur conformément à la législation sur le bail à

1. Cette section du texte constitue pour partie une reprise, mise à jour, de notre rapport national belge au Congrès 1999 de l'International Fiscal Association, publié in *Cah. droit fisc. intern.*, vol. LXXXIVa, 1999, pp. 283-299.

ferme, ou à un locataire affectant le bien à l'une des fins d'utilité publique déjà citées ;

- les revenus des biens immobiliers sis à l'étranger, à l'exception, d'une part, des immeubles pour lesquels une convention préventive de la double imposition conclue par la Belgique réserve à l'État étranger l'imposition, et, d'autre part, des immeubles qui sont affectés à des activités d'intérêt public dans des conditions similaires à celles prévues pour les immeubles belges exonérés de précompte immobilier. Les biens immobiliers étrangers imposables le sont selon une base égale au loyer net ou à la valeur locative nette, selon que le bien est ou non donné en location ;
- les sommes obtenues à l'occasion de la constitution ou de la cession de droits d'emphytéose ou de superficie ou de droits immobiliers similaires. Sous réserve des implications des conventions préventives de la double imposition, il est indifférent que l'immeuble soit sis en Belgique ou à l'étranger. Les cessions de droits d'emphytéose, superficie, etc., ne sont toutefois pas imposables lorsqu'on se trouve, en ce qui concerne le preneur, en présence des mêmes hypothèses que celles qui excluent, en cas de location, l'imposition de l'excédent du loyer net par rapport au revenu cadastral indexé. Il n'y aura pas davantage application de la cotisation distincte si le transfert du droit se fait dans des conditions excluant l'octroi à l'organisme cédant de tout avantage, au sens de l'article 10 du Code (leasing immobilier spécialement) ;
- les revenus mobiliers et les revenus divers à caractère mobilier, en ce compris certains profits réalisés par le biais de sociétés d'investissement ou de contrats d'assurance-vie, prévoyant un rendement garanti (C.I.R., articles 2, § 4, alinéa 2, 19, §1er, 3° et 4°, et 21, 9°) ;
- les cotisations d'assurance-groupe, attributions de pensions, rentes et autres allocations, etc., lorsqu'elles dépassent certaines limites ;
- les dépenses non justifiées, c'est-à-dire les rémunérations et les commissions qui n'ont pas fait l'objet d'une identification de leur bénéficiaire sous la forme d'une fiche transmise à l'Administration ;
- certaines plus-values réalisées sur des terrains ou immeubles bâtis belges, à l'occasion d'une cession à titre onéreux considérée comme spéculative (confer article 90, 8° et 10°, du Code) ;
- certaines plus-values réalisées sur la cession à titre onéreux, à une société ou personne morale non résidente, de participations importantes dans des sociétés belges (confer article 90, 9°, du Code).

Si, par contre, la personne morale sans but lucratif est assujettie à l'impôt des sociétés, elle sera imposée sur son revenu global, correspondant au total du mouvement de ses réserves imposables, de ses dépenses non admises (quotité des frais de restaurant et de voiture, certaines réductions de valeur et moins-values, amendes, libéralités, avantages sociaux, etc.), et, quoique l'hypothèse soit plutôt théorique, de ses dividendes distribués.

Prima facie, l'impôt des personnes morales paraît préférable, puisqu'il ne

s'applique qu'à certains revenus, tandis que l'impôt des sociétés frappe un revenu global.

Il est cependant des hypothèses dans lesquelles l'impôt des sociétés pourrait s'avérer plus intéressant financièrement. Si la base imposable « globale » est en effet nulle, ou à tout le moins négligeable, tout ou partie des précomptes mobiliers retenus à la décharge du contribuable par les débiteurs des revenus seront en effet remboursés. L'on notera en particulier que par l'effet du régime des revenus définitivement taxés (régime d'exemption appliqué par la Belgique aux sociétés qui recueillent certains dividendes), la base imposable d'une société peut être nettement inférieure au résultat comptable, permettant dès lors le remboursement de précomptes mobiliers retenus lors de l'encaissement de dividendes. De manière similaire, la plupart des revenus qui, à l'I.P.M., génèrent une cotisation distincte, ne feront l'objet d'aucun I.Soc. si la base imposable globale est nulle. Les pertes seront en outre reportables dans le temps. D'une manière générale, l'entité assujettie à l'impôt des sociétés bénéficie de tous les avantages liés à cet impôt, notamment la déduction pour investissement (immunisation de bénéfices en cas d'investissement visé aux articles 68 à 77, et 201, du Code), l'exonération pour personnel supplémentaire (octroyée, notamment, en vertu de l'article 67 du Code), la réserve d'investissement (article 194*quater*) et le crédit d'impôt des P.M.E. (découlant de l'article 289*bis* lors de certaines augmentations de capital).

D'un autre côté, lorsqu'une personne morale sans but lucratif est assujettie à l'impôt des sociétés, l'ensemble de ses revenus, même provenant de ses activités désintéressées ou subsidiées, seront soumis à la taxation globale. Celle-ci devra faire l'objet de versements anticipés volontaires, sous peine de majorations de l'impôt. Il est toutefois admis que la notion de frais professionnels déductibles est à interpréter à la lumière de l'objet de l'association. C'est ainsi que les libéralités qu'elle octroie en vue de sa réalisation seront déductibles[2], alors qu'une société « ordinaire » serait quant à elle taxable au titre des dépenses non admises.

B. Les critères d'assujettissement

L'impôt des sociétés frappe en principe « toute société, association, établissement ou organisme quelconque régulièrement constitué qui possède la personnalité juridique et se livre à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif » (articles 2, § 2, 1°, alinéa 1er, et 179, du Code).

L'impôt des personnes morales vise quant à lui les personnes morales qui ont en Belgique leur siège social, leur principal établissement ou leur siège de direction ou d'administration, et qui entrent dans l'une des trois catégories suivantes :

2. *Doc. Parl.* Sénat, 1975-1976, n° 925/2, pp. 18-19. Com.I.R., n° 183/43.

- elle ne se livrent pas à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif ;
- elles ne sont pas assujetties à l'impôt des sociétés conformément à l'article 181, c'est-à-dire en raison tant de l'absence de but de lucre dans le chef de leurs associés que de la nature de leur objet ;
- elles ne sont pas assujetties à l'impôt des sociétés conformément à l'article 182, c'est-à-dire en raison tant de l'absence de but de lucre dans le chef de leurs associés que du caractère marginal ou accessoire de leurs activités lucratives.

Première catégorie d'assujettis à l'I.P.M. : les personnes morales qui ne se livrent pas à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif.

Se livrer à une exploitation signifie exploiter une entreprise dont les bénéfices constitueraient, pour une personne physique, des revenus professionnels visés à l'article 23, § 1er, 1°, du Code. En mentionnant aussi les *opérations de caractère lucratif*, le législateur appréhende également d'autres occupations professionnelles permanentes, qui seraient génératrices d'autres types de revenus professionnels dans le chef d'une personne physique (spécialement les profits de professions libérales).

Dans les deux cas, il est indifférent que la personne morale ne cherche en réalité pas à procurer un gain à ses membres. En réalité, la disposition permet principalement d'exclure de l'impôt des sociétés les activités d'essence purement philanthropique, caritative, religieuse ou culturelle.

Deuxième catégorie d'assujettis à l'I.P.M. : les personnes morales sans but lucratif appartenant à certains secteurs d'activités privilégiés.

L'article 181 du Code des impôts sur les revenus exclut *de plano* du champ d'application de l'impôt des sociétés une série « d'associations sans but lucratif » (l'appellation est ici mentionnée), mais aussi « d'autres personnes morales qui ne poursuivent pas un but lucratif », définies en fonction de leurs activités[3] :

- fédérations professionnelles ou interprofessionnelles (c'est-à-dire celles qui ont « pour objet exclusif ou principal l'étude, la protection et le développement des intérêts professionnels ou interprofessionnels de leurs membres ») ;
- secrétariats sociaux d'employeurs (c'est-à-dire ceux qui constituent le prolongement ou l'émanation de fédérations professionnelles ou interprofessionnelles et qui ont pour objet exclusif ou principal d'accomplir au nom et pour compte de leurs affiliés, ou d'aider ceux-ci à accomplir les formalités imposées en raison de l'occupation de personnel ou en exécution de la législation fiscale ou sociale) ;

3. Voyez l'exposé très complet des secteurs concernés fourni par le Com.I.R., n° 181.

- organismes payeurs des prestations de sécurité sociale (c'est-à-dire ceux qui, « en application de la législation sociale, sont chargés de recueillir, de centraliser, de capitaliser ou de distribuer les fonds destinés à l'octroi des avantages prévus par cette législation ») ;
- établissements d'enseignement et quelques associations connexes ;
- organisateurs de foires et expositions ;
- services agréés d'aide aux familles et aux personnes âgées ;
- divers organismes susceptibles, sous réserve de l'étendue de leur aire d'activité, de solliciter leur agrément pour recevoir des libéralités immunisées (notamment les institutions culturelles, les institutions de recherche scientifique, les services agréés d'aide aux handicapés, victimes de la guerre, indigents, mineurs d'âge protégés, les ateliers protégés, les organisations non gouvernementales agréées de coopération au développement, les associations de protection de l'environnement) ;
- organismes qui exercent exclusivement une activité de certification de titres émis par des sociétés et dont les certificats qu'ils émettent sont, pour l'application des impôts sur les revenus, assimilés aux titres auxquels ils se rapportent.

La disposition légale impose généralement que l'activité privilégiée constitue l'objet exclusif ou principal de la personne morale. La vérification se fait en comparant l'importance des ressources brutes relevant de l'activité privilégiée, par rapport au produit des autres activités. L'utilisation, dans le développement de la première, de méthodes concurrentielles, voire marchandes, n'empêche pas l'institution concernée d'échapper à l'impôt des sociétés.

Pour autant qu'ils ne poursuivent pas de but de lucre dans leur chef ni dans celui de leurs membres, et par assimilation avec les institutions qui aident les déshérités, les hôpitaux et autres établissements de soins de santé ne sont en principe pas soumis à l'impôt des sociétés[4].

Troisième catégorie d'assujettis à l'I.P.M. : les personnes morales sans but lucratif effectuant des opérations considérées comme dénuées de caractère lucratif.

L'article 182 du Code établit la fiction que trois séries d'opérations n'ont pas de caractère lucratif, de telle sorte que la personne morale sans but lucratif qui les pose puisse revendiquer la taxation à l'I.P.M.

Il s'agit en premier lieu des « opérations isolées ou exceptionnelles » : bals, tombolas, etc. Encore faut-il que l'on ne se trouve point en présence d'activités répétées fréquemment, ce qui s'apprécie par période imposable[5].

Il s'agit ensuite des « opérations qui consistent dans le placement des fonds récoltés dans l'exercice de la mission statutaire ». Selon l'Administration, il faut

4. Com.I.R., n° 181/15.
5. Com.I.R., n° 182/2.

entendre par là les placements qui seraient considérés dans le chef d'une personne physique comme relevant de la gestion normale de son patrimoine privé[6].

Il s'agit enfin des « opérations qui constituent une activité ne comportant qu'accessoirement des opérations industrielles, commerciales ou agricoles, ou ne mettant pas en oeuvre des méthodes industrielles ou commerciales ». Sont donc avant tout visées certaines opérations lucratives accomplies à titre accessoire par une institution dont nul ne conteste qu'elle ne se livre pour le reste pas à une exploitation[7]. Le législateur va cependant au-delà de la notion d'opérations accessoires, puisqu'il permet également que soient ignorées les opérations qui ne mettent pas en œuvre des méthodes industrielles ou commerciales, c'est-à-dire celles qui sont accomplies d'une manière substantiellement différente des concurrents commerciaux (du point de vue de la publicité, du financement, du personnel occupé, de la nature de la clientèle, des canaux de distribution, etc.[8]). Quant aux opérations de caractère lucratif mettant en oeuvre des méthodes commerciales ou industrielles, leur caractère accessoire pourra s'apprécier soit sur une base quantitative (comparaison des moyens humains et matériels respectivement utilisés dans l'activité lucrative et dans l'activité désintéressée), soit selon un critère de corrélation nécessaire. Ainsi, un but désintéressé tel que la propagation d'idées religieuses, peut impliquer l'édition de publications, la vente d'objets de culte, l'exploitation de maisons de retraite[9].

L'assujettissement à l'impôt des personnes morales suppose toutefois que soit également respectée la condition d'absence de but lucratif dans le chef des

6. Com.I.R., n° 182/3.
7. Pour des applications de cette exception, voy. Antwerpen, 27 septembre 1994, *F.J.F.*, n° 95/65 (clinique déployant par ailleurs diverses activités économiques), Antwerpen, 9 janv. 1995, *F.J.F.*, n° 95/86 (association sportive exploitant également une cafétaria) et Liège, 13 mars 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1440 (association de désintoxication de drogués occupant moins de personnel soignant que de personnes engagées dans diverses activités commerciales, telles que la récupération et la vente de livres). Par contre, une association religieuse, occupant d'anciens détenus, exploitant notamment un camping et un restaurant, est à soumettre à l'impôt des sociétés (Mons, 17 mai 1996, *F.J.F.*, n° 96/200). Il en va de même d'une ASBL éditrice de livres et organisatrice de séminaires (Liège, 14 avril 1995, *F.J.F.*, n° 96/64).
8. *Cf.* Com.I.R., n° 182/9. Voy. par. ex. Bruxelles, 23 nov. 2000, *F.J.F.*, n° 2001/77 (à propos d'une association fournissant des consultations médicales et juridiques : la publicité était limitée, et la participation aux frais demandée aux bénéficiaires était faible et fonction de leurs possibilités financières). Selon D. DESCHRIJVER, *V.Z.W. en belastingen,* Kalmthout, Biblo, 1996, n^{os} 138-151, le déploiement d'une activité industrielle, commerciale ou agricole à titre principal (généralement au mépris du statut légal des ASBL) ne pourrait jamais échapper à l'impôt des sociétés au motif que celle-ci serait menée selon des méthodes alternatives : le caractère « accessoire » devrait être présent dans les deux hypothèses, et inversement il ne saurait exister d'activité industrielle, commerciale ou agricole principale sans que celle-ci n'implique des méthodes industrielles ou commerciales.
9. Exemple mentionné au Com.I.R., n° 182/11 et 182/16. Par contre, une association d'animation communale qui tire la majorité de ses revenus de l'exploitation d'un café doit être soumise à l'impôt des sociétés (Mons, 30 mai 1997, *Fiscologue*, 1997, n° 618, p. 10).

membres. L'octroi à ceux-ci de rémunérations disproportionnées, fût-ce en une autre qualité, comme celle de travailleur ou d'administrateur, de prêteur ou de bailleur, conduira à l'application de l'impôt des sociétés[10].

Section 2. - Pour un changement

Le système dual actuel, qui assujettit certaines personnes morales sans but lucratif à un I.P.M. cédulaire et d'autres à un I.Soc. global, est suranné. Il se fonde en effet sur des critères qui ne sont plus guère pertinents. De plus, il conduit dans certaines hypothèses à des conséquences contraires à l'objectif poursuivi.

A. De la nécessité d'un changement

Le Code des impôts sur les revenus prévoit une imposition, en principe de 33,99%, des bénéfices réalisés par des sociétés, qu'il conçoit manifestement comme des instruments tournés vers un but lucratif (confer article 2, § 2, 1°), débouchant assez naturellement sur des dividendes ou des plus-values dans le chef de leurs associés.

Par opposition, comme on l'a vu, le même Code ne prévoit aucune imposition des bénéfices réalisés, en tant que tels, par diverses personnes morales sans but lucratif, se contentant d'instituer certaines impositions cédulaires (voyez les articles 179 à 182). Mais il exige pour ce faire que les personnes morales en question répondent à des critères énumérés de manière limitative.

Dans l'esprit du législateur, le régime ainsi défini devrait conduire à *favoriser* les associations éligibles à l'I.P.M. Mais hélàs ! l'inéquité est parfois au bout du chemin...

En effet, il arrive que l'I.P.M. se révèle en réalité plus lourd que l'I.Soc. Ceci surviendra notamment quand une association recueille des revenus mobiliers, ou des loyers nets qui dépassent le revenu cadastral des immeubles concernés, mais que globalement, elle ne réalise pourtant aucun bénéfice net global...

Inversement, l'inéquité apparaît encore à propos de certains frais que le législateur entend décourager dans le chef des sociétés imposées à l'I.Soc., mais par rapport auxquels il adopte au contraire, à l'I.P.M., une attitude de parfaite, mais incompréhensible, neutralité. Nous visons ici des dépenses non admises, à l'impôt des sociétés, telles que les quotités pertinentes des frais de restaurant ou de voiture ou l'intervention de l'employeur dans les titres-repas. Dans le chef d'un assujetti à l'impôt des sociétés, le rejet en dépenses non admises conduit à pénaliser divers comportements (comme l'utilisation de la voiture) ou à compenser à son niveau le régime fiscal avantageux octroyé par ailleurs à une

10. Voyez, pour un cas d'application, Trib. Mons, 7 mai 2003, *Fiscologue*, 2003, n° 899, pp. 4-5.

tierce personne (le travailleur qui reçoit des titres-repas ou la personne qui est invitée au restaurant). On n'aperçoit pas la raison pour laquelle une politique semblable n'est pas poursuivie lorsque celui qui expose la dépense relève de l'impôt des personnes morales.

Par ailleurs, les critères d'assujettissement à l'un ou l'autre impôt manquent de pertinence. Ils peuvent en outre, sous réserve d'une décision fiscale anticipée, être source d'insécurité juridique.

Au nom de quoi, par exemple, justifier la faveur donnée aux associations qui organisent des foires et expositions, qui profiteront du cadre douillet de l'article 181, alors que les associations sportives doivent le cas échéant se débattre avec les incertitudes de l'article 182 ? Dans les deux cas cependant, l'inspecteur fiscal pourra peut-être constater la présence d'une cafétaria, de personnel, de publicité, etc.

Un État laïcisé manque au demeurant de plus en plus de légitimité pour faire le tri entre les associations selon l'objet de leurs activités.

Quant au critère de l'intensité de mise en oeuvre de méthodes industrielles ou commerciales, il relève lui aussi d'un autre âge. Pourquoi faudrait-il que le secteur associatif manquât de professionnalisme dans sa gestion ?

B. Une philosophie moderne

À nos yeux, *le seul* facteur pertinent, légitime et cohérent de différenciation fiscale nous paraît être le but lucratif ou non poursuivi par l'entité. Et par but lucratif, nous entendons la recherche par les membres d'avantages patrimoniaux.

Un régime fiscal privilégié est en effet justifié si l'entité en cause a été conçue dans une perspective altruiste et sociétale, plutôt que matérialiste et individualiste. Il n'est pas déraisonnable de taxer significativement une société qui permet à ses associés de percevoir des dividendes (peu taxés à leur niveau) ou de réaliser des plus-values (généralement exonérées). Parallèlement, il n'est pas contradictoire que l'État renonce à se financer à charge d'entités qui concourent avant tout à réaliser des objectifs que souvent il subsidie, ou qu'à défaut, il devrait encourager autrement, voire organiser lui-même.

Faire évoluer le régime fiscal dans cette direction, cadrerait avec les mutations du droit privé, telles que promues spécialement par le professeur Coipel. Ainsi, de la définition de l'ASBL, dont on sait qu'elle est « celle qui ne se livre pas à des opérations industrielles ou commerciales, et qui ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel » (article 1er, alinéa 3, de la loi du 27 juin 1921). Cette définition a longtemps posé de sérieuses difficultés en doctrine et en jurisprudence. Mais il est aujourd'hui largement admis que des activités commerciales accessoires ne sont pas illicites. Michel Coipel a très justement proposé d'interpréter le texte légal comme signifiant simplement que l'ASBL est « celle qui,

poursuivant un but supérieur, ne cherche pas (ni) son propre enrichissement ou (ni) l'enrichissement direct de ses membres »[11].

En matière fiscale, on pourrait du reste expliciter ce critère, en réservant le régime fiscal privilégié à toutes les personnes morales qui, en droit *et en fait*, excluent toute recherche d'un bénéfice patrimonial direct dans le chef de leurs associés.

Le système ainsi mis en place permettrait du reste d'englober certaines sociétés à finalité sociale, qui, en application de l'article 661 du Code des sociétés, excluent statutairement la distribution de tout dividende, aussi minime soit-il. Sous réserve qu'elles doivent en outre satisfaire aux autres critères de l'article 181 ou de l'article 182 du Code des impôts sur les revenus, la pratique administrative est déjà celle de l'assimilation[12].

Bien entendu, la finalité désintéressée doit être effective, au sens que les membres ne peuvent espérer tirer aucun avantage patrimonial direct de la part des entités en cause (sous forme de dividende, plus-value, rémunération excessive de prestations, etc.). De même, la législation nouvelle devra garantir que lorsqu'une association, qui a mérité dans le passé son statut privilégié, ne satisfait plus aux conditions requises, elle soit rattrapée de manière adéquate par le régime ordinaire. D'une manière générale, elle devra assurer que des personnes morales se présentant comme sans but lucratif et bénéficiant du statut préférentiel, ne servent pas de trou noir permettant d'éluder l'impôt qui se serait normalement appliqué dans le chef d'autres contribuables.

Ceci admis, restent à régler deux problèmes déjà mentionnés, sources d'iniquité, à savoir, d'une part, le régime différencié des dépenses non admises, et, d'autre part, le fait que l'impôt des personnes morales peut se révéler, en pratique, moins favorable que l'impôt des sociétés.

À cet égard, la solution la plus défendable nous paraît être l'assujettissement des personnes morales non-lucratives à l'impôt des sociétés, mais selon un taux réduit.

Un tel système assure tout d'abord que, dans aucune hypothèse, le régime fiscal appliqué à une association ne puisse se traduire par un impôt en réalité plus lourd que celui qui se serait appliqué à une société (à but lucratif). Ensuite, les dépenses de voiture, de restaurant, de titres-repas, etc. subiront dans le chef de tous les contribuables une certaine taxation. Une différence de régime subsistera, mais dans des proportions atténuées par rapport à la situation actuelle. Enfin, le mécanisme permet de sauvegarder une certaine recette bud-

11. M. Coipel, « Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés et de la commercialité », in *Commission droit et vie des affaires, Les ASBL : évaluation critique d'un succès*, Gand, Story-Scientia, 1985, pp. 147 et 161.

12. Avis publié au *Moniteur belge*, 13 juillet 1996. Voyez également la réponse du Ministre des Finances à la question orale du député Detienne, *C.R.A.* Chambre, 6 juin 1996 ; B. de Clippel, « La société à finalité sociale et les impôts sur les revenus », *Non Marchand*, 1996/1, p. 46 ; L. Stolle, *La société à finalité sociale*, Diegem, Ced-Samson, 1997, pp. 129-141.

gétaire à charge du secteur associatif, le taux pouvant être établi à un niveau qui procure le même rendement que l'impôt des personnes morales auquel il se substituera.

D'une manière générale, l'assujettissement à l'impôt des sociétés, mais à un taux réduit, paraît constituer une solution médiane, conforme à la situation ambivalente des entités concernées : exerçant le cas échéant une activité économique, mais dans un but désintéressé. C'est du reste la solution qui a été retenue pour certaines sociétés dont le législateur a reconnu dans le passé le rôle particulier qu'elles remplissent. L'article 216 prévoit en effet un taux réduit à 5% (soit 5,15% après cotisation complémentaire de crise) en faveur de certaines sociétés actives dans le domaine du logement social ou du crédit professionnel à l'artisanat.

Il existe par ailleurs des sociétés et associations qui, tout en excluant la recherche d'un avantage patrimonial direct dans le chef de leurs membres, leur permettent néanmoins de tirer des avantages patrimoniaux indirects, au sens de l'article 1er du Code des sociétés. On songe par exemple à l'économie de charges qui peut résulter de l'exercice par l'association d'une fonction de centralisation des commandes effectuées par les membres.

Pour ce type de personnes morales, on pourrait utiliser la même technique, à savoir celle d'un assujettissement à l'impôt des sociétés, selon un taux réduit, mais moins réduit que les personnes morales excluant toute recherche d'avantage patrimonial dans le chef des membres.

Annexe. Proposition législative

Les réflexions développées dans la présente contribution pourraient se traduire par les modifications législatives suivantes :

A. Abroger dans le Code des impôts sur les revenus :
- les articles 181 et 182 ;
- dans l'article 220, 3°, les mots « ou qui ne sont pas assujetties à l'impôt des sociétés conformément à l'article 181 et 182 » ;
- dans l'article 227, 3°, les mots « ou se livrent, sans but lucratif, exclusivement à des opérations visées à l'article 182 ».

B. Insérer dans l'article 216, 2°, un littéra c ainsi rédigé :

« pour les sociétés, les associations et les autres personnes morales, lorsqu'elles ne poursuivent pas un but lucratif ».

C. Insérer dans l'article 216, un alinéa 2 ainsi rédigé :

« Par sociétés, associations et autres personnes morales qui ne poursuivent pas un but lucratif, au sens de l'alinéa premier, on entend les sociétés, les

associations et les autres personnes morales qui, conformément à leurs statuts, ne procurent aucun bénéfice patrimonial direct à leurs membres ou associés, et n'allouent aucun avantage anormal ou bénévole :

- à un membre, un associé, un dirigeant, à moins que ce membre, cet associé ou ce dirigeant ne soit lui-même une société, une association ou une autre personne morale qui ne poursuit pas un but lucratif ;
- ou à toute autre personne, lorsque l'attribution de cet avantage entraînerait, s'il était attribué par un contribuable visé à l'article 26, l'imposition dans le chef de ce contribuable de l'avantage, conformément audit article. »

D. Ajouter dans l'article 246, avant le nombre « 218 », les mots suivants : « 216, alinéa 1er, 2°, et alinéa 2, et ».

E. Insérer dans l'article 361, un alinéa 2 ainsi rédigé :

« Lorsque l'examen de la situation d'un contribuable visé à l'article 216, alinéa 1er, littéra c, fait apparaître que celui-ci ne peut plus se voir appliquer le régime visé audit article, les réserves imposables constituées au cours de périodes imposables antérieures sont considérées comme ayant été constituées au cours de la période imposable examinée, sauf si le contribuable établit qu'elles ont été imposées au cours d'une période imposable antérieure conformément à l'article 215. »

Een onderwijsleerplan vennootschapsrecht : horizontaal of vertikaal ?

Koen GEENS
Buitengewoon hoogleraar,
Katholieke Universiteit Leuven

Lesgeven over vennootschapsrecht is boeiend. Het vennootschapsrecht vertoont immers interessante raakpunten met het verbintenissenrecht, het contractenrecht, het zakenrecht, het sociaal recht, het financieel recht en het bestuursrecht. Telkens gaat het er voor de docent om het meer algemene onderliggende principe of de meer algemene rechtsfiguur bloot te leggen, en vervolgens aan te tonen hoe het vennootschapsrecht daarvan een geheel eigen toepassing maakt.

Wie kan over de vennootschap in oprichting spreken zonder de retroactiviteit van de ontbindende voorwaarde en de situatie *pendente conditione* uit te leggen ; wie kan het over de zaakvoerder hebben zonder de lastgeving en de aansprakelijkheidsregels aan te raken ; wie kan de inbreng duiden zonder de (mede-)ëigendom aan te halen, en wie kan het misbruik van meerderheid toelichten zonder de machtsafwending en het administratief recht te betrekken.

Michel Coipel heeft dit vroeg ingezien. Hij kende het verbintenissen- en contractenrecht zo goed als het vennootschapsrecht, en slaagde er om in zijn geschriften beide rechtstakken harmonisch te verzoenen. Hij maakte zich ook veel zorgen over hoe het vennootschapsrecht best kon gedoceerd worden. Uitgaande van de delen, kan men er inderdaad voor opteren om het vennootschapsrecht te doceren op vertikale wijze, en vennootschapsvorm per vennootschapsvorm apart aan bod te laten komen. Radikaal daaraan tegengesteld kan men de horizontale methode toepassen, en elk vennootschappelijk probleem (bv. de oprichting, de algemene vergadering) te bekijken doorheen alle vennootschapsvormen tegelijkertijd.

Sedert lang worstel ook ik met de vraag hoe het vennootschapsrecht best kan gedoceerd worden. De vertikale methode is erg praktisch en uitermate saai voor de docent : zij leidt ofwel tot oeverloze herhaling, ofwel tot systematische kruisverwijzing. Bovendien negeert zij de verbanden tussen het vennootschapsrecht en de andere rechtsgebieden. De horizontale methode is dan weer erg theoretisch en uitermate boeiend voor de docent : zij leidt tot plezierig associatief denken, maar zal, mede afhankelijk van de didactische talenten van de docent, menig student in een toestand van hopeloze verwarring achter laten. De horizontale methode laat wel biezonder goed toe om de band te leggen met andere rechtsgebieden.

De vraag naar de ideale onderwijsmethode is niet nieuw. Professor Ronse was een aanhanger van de horizontale methode, zoals zijn Algemeen Deel van het Vennootschapsrecht overtuigend aantoont. Deze methode liet hem toe zowel de interne als de externe rechtsvergelijking constant en associatief te beoefenen, en behoedde zijn betoogtrant tegen elke saaiheid. Zoals hij het zelf treffend uitdrukte, eindigde zijn les altijd op een veel hoger niveau van verwarring dan hetgene waarop hij begonnen was. Zoals gezegd, vond professor Ronse in Michel Coipel een geduldige leerling. In het Liber Amicorum Ronse schreef hij een mooie bijdrage over « Méthode horizontale et nouveau paradigme en matière de personnes morales de droit privé » (Kluwer, 1986, 195).

In deze korte bijdrage zou ik een leerplan, in 15 lessen van telkens 2 uur, willen ontwikkelen dat aanduidt hoe door een behoedzame combinatie van de horizontale en de vertikale methode, de docent aan zijn studenten een houvast zonder illusies kan bieden : een houvast, in die zin dat de student grond onder de voeten krijgt, zonder illusies, in die zin dat de mooiste vraagstukken van het vennootschapsrecht worden blootgelegd, en genadeloos wordt aangetoond dat het antwoord geenszins voor de hand ligt, noch in de vergelijking met andere rechtsvormen, noch in de vergelijking met andere rechtsgebieden.

I. De drie summae divisiones van het groeperingsrecht : de wetgever die zijn onmacht niet kan bekennen (drie lessen)

De student moet zin voor nuance worden bijgebracht, turkoois zou Ronse dat genoemd hebben, alsook zin voor relativiteit, niets is zo zeker als het lijkt.

Een mooie aanzet daartoe bestaat erin de eerste drie colleges te besteden aan de drie grote onderscheidingen van het groeperings- en vennootschapsrecht : vennootschappen en verenigingen (gebaseerd op het winstoogmerk), burgerlijke en handelsvennootschappen (gebaseerd op de daden van koophandel), vennootschappen zonder en met rechtspersoonlijkheid.

Het verrijkende is dat deze drie onderscheidingen constitutief zijn, d.w.z. rechtsgevolg sorteren, terwijl ze hun oorsprong vinden in een historisch toeval.

Deze drie onderscheidingen hebben niet echt stand gehouden : tussen de vereniging en de vennootschap staat sedert 1995 de vennootschap met sociaal oogmerk, tussen de burgerlijke en de handelsvennootschap staat sedert 1873-1926 de burgerlijke vennootschap met handelsvorm en tussen de vennootschappen met en die zonder rechtspersoonlijkheid, staan sedert 1873 de vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid.

Een wetgever kan zelden toegeven dat hij zich vergist heeft bij het creëren van een categorie, en dat het criterium dat hij ter onderscheiding had aangeduid, niet sluitend is, of minstens dat hij er inconsequente of impertinente rechtsgevolgen aan verbonden heeft. Veeleer dan terug te komen op zijn onderscheiding, of op

het criterium dat eraan ten grondslag ligt, doorbreekt de wetgever de tweedeling dan, en creëert hij een derde type, een amfibie.

Zo verbond de wetgever aan het verbod van winstoogmerk, meteen ook het verbod voor verenigingen om industriële of handelsactiviteiten te verrichten. Was het al erg onduidelijk te onderzoeken wat het winstoogmerk precies behelst – Michel Coipel kan daar met zijn leidinggevende CDVA-publicatie van 1984 meer dan wie ook over meepraten, dan was het nog moeilijker vol te houden dat een vereniging in het geheel geen handelsdaden mag verrichten. Daarmee was de kiem voor de vennootschap met sociaal oogmerk meteen gelegd : zij mag, maar moet geen beperkt winstoogmerk hebben, en bovenal, zij mag zich het stellen van daden van koophandel tot doel stellen.

Evenzeer verbond de wetgever aan het onderscheid tussen burgerlijke en handelsvennootschappen het impertinent gevolg van de rechtspersoonlijkheid. Waarom zouden openbare en duurzame burgerlijke vennootschappen per definitie geen, en openbare en duurzame handelsvennootschappen per definitie wél de rechtspersoonlijkheid moeten hebben. Daarop is geen goed antwoord te geven, vond het Hof van Cassatie al in 1853 : na nauwkeurige lezing van het Burgerlijk Wetboek, oordeelde het Belgische Hof dat de Franse wetgever van 1804 de rechtspersoonlijkheid impliciet had toegekend aan de burgerlijke vennootschap – stelling die overigens door het Franse Hof werd bevestigd in 1891. De Belgische wetgever van 1873 was het daar niet mee eens en creëerde een amfibie : burgerlijke vennootschappen van gemeen recht hebben de rechtspersoonlijkheid niet en kunnen deze enkel verkrijgen door de vorm van een handelsvennootschap aan te nemen. En zo ontstond in 1873 de burgerlijke steenkolenvennootschap met handelsvorm. Deze optie werd in 1926 uitgebreid tot alle burgerlijke vennootschappen. De wetgever ging, zoals men weet, verder in het toekennen van impertinente rechtsgevolgen aan die op zich al betwistbare beslissing : de burgerlijke vennootschap met handelsvorm werd niet onderworpen aan het handelsrecht, anders dan zijn Duitse en Franse tegenvoeters. De BVBA van notarissen kan nog steeds niet failliet verklaard worden.

Doordat aan de burgerlijke vennootschap geen rechtspersoonlijkheid werd toegekend, stelde zich meteen de vraag of de toekenning van de rechtspersoonlijkheid zou beperkt blijven tot de vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, zoals in Nederland. Die keuze was natuurlijk te eenvoudig. De rechtspersoonlijkheid werd toegekend aan alle openbare en duurzame handelsvormen, met inbegrip van diegene die aan hun vennoten de beperkte aansprakelijkheid niet verleenden en met inbegrip van diegene die 'onbewust' ontstaan waren (de feitelijke V.O.F.). Zo ontstonden t.a.v. het criterium rechtspersoonlijkheid, drie types van vennootschappen : die zonder rechtspersoonlijkheid en met onbeperkte aansprakelijkheid ; die met rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid en, tenslotte, die met rechtspersoonlijkheid en met onbeperkte aansprakelijkheid. Deze laatste is professor Ronse de vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid gaan noemen. Merkwaardigerwijze is het

onderscheid tussen deze vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid en de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid veel kleiner dan het onderscheid tussen de onvolkomen rechtspersonen en de volkomen rechtspersonen. In 1995 zal Michel Coipel voor meer symmetrie zorgen door de wetgever ertoe te inspireren de feitelijke, maar openbare en duurzame handelsvennootschappen de vorm te geven van burgerlijke vennootschappen : in Vlaanderen spreekt men van de commerciële maatschap.

De belangrijkste lessen die de studenten kunnen trekken van deze eerste vingeroefening zijn duidelijk :

a) enerzijds, het 'non datur tertium' dat zo typisch is voor het cartesiaanse denken, is bijzonder moeilijk vol te houden, en des te moeilijker naarmate het basisonderscheid niet deugdelijk is, of naarmate er impertinente rechtsgevolgen aan verbonden worden ;
b) anderzijds, wetgevers die minder deugdelijke basisonderscheidingen hebben gemaakt, en daaraan impertinente rechtsgevolgen hebben verbonden, zijn zelden in staat om het kwaad bij de wortel aan te pakken, en verkiezen dan een amfibie in het leven te roepen die, paradoxaal genoeg, een eeuwigdurend teken is van de ondeugdelijkheid van het basisonderscheid.

De lege ferenda is het ook mogelijk met de studenten naar conclusies op zoek te gaan, met name :

a) dat het misschien nuttig zou zijn verenigingen toe te laten daden van koophandel te stellen, minstens dat het te overdenken valt het onderscheid tussen vennootschappen en verenigingen vooral te sanctioneren vanuit de eraan verbonden rechtsgevolgen (bv. geen verdoken winstuitkeringen) en niet vanuit het materiële en intentionele criterium van het winstoogmerk ;
b) dat het misschien nuttig zou zijn het onderscheid tussen burgerlijk recht en handelsrecht te herdenken, minstens dat het aangewezen zou zijn om de burgerlijke vennootschappen met handelsvorm integraal te onderwerpen aan het handelsrecht, zoals in Frankrijk en in Duitsland ;
c) dat het wellicht aangewezen is om in de toekomst, naar Nederlands en Engels model, de rechtspersoonlijkheid voor te stellen als een loutere optie : in zekere zin is een VOF een burgerlijke of een commerciële maatschap die opteert voor de rechtspersoonlijkheid, er is niets mis met dat duidelijk te zeggen, evenmin als er iets mis is met duidelijk te zeggen dat het onderscheid tussen een maatschap en een VOF op vermogens- en aansprakelijkheidsrechtelijk vlak niet veel te betekenen heeft ; het beste bewijs is dat de maatschap en VOF in Nederland geen, en in Frankrijk wel rechtspersoonlijkheid hebben, terwijl in België voor een 'gemengd' systeem gekozen werd, hoewel de drie landen zich daarvoor baseerden op dezelfde Napoleontische teksten.

II. De oorsprong van de verschillende rechtsvormen : een historische uitstap (één les).

Nadat duidelijk is geworden welke de grote basisindelingen zijn van het vennootschaps- en rechtspersonenrecht, kan men moeilijk anders dan de geschiedenis van de rechtsvormen even overlopen. Een beperkte kennis van deze geschiedenis zal de student toelaten om beter te volgen wanneer de docent vergelijkingen maakt en analogieën trekt, of *brevitatis causa* een vennootschapsvorm door loutere verwijzing naar andere vennootschapsvormen toelicht : voor een goed begrip van de commanditaire vennootschap op aandelen volstaat het de studenten de logische superpositie van een naamloze vennootschap en een gewone commanditaire vennootschap voor te houden, maar dit wordt chronologisch bepaald pijnlijk indien de student zich niet realiseert dat de commanditaire vennootschap op aandelen historisch voorafgaat aan de naamloze vennootschap.

Daarbij zal de pedagoog de nadruk leggen op de Darwiniaanse 'logica' van het vennootschapsrecht.

Heel de geschiedenis van het vennootschapsrecht tendeert naar de ultieme verwerving van de beperkte aansprakelijkheid door al wie bij het leven van de vennootschap betrokken is : ging het in de maatschap en de VOF nog uitsluitend om de samenwerking tussen 'werkende' vennoten of om de organisatie van ervengemeenschappen, dan wordt het streven naar beperkte aansprakelijkheid voor het eerst duidelijk in de gewone commanditaire vennootschap waar de stille vennoot zijn aansprakelijkheid beperkt tot zijn inbreng, om helemaal door te breken in de Verenigde Oostindische Compagnie die uitmondt in de naamloze vennootschap. Zoals in elk evolutieproces heeft ook hier het toeval zijn plaats : zonder het kerkrechtelijk woekerverbod uit de middeleeuwen, zou het veel langer geduurd hebben vóór de Italiaanse rijken hun geld, weliswaar met beperking van aansprakelijkheid, zouden geïnvesteerd hebben in risicodragende commanditaire vennootschappen die meestal overzeese handel dreven. Voor wat hoorde wat : een stille vennoot nam weliswaar meer risico dan een woeker aar, maar kon aan de zee toch niet meer verliezen dan hij eraan had toevertrouwd : meteen was de beperkte aansprakelijkheid geboren.

Evenzeer reikt de vennootschap in de loop der tijden steeds meer de hand aan de wereld van de financiers : opnieuw begint die evolutie bij de gewone commanditaire vennootschap ; zij gaat verder in de commanditaire vennootschap op aandelen waarin kapitaal en aandelen hand in hand gaan, en waardoor voor het eerst de beurs wordt gecreëerd en aangesproken ; tenslotte vindt zij alweer haar bekroning in de naamloze vennootschap die met zijn 'gestolen' soortbenaming (de oude 'société anonyme' werd herdoopt in 'société en participation') en een verplichte fantasiebenaming de beleggers waarschuwt dat geen enkel per-

soonlijk vermogen, zelfs niet dat van een werkende vennoot, borg staat voor de verbintenissen van de vennootschap.

Door dat evenwichtsdenken wordt de kiem gelegd van de latere kapitaalbescherming : enerzijds moet het nemen van risico worden aangemoedigd door de beperkte aansprakelijkheid, maar anderzijds mag dit voor derden geen onverantwoorde risico's teweeg brengen.

Uiteindelijk zal het vennnootschapsrecht zo zelfs in de ban geraken van het financieel recht : de vennootschap die een openbaar beroep op het spaarwezen heeft gedaan gaat integraal deel uitmaken van de hoofdcategorieën van het vennootschapsrecht.

Twee andere evoluties die in de evolutie van de rechtsvormen moeten geduid worden, zijn de zoektocht naar idealistische vennootschapsvormen en die naar éénhoofdige vennootschapsvormen.

De verenigingsachtige werkvorm werd reeds opgezocht in de coöperatieve vennootschap van 1873 die niet toevallig in Nederland als vereniging werd gekwalificeerd. Zij gaat verder in vennootschappen erkend door de Nationale Raad voor de Coöperatie (1955-1962), met de onverwachte coöperatieve vennootschap bij wijze van deelneming (1991-1995) en zij eindigt met de vennootschap met sociaal oogmerk waarover hoger reeds werd uitgeweid, en waarin de gevierde de hand had.

De beperkte aansprakelijkheid was aanvankelijk een voorrecht dat slechts kon verdiend worden indien bepaalde andere personen, de werkende vennoten, onbeperkt wilden instaan voor het welzijn van de vennootschap. In de naamloze vennootschap wordt deze eis vervangen door een overheidscontrole (tot 1873) en door het vereiste minimumaantal van zeven aandeelhouders. In 1934 eist de middenstand een vennootschapsvorm op waarin slechts twee vennoten vereist zijn (tenzij bij echtgenoten, dan drie) : zo komt de BVBA tot stand. Deze evolutie vindt zijn eigenzinnige voltooiing in de eenpersoonsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid waarover de gevierde uitvoerig gepubliceerd heeft (1987) : enkel vennootschap in naam, gaat zij voorbij aan het wezenlijk opzet van een vennootschap, namelijk de uit een contract geboren samenwerking tussen personen.

Opnieuw is het mogelijk met de studenten een aantal conclusies te trekken. Vooreerst dat wetgevers dikwijls worden geïnspireerd door een bestaande praktijk : de creatie door de wetgever van de commanditaire vennootschap en de naamloze vennootschap werd voorafgegaan door de praktijk van de middeleeuwse handelssteden, resp. door de Nederlandse VOC. Vervolgens dat het tot niets dient de *lege ferenda* nog nieuwe vennootschapsvormen bij te creëren, tenzij ze hun oorsprong vinden in een stevige geaarde praktijk. Het zou zelfs aangewezen zijn enkele vennootschapsvormen af te schaffen, bij voorkeur recentere : nieuwe vormen zoals de ESV en de landbouwvennootschap brengen niets bij in vergelijking met de VOF of de Comm.V.

III. De oprichtingsovereenkomst en de deelnemingen eraan : het verbintenissenrecht doet zijn intrede, op een geheel eigen wijze (twee lessen)

Er is al veel inkt gevloeid over de vraag of de vennootschap een instituut of een overeenkomst is. De wet is in elk geval duidelijk. De vennootschap wordt opgericht door een overeenkomst (art. 1 Wb. Venn.). Dit is het ogenblik waarop de studenten voeling kunnen krijgen met de kruisverbanden tussen het vennootschaps- en het verbintenissenrecht, een 'carrefour' waarop Michel Coipel graag vertoeft.

De vennootschap is een erg bijzondere overeenkomst die de klassieke opdelingen overstijgt. Niet zelden wordt zij aangegaan door meer dan twee personen : zij is dan te begrijpen als een meerzijdige rechtshandeling gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolgen ten behoeve en ten laste van de betrokken partijen (te vergelijken uiteraard met de voorovereenkomst tot oprichting, en de vennootschap in oprichting).

De vennootschap is vooreerst overeenkomst in een dubbele betekenis : er is uiteraard de overeenkomst van vennootschap als momentane rechtshandeling waarbij de verschillende vennoten hun toestemming geven om met de vennootschap van wal te steken ; maar er is ook de precies aan die wilsovereenstemming ontspruitende vennootschap als langdurige verhouding tussen partijen en veelal ook als 'openbare' verhouding ten aanzien van derden.

De zaak wordt nog complexer indien eerstgenoemde rechtshandeling de totstandkoming teweeg brengt van een rechtspersoonsverhouding. Deze rechtshandeling wordt er dan één van oprichting (zgn. constitutief) : nadien zijn de oprichters van de volkomen rechtspersoon onderling weliswaar geen contractspartners meer, maar hebben zij elk individueel een contractuele relatie met de rechtspersoon.

Door de oprichting niet als overeenkomst te erkennen, worden de zaken nodeloos gecompliceerd. Het sui generis-karakter van de oprichting zou enkel de volkomen rechtspersonen kunnen betreffen omdat in de onvolkomen rechtspersonen de contractuele verhoudingen tussen de vennoten onderling de oprichting overleven : de oprichting van een onvolkomen rechtspersoon kan dus niet anders dan contractueel zijn. Zijn de gradaties in de rechtspersoonlijkheid niet altijd even helder, dan komt het onderscheid hier dus de vereenvoudiging ten goede : het kan immers niet dat de oprichting van een onvolkomen rechtspersoon wel, en die van een volkomen rechtspersoon niet contractueel zou zijn. Dit gegeven maakt ook aannemelijk waarom men in Nederland geen behoefte voelt aan een contractueel oprichtingsmoment in NV en BV : de V.O.F. en de Comm.V hebben er immers geen rechtspersoonlijkheid.

Er anders over denken, zou dus leiden tot een afzonderlijke behandeling, zoals in Nederland, van vennootschapstypes met volkomen rechtspersoonlijkheid, los van de vennootschapsvormen met verminderd gehalte aan rechts-

persoonlijkheid hoewel voor dergelijke radicale cesuur geen verantwoording voorhanden is. Het draagt bovendien niet bij tot het inzicht van wat gemeenschappelijk is, en bevordert niet de beheersing van de op zichzelf niet zo doorzichtige stof.

De overeenkomst die een rechtspersoon doet ontstaan waarvan de oprichters de leden zijn, wordt door bijzondere regels beheerst. Dit bijzonder regime kan men tot uiting brengen door aan de gangbare categorieën van overeenkomsten (obligatoire, zakelijke, bewijsrechtelijke...) die van de oprichtingsovereenkomst (Organisationsvertrag) toe te voegen die door haar normatief karakter eigen kenmerken vertoont tegenover de enkel verbintenisscheppende overeenkomst.

Het feit dat een overeenkomst tegelijkertijd een rechtspersoon tot stand brengt, tegenover wie de vennoten-oprichters rechten verkrijgen en verplichtingen opnemen, is niet merkwaardiger dan de overeenkomst waaruit de verbintenis ontstaat om een bepaalde zaak te leveren.

Deze laatste overeenkomst is verbintenisscheppend maar heeft tegelijkertijd naar Belgisch recht zakenrechtelijk effect, nl. de eigendomsovergang volgens art. 1138 en 1583 B.W. Een zodanige samenval van rechtsgevolgen doet zich voor bij de oprichtingsovereenkomst.

Het is evident dat niet alle regels van het algemeen contractenrecht zonder meer toepassing vinden op de oprichtingsovereenkomst en op de daaruit ontstane rechtsbetrekkingen. Hier heeft, zoals elders, de bijzondere wet voorrang op de algemene. De regels van het algemeen contractenrecht worden terzijde gesteld door de bijzondere regels voor de vennootschap naar burgerlijk recht en deze regels wijken op hun beurt voor de regels van de handelsvennootschappen.

De deelneming aan, of de toetreding tot een vennootschap is een rechtshandeling die onderworpen is aan de normale geldigheidsvereisten : toestemming (1a), bekwaamheid (1b), voorwerp (1c) en oorzaak (1d). Dit geldt zelfs voor de deelneming aan een eenhoofdige vennootschap.

Anderzijds zijn er specifieke geldigheidvereisten voor de vennootschap als zodanig die voortvloeien uit de geheel eigen aard van de vennootschap als meerzijdige overeenkomst.

Moeilijk wordt het vooral wanneer men de traditionele vereisten van voorwerp en oorzaak in deze dubbele context probeert te duiden. Wij stellen de volgende indeling voor :

1. Deelneming
   a. Toestemming
   b. Bekwaamheid
   c. Voorwerp : inbreng met verliesrisico
   d. Interne oorzaak (winstdeelneming) en externe oorzaak (geoorloofdheid)
   e. Rechtsgevolgen voor de vennootschap van de nietigheid van de deelneming
   f. Personen- en kapitaalvennootschappen

2. Vennootschap
   a. Doel (voorwerp)
   b. Winstoogmerk (categorische oorzaak)
   c. Belang en goede trouw

Met het voorwerp wordt in de vennootschappelijke context naar drie verschillende begrippen verwezen.

Vooreerst naar de activiteit van het inbrengen in de zin van art. 1101 B.W. dat kan bestaan in een geven, een doen of een niet doen ('werkwoord') : d.i. het *voorwerp van de deelneming* van elke vennoot (1c). De tegenprestatie, d.i. het aandeel in de winst, die hij in ruil voor deze inbreng ontvangt is onzeker, en onderwerpt hem aan het risico van de onderneming.

Op zijn beurt behoeft dit werkwoord een 'lijdend voorwerp' dat verwijst naar wat wordt gegeven of gedaan, dan wel niet gedaan : d.i. het *voorwerp van de inbreng* van elke vennoot in de zin van art. 1126 B.W..

Tenslotte verwijst het voorwerp naar het 'voorwerp-doel' in de zin van oud art. 1833 B.W., d.i. de voorgenomen bedrijvigheid of onderneming : nu gaat het om. het *voorwerp van de vennootschap* dat uiteraard geoorloofd moet zijn (art. 19 W.Venn.) (2a). Naargelang dit doel een burgerlijk of een commercieel karakter heeft, is er sprake van burgerlijke of handelsvennootschappen.

Over het oorzaakvereiste is reeds veel geredetwist.

Is men het er vandaag over eens dat het vooral in externe zin moet worden opgevat (art. 6 en 1131 B.W.), dan brengt het in die betekenis weinig bij in het vennootschapsrecht. Indien men in de breedste zin wil nagaan of een vennootschap niet werd opgericht uit een ongeoorloofde oorzaak, d.i. met een ongeoorloofde beweegreden of doel, dan komt het extern oorzaakvereiste zeer dicht bij het voorwerp-doel waarvan hiervoor sprake was (2a). Nagaan of een vennootschap een geoorloofde externe oorzaak heeft, komt er dan op neer dat de doel-activiteit van de vennootschap, zowel de uitgedrukte als, meer in het algemeen elke zelfs verheimelijkte gemeenschappelijke bedoeling ('entré dans le champ contractuel') die bij de vennoten heeft voorgezeten, wordt getoetst aan de wettelijkheid, de openbare orde en de goede zeden.

Evenzo, indien men in de breedste zin wil nagaan of een deelneming aan een vennootschap niet werd aangegaan uit een ongeoorloofde oorzaak, zal men moeten nagaan of de beweegreden die heeft voorgezeten bij de oprichter niet onzuiver is : een eventuele ongeoorloofdheid kan zich dan voordoen, wanneer de inbrenger zich aldus met schending van art. 1167 B.W. bedrieglijk onvermogend maakt, zonder zijn medeoprichters of medevennoten aan dit opzet deelachtig te maken, of nog, wanneer de inbrenger een Lid-Staat is die aldus de Europese regelgeving inzake verboden staatssteun wil omzeilen.

Het interne oorzaaksbegrip laat toe om de zaken te verfijnen.

Uiteraard is de interne oorzaak van elke deelneming in een vennootschap de tegenprestatie die de deelnemer verwacht uit de vennootschap : het, weliswaar onzekere, aandeel in de winst (1d). Zo wordt de interne oorzaak van de deel-

neming geabstraheerd tot de gemeenschappelijke beweegreden die alle vennoten drijft ('de abstracte oorzaak') en valt zij samen met -wat Michel Coipel benoemde als- de categorische oorzaak van de vennootschap, d.i. het winstoogmerk : als contractscategorie laat de vennootschap zich kenmerken door een bepaald type-oorzaak, nl. het winstoogmerk (2b). Dit oogmerk onderscheidt de vennootschappen van de verenigingen.

Eén en ander laat blijken dat het interne oorzaakvereiste wel haar betekenis mag hebben verloren bij louter tweezijdige, wederkerige contracten, niet echter bij werkelijk meerzijdige overeenkomsten zoals het vennootschapscontract. Men komt er niet door een louter over en weer bekijken van de oorzaak van de verschillende betrokken partijen, de gemeenschappelijke bedoeling is het cement dat de partijen bij mekaar houdt.

Dit blijkt opnieuw uit art. 1833 B.W. (nieuw art. 19 W.Venn.) dat zowel spreekt van een gezamenlijk voorwerp (doel) (2a) als van een gemeenschappelijk belang. Soms wordt deze bepaling aangegrepen om te stellen dat het gemeenschappelijk belang samenvalt met het winstoogmerk, en dus een andere wijze is om uitdrukking te geven aan het oorzaaksvereiste van de vennootschap. Dit belang-vereiste verwijst mogelijk naar de oorzaak van de vennootschap, maar het is ook een aan de goede trouw verwante gedragsnorm voor de vennootschappelijke agenten (2c).

Daarnaast laat de interne oorzaakvereiste toe om het – overigens vaag en glijdend – onderscheid tussen personen- en kapitaalvennootschappen te maken. Hoewel de vennootschap geen wederkerige overeenkomst in de strikte zin van het woord is, heeft in personenvennootschappen veel meer dan in kapitaalvennootschappen, de deelneming van de éne vennoot aan de vennootschap als interne oorzaak, benevens de winstverwachting, ook de deelneming van de andere vennoten : deze vennootschappen worden aangegaan uit aanmerking van de persoon (*intuïtu personae*) ; de éne vennoot zou met andere woorden niet hebben gecontracteerd zonder de andere. Dit zal ook zijn repercussies hebben op de gevolgen van de nietigheid van de deelneming op de vennootschap : de personenvennootschappen zijn in beginsel ondeelbaar, d.w.z. dat de nietigheid van de deelneming van de éne vennoot, bijvoorbeeld omdat zijn deelneming geen voorwerp heeft, in beginsel de oorzaak wegneemt van de deelneming van de andere vennoten, zodat de ganse vennootschap nietig wordt. Anders liggen de zaken uiteraard in de kapitaalvennootschap ('*intuïtu pecuniae*'), waar de nietigheid van een deelneming de geldigheid van de vennootschap in beginsel onverlet laat en wordt opgevangen door de hoofdelijke aansprakelijkheid van de oprichters wiens deelneming wel geldig is.

IV. De bekwaamheid, de specialiteit, de identiteit, het vermogen en de jaarrekening van de rechtspersoon : voorrang aan rechtszekerheid en continuïteit (twee lessen)

Vervolgens kan de docent zich verdiepen in de rechtspersoon : een juridisch lichaam dat dezelfde bekwaamheid heeft als een natuurlijk persoon, en dus titularis kan zijn van dezelfde rechten en plichten, behalve degene die uit de aard zich niet lenen tot uitoefening door een rechtspersoon. De docent zal erop wijzen dat deze laatste beperking aan evolutie onderhevig is : vandaag kan de rechtspersoon al een vrij beroep uitoefenen, en bestuurder in een vennootschap zijn, misschien kan hij morgen magistraat zijn of, waarom niet, in het huwelijk treden.

Daarbij aansluitend moet verwezen worden naar de steeds geringere relevantie van de specialiteit van de rechtspersoon, die vroeger de bekwaamheid sterker beperkte dan vandaag. De gedachte dat een vennootschappelijke rechtspersoon enkel bekwaam is om handelingen te stellen die kaderen binnen zijn winstoogmerk (wettelijke specialiteit) en binnen zijn maatschappelijk doel (statutaire specialiteit) verliest gaandeweg veld. Een NV zonder winstoogmerk kan niet vernietigd worden, ook als hij het sociaal oogmerk niet heeft aangenomen : de Europese wetgever heeft immers verzuimd het ontbreken van winstoogmerk in te schrijven onder de limitatief opgesomde nietigheidsgronden. Evenzeer zal een NV, BVBA, CVBA of Comm.V.A. waarvan een vertegenwoordigingsbevoegd persoon buiten het statutair doel handelt, niettemin verbonden zijn.

Opnieuw ligt hier een belangrijke les voor : de wetgever is bijzonder pragmatisch en wil de grootst mogelijke rechtszekerheid voor derden creëren ; rechtspersonen brengen anders voor derden onverantwoorde risico's teweeg. Hoe meer rechtsbekwaamheid en hoe minder specialiteit, des te minder de geldigheid van rechtshandelingen door rechtspersonen gesteld in het gedrang gebracht wordt.

De identiteit van de rechtspersoon is helemaal een 'leeg' begrip geworden.

Vooreerst kan de eigennaam van de rechtspersoon probleemloos wijzigen ; al is de eigennaam niet meer gebonden aan de soort (art. 65 W.Venn.), toch blijft het nuttig op de historische relevantie van firmanaam (onbeperkte aansprakelijkheid) en fantasienaam (beperkte aansprakelijkheid) te wijzen.

Zo mogelijk zijn het doel, de vorm, de aard en de zetel steeds belangrijker (vroeger essentiëler) geweest om de identiteit van de rechtspersoon aan te duiden dan de naam, maar ook zij kunnen tegenwoordig, zonder ontbinding, gewijzigd worden : elke antropomorfe vergelijking loopt hier mank, maar men kan niet voldoende onder de aandacht van de studenten brengen van welke enorme continuïteit de rechtspersoon geniet, precies bij gebrek aan identiteit. Een burgerlijke medische BVBA met zetel in België kan eindigen als een steenkoolontginnende NV in Frankrijk, en steeds 'de-zelfde' rechtspersoon zijn.

Zoveel transformaties kan een natuurlijke persoon vooralsnog niet ongestraft ondergaan.

De kwestie van de zetel en de zetelverplaatsing zal de docent een excuus geven om even uit te wijken naar de Europese harmonisatie van het vennootschapsrecht. Hij zal aantonen dat de keuze van de IPR-aanknopingsfactor (werkelijke zetel vs. incorporatie) determinerend is voor de wijze waarop harmonisatie tot stand komt : spontaan en Amerikaans bij een gemeenschappelijke keuze voor incorporatie (*bottom up* of competitie van de deelstaten), moeizaam geleid en Europees bij een keuze voor de werkelijke zetel (*top down* of richtlijngewijs).

De hamvraag is tenslotte waardoor de vennootschap met rechtspersoonlijkheid zich onderscheidt van de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid : het antwoord is duidelijk 'door zijn formele kenmerken'. De toekenning van de rechtspersoonlijkheid is een formele aangelegenheid die een eigen naam en zetel en een zekere openbaarmaking veronderstelt.

Maar op vermogensrechtelijk vlak is de rechtspersoonlijkheid niet vereist om afscheiding teweeg te brengen. Dit kan men aan de studenten best uitleggen door de vergelijking te maken met de nalatenschap : de schuldeisers van de *de cuius* hebben voorrang op de persoonlijke schuldeisers van de erfgenamen. Op dezelfde manier hebben de schuldeisers van de maatschap voorrang op de persoonlijke schuldeisers van de maten. In beide gevallen blijft het gemeenschappelijk vermogen afgezonderd ten behoeve van de schuldeisers van de *de cuius*, resp. de maatschap.

De studenten leren dan gemakkelijk inzien dat er geen wezenlijk verschil bestaat op vermogensrechtelijk vlak tussen een maatschap en een VOF : een VOF is een maatschap die voor de rechtspersoonlijkheid opteert, maar aan de rechtsbescherming van de schuldeisers verandert er niets.

Op dezelfde manier kan men de studenten doen inzien dat rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid niet noodzakelijk samengaan : de VOF geeft zijn vennoten geen recht op beperkte aansprakelijkheid, en bezit toch rechtspersoonlijkheid.

Anderzijds genieten de erfgenamen die een nalatenschap aanvaarden onder voorrecht van boedelbeschrijving wel van de beperkte aansprakelijkheid : zij kunnen niet verder worden aangesproken dan voor hun aandeel in de nalatenschap, en toch is er nergens rechtspersoonlijkheid aan de hand. Hetzelfde geldt voor de stille vennoot in de stille vennootschap : deze laatste heeft geen rechtspersoonljkeid, en toch kan de stille vennoot van de beperkte aansprakelijkheid genieten.

Aan het einde van de lessen over de rechtspersoon, is het goed de studenten vertrouwd te maken met de jaarrekening en haar regelgeving. Daarin moet het actief en passief vermogen van de vennootschap immers opgenomen worden. Belangrijk is hier vooral dat de student leert begrijpen wat eigen vermogen is, wat waardering is in continuïteit en in discontinuïteit, hoe de winst wordt bestemd vóór balans. Het zal hem later beter toelaten de desbetreffende ven-

nootschapsrechtelijke leerstukken in verband met kapitaal, kapitaalbescherming en algemene vergadering te begrijpen.

V. Het vertikale slotstuk : de bijzondere rechtsvormen in twee delen (zeven lessen)

De eerste vier delen waren in wezen gemeenschappelijk aan alle vennootschappen, al was het vierde reeds toegespitst op de rechtspersonen. Uiteindelijk is het ogenblik dan gekomen om dieper in te gaan op de afzonderlijke rechtsvormen, vertikaal dus, maar opnieuw zal dit groepsgewijs moeten gebeuren.

Daarbij wordt geopteerd voor twee groepen : de vennootschappen zonder en met onvolkomen rechtspersoonlijkheid enerzijds, en de vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid anderzijds.

Na veel oefening ben ik eindelijk tot de conclusie gekomen dat het best is de maatschap en de VOF gewoonweg samen te behandelen, met in annex bijzondere aandacht voor de aanverwante vennootschappen die tot dezelfde groep behoren : de tijdelijke en stille vennootschap enerzijds, en de gewone commanditaire vennootschap anderzijds.

Uiteindelijk is er veel meer waarin de maatschap en de VOF op mekaar gelijken dan datgene waarin ze verschillen : hun interne werking is perfect identiek, hun afgescheiden vermogensrechtelijk statuut naar derden toe is quasi hetzelfde, met inbegrip van de onbeperkte aansprakelijkheid van de vennoten (één les).

Daardoor wordt het veel gemakkelijker om aan te duiden waarin de verschillen bestaan die alle te maken hebben met de rechtspersoonlijkheid : de verplichte neerlegging en openbaarmaking van de rechtspersoon, het verschil tussen de contractuele en de organieke vertegenwoordiging, derhalve het grotere gemak waarmee een VOF in rechte kan treden, de jaarrekening- en commissarisplicht waaraan de VOF kan onderworpen zijn, en dies meer (één les).

Dan kunnen de bijzondere vennootschapstypes aan bod komen : wat is het verschil tussen een maatschap en een stille vennootschap, en wat is het verschil tussen een stille vennootschap en een commanditaire vennootschap. Dat zijn heerlijke intellectuele oefeningen, waardoor de studenten het verschil kunnen leren zien tussen een openbare vennootschap en een niet-openbare vennootschap. Zo kan de uitlegging van het verschil tussen de beperkte aansprakelijkheid van de stille vennoot in de stille vennootschap en de stille vennoot in de commanditaire vennootschap erg verhelderend werken : in het eerste geval is de beperkte aansprakelijkheid het gevolg van de niet-openbaarheid van de vennootschap zelf, in het tweede geval enkel van de niet-bekendheid van de stille vennoot.

Als toemaatje kan de voortzettingsclausule aangeboden worden ingevolge welke de VOF bij overlijden van een vennoot wordt voortgezet als Comm.V. met de erfgenamen van dezelfde vennoot.

De vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid kunnen het best bestudeerd worden aan de hand van het verschil tussen NV en BVBA, met in annex bijzondere aandacht voor de coöperatieve vennootschap en de commanditaire vennootschap op aandelen.

In dit gedeelte van de cursus kan men moeilijk anders dan heel systematisch te werk gaan, en wel in vijf delen : oprichting (één les), kapitaal (één les), aandelen en andere effecten (één les), organen (twee lessen), ontbinding en vereffening (één les).

Hier wordt het vennootschapsrecht technisch en relatief autonoom recht. Het is belangrijk terug te grijpen naar de les over de jaarrekening om de studenten te wijzen op het belang van een goed begrip van het balansmechanisme om thema's als inbreng-waardering, kapitaalbescherming en effecten te verwerken.

Vervolgens moet bij elk van de vijf deelthema's de specificiteit onderlijnd worden van de BVBA (en in mindere mate de CVBA) t.a.v. de NV : dit zal o.a. het geval zijn bij de uiteenzetting over de oprichting (kapitaal en volstorting), bij die over de aard en de overdraagbaarheid van de aandelen en bij de bestuursorganen. Telkens kan men zich de vraag stellen naar de zinvolheid van deze verschilpunten : bijvoorbeeld moeten de aandelen aan toonder bewaard worden ?

Zo heeft de student zijn eerste inleiding in het vennootschapsrecht achter de rug. Hopelijk het einde van het begin van een levenslang avontuur...

L'association en formation et l'association de fait : sœurs mais pas jumelles

Stéphane GILCART
Chargé de cours à la Faculté des Sciences économiques, sociales et de gestion des FUNDP

I. Première approche

1. En 1985, dans une étude impressionnante tant par son volume (plus de cent cinquante pages) que par la richesse et l'originalité des arguments qu'il développait[1], le professeur Michel Coipel s'interrogeait sur le sort des actes juridiques accomplis par l'association ou, plus précisément, au nom et pour le compte de la future ASBL dans l'attente de la formalité (à l'époque, la publication, aux *Annexes du Moniteur belge*, des statuts et de diverses informations relatives aux administrateurs) attributive de la personnalité morale.

Après avoir fustigé les retards de l'imprimerie du Journal officiel — retards qui accentuaient encore l'intérêt de la question — il écrivait que deux raisonnements différents semblent pouvoir être tenus : « *Puisque les actes juridiques sont accomplis au nom de l'ASBL, il paraît logique de dire que les personnes physiques qui interviennent dans ces actes agissent comme* les promoteurs d'une ASBL en formation : *les actes sont en effet accomplis au nom d'une personne morale à naître. Faute de disposer d'un texte analogue à l'article 13bis de la loi sur les sociétés (introduit par la loi du 6 mars 1973), on doit alors analyser la relation entre les promoteurs et la future personne morale en faisant appel — comme c'était le cas en matière de sociétés commerciales avant 1973 — à la stipulation pour autrui, à la promesse de porte-fort ou à la gestion d'affaires. Mais ces mécanismes protègent mal les tiers si l'ASBL ne ratifie pas les engagements ou encore si l'association entre en liquidation avant d'avoir acquis la personnalité juridique ; cette dernière hypothèse n'est pas du tout un cas d'école vu le délai important qui s'écoule actuellement entre la conclusion du contrat et la parution au* Moniteur »[2].

Et d'avancer une seconde explication : « *Une solution plus favorable aux tiers*

1. M. COIPEL, « Le rôle économique des A.S.B.L. au regard du droit des sociétés et de la commercialité », in *Les A.S.B.L. – Evaluation critique d'un succès*, XXXVII[e] Séminaire C.D.V.A., Université de Liège, Gand, Story-Scientia, 1985, pp. 93-248.
2. *Idem*, p. 202, n° 256. Sur l'application des solutions inspirées du droit commun des obligations, B. CLOET, « Les actes juridiques posés au nom d'une association sans but lucratif en voie de constitution et la pratique notariale », *Rev. not.*, 1992, pp. 62-79 ; Ph. DRUYLANS, « Les engagements pris au nom de l'A.S.B.L. en formation », *Guide pratique des A.S.B.L.*, n° 324, →

consisterait à dire ceci : en attendant la publication, la personne morale n'existe pas encore, mais le contrat d'association est déjà conclu ; l'ASBL en gestation fonctionne donc comme une association de fait ; dès lors, les associés peuvent être personnellement tenus des dettes contractées pendant cette période (article 1863 du Code civil).

Une fois née, la personne morale ratifiera les actes juridiques antérieurs. Mais il importe d'observer que cette ratification ne dégagera nullement les associés de leur responsabilité personnelle. En effet, la ratification n'a pas d'effet rétroactif : les actes juridiques ne peuvent être imputés à la personne morale pour la période précédant la publication puisqu'en vertu de l'article 3 de la loi de 1921, la personne morale naît seulement, sans rétroactivité, au jour de cette publication »[3].

Il en concluait que les deux solutions étaient insatisfaisantes, la première protégeant mal les intérêts des tiers, et la seconde s'avérant trop sévère pour les associés.

Deux lacunes étaient ainsi mises en exergue : d'une part, l'absence d'un mécanisme légal comparable à celui de la société en formation et, d'autre part, la circonstance que le contrat *innommé* d'association n'est soumis à aucun régime spécifique dans le Code civil, ce qui rend particulièrement ardue l'appréhension juridique du phénomène de l'association de fait.

2. La première lacune est à présent comblée. En effet, en même temps qu'elle pare aux déficiences antérieures en remplaçant la publication au Moniteur par le dépôt au greffe en qualité de formalité décisive pour l'attribution de la personnalité juridique à l'ASBL[4], la récente loi du 2 mai 2002 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations[5], modifiant la loi du 27 juin 1921, instaure le mécanisme de l'ASBL

→ 16 janvier 1996, pp. 3-8 ; S. GILCART, « Utilité de la promesse de porte-fort en période de formation d'une société », obs. sous Bruxelles, 11 févr. 2002, *J.D.S.C.*, 2003, n° 467.

3. M. COIPEL, « Le rôle économique des A.S.B.L. au regard du droit des sociétés et de la commercialité », *op. cit.*, pp. 202-203, n° 256.

4. Loi du 27 juin 1921, art. 3, § 1er et 26*novies*, § 1er nouveaux. Une formalité identique est organisée pour l'acquisition de la personnalité juridique par une fondation privée (loi du 27 juin 1921, art. 29, § 1er et 31, § 1er nouveaux). Par contre, la naissance de l'association internationale sans but lucratif (AISBL) et celle de la fondation d'utilité publique sont tributaires d'un arrêté royal de reconnaissance (loi du 27 juin 1921, art. 29, § 2 et 50, § 1er nouveaux). Nous limiterons notre examen aux seules ASBL. Observons encore que, contrairement à ce que prévoyait initialement la loi du 2 mai 2002, le greffe dont il est question pour le dépôt des actes et la tenue des dossiers est non pas celui du tribunal de première instance mais celui du tribunal de commerce. Ainsi en a décidé l'article 1er de l'arrêté royal du 26 juin 2003 relatif à la publicité des actes et documents des associations sans but lucratif et des fondations privées (*M.B.*, 27 juin 2003, p. 34896) suivant en cela la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des entreprises (*M.B.*, 5 février 2003, p. 4778).

5. Loi du 2 mai 2002 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but →

en formation appelé de ses vœux par Michel Coipel[6]. Il s'agit, à peu de choses près, de la réplique de l'actuel article 60 du Code des sociétés : *« il pourra cependant être pris des engagements au nom de l'association avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique. Sauf convention contraire, ceux qui prennent de tels engagements, à quelque titre que ce soit, en sont personnellement et solidairement responsables, sauf si l'association a acquis la personnalité juridique dans les* deux ans *de la naissance de l'engagement et qu'elle a en outre repris cet engagement dans les* six mois *de l'acquisition de la personnalité juridique. Les engagements repris par l'association sont réputés avoir été contractés par elle dès leur origine »*[7].

Par contre, la seconde difficulté observée, liée à l'absence d'un cadre précis pour l'association de fait, n'a toujours pas été levée.

3. Or, le législateur vient d'accorder le régime de l'ASBL en formation sur celui de la société en formation. Et l'on se souviendra peut-être que la *société en formation* et la *société créée de fait*, laquelle emprunte le manteau commode de la société de droit commun (anciennement, société du Code civil)[8] sont, par la

---

→ lucratif et les fondations, *M.B.*, 18 octobre 2002, p. 47772, err. 19 octobre 2002, p. 48160. Une version révisée a été publiée au *Moniteur* du 11 décembre 2002, p. 55696. Cette loi est complétée par un arrêté royal du 2 avril 2003 fixant les délais d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions (*M.B.*, 6 juin 2003, p. 30953). Pour des commentaires, on lira notamment *Le nouveau droit des ASBL et des fondations — La loi du 2 mai 2002*, ouvrage collectif, Coll. du Centre d'études Jean Renauld, UCL, vol. 10, Bruxelles-Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2002 ; D. VAN GERVEN, *Handboek verenigingen*, Kalmthout, Biblo, 2002.

6. M. COIPEL, « Le rôle économique des A.S.B.L. au regard du droit des sociétés et de la commercialité », *op. cit.*, p. 203, n° 256 et p. 230, n° 318. Sa suggestion de *lege ferenda* a été relayée par d'autres auteurs. À ce propos, D. COECKELBERGH, « De V.Z.W. — Wet en de gemiste kansen de *lege ferenda* », in *1921-1996-75 Jaar Belgisch V.Z.W. Recht*, ouvrage collectif, Coll. Non-Profit Recht & Management, Bruxelles, Procura, 1996, pp. 144-145, n° 13. B. SERVAES et M. DENEF, « De oprichting van een V.Z.W. », in *De V.Z.W. gezien vanuit de praktijk*, ouvrage collectif, Bruges, la Charte, 1996, pp. 79-81, n^{os} 47-53 ; S. GILCART, « Loi de réparation et acquisition de la personnalité morale en droit des sociétés : influences étrangères et impact d'une réforme capitale », *Rev. prat. soc.*, 1996, p. 296, n° 55.

7. Loi du 27 juin 1921, article 3, § 2 nouveau. Également, et dans le même sens, loi du 27 juin 1921, articles 29, § 3 (fondations) et 50, § 2 (AISBL) nouveaux.

8. « La société de droit commun est une société à objet civil ou commercial qui ne bénéficie pas de la personnalité juridique » (art. 46 C. soc.). P. VAN OMMESLAGHE, « Les sociétés de fait », *J.T.*, 1957, pp. 709-717 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Les sociétés de fait en droit belge », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XII, 1957, pp. 158-182 ; Th. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, Anvers, Kluwer Editions juridiques, 1996, pp. 497-528, n^{os} 653-697 ; J. VALLANSAN et E. DESMORIEUX, *Société en participation et société créée de fait — Aspects juridiques et fiscaux*, Coll. Pratique des affaires, Paris, Ed. GLN JOLY, 1996 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit commun de la société et la société de droit commun », in *Aspects récents du droit des contrats*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2001, pp. 155-235.

volonté du législateur[9], *exclusives* l'une de l'autre. Autrement dit, la société en formation — qui n'est d'ailleurs pas un type de société, même sans personnalité, mais plutôt la superposition d'un ensemble de relations internes (entre futurs associés) régies par le droit commun des obligations et des contrats et d'un mécanisme original de représentation, dans les relations avec les tiers — ne peut, en aucun cas, être considérée comme une société de droit commun. Il ne devrait pas en aller autrement entre l'*association en formation* et l'*association de fait*, dès lors que la première obéit désormais à un système de représentation, marqué par l'alternative entre la responsabilité solidaire des promoteurs et la substitution rétroactive de l'ASBL aux dits promoteurs, entérinant ainsi une succession « en douceur » de l'une aux autres, tandis que la seconde, dont le régime, peu étudié et empreint d'obscurité[10], s'appuie sur la responsabilité personnelle des associés, ne dérive pas toujours aisément en ASBL[11], la reprise des engagements ne produisant, lors de ce passage, aucun effet rétroactif[12].

On le pressent mais sans pouvoir l'étayer par un argument textuel (le législateur n'ayant pas défini l'association de fait ni indiqué que celle-ci est inconciliable avec l'association en formation) : l'on ne pourra plus, à l'avenir, utiliser l'association de fait comme argument explicatif de l'ASBL en formation.

Les deux sont certes proches, mais ne se confondent pas[13].

4. Selon le titre choisi, elles sont *sœurs mais pas jumelles*.

Elles sont certes *sœurs* en ce qu'elles caractérisent toutes deux l'état d'une association dépourvue de la personnalité juridique. Mais elles ne sont point *jumelles*, pour plusieurs raisons.

En premier lieu, parce qu'au contraire de l'association en formation (termes réducteurs que l'on utilise par commodité de langage car il est préférable de

9. « En l'absence du dépôt (au greffe du tribunal de commerce), une société à objet commercial qui n'est *ni une société en formation*, ni une société interne ni une société momentanée, *est soumise aux règles concernant la société de droit commun* ... » (art. 2, § 4, al. 2 C. soc. – art. 2, alinéa 3 L.C.S.C.). Aux dires de l'intéressé lui-même, Michel COIPEL assumerait la paternité de cet alinéa, introduit par la loi de « réparation » du 13 avril 1995.
10. Ce régime, partiellement inspiré de celui de la société du Code civil, ne sort guère clarifié depuis que le Titre IX du Livre III du Code civil (« Des sociétés ») a été abrogé et que les dispositions qui le composaient ont été réparties, dans le nouveau Code des sociétés, tantôt au titre des dispositions communes à toutes les sociétés (art. 18-45 C. soc.), tantôt pour identifier les sociétés sans personnalité juridique (art. 46-55 C. soc.).
11. Ainsi jugé que « ce n'est pas parce que certains membres de l'association de fait se sont inscrits comme membres de la nouvelle A.S.B.L., que celle-ci succède nécessairement à la première » ou encore que « les avoirs d'une association de fait ne peuvent entrer dans le patrimoine d'une A.S.B.L. nouvellement constituée que si les membres de l'association de fait l'ont décidé » (Civ. Dinant, 19 janv. 1999, *J.T.*, 1999, p. 346, obs. M. DAVAGLE).
12. *Supra*, n° 1.
13. Même si, nous en sommes conscient, il est souvent difficile de distinguer le contrat d'association du groupement non personnalisé appelé « association de fait » et ce dernier de l'association en formation.

dire : « ASBL en formation ») qui n'est, pour l'essentiel, qu'un mécanisme de représentation de la future ASBL vis-à-vis des tiers, l'association de fait, fondée sur un contrat, correspond, au-delà de ce contrat, à un type particulier de groupement qui n'a pas la personnalité morale mais peut, le cas échéant, s'en voir reconnaître certains attributs[14].

Ensuite, parce que si l'ASBL en formation est — l'observation tient presque du pléonasme — une ASBL en devenir et a, par conséquent, vocation à acquérir la personnalité juridique, l'association de fait, au contraire, témoigne soit de la participation informelle de personnes à une œuvre commune non lucrative, soit, le plus souvent, de la mise en place d'une structure encadrée par des statuts mais à laquelle les associés, se refusant à accomplir la formalité requise, n'ont pas voulu octroyer la personnalité[15], en sorte que le groupement n'est normalement pas appelé à devenir une personne morale.

Enfin — et surtout — l'association en formation et l'association de fait se différencient radicalement par le régime de responsabilité (personnes concernées, étendue de la responsabilité), dans les rapports avec les tiers.

Il importe, par conséquent, de savoir les distinguer, même si la tâche ne relève pas de l'évidence.

5. Nous procéderons en deux étapes.

Dans la première, il s'agira de rappeler les lignes de force de l'ASBL en formation, en s'inspirant, pour l'essentiel, de la doctrine et de la jurisprudence applicables à la société en formation (II. L'ASBL en formation)

Dans la seconde, on soulignera les traits dominants de l'association de fait, insistant, par ailleurs, sur les risques de confusion avec la précédente (III. L'association en formation et l'association de fait : la bouteille à encre).

---

14. La reconnaissance d'une capacité limitée à certains groupements non dotés de la personnalité morale est également un « cheval de bataille » du professeur Michel COIPEL. Voir, par exemple, M. COIPEL, « Introduction au droit des sociétés et autres groupements », *Droit des sociétés commerciales*, 2e Ed., Bruxelles, Editions Kluwer, 2002, liv. 2, n° 125. M. COIPEL, « Les systèmes d'attribution de la personnalité morale et la reconnaissance d'une capacité limitée à des groupements qui en sont dépourvus », obs. sous Bruxelles, 18 févr. 1997 et Cass. fr. (com.), 2 avril 1996, *J.D.S.C.*, 2001, n° 261. Il préconise, en particulier, la prise en compte de l'existence et du rôle de pareils groupements dans la réalité sociale, ce qui justifie, selon lui, l'attribution ponctuelle de droits par la loi et par les Cours et tribunaux : droit sur leur dénomination usuelle, droit d'ester en justice, ... Comp. en France, à propos des associations non déclarées, P. MACQUERON, D. GATUMEL et D. de GUIBERT, *Associations, Fondations, Congrégations*, Mémento pratique Francis Lefebvre, éd. 2003-2004, Paris, éd. Francis Lefebvre, oct. 2002, pp. 38-40, nos 105-110 ; R. BRICHET, Association (constitution – capacité – fonctionnement), *Juris-Classeur*, Civil, fasc. 10, p. 12.

15. Une association n'est, en effet, pas tenue d'acquérir la personnalité juridique. « Il est traditionnel de qualifier d'association 'de fait'... celles qui ne jugent pas utile d'accomplir les formalités requises pour l'octroi d'une telle personnalité » (M. COIPEL, « Introduction au droit des sociétés et autres groupements », *op. cit.*, n° 330).

II. L'ASBL en formation

6. Le droit des groupements personnalisés ignore la génération spontanée. Certes, il a été admis, par le passé, pour les sociétés commerciales, que la personnalité morale pouvait naître de la signature des statuts, voire d'un simple échange des consentements. Mais, même dans cette hypothèse, à présent abandonnée au profit d'un système formaliste d'acquisition de la personnalité morale, généralisé à l'ensemble des sociétés personnalisées tout comme à l'ASBL, il serait illusoire de penser que l'activité de la société ou de l'association a pour point de départ la naissance de l'être moral.

Les réalités économiques et les contingences pratiques veulent, en effet, qu'un certain nombre de relations préalables ou d'actes préparatoires aient pour cadre ou finalité la création du futur groupement ou soient conclus dans l'intérêt de ce dernier[16].

7. Au demeurant, ces relations sont de deux ordres : les relations *internes* entre futurs associés ou membres du groupement et les rapports *externes* avec les tiers.

Les premières, à l'instar de relations pré-contractuelles classiques, prennent la forme de projets, de protocoles, de promesses de société ou d'association[17] ; à compter de la signature des statuts, l'on peut, sans risque, affirmer qu'il existe bien un contrat de société ou d'association mais pas encore de groupement personnalisé.

Dès lors, ces relations obéissent au droit commun des contrats et des obligations (annulation du contrat) et les décisions éventuelles, loin de pouvoir faire application des statuts, se prennent à l'unanimité, sauf si les associés en décident

16. S'il faut se garder de toute assimilation hâtive, au risque de verser dans l'anthropomorphisme, on peut, pour simplifier, considérer qu'à la période de conception d'une personne physique correspond la période de formation d'une personne morale. De la même manière que l'enfant simplement conçu peut tirer profit de certains actes ou engagements pris en sa faveur, la personne morale pourra bénéficier (ou subir les conséquences juridiques) des relations nouées au cours de sa période de formation. A. BOISTEL, « La conception des personnes morales », in *Mélanges Hauriou*, Genève, H. Kundig, 1904, cité par L. SÉBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1938 ; P. LESCOT, *De la période constitutive des personnes morales de droit privé*, thèse (Dijon), Paris, Rousseau, 1913, D. BASTIAN, « La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce », in *Etudes de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Paris, Litec, 1968, pp. 23-35 ; M. GERMAIN, « Naissance et mort des sociétés commerciales », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à René Roblot*, Paris, L.G.D.J., 1984, pp. 217-238.

17. S. GILCART, « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL – volume 2 », *Droit des sociétés commerciales*, 2e Ed., Bruxelles, Editions Kluwer, 2002, liv. 6, n° 630 ; H. BRIET, « Les associations internationales sans but lucratif », in *Le nouveau droit des ASBL et des fondations – La loi du 2 mai 2002, op. cit.*, p. 207, n° 4.6.2. « Avant même la constitution de l'association, les éventuels sociétaires peuvent souscrire une promesse d'adhésion qui, en cas d'inexécution non justifiée, se résout en dommages-intérêts », (R. BRICHET, Associations, *op. cit.*, p. 8, n° 49).

autrement (modification des statuts, adhésion ou retrait d'un associé ou membre, ...)[18].

Les rapports *externes*, qui seuls désormais retiendront notre attention, visent les opérations effectuées avec les tiers au nom et pour le compte de la future personne morale.

De ce point de vue, de loin le plus intéressant et auquel se rattachent les mécanismes légaux de l'article 60 du Code des sociétés et, dorénavant, de l'article 3, § 2 de la loi du 27 juin 1921, la période de formation s'apprécie dans la continuité chronologique, sans qu'il y ait lieu de distinguer les actes antérieurs et les actes postérieurs à la signature des statuts.

8. Quelle est la *durée* de la période de formation ?

S'il a toujours été malaisé d'en préciser le point de départ[19], lequel, en définitive, s'apprécie au cas par cas, dès l'instant où des engagements sont effectivement pris au nom et pour le compte de la future société ou ASBL, il est *prima facie* plus simple d'en repérer le « *terminus ad quem* », c'est-à-dire le moment où cette période prend fin. Ce moment coïncide, en effet, avec le dépôt au greffe du tribunal de commerce, entérinant l'accession du groupement à la personnalité juridique (art. 2, § 4, al. 1er et 68 C. soc. ; loi du 27 juin 1921, art. 3, § 1er et 26 *novies*, § 1er)[20].

Nous voudrions ici apporter *deux précisions* afin de lever une impression trompeuse qui pourrait s'insinuer dans les esprits, à la lecture des premiers commentaires de la réforme du 2 mai 2002 et concernant l'utilité du mécanisme légal de l'ASBL en formation.

Ainsi Messieurs Briet et Verdonck écrivent-ils que « *si le mécanisme de reprise des engagements voulu par le législateur de 2002 est incontestablement de nature à assurer la sécurité juridique, on peut en revanche douter de son utilité dès lors qu'il est couplé avec l'innovation que constitue l'acquisition de la personnalité juridique par simple dépôt de pièces* »[21].

« *Rien n'empêche*, ajoutent-ils, *que les statuts soient signés entre parties le matin et que dans l'heure ils soient déposés au greffe pour acquisition de la*

18. S. Gilcart, « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL – volume 2 », *op. cit.*, n° 640.
19. D. Plantamp, « Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales », *R.T.D.Com.*, 47(1), janvier-mars 1994, pp. 1-19.
20. De même, pour la fondation privée (loi du 27 juin 1921, art. 29, § 1er et 31, § 1er). Par contre, la naissance de l'AISBL (loi du 27 juin 1921, art. 50, § 1er) et celle de la fondation d'utilité publique (loi du 27 juin 1921, art. 29, § 2) dépendent d'un arrêté royal de reconnaissance, après communication des statuts au ministre de la justice (et approbation de ces mêmes statuts par ledit ministre), ce qui devrait allonger la période de formation. En ce sens, P. Nicaise et I. Banmeyer, « Les fondations », in *Le nouveau droit des ASBL et des fondations – La loi du 2 mai 2002, op. cit.*, p. 254.
21. H. Briet et Ph. Verdonck, « Les associations sans but lucratif », in *Le nouveau droit des ASBL et des fondations – La loi du 2 mai 2002, op. cit.*, p. 135, n° 3.2.3.

personnalité juridique. La potentialité que des actes soient posés en 'période floue' est donc très restreinte »[22].

Certes, nous voulons bien croire que le nouveau système rompe avec les lenteurs de la publication aux *Annexes du Moniteur belge* et accepter l'augure qu'à l'instar de ce qui prévaut pour les sociétés commerciales, la formalité du dépôt s'effectue dans de (très) brefs délais, les administrateurs, dont la liste fait d'ailleurs l'objet du dépôt, ayant tout intérêt à pouvoir agir, en pleine lumière, pour le compte de la nouvelle ASBL.

Cependant — et c'est ici l'objet de notre *première précision* — au contraire des sociétés personnalisées pour lesquelles le dépôt doit s'effectuer « dans la quinzaine de la date de l'acte » (art. 68, al. 1er C. soc. – art. 10, § 1er, al. 1er L.C.S.C.)[23], le dépôt exigé pour l'octroi de la personnalité à l'ASBL est étranger à tout délai, en sorte qu'un retard, même rarissime, n'est jamais à exclure.

De même, dans son souci, sans doute de garantir, jusqu'au moment ultime, la liberté des associés de se raviser ou de postposer, pour quelque raison que ce soit, leur volonté de présenter l'acte à la formalité du dépôt au greffe, le législateur n'a pas prévu, comme en matière de sociétés, des mesures de contrainte ou des sanctions (amende fiscale – art. 256 C. enr.) pour absence ou tardiveté du dépôt, sauf, bien entendu, à imaginer, dans l'hypothèse d'une constitution par acte authentique (loi du 27 juin 1921, art. 2, dernier alinéa) une action en responsabilité introduite par les membres du groupement contre le laxisme ou l'incurie du notaire.

Notre *seconde observation* est beaucoup plus fondamentale : il serait erroné, pensons-nous, de croire que l'intérêt de la période de formation se réduit à l'intervalle temporel qui sépare les statuts de leur dépôt au greffe. En réalité, la période de formation peut remonter dans le temps, plusieurs mois, voire plus d'une année avant le dépôt au greffe. Sinon, pour quel motif le texte de l'article 3, § 2 de la loi du 27 juin 1921 aurait-il prévu que l'acquisition de la personnalité juridique doit survenir, au plus tard, dans les *deux ans* de la naissance de l'engagement ?

Et pourquoi, dès 1973, aurait-on éprouvé le besoin d'insérer une mesure similaire dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales (art. 13*bis* L.C.S.C. – actuel article 60 du Code des sociétés), alors qu'à l'époque et pour ces mêmes sociétés, la naissance de l'être moral était concomitante de la signature des statuts, voire de l'échange des consentements entre associés ?

---

22. *Idem*, p. 135, n° 3.2.3. De même, et en termes plus nuancés, P. NICAISE et I. BANMEYER soulignent que pour les fondations privées, « le délai entre la signature de l'acte authentique de constitution et le moment où la fondation bénéficie de la personnalité juridique peut, techniquement, être fort court » (P. NICAISE et I. BANMEYER, « Les fondations », *op. cit.*, p. 254, note 118).
23. Pour un commentaire, S. GILCART, « Loi de réparation et acquisition de la personnalité morale en droit des sociétés : influences étrangères et impact d'une réforme capitale », *op. cit.*, pp. 263-269, nos 35*bis* et 36.

9. Du reste, la période de formation d'une ASBL ne se différencie guère de celle d'une société, sinon peut-être par une plus grande souplesse dans les exigences légales relatives au processus de constitution (exigences sociétaires en matière de capitalisation, d'apports, de libération) et par le nombre, sans doute plus réduit, des opérations préalables, en fonction de l'ampleur des activités du futur groupement[24].

Mais l'une comme l'autre auront besoin d'acquérir[25] ou de louer un immeuble pour y installer leur siège social ou leurs bureaux, d'ouvrir un compte bancaire[26], de pourvoir aux travaux de secrétariat par l'engagement de personnel, de solliciter des autorisations administratives[27], etc....

Autant d'activités qui ne souffrent aucun retard et ne peuvent, en tout cas, attendre l'apparition de l'être moral.

10. Pourtant, cette réalité économique et pratique, à laquelle nous faisons allusion, n'a été que très tardivement relayée par des concepts juridiques. Très longtemps, les commentateurs ont ignoré la période de formation, sous réserve d'écrits anciens dus à la plume avertie de quelques excellents civilistes[28] analysant avec soin la manière de concevoir les engagements au bénéfice de personnes futures, encore inexistantes. Et, en droit commercial belge, les analyses les plus anciennes ont à peine un demi-siècle[29]. Encore ne concernent-elles que les sociétés commerciales, négligeant les groupements sans but de lucre.

11. Comment fallait-il dès lors appréhender une situation dans laquelle une ou plusieurs personnes prennent un engagement au nom et pour le compte d'une ASBL qui n'existe pas encore, en tant que telle, au moment de l'engagement, et à propos de laquelle on n'a la certitude absolue ni de l'existence ni, *a fortiori*, de

24. E. PAILLET, « L'activité de la société en formation », *Rev. soc.*, 1980, pp. 419-442.
25. P. FREMONT, « Les acquisitions immobilières des sociétés non encore immatriculées vues sous l'angle de la publicité foncière », *J.C.P.*, 1980, Ed. Notariale et Immobilière, pp. 393-402.
26. S. GILCART, « Société en formation, ouverture de comptes et responsabilité bancaire », obs. sous Cass. fr. com., 19 mai 1998, *J.D.S.C.*, 2001, n° 268. H. BAUDELET, « Les banques et l'activité de la société 'en formation' », *Banque*, 1986, pp. 66-70.
27. S. GILCART, « Une fable du vingt-et-unième siècle : la SPRLU en formation, l'administration et les juges », obs. sous C.E., n° 82.132, 23 août 1999, à paraître in *J.D.S.C.*, 2004 ; M. BOES, « Vennootschap en vereniging in oprichting en het administratief recht », in *Facetten van ondernemingsrecht, Liber amicorum Professor Frans Bouckaert*, Universitaire Pers Leuven, 2000, pp. 29-40.
28. Ainsi, p. ex., R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VII, Paris, Arthur Rousseau, 1933, p. 277, n° 896 ; pour d'autres références, S. GILCART, « Société en formation : quand la Cour de Cassation anticipe sur le Code des sociétés », note sous Cass., 14 sept. 2000, *R.D.C.*, 2001, pp. 721-722, n° 8 et les notes 21-23.
29. J. RENAULD, « Problèmes des relations précontractuelles dans les sociétés anonymes », *Ann. dr. sc. pol.*, t. IX, 1949, pp. 373-389 ; M.-A. HUYBRECHTS, « Promotorsovereenkomsten en het voorvennootschappelijk beheer », *R.W.*, 1968-1969, col. 1009-1020 ; J. RONSE, « Rechtshandelingen ten name van een vennootschap in oprichting », in *Recht in beweging-opstellen aangeboden aan Prof. R. Victor*, t. II, Anvers, Kluwer, 1973, pp. 817-830.

l'intention de reprendre l'engagement ? D'un autre point de vue, comment comprendre qu'un groupement initialement inexistant reprenne un engagement conclu antérieurement avec un tiers et comment assurer la protection de l'intérêt de ce tiers qui risque de se voir confronté à un nouveau débiteur (l'ASBL) parfois moins solvable que le premier (le promoteur)[30] ?

12. Comme bien souvent, en pareil cas, les mécanismes classiques mais néanmoins complexes du droit commun des obligations et des contrats permettent de pallier l'absence de solutions spécifiques mais n'offrent bien souvent que des pis-aller insatisfaisants pour le tiers contractant, lequel, à défaut de ratification par la personne morale, ne peut, en principe, obtenir que des dommages et intérêts (promesse de porte-fort) ou se trouve parfois démuni de tout recours contre quiconque (gestion d'affaires *alieno nomine*). Sans compter que l'approche fiscale de ces mêmes mécanismes classiques, guidée par l'intérêt du Trésor, ne s'accorde guère avec la rigueur du droit civil[31].

13. L'éclaircie allait-elle venir de l'Europe ? L'ASBL en formation dériverait-elle, à l'image de l'article 13*bis* des lois coordonnées sur les sociétés commerciales transposant l'article 7 de la première directive « sociétés », d'un texte de droit communautaire ? On aurait pu le penser à la lecture de la proposition de règlement portant statut de l'*association européenne* (AE), selon laquelle : « *si des actes ont été accomplis au nom d'une AE en formation avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique et si l'AE ne reprend pas les engagements résultant de ces actes, les personnes qui les ont accomplis en sont solidairement et indéfiniment responsables, sauf convention contraire* »[32].

La proposition est toutefois tombée dans une profonde léthargie, dont devrait la sortir l'adoption récente des règlements sur la société européenne (SE)[33] et sur la société coopérative européenne (SEC)[34].

---

30. La substitution de créancier est, à l'évidence, moins problématique pour un tiers-débiteur. S. GILCART, « Société en formation et reprise tardive d'une créance – réflexions sur le champ d'application de l'article 13*bis* L.C.S.C. », note sous Mons, 29 nov. 1993, *R.D.C.*, 1995, pp. 152-162.
31. B. CLOET, « Les actes juridiques posés au nom d'une association sans but lucratif en voie de constitution et la pratique notariale », cité *supra*, note 2.
32. COM/93/252final-SYN 386, art. 7, § 5 (*J.O.C.E.*, 1993, n° C 236 du 31 août 1993, p. 1) – dernière version publiée. Pour un commentaire, M. REVILLARD, « Les conventions internationales relatives aux associations », *Clunet*, 1992, pp. 299-318, en particulier, pp. 313-318, n^{os} 53-69 ; M. REVILLARD, *Associations en droit international privé*, Juris-Classeur, Associations, Fasc. 60, 2001, pp. 12-14, n^{os} 95-119 ; E. ALPANDARI et E. JEANTIN, « Le projet d'association européenne », *J.C.P.*, 1989, Ed. N., II, p. 391. On notera que le texte, s'il a le mérite d'exister, présente des lacunes : il ne prévoit pas de délai de reprise et — surtout — ignore l'effet rétroactif de la ratification.
33. Règlement 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001, *J.O.C.E.*, 2001, n° L 294.
34. Règlement 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003, *J.O.U.E.*, 2003, n° L 207.

14. Entre-temps, la loi du 2 mai 2002 a fait son office, alignant les ASBL et les autres groupements sans but lucratif sur les sociétés, et tirant là, d'une certaine manière, un appréciable profit de la *méthode horizontale*, si chère aux professeurs Jan Ronse et Michel Coipel[35] et qui consiste non pas à analyser les uns après les autres, au rythme d'une fastidieuse juxtaposition, les divers types de groupements, mais plutôt à les envisager transversalement, thème par thème, de manière à isoler toute la richesse de chacun, mettant en exergue leurs points de concordance et leurs traits divergents.

15. Le recours à cette méthode permet de combler les vides et explique, sans doute, pourquoi l'article 3, § 2 de la loi du 27 juin 1921 (cité *supra*, n° 2) et, à sa suite, les dispositions correspondantes relatives aux associations internationales et aux fondations, sont les répliques quasi fidèles de l'article 60 du Code des sociétés (société en formation). Mais ici la copie a valeur d'original, car le droit comparé nous enseigne que les législateurs voisins ont soit omis d'évoquer l'association en formation et ses dérivées[36], soit abandonné à la jurisprudence le soin d'étendre à l'association les règles prévues pour les sociétés ou pour quelques-unes d'entre elles[37].

16. Au fil des années, et singulièrement depuis 1996, date d'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995, la jurisprudence et, à sa suite, la doctrine, ont fait montre d'un intérêt croissant pour la société en formation. Les décisions et les commentaires qui lui furent consacrés[38] sont transposables, *mutatis mutandis*, à la situation de l'ASBL.

Nous invitons, par conséquent, le lecteur à s'y reporter, nous limitant, pour

35. M. Coipel, « Unité et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé », in *Le nouveau droit des ASBL et des fondations – La loi du 2 mai 2002, op. cit.*, pp. 23-32, n^{os} 12 et 13.
36. Ainsi, en droit français où « rien n'interdit d'appliquer, par analogie, aux associations, syndicats et autres groupements qui ne sont pas encore entièrement constitués ou qui n'ont pas achevé les formalités desquelles dépend la personnalité juridique, les règles qui étaient applicables antérieurement à la loi du 24 juillet 1966 aux sociétés commerciales en cours de formation : les fondateurs ou promoteurs peuvent valablement non seulement s'obliger eux-mêmes mais aussi contracter au nom de la personne morale future ; celle-ci sera tenue de ces engagements soit en les ratifiant soit par l'effet de la règle de la gestion d'affaires » (J. Patarin, « Rapport sur les groupements sans personnalité juridique en droit civil français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXI, 1969, p. 57).
37. Aux Pays-Bas, la Cour suprême a étendu le régime des NV et BV « in oprichting » à l'ensemble des personnes morales de droit privé (HR 24 janvier 1997, *NJ*, 1997, p. 399 et la note Ma.).
38. Outre les références déjà citées dans les notes précédentes, on consultera, par exemple, J.-F. Ledoux et H. Michel, « Engagements pris au nom d'une société en formation », *Rev. not.*, 1996, pp. 254-272 ; J.-F. Ledoux et H. Michel, « L'acquisition de la personnalité juridique par une société : vers une interprétation médiane », *Rev. not.*, 2000, pp. 6-15 ; R. Tas, « Een vennootschap is pas opgericht in de zin van artikel 13*bis* van de vennootschapswet als zij rechtspersoonlijkheid heeft verkregen », *T.R.V.*, 1996, pp. 529-531.

l'heure, à rappeler la philosophie du système et à mettre l'accent sur quelques traits significatifs ou spécifiques de l'ASBL en formation.

17. Parmi les multiples mécanismes de représentation qui jalonnent le droit des groupements *sensu lato*[39], la société ou l'ASBL en formation illustrent ce qu'il est convenu d'appeler une « représentation imparfaite » (*onvolkomen vertegenwoordiging*) ou, plus précisément encore, une « *représentation en deux temps* »[40].

L'ASBL en formation est, selon une expression que nous affectionnons, un *mécanisme d'horlogerie*, un enchevêtrement de rouages dont le déplacement va rythmer une succession d'étapes.

Le chronomètre est mis en fonctionnement avec la négociation puis la conclusion du contrat entre le promoteur et le tiers mais le paradoxe veut que l'on puisse remonter le temps (rétro-agir) pour permettre à l'ASBL de s'intégrer dans le contrat comme si elle en avait été partie *ab initio*.

L'on comptera donc *deux temps* et *trois mouvements*.

L'ASBL en formation connaît *deux temps*, équivalant à deux types distincts de rapports juridiques.

Il y a, tout d'abord, le temps des relations entre le promoteur et le tiers et où l'ASBL, encore dans les limbes, fait office de contexte ou de cadre justifiant la mise en place de ces relations.

Puis vient, le cas échéant, pour autant que la reprise s'effectue, le temps des relations entre l'ASBL et le tiers et où le promoteur, mission accomplie, s'efface.

L'ASBL en formation connaît aussi *trois mouvements*.

C'est que le balancier, pour passer du premier temps au second, va faire se succéder trois étapes ou trois périodes impliquant, pour chacune des parties, des obligations juridiques différentes.

Le premier moment correspond à la naissance de l'engagement, le promoteur et le tiers signent la convention, concluent le contrat ; c'est la « *période de l'engagement* ».

Dans la foulée, commence une période, à juste titre dénommée « *période d'incertitude* », qui peut être brève ou, à l'inverse, fort longue (tel n'est pas le cas en Belgique, mais certaines législations ignorent les délais de ratification, de sorte que celle-ci peut survenir plusieurs années, non seulement après l'engagement mais aussi après la constitution) et au cours de laquelle les deux acteurs de départ (le promoteur et le tiers) sont dans l'expectative car il n'est pas certain ni que le groupement se constituera ni, *a fortiori*, qu'il entérinera l'engagement[41].

---

39. S. GILCART, « La société en formation et la représentation en droit des sociétés », obs. sous J.P. Westerlo, 3 nov. 2000, *J.D.S.C.*, 2003, n° 468.
40. P. A. FORIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », in *Les obligations contractuelles*, ouvrage collectif, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2000, pp. 221-283.
41. L'arrêt de la Cour de Cassation du 14 septembre 2000 (*R.D.C.*, 2001, p. 717, note S. GILCART) et la formulation du texte de l'article 3, § 2 de la loi du 27 juin 1921 (rendant les promoteurs responsables sauf si l'ASBL reprend les engagements dans le délai) permettent d'inférer que les →

Enfin, le troisième mouvement, tout aussi aléatoire, prend effet avec la ratification (on parlera de « *période de la reprise* »).

Si cet effet se concrétise, le contrat ne met plus en présence (et, mieux encore, est censé n'avoir mis en présence) que le tiers et l'ASBL ; cette dernière est une personne juridique autonome.

Pour corser le tout, le mécanisme est *supplétif* (« sauf convention contraire »), de sorte que les parties peuvent agir sur les délais ou sur le régime de responsabilité pour atténuer ou, au contraire, renforcer la responsabilité du promoteur[42].

18. Quels sont, à présent, les éléments du régime de la société en formation, transposables à l'ASBL en formation, et sur lesquels il convient, pensons-nous, d'insister ?

Nous en avons répertorié six :

a) Concernant l'*engagement*, tout d'abord, il importe que celui-ci soit pris au nom d'une *ASBL*.

En particulier s'il est fait usage de documents (papier à en-tête, lettres, annonces, ...), ceux-ci doivent renseigner le tiers avec les précisions requises sur l'ASBL, sa dénomination, son siège social.

À défaut, le mécanisme de substitution rétroactive pourrait être privé d'effet et le promoteur rester partie prenante au contrat, malgré une reprise régulière[43].

b) Ensuite, il est tout aussi primordial que le promoteur, au moment de l'engagement, stipule que l'ASBL est encore « *en formation* ».

Le professeur Coipel a certes écrit qu'« *il suffit que l'acte ait été accompli au nom d'une société qui était objectivement en formation (et qu') il n'est pas nécessaire que les tiers aient eu conscience de cette situation* »[44].

Mais, en toute amitié, nous ne partageons pas son point de vue, et cela pour deux raisons.

→ promoteurs sont tenus immédiatement, dès l'engagement, et sous condition résolutoire d'une reprise régulière de cet engagement par l'ASBL. (P. NICAISE et I. BANMEYER, « Les fondations », *op. cit.*, p. 254 et la note 119). Observons, pour l'anecdote, que la haute juridiction tout comme le législateur ont fait leur une position défendue, pour la première fois en jurisprudence, deux décennies plus tôt, par le tribunal de commerce de Marche-en-Famenne, présidé, pour l'occasion, par... Michel COIPEL ! (Comm. Marche-en-Famenne, 16 nov. 1981, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 157, obs. J.'t KINT ; *R.R.D.*, 1982, p. 33 ; *J.D.S.C.*, 1999, n° 20, obs. S. GILCART).

42. Le promoteur pourrait, par exemple, en vertu d'une clause, se voir maintenu dans les liens du contrat et en dépit de la reprise régulière, en qualité de caution ou de caution solidaire de l'ASBL.

43. L'article 11, alinéa 2 nouveau de la loi du 27 juin 1921 s'inspire de la sanction prévue, pour des manquements similaires, par l'article 80 du Code des sociétés (art. 82, 138*bis* et 160 L.C.S.C.).

44. M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales, Rép. not.*, t. XII, liv. 2, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 158, n° 230.

D'une part, si le promoteur a déclaré agir au nom d'une « ASBL X. », sans autres détails quant à l'état de constitution de celle-ci, il a suscité dans l'esprit du tiers contractant la croyance légitime en l'existence de l'être moral. Autrement dit, le tiers a cru qu'il négociait avec une ASBL personnalisée, agissant par l'entremise d'un mandataire ou d'un organe dûment habilité. Bien sûr, en l'absence de ratification et, *a fortiori*, à défaut de constitution de l'ASBL, le tiers ne sera pas dépourvu d'arguments puisqu'il pourra se retourner contre le promoteur mais cette solution risque de ne pas le satisfaire car il a entendu conclure avec une ASBL. Sauf — solution peu évidente — à se prévaloir de l'effet de l'apparence (apparence de personnalité morale, mandat apparent)[45], il n'aura souvent d'autre issue que d'invoquer la nullité du contrat pour incapacité du co-contractant ou sur base de l'erreur sur la personne (art. 1110 C. civ.)[46].

D'autre part, si le promoteur s'est présenté au tiers, en qualité de représentant d'une « association Y », comment le tiers pourrait-il reconnaître l'ASBL en formation de l'association de fait ? Fâcheuse omission, en vérité, que celle de la mention « en formation » !

c) Évoquons, à présent, la *reprise*. Celle-ci doit, dit-on, émaner de l'organe compétent. La loi du 2 mai 2002 a, en ce domaine aussi, aligné l'ASBL sur certaines sociétés en conférant au conseil d'administration une *compétence résiduelle* : « *tous les pouvoirs qui ne sont pas expressément réservés par la loi à l'assemblée générale sont de la compétence du conseil d'administration* » (loi du 27 juin 1921, art. 13, alinéa 2 nouveau). Il appartient donc à ce même conseil d'administration de ratifier, en principe, les actes accomplis au nom de l'ASBL, sauf si les statuts ont réservé cette charge en apanage à l'assemblée générale (loi du 27 juin 1921, art. 4, 9° nouveau)[47].

d) La reprise doit intervenir dans les *délais légaux*. Elle doit notamment avoir lieu dans les *six mois* de l'acquisition, par l'ASBL, de la personnalité juridique. Il s'agit ici de l'unique dérogation par rapport au droit des sociétés (où le délai équivalent est de deux mois). Elle se justifie uniquement par le souci d'une plus grande souplesse dans la constitution des groupements sans but de lucre[48].

e) Il doit exister entre le groupement au nom duquel le promoteur a agi et celui qui a effectué la reprise de l'engagement une identité ou, plus exactement, une continuité dans les caractéristiques essentielles.

---

45. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 352, n° 400.
46. R. MICHA-GOUDET, obs. sous Lyon, 27 nov. 1998, *J.C.P.*, 1999, Ed. E, pp. 1016-1018 ; Cass. fr. civ., 22 mars 1995, *Dr. soc.*, 1995, n° 115, obs. Th. BONNEAU.
47. En ce qui concerne les fondations, la question ne se pose pas puisqu'elles n'ont pas d'assemblée générale (P. NICAISE et I. BANMEYER, « Les fondations », *op. cit.*, p. 255). Sur la reprise dite « automatique », dans les statuts, voir F. MOÏSES, « Le nouvel environnement légal des dirigeants d'ASBL et de fondations », *R.D.C.*, 2003, p. 727, n° 44.
48. Comp. H. BRIET, « Les associations internationales sans but lucratif », *op. cit.*, p. 206, n° 4.6.1.

Cette question difficile[49] est, sans doute, moins préoccupante dans le cas d'une ASBL que dans celui d'une société où les exigences de capitalisation et le régime de responsabilité peuvent varier d'un type de société à l'autre. Néanmoins, il y aura discontinuité et, par voie de conséquence, mise à l'écart du mécanisme légal, si l'engagement pris au nom d'une ASBL est ratifié par une société à finalité sociale, ou inversement[50].

f) Enfin, outre une éventuelle action introduite par le tiers, sur base de l'article 1382 du Code civil, contre le promoteur qui aurait agi à la légère, la loi du 27 juin 1921 contient une sanction particulière et jusqu'à ce jour, peu utilisée : la *dissolution judiciaire* de l'ASBL qui est « *hors d'état de remplir les engagements qu'elle a contractés* » (art. 18, al. 1er, 1°).

III. L'association en formation et l'association de fait : la bouteille à encre

19. Improprement appelées « de fait », alors qu'elles n'échappent pas davantage au droit que les ASBL, les associations sans personnalité sont « celles qui n'ont pas d'organisation corporative (ou qui n'en ont qu'une insuffisante), ou qui n'ont pas la volonté d'être organisées corporativement et cela en vertu d'une décision expresse de leurs membres, par exemple un club de joueurs de cartes, un groupement de personnes formé pour préparer une exposition, etc. »[51].

À l'instar de la société de droit commun qui sert tour à tour de manteau à la société *créée de fait*, apparaissant à l'insu des associés, et à la société *non personnalisée* délibérément constituée par ces derniers, l'association non personnalisée correspond, en réalité, à la fois à une *association fortuitement apparue* par la poursuite durable et en commun d'un but non lucratif, et à une association à laquelle les membres *refusent* de voir attribuer *la personnalité morale* (le syndicat est, à cet égard, un exemple éclairant).

Tout est, sans doute, ici question de nuance, encore que, dans le cas d'une création purement factuelle, il y a fort à parier qu'aucun écrit (statuts, règlement

49. M. Van Beek et R. Tas, « Het identiteitsvereiste bij het handelen namens een vennootschap in oprichting », in *Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief*, H.-J. De Kluiver et J. Wouters, eds., Anvers, Intersentia, 1998, pp. 125-149.

50. Même si le passage de l'une à l'autre est légalement organisé (art. 668 et 669 C. soc ; loi du 27 juin 1921, art. 26*bis* à 26 *septies*).

51. J. Droin, « Rapport sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit civil suisse », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXI, 1969, p. 67. Selon une logique similaire, une personne qui affecterait des biens à une œuvre désintéressée et durable, mais sans solliciter l'octroi de la personnalité morale, serait à l'origine d'une fondation de fait. Ainsi, lorsque l'affectation du patrimoine s'effectue au profit d'une institution existante. Voir I. Banmeyer et C. Talbot, « Les fondations : état présent et idées de réforme », *Ann. dr.*, 1998/1, p. 28 ; P. Nicaise et I. Banmeyer, « Les fondations », *op. cit.*, pp. 229-230. Comp., au sujet des fondations d'enseignement, la contribution de P. Wynants (« Le transfert des fondations d'instruction primaire aux communes [1864-1884] : un épisode de la lutte scolaire »), dans le présent ouvrage.

d'ordre intérieur) n'aura été rédigé et que, dès lors, la *preuve des clauses* contractuelles sera difficile à établir, sauf à se prévaloir, par application des articles 1135 et 1160 du Code civil, des usages en vigueur dans l'association[52].

20. Cela dit, d'un strict point de vue *interne*, c'est-à-dire dans les relations entre les (futurs) associés ou membres, quelle(s) différence(s) observe-t-on entre le contrat de société, la société de droit commun et la société personnalisée en devenir (une future SA, par exemple)[53] ? Y en-a-t-il davantage entre le contrat d'association, l'association de fait et les rapports internes préalables à la naissance de l'ASBL ? Si cette différence existe, elle est, convenons-en, pour le moins théorique.

Poussons même la réflexion plus loin : quelle est, dans ce contexte de relations internes, la différence entre l'association et la société ? Certes, il est souvent allégué que, dans la première, le but de lucre fait défaut. Mais Michel Coipel a montré, avec une insistance persuasive[54], que ce clivage, lié à la célèbre *summa divisio* entre société et association, avait perdu son caractère déterminant. Il ne faut, dès lors, plus guère craindre une possible requalification de l'association de fait en société de droit commun[55].

Tout, en définitive, renvoie aux clauses contractuelles, à l'autonomie de la volonté, à la convention-loi et aux principes communs des obligations et des contrats.

21. D'un point de vue *externe*, cette fois, c'est-à-dire pour tout ce qui concerne les relations avec les tiers, il est piquant de relever que les quelques articles de l'ancien contrat civil de société qui, aux dires de la doctrine et de la jurisprudence[56], sont applicables par analogie à l'association de fait, sont précisément

52. M. Davagle, obs. sous Civ. Dinant, 19 janv. 1999, *J.T.*, 1999, p. 348, n° 4.
53. « 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 » (art. 1842, al. 2 C. civ. français). B. Mercadal et Ph. Janin, *Sociétés commerciales*, Mémento pratique Francis Lefebvre, Ed. 2004, Paris, Editions Francis Lefebvre, sept. 2003, pp. 104-107, n^{os} 1084-1095.
54. M. Coipel, « Introduction au droit des sociétés et autres groupements », *op. cit.*, n^{os} 440 et 445.
55. En Suisse, « *les associations qui ne peuvent acquérir la personnalité ou qui ne l'ont pas encore acquise sont assimilées aux sociétés simples* » (Code civil suisse, art. 62). Le modèle de la société simple, « *contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun* » (art. 530, al. 1er C.S.O.), sans qu'il soit précisé si ce but doit ou non être lucratif, sert de cadre de référence à la fois pour les associations et fondations « de fait » et pour les associations et fondations « en formation ». J. Droin, « Rapport sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit civil suisse », *op. cit.*, p. 67, et pp. 70-72.
56. M. Davagle, obs. sous Civ. Dinant, 19 janv. 1999, *J.T.*, 1999, p. 347, n° 3 et p. 348, n° 6 et les références citées (notes 31 à 43) ; également D. Van Gerven, *Handboek verenigingen, op. cit.*, pp. 42-43, n° 23.

ceux qui désormais organisent la responsabilité des associés dans la société de droit commun (art. 50 à 52 C. soc. ; art. 1862 à 1864 C. civ.)[57].

« *Aussi*, écrit Michel Davagle, *en cas de dette occasionnée par l'association de fait, les associés en répondent-ils sur leurs biens personnels. En principe, ils sont tenus des engagements faits à raison de leur part 'virile', ce qui signifie que chacun d'eux devra supporter une part égale de la dette de l'association de fait. Il n'existe en effet pas de 'solidarité' entre les membres à moins que celle-ci ne soit instaurée par une disposition figurant dans les statuts de l'association ou résulte des termes d'une convention intervenue avec les tiers. L'associé est donc responsable de la part de la dette de l'association sur la totalité de son patrimoine personnel. Il ne pourrait en être autrement que si le tiers contractant avait accepté une clause limitant cette responsabilité* »[58].

22. En définitive, la véritable ligne de séparation ne se situe pas tant entre la société de fait et l'association de fait qu'entre les premières citées et la personne morale (société ou ASBL) en formation.

Pour les raisons déjà évoquées (*supra*, n° 4) et, principalement, parce que les régimes juridiques de responsabilité vis-à-vis des tiers ne sont pas équivalents, ces deux situations *s'excluent* l'une l'autre, même si, pour les associations, aucun texte ne le précise.

Si l'on persistait à considérer l'ASBL en formation comme une association de fait, lors du passage à la personnalité morale et de la reprise des engagements, en l'absence de tout mécanisme de représentation imparfaite avec effet rétroactif de la ratification, il faudrait recourir au système commun, mais néanmoins compliqué, de la cession de créance et de la cession de dette, la reprise ne libérant les associés de fait, dans ce dernier cas, que moyennant l'accord du tiers contractant (novation par changement de débiteur – art. 1271, 2° et 1275 C. civ.)[59].

23. Pour autant, les situations du groupement « de fait » et « en formation » peuvent se présenter en ordre successif.

Ainsi, dans l'éventualité où un engagement a été pris par le promoteur d'une ASBL en formation et où les associés, en dernière minute, renoncent à la formalité du dépôt au greffe mais continuent néanmoins leurs activités sous la forme d'une association de fait, l'ASBL n'étant pas créée, le promoteur reste seul tenu mais l'on peut concevoir que l'engagement, présentant une utilité pour

57. En particulier, l'article 52 du Code des sociétés (art. 1863 C. civ.) selon lequel « les associés d'une société de droit commun sont tenus envers les tiers soit par parts viriles, lorsque l'objet de la société est civil, soit solidairement, lorsque cet objet est commercial ».
58. M. Davagle, obs. sous Civ. Dinant, 19 janv. 1999, *J.T.*, 1999, p. 348, n° 6.
59. *Supra*, note 3.

l'association de fait, soit ensuite « repris » par les membres de celle-ci, dans le respect des exigences civiles de la transmission des obligations[60].

Conclusion

24. Le nouveau statut de l'association en formation illustre, si besoin en est, une tendance amorcée voici quelques années déjà avec la société à finalité sociale et qui avait ébranlé la partition nette entre société et association, à l'aune du critère du but de lucre.

Dorénavant, la constitution, l'organisation et le fonctionnement des ASBL subissent de plus en plus l'influence du droit des sociétés.

Comment, et sous quel angle, devons-nous, en ce début de millénaire, appréhender les rapports entre groupements ?

Faut-il, comme le préconisait un auteur voici près d'un siècle, voir dans la société une espèce dont le genre serait l'association[61] ?

Doit-on rappeler que l'une comme l'autre dérivent d'une même liberté fondamentale : le droit de s'associer (art. 27 Const., art. 11 CEDH) ?

Convient-il de remonter beaucoup plus loin encore dans le temps, à l'époque où, suivant son étymologie latine, le terme « *societas* » englobait à la fois la société et l'association[62] ?

25. Nous avons entamé cette étude avec les paroles de Michel Coipel.

À lui, à présent, d'en écrire l'épilogue : « *je suggère de renoncer à caractériser la société par le but de lucre. Ce qui ferait disparaître la seule véritable différence avec l'association. Celle-ci ne serait donc plus un contrat innommé au régime juridique incertain mais serait régie par les dispositions relatives à la société de droit commun* »[63].

L'alignement de l'association de fait sur la société de droit commun, et sa

60. J. Vallansan et E. Desmorieux, *Société en participation et société créée de fait*, *op. cit.*, pp. 84-85, n^{os} 207-208 et pp. 92-93, n° 229. L'opération inverse, c'est-à-dire le passage de la société (association) de fait à la société (association) en formation, plausible en théorie, ne devrait guère se produire en pratique car il est peu probable que les associés de fait cessent toute activité dans l'attente de la formalité attributive de la personnalité morale. Les engagements envers les tiers, objet des « contrats en cours », seront, le cas échéant, apportés à la future personne morale. En ce sens, B. Mercadal et Ph. Janin, *Sociétés commerciales*, *op. cit.*, p. 103, n° 1078.

61. « *La société est à l'association... ce que l'espèce est au genre* » (P. Pic, « Du contrat d'association et du contrat de société », *R.T.D.civ.*, 1906, p. 471).

62. En droit international privé, la « *lex societatis* » sert de commun dénominateur pour qualifier la loi applicable à la société mais aussi à l'association et à la fondation. S. Gilcart, « A propos des associations, de leur siège social et de la loi applicable », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 199-232 ; P. Macqueron, D. Gatumel et D. de Guibert, *Associations, Fondations, Congrégations*, *op. cit.*, pp. 59-60, n^{os} 220-227.

63. M. Coipel, « Unité et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé », *op. cit.*, p. 36, n° 16.

différenciation au regard du groupement en formation ne sont, en définitive, que des mesures ponctuelles de clarification au sein d'un chantier de réformes beaucoup plus vaste. « *Ce chantier*, conclut Michel Coipel, *a besoin d'ouvriers qui s'acharnent à mettre de l'ordre et à dégager, au milieu de cette diversité, des facteurs d'unité* »[64].

Par bonheur, ces ouvriers peuvent compter sur l'inlassable travail d'un maître, à qui ils souhaitent une retraite créative et sereine.

64. *Idem*, p. 37, n° 18.

La réforme des ASBL : convergences et divergences avec le droit des sociétés

Philippe LAMBRECHT
Secrétaire général de la Fédération des entreprises de Belgique (FEB)
Maître de Conférences à l'Université Catholique de Louvain
et
François-Xavier DUBOIS
Juriste d'entreprise, Winterthur-Europe Assurances

Introduction

Une réforme importante a récemment modifié la législation organique de plusieurs dizaines de milliers d'associations belges, étrangères ou internationales actives en Belgique, sans oublier les établissements d'utilité publique[1]. Les organisations visées par la nouvelle législation étaient régies par des législations de 1919[2] et 1921[3], qui n'avaient depuis fait l'objet que de très rares modifications. Presque centenaires, elles ont été réformées en profondeur par la loi du 2 mai 2002[4].

La réforme a pour objectif d'éviter les utilisations abusives du statut d'association sans but lucratif, d'assurer davantage de sécurité pour les tiers ainsi que de rationaliser et de moderniser le dispositif légal. Une plus grande transparence et un meilleur contrôle sont, en particulier, instaurés[5].

Cette réforme est incontestablement calquée sur le droit des sociétés. Des convergences et des divergences avec les règles applicables aux sociétés commerciales peuvent être constatées. Une plus grande professionnalisation du secteur devrait s'ensuivre... au prix de nombreuses charges administratives !

Le législateur a également souhaité le souhait d'aligner les régimes juridiques applicables aux différentes formes d'associations et de fondations. L'uniformi-

1. Loi du 2 mai 2002, *M.B.*, 11 décembre 2002.
2. Loi du 25 octobre 1919 accordant la personnalité civile aux associations internationales poursuivant un but philanthropique, religieux, scientifique, artistique ou pédagogique, *M.B.*, 5 novembre 1919.
3. Loi du 27 juin 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique, *M.B.*, 1er juillet 1921.
4. Même si la loi de 2002 modifie presque l'entièreté de la loi de 1921, cette dernière n'a toutefois pas été abrogée. La loi de référence est donc toujours bel et bien la loi de 1921, modifiée par la loi de 2002.
5. F.-X. DUBOIS, *Associations et Fondations : tout savoir sur la nouvelle réglementation*, Heule, U.G.A., 2003, pp. 41-46.

sation des différents régimes est particulièrement prononcée en ce qui concerne les obligations comptables.

I.- Convergences avec le droit des sociétés

De nombreuses nouvelles dispositions s'inspirent ou sont issues du droit des sociétés. Parmi les principales innovations, nous retiendrons les convergences aux niveaux de la constitution des ASBL (A.), de leur fonctionnement (B.), des règles en matière de comptabilité (C.), de publicité (D.) et concernant la fin des ASBL (E.).

A. La constitution

• Les règles applicables aux associations en formation

Des personnes peuvent être amenées à poser des actes juridiques (par exemple, signature d'un bail ou d'un contrat de travail) entre le moment de la décision de création d'une association sans but lucratif ou de la signature des statuts et celui de l'acquisition de la personnalité juridique qui peut durer un certain temps. Quel est le régime juridique applicable aux actes réalisés durant cette période et quelle est la responsabilité encourue par leurs auteurs ?

En l'absence de réponse légale à cette question, la doctrine considérait que le droit commun était applicable aux associations en formation. Le législateur de 2002 a préconisé une solution identique à celle qui est applicable aux sociétés commerciales[6]. La loi dispose ainsi qu'« il pourra être pris des engagements au nom de l'association avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique. Sauf convention contraire, ceux qui prennent de tels engagements, à quelque titre que ce soit, en sont personnellement et solidairement responsables, sauf si l'association a acquis la personnalité juridique dans les deux ans de la naissance de l'engagement et qu'elle a en outre repris cet engagement dans les six mois de l'acquisition de la personnalité juridique. Les engagements repris par l'association sont réputés avoir été contractés par elle dès leur origine »[7].

• Le moment de l'acquisition de la personnalité juridique des associations sans but lucratif

L'association sans but lucratif peut jouir d'une personnalité juridique propre – moyennant le respect de certaines conditions - qui lui donne, par exemple, le droit d'ester en justice. L'acquisition de la personnalité juridique a aussi pour

6. Code des sociétés, article 60.
7. Loi du 27 juin 1921, article 3, §2.

effet de limiter la responsabilité personnelle des fondateurs, des administrateurs et des membres. Il s'agit d'un avantage incontestable par rapport aux associations de fait, qui n'ont pas de personnalité juridique propre[8].

Avant la réforme, la personnalité juridique[9] d'une association sans but lucratif était acquise le jour de la publication dans les annexes du Moniteur belge de certains documents (statuts, informations concernant les administrateurs).

La personnalité juridique est désormais acquise à l'association sans but lucratif le jour du dépôt au dossier tenu au greffe du tribunal de commerce, des documents suivants[10] :

- les statuts de l'association ;
- les actes relatifs à la nomination des administrateurs ;
- le cas échéant, les actes relatifs à la nomination des personnes habilitées à représenter l'association.

La réforme engendre une accélération de l'acquisition de la personnalité juridique par les associations sans but lucratif dans la mesure où il ne faut plus désormais attendre la publication des documents dans les annexes du Moniteur belge, ce qui pouvait parfois durer plusieurs mois.

De plus, les associations peuvent désormais acquérir la personnalité juridique à la date qu'elles souhaitent. Il n'était auparavant pas possible de connaître avec exactitude la date à laquelle les documents seraient publiés dans les annexes du Moniteur belge ou de demander que les actes soient publiés à une date déterminée.

Le moment du dépôt au dossier offre donc une plus grande sécurité juridique. La solution retenue par le législateur s'inspire de celle applicable aux sociétés commerciales. En effet, le Code des sociétés dispose que la personnalité juridique est acquise au jour du dépôt de leur acte constitutif et des mandats au greffe du tribunal de commerce[11].

B. Le fonctionnement

• Le régime juridique et les effets de la nullité[12]

La loi ne contenait aucune disposition relative à la nullité des associations sans but lucratif. Le droit commun pouvait toutefois s'appliquer en la matière (par exemple, vice de consentement)[13].

8. F.-X. Dubois, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 105-107.
9. Le texte de 1921 utilisait indistinctement les termes de personnalité juridique et de personnalité civile. Ce dernier a été modifié par la réforme, qui a consacré l'usage des termes « personnalité juridique », Voyez *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2/283/11, p. 2, amendement n° 177.
10. Loi du 27 juin 1921, article 3, § 1er.
11. Code des sociétés, article 2, §4, alinéa 1er.
12. Code des sociétés, articles 172, 173, 174, 175, 177.
13. F.-X. Dubois, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 73-74.

La nullité d'une association sans but lucratif peut désormais être prononcée dans les cas suivants limitativement énumérés[14] :

- si les statuts n'indiquent pas[15] :
  - la désignation précise du ou des but(s) ;
  - la dénomination et l'adresse du siège social ainsi que l'arrondissement judiciaire dont elle dépend.
- si un des buts en vue desquels elle est constituée contrevient à la loi ou à l'ordre public.

Les causes de nullité sont calquées sur le droit des sociétés[16]. Le droit commun est également applicable lorsqu'un élément essentiel de la convention est vicié.

Les effets de la nullité prennent cours à dater de la décision qui la prononce. Elle opère donc sans effet rétroactif. En d'autres termes, comme la nullité produit ses effets à partir de la date à laquelle elle est prononcée, l'association sans but lucratif reste liée par les actes qu'elle a conclus avant la date de la décision judiciaire[17].

Cette disposition prête déjà le flanc à la critique : « il est paradoxal d'avoir instauré un régime de nullité alors que celui-ci avait révélé ses défauts en droit des sociétés et d'avoir prévu que ses effets sont les mêmes que ceux qui découlent d'une dissolution. Le maintien d'un régime de nullité n'aurait d'intérêt à notre estime que dans le cadre des 'fausses ASBL' à la condition que la nullité ait dans ce cas un effet rétroactif permettant d'engager ainsi la responsabilité personnelle des membres »[18].

• La responsabilité personnelle pour les engagements pris par une personne qui aurait omis de mentionner dans les actes qu'elle intervient pour le compte d'une association

Tous les documents, actes, factures, annonces ou publications des associations sans but lucratif doivent mentionner la dénomination de l'association, précédée ou suivie immédiatement des mots « association sans but lucratif » ou du sigle « ASBL » ainsi que l'adresse du siège de l'association[19].

À l'instar de ce qui est prévu pour les sociétés commerciales[20], toute personne

14. Loi du 27 juin 1921, article 3*bis*.
15. Mentions visées à l'article 2, alinéa 1er, 2° et 4°.
16. Voyez Code des sociétés, articles 172, 173, 174, 175 et 177 ; voyez également *Doc. parl.*, Ch. repr., 1998-1999, n° 1854/1, p. 2.
17. Voyez *Rapport*, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-283/16, p. 46.
18. Ph. Verdonck, H. Briet, « Les associations sans but lucratif »., in *Le nouveau droit des associations et des fondations, La loi du 2 mai 2002 - Actes de la Journée d'études du 21 novembre 2002*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2002, p. 169.
19. Loi du 27 juin 1921, article 11, alinéa 1er ; voyez *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-283/11, p. 12, amendement n° 192.
20. Code des sociétés, articles 62, 78, 79, 80, 343.

qui intervient pour une association dans un acte ou un document où l'une de ces mentions ne figure pas, peut être déclarée personnellement responsable de tout ou partie des engagements qui y sont pris par l'association[21].

Le non respect de l'indication des mentions est donc sanctionné par la responsabilité personnelle de la personne qui a agi au nom ou pour le compte de l'association. Les travaux parlementaires précisent cependant « qu'il s'agit d'une faculté dont le juge fera usage en tenant compte des circonstances »[22].

Le régime est identique pour les associations en liquidation[23]. Tous les documents, actes, factures, annonces ou publications d'une association ayant fait l'objet d'une décision de dissolution doivent mentionner la dénomination sociale de l'association précédée ou suivie immédiatement des mots « association sans but lucratif en liquidation » ou du sigle et des mots « ASBL en liquidation »[24].

Toute personne qui intervient pour une association en fin d'existence dans un document où l'une de ces mentions ne figure pas, peut être déclarée personnellement responsable de tout ou partie des engagements qui y sont pris par l'association[25]. Le but de cette disposition est d'informer et de protéger les tiers qui sont en contact avec une association sans but lucratif en liquidation et ce, afin qu'ils ne prennent pas d'engagement inconsidéré avec celle-ci.

- **Le délai entre la convocation et la tenue de l'assemblée générale des associations sans but lucratif**

Tous les membres effectifs sont convoqués à l'assemblée générale au moins huit jours avant celle-ci. Le respect d'un délai de convocation d'au moins huit jours avant la date de la réunion de l'assemblée est une innovation. Cette mesure s'inspire du droit des sociétés, qui prévoit que l'assemblée générale doit être en principe convoquée par le biais d'une publicité dans la presse ou par courrier recommandé, envoyé quinze jours à l'avance, si tous les titres sont nominatifs[26].

- **Le statut des personnes assumant la gestion journalière**

La gestion journalière de l'association peut être déléguée à une ou plusieurs personnes, administrateurs ou non, membres ou non, agissant soit individuellement, soit conjointement, soit en collège. Cette innovation s'inspire des règles applicables aux sociétés commerciales[27].

---

21. Loi du 27 juin 1921, article 11, alinéa 2.
22. *Doc. parl.*, Ch. repr., 1998-1999, n° 1854/1, p. 11.
23. F.-X. Dubois, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 217-222.
24. Loi du 27 juin 1921, article 23, alinéa 3.
25. Loi du 27 juin 1921, article 23, alinéa 4.
26. Code des sociétés, article 533.
27. Code des sociétés, articles 525 et 527.

La délégation de la gestion journalière est opposable aux tiers pour autant qu'elle soit déposée au dossier et publiée dans les annexes du Moniteur belge[28]. Par contre, les restrictions apportées à leurs pouvoirs de représentation ne sont pas opposables aux tiers[29].

La notion de gestion journalière n'est pas plus définie dans la loi sur les associations sans but lucratif que dans le Code des sociétés. La Cour de cassation précise que la gestion journalière est « le pouvoir d'accomplir des actes d'administration ne dépassant pas les besoins de la vie quotidienne de la société ou ceux qui, en raison tant de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompte solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration »[30].

La personne déléguée à la gestion journalière est désormais un organe à part entière. Les travaux parlementaires précisent qu'« en reconnaissant la qualité d'organe au délégué à la gestion journalière de manière similaire au droit des sociétés, cette disposition vise à consacrer une pratique à laquelle recourent usuellement les statuts types des associations »[31].

- **Le transfert de la compétence résiduelle au conseil d'administration des associations sans but lucratif**

La réforme consacre la compétence de principe du conseil d'administration pour tout ce qui n'est pas expressément réservé par la loi à l'assemblée générale[32].

La législation dispose désormais que le conseil d'administration gère les affaires de l'association et la représente dans tous les actes judiciaires et extrajudiciaires[33]. Comme dans la société anonyme, tous les pouvoirs qui ne sont donc pas expressément réservés par la loi à l'assemblée générale relèvent de la compétence du conseil d'administration.

- **Le régime de responsabilité[34].**

Les administrateurs[35] et les personnes déléguées à la gestion journalière[36] ne contractent aucune obligation personnelle concernant les engagements de l'association[37].

28. Conformément à l'article 26*novies*, §3, de la loi du 27 juin 1921.
29. Loi du 27 juin 1921, article 13*bis*.
30. Cass., 17 septembre 1968, *Pas., I.*, 1968, p. 61.
31. *Doc. parl.*, Ch. repr., 1998-1999, n° 1854/1, p. 12.
32. F.-X. Dubois, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 157-161, comp. loi du 27 juin 1921, art. 13, alinéa 2 et 3 et Code des sociétés, art. 522, § 1, alinéas 1 et 2.
33. Loi du 27 juin 1921, article 13, alinéa 2.
34. Code des sociétés, article 527.
35. Loi du 27 juin 1921, article 14*bis*.
36. Loi du 27 juin 1921, article 15.

Le régime de responsabilité des administrateurs et des personnes déléguées à la gestion journalière est identique au régime applicable aux sociétés commerciales[38].

La théorie du mandat, admise par la doctrine unanime[39], est applicable aux associations sans but lucratif, « de sorte que les actes des administrateurs sont imputables à l'association sans but lucratif. S'il reste dans les limites de son mandat, l'administrateur lie donc l'association sans but lucratif mandante, même si les actes en question sont illicites, comme le confirme la Cour de cassation[40-41]. »

L'administrateur (le mandataire) peut engager l'association (le mandant) dans les limites de son mandat et ce, même en cas d'acte fautif[42]. Par contre, la responsabilité personnelle de l'administrateur peut être engagée lorsqu'il s'écarte des limites du mandat. La jurisprudence a toutefois accepté une exception à ce principe en consacrant la théorie du mandat apparent[43], selon laquelle « le mandant est malgré tout tenu de respecter l'engagement pris par le mandataire lorsque ce dernier a outrepassé son pouvoir, dans la mesure où, vu les circonstances, le tiers contractant pouvait croire raisonnablement qu'il agissait dans les limites de son pouvoir de représentation »[44].

« Pour mettre en cause la responsabilité d'un administrateur, le mandant ASBL devra par conséquent prouver, conformément au droit commun consacré par les articles 1991 et suivants du Code civil, que son mandataire administrateur a failli dans l'exécution de sa mission. On ajoutera qu'aux termes de l'article 1992, alinéa 2, du Code civil, on est moins rigoureux à l'égard des mandataires qui ont accepté de remplir leur mission à titre gratuit »[45].

Par ailleurs, les règles de droit commun de la responsabilité restent bien entendu d'application[46].

---

37. F.-X. Dubois, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 163-165.
38. Code des sociétés, article 527. À noter toutefois que cette disposition regroupe le régime de responsabilité à la fois des administrateurs et des personnes déléguées à la gestion journalière.
39. J. Van Ryn, X. Dieux, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers », *J.T.*, 1988, p. 401 ; L. Cornelis, A.-S. Maertens, « Aspecten van onregelmatigheid, schijn en beheerdersaansprakelijkheid in de vereniging zonder winstoogmerk », *T.B.B.R.*, 1994, p. 193.
40. Cass., 22 avril 1985, *Pas.*, 1985, I, pp. 1021-1022.
41. *Rapport, Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-283/16, p. 52.
42. Cass., 22 avril 1985, *Pas.*, 1985, I, pp. 1021-1022.
43. Cass., 13 janv. 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 472, Cass., 30 mai 1979, *Pas.*, 1979, I, pp. 1123-1125 ; Cass., 20 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1258.
44. *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 2-283/9, p. 3, amendement n° 165 ; *Rapport, Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-283/16, p. 53.
45. *Ibidem*, p. 54.
46. Code civil, article 1382 et s.

• **La décharge des administrateurs des associations sans but lucratif**

La loi prévoit désormais – à l'instar du Code des sociétés[47] – qu'une délibération de l'assemblée générale est requise pour accorder la décharge aux administrateurs[48].

Cette décharge a pour conséquence de mettre les administrateurs à l'abri de recours ultérieurs par l'association pour toute faute de gestion éventuelle et pour les faits qui ont été portés à la connaissance de l'assemblée générale[49].

• **La réglementation des centres d'opération d'associations sans but lucratif étrangères**

Les associations sans but lucratif étrangères sont en principe soumises à la loi de l'État dont elles ont la nationalité. Rien n'empêche une association sans but lucratif étrangère d'exercer des activités en Belgique, au départ d'un ou de plusieurs centres d'opération. Dans ce cas, l'association étrangère est bien entendu soumise à « sa loi nationale », mais également à certaines dispositions de la loi belge[50]. Il s'agit d'une innovation importante. Les associations sans but lucratif étrangères actives en Belgique n'opèrent donc plus dans un désert juridique[51].

Ainsi, à l'instar de ce qui est prévu pour les sociétés étrangères disposant d'une succursale en Belgique[52], un régime de publicité est instauré pour les centres d'opération ouverts en Belgique par une association étrangère[53].

• **Le droit de posséder en propriété ou autrement des immeubles**

Le législateur a supprimé les conditions requises pour posséder en propriété ou autrement des immeubles[54]. Les ASBL et les sociétés commerciales sont ainsi placées sur pied d'égalité[55].

47. Code des sociétés, article 554 pour les SA et article 284 pour les SPRL.
48. Loi du 27 juin 1921, article 4, 4°.
49. Ph. VERDONCK, H. BRIET, « Les associations sans but lucratif », *op. cit.*, p. 143.
50. Loi du 27 juin 1921, article 26*octies*.
51. F.-X. DUBOIS, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 45, 83-85.
52. Code des sociétés, articles 59, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87 et 107.
53. *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 2-283/6, amendement n° 72 ; *Rapport*, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-283/16, p. 64.
54. L'ancienne législation prévoyait que les associations sans but lucratif ne pouvaient posséder en propriété ou autrement (par exemple en détention ou possession) que les immeubles nécessaires pour réaliser l'objet ou les objets en vue desquels elles sont constituées (Loi du 27 juin 1921, ancien article 15).
55. F.-X. DUBOIS, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 239-241.

• **L'accès des membres aux actes et documents**

La réforme institue un droit de consultation de tous les actes, documents et décisions de l'association sans but lucratif au profit des membres effectifs[56]. Ceux-ci peuvent consulter au siège de l'association le registre des membres, ainsi que tous les procès-verbaux et décisions de l'assemblée générale, du conseil d'administration ou des personnes, occupant ou non une fonction de direction, qui sont investies d'un mandat au sein ou pour le compte de l'association, de même que tous les documents comptables de l'association[57].

Les membres ont donc ainsi accès au siège de l'association notamment à tous les actes et documents comptables. Cette mesure est justifiée dans les travaux parlementaires par le fait « qu'une association sans but lucratif, qui n'a plus de capital, n'offre pas les mêmes garanties aux tiers et aux travailleurs qu'une société commerciale. Il est dès lors logique d'exiger des associations une plus grande transparence et d'imposer des critères plus stricts que ceux retenus pour les sociétés commerciales »[58].

Dans un premier temps le législateur avait prévu que ce droit d'accès illimité aille au-delà des dispositions qui sont imposées aux sociétés commerciales. Pour ces dernières, un droit de consultation de l'ensemble des documents n'est prévu que lorsqu'aucun commissaire n'a été nommé[59]. Après cette disposition ait fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales[60], le législateur a rectifié le tir en prévoyant que ce droit d'accès n'est prévu que dans les ASBL qui n'ont pas nommé de commissaire.[61]

C. La comptabilité

Parmi les nouvelles mesures les plus spectaculaires, figurent certainement les obligations qui sont imposées en matière de tenue et de contrôle de la comptabilité. Ces nouvelles mesures contribueront sans doute à renforcer l'image du monde associatif dans l'opinion publique et la confiance à l'égard de leurs membres, des donateurs, en ce compris des pouvoirs publics qui contribuent parfois de manière importante au fonctionnement d'associations par l'octroi de subventions[62].

56. F.-X. Dubois, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 208-210.
57. Loi du 27 juin 1921, article 10, alinéa 2.
58. *Rapport, Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-283/16, p. 162.
59. Code des sociétés, article 137.
60. F.-X.Dubois, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 208-209.
61. Loi programme du 9 juillet 2004, article 83, M.B., 15 juillet 2004.
62. Voyez *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 2-283/8, p. 3, amendement n° 26.

• **La tenue des comptes annuels**[63].

Toutes les ASBL sont tenues d'établir des comptes annuels[64]. Le législateur a établi une distinction entre « petites » et « grandes » associations sans but lucratif pour la tenue de la comptabilité. Les « petites » associations sans but lucratif sont celles qui ne remplissent pas au moins deux des trois critères suivants :

- 5 travailleurs, en moyenne annuelle, exprimés en équivalents temps plein inscrits au registre du personnel tenu en vertu de l'arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux ;
- 250.000 EUR pour le total des recettes, autres qu'exceptionnelles, hors taxe sur la valeur ajoutée ;
- 1.000.000 EUR pour le total du bilan[65].

Les « petites » associations[66] tiennent une comptabilité simplifiée portant au minimum sur les mouvements des disponibilités en espèces et en comptes[67]. Le modèle est établi par arrêté royal[68].

Les « grandes » associations[69] sont désormais soumises aux mêmes règles comptables que les sociétés commerciales, moyennant certaines adaptations prises par arrêté royal[70]. Elles doivent donc établir une comptabilité complète en partie double. Des exceptions sont toutefois prévues pour les associations[71] soumises à d'autres réglementations comptables, à la condition qu'elles soient au moins aussi sévères que celles prévues par la nouvelle loi.

M. Dewolf précise fort à propos que « par pudeur, le législateur de 2002 n'a pas voulu soumettre, purement et simplement, les associations au système, éprouvé par le temps, tel qu'actuellement déposé dans le Code des sociétés. Il a néanmoins voulu s'en rapprocher dans une large mesure »[72].

• **Le contrôle des comptes annuels par un réviseur d'entreprises**

La loi n'impose pas d'obligation de contrôle des comptes annuels aux « petites »

63. Code des sociétés, article 92. Loi du 17 juillet 1975, *M.B.*, 4 septembre 1975, et ses arrêtés d'exécution.
64. F.-X. Dubois, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 184-190.
65. Loi du 27 juin 1921, article 17, §3.
66. Loi du 27 juin 1921, article 17, §2 pour les associations sans but lucratif ; article 53, §2 pour les associations internationales sans but lucratif.
67. Loi du 27 juin 1921, article 17, §2.
68. Arrêté royal du 26 juin 2003, *M.B.*, 11 juillet 2003.
69. Loi du 27 juin 1921, article 17, §3 pour les associations sans but lucratif et 53, §3, pour les associations internationales sans but lucratif.
70. Arrêté royal du 19 décembre 2003, *M.B.*, 30 décembre 2003.
71. Loi du 27 juin 1921, article 17, §4 pour les associations sans but lucratif ; article 53, §4 pour les associations internationales sans but lucratif.
72. M. De Wolf, « La tenue et le contrôle des comptes des associations », in *Le nouveau droit des associations et des fondations - La loi du 2 mai 2002*, *op. cit.*, p. 335.

associations sans but lucratif. Les « grandes » associations sans but lucratif ne sont, quant à elles, pas toutes tenues de faire contrôler leurs comptes annuels par un réviseur d'entreprises[73]. Seules les « très grandes » associations sans but lucratif sont tenues de confier à un ou plusieurs commissaire(s) le contrôle de la situation financière, des comptes annuels et de la régularité au regard de la loi et des statuts, des opérations à constater dans les comptes annuels lorsque le nombre moyen de travailleurs occupés, inscrits au registre du personnel tenu en vertu de l'arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux et exprimés en équivalents temps plein[74], dépasse 100 ou lorsque l'association dépasse à la clôture de l'exercice social les chiffres ci-dessous fixés pour au moins deux des trois critères suivants :

- 50 travailleurs, en moyenne annuelle, exprimés en équivalents temps plein inscrits au registre du personnel tenu en vertu de l'arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux ;
- 6 250 000 EUR pour le total des recettes, autres qu'exceptionnelles, hors taxe sur la valeur ajoutée ;
- 3 125 000 EUR pour le total du bilan[75].

Le ou les commissaire(s) sont nommés par l'assemblée générale parmi les membres de l'Institut des réviseurs d'entreprises[76].

D. La publicité

Les nouvelles mesures en matière de publicité des actes, documents et décisions des associations sont nombreuses et entraîneront des bouleversements importants. Elles devraient assurer davantage de transparence et de sécurité juridique pour les tiers[77].

- **Le dossier tenu au greffe du tribunal de commerce**[78]

La nouvelle loi impose à toute association sans but lucratif de tenir à jour un dossier au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel elle a son siège social. Cette mesure s'inspire du régime des sociétés commerciales[79].

---

73. F.-X. Dubois, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 193-196.
74. Un amendement – rejeté – visait à supprimer la référence aux équivalents temps plein. Son auteur considérait que lorsqu'une association emploie 100 personnes, même occupées à temps partiel, celle-ci a une responsabilité sociale importante qui justifie la désignation d'un réviseur (- *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-283/13, amendement n° 289B ; *Rapport, Doc. parl.*, Sénat, n° 2-283/16, p. 162).
75. Loi du 27 juin 1921, article 17, §5 ; voyez également *Rapport, Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-283/16, p. 60 ; *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 2-283/8, amendements n°s 120 et 121.
76. Loi du 27 juin 1921, article 17, §5.
77. F.-X. Dubois, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 197-238.
78. Code des sociétés, articles 74 et 75.
79. Code des sociétés, article 67.

La loi du 2 mai 2002 prévoyait que le dossier devait être tenu au greffe civil du tribunal de première instance. Cette disposition a déjà été modifiée, avant même qu'elle soit en vigueur et ce, à la suite de l'adoption de la loi sur la Banque-Carrefour des Entreprises[80]. Même s'il ne s'agit que de frapper à une autre porte du palais de Justice, le fait de s'adresser au tribunal de commerce est symptomatique de la tendance à l'alignement sur le droit des sociétés. L'on notera au passage que toutes les informations concernant les ASBL sont, à l'instar de celles relatives aux sociétés commerciales, collectées par la Banque-Carrefour des Entreprises.

Un arrêté royal précise les modalités de publicité des actes et documents des associations sans but lucratif[81].

- **Les publications par extrait dans les annexes du Moniteur belge**

Par analogie avec le régime applicable aux sociétés commerciales[82], la réforme prévoit la publication par extrait dans les annexes du Moniteur belge de certains actes ou documents que le législateur a jugé utile de porter à la connaissance des tiers[83].

- **Le régime de responsabilité des fonctionnaires responsables du retard des publications dans les annexes du Moniteur belge pour les associations sans but lucratif belges et étrangères**

La publication de certains documents doit être faite dans les trente jours du dépôt au Moniteur belge et ce, à peine de dommages-intérêts contre les fonctionnaires auxquels l'omission ou le retard serait imputable[84].

La nouvelle législation instaure donc un régime de responsabilité des fonctionnaires du Moniteur belge. Cette disposition s'inspire du droit des sociétés qui prévoit que la publication doit avoir lieu dans les quinze jours du dépôt des actes, documents ou décisions. Si ce délai de quinze jours n'est pas respecté, le

80. Loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, création de guichets-entreprises agréés et portant dispositions diverses, article 69, *M.B.*, 5 février 2003.
81. Arrêté royal du 26 juin 2003, *M.B.*, 27 juin 2003.
82. Code des sociétés, article 73.
83. Il s'agit :
   - des statuts ;
   - des actes relatifs à la nomination ou à la cessation des fonctions des administrateurs, des personnes déléguées à la gestion journalière, des personnes habilitées à représenter l'association et les commissaires ;
   - des décisions relatives à la nullité ou à la dissolution de l'association, à sa liquidation et à la nomination et à la cessation de fonction des liquidateurs, uniquement si elles sont coulées en force de chose jugée ou exécutoires par provision.
84. Loi du 27 juin 1921, article 26*novies*, §2, alinéa 3.

ou les fonctionnaire(s) responsable(s) du retard peuvent être condamnés au paiement de dommages et intérêts.

• **La publicité des comptes annuels et l'accès des tiers, notamment par le biais du dépôt au dossier tenu au greffe et à la Banque Nationale de Belgique**[85]

La nouvelle législation institue un régime très contraignant de publicité des comptes annuels[86]. Deux mesures importantes ont été prises. D'une part, toutes les associations sans but lucratif sont tenues de déposer leurs comptes annuels dans leur dossier tenu au greffe du tribunal de commerce[87]. D'autre part, les « grandes » associations sans but lucratif doivent également déposer leurs comptes annuels à la Banque Nationale de Belgique dans les trente jours de leur approbation par l'assemblée générale[88].

• **Les statistiques globales et anonymes qui peuvent être établies par la Banque Nationale de Belgique**[89]

La Banque Nationale de Belgique est habilitée, comme pour les sociétés commerciales, à établir et à publier des statistiques globales et anonymes relatives à tout ou partie des éléments contenus dans les documents comptables des « grandes » et des « très grandes » associations sans but lucratif[90].

E. La fin

• **Les règles en matière de dissolution des associations inactives**[91]

La dissolution d'une association sans but lucratif peut être prononcée si elle néglige de déposer les comptes annuels[92] pour trois exercices sociaux consécutifs, à moins que les comptes annuels manquants ne soient déposés avant la clôture des débats devant le tribunal[93]. Une possibilité de régularisation est ainsi prévue par la loi.

Le Code des sociétés prévoit la même possibilité de régularisation à la nuance près qu'elle doit intervenir avant qu'il ne soit statué au fond[94].

---

85. Code des sociétés, articles 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104 et 105.
86. F.-X. DUBOIS, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 222-230.
87. Loi du 27 juin 1921, article 29*novies*, §1er, alinéa 2, 5°.
88. Loi du 27 juin 1921, article 17, §6.
89. Code des sociétés, article 106, alinéa 2.
90. Loi du 27 juin 1921, article 17, §6, alinéa 7.
91. Code des sociétés, article 182.
92. Conformément à l'article 26*novies*, §1er, alinéa 2, 5°, de la loi du 27 juin 1921.
93. Loi du 27 juin 1921, article 18, alinéa 1er, 4°.
94. Code des sociétés, article 182, § 1er.

II.- Divergences avec le droit des sociétés

• Le but non lucratif

La définition d'une association sans but lucratif au sens de la loi du 2 mai 2002 comporte deux éléments : l'association ne doit pas, d'une part, se livrer à des opérations industrielles ou commerciales et, d'autre part, chercher à procurer à ses membres un gain matériel. Ces deux conditions sont cumulatives[95].

Le législateur n'a pas opté pour une modification de fond de la définition de l'ASBL. Il n'a donc pas fusionné le droit des associations et celui des sociétés.

• Les opérations et activités qui peuvent être accomplies (opérations industrielles et commerciales)

La notion d'activités industrielles et commerciales n'est pas précisée dans la nouvelle législation[96]. Les associations sans but lucratif ne peuvent, en principe, pas exercer d'activités réputées industrielles ou commerciales par la loi. Il est toutefois admis qu'elles peuvent y recourir de manière accessoire.

La doctrine considérait qu'une activité accessoire doit être de moindre importance que l'activité principale[97], « le caractère accessoire étant généralement apprécié d'un point de vue quantitatif, c'est-à-dire en termes de volumes d'activités »[98].

Selon le ministre de la Justice – il s'agit d'un nouvel élément apporté par la réforme –, le caractère accessoire « s'apprécie plutôt en termes de priorités qu'en termes de volumes d'activités. Peu importe le volume d'activités industrielles ou commerciales, pourvu que les bénéfices réalisés soient affectés à la réalisation du but désintéressé de l'association »[99].

Selon Michel Coipel, qui emmène la doctrine minoritaire[100], une association sans but lucratif est conforme à la loi pour autant que, poursuivant un but supérieur, elle ne cherche ni son propre enrichissement ni celui de ses membres. Toute activité lucrative serait, selon cette définition, permise, si elle est destinée à servir le but supérieur de l'association. Il importerait donc peu que les activités de l'association présentent un caractère commercial ou non.

---

95. F.-X. Dubois, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 53-55.
96. F.-X. Dubois, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 55-57.
97. Ph. 't Kint, « Les associations sans but lucratif », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 87.
98. Ph. Verdonck, H. Briet, « Les associations sans but lucratif », *op. cit.*, p. 117 ; voyez en ce sens, Cass., 3 octobre 1996, *T.R.V.*, 1997, p. 218.
99. Ph. Verdonck, H. Briet, « Les associations sans but lucratif », *op. cit.*, p. 118 ; *Ann. parl.*, Sénat, 2001-2002, séance du 7 mars 2002, *Doc.* 2-187, p. 12.
100. M. Coipel, « Le rôle économique des A.S.B.L. au regard du droit des sociétés et de la commercialité », *op. cit.*, pp. 122-136.

En conclusion, la prudence reste de mise et ce, en raison de la controverse et de l'absence de décision de principe de la jurisprudence.

- **Le droit de vote des membres à l'assemblée générale**

En principe, tous les membres effectifs de l'association ont un droit de vote égal à l'assemblée générale[101]. Rien n'empêche toutefois de conférer plusieurs voix à certains membres. Cette possibilité va au-delà de ce qui est prévu pour les sociétés anonymes à l'article 541 du Code des sociétés consacre le principe de la proportionnalité des voix à la partie du capital représenté.

- **Les fusions et scissions**

Au cours de l'existence d'une organisation, celle-ci peut ressentir le besoin ou être contrainte pour des motifs divers de modifier sa structure soit en se regroupant avec une ou plusieurs associations ou fondations (fusion) soit en se séparant en plusieurs entités juridiques (scission)[102].

La fusion et la scission des associations ne sont pas réglées par la loi, au contraire des sociétés commerciales[103]. Il faut donc appliquer le droit commun, c'est-à-dire opérer la dissolution et la liquidation.

- **La responsabilité des fondateurs**[104]

La loi n'envisage pas d'hypothèses dans lesquelles la responsabilité des fondateurs pourrait être engagée. Le droit des sociétés ne trouve pas à s'appliquer sur ce point[105]. La responsabilité des fondateurs peut toutefois être mise en cause par les règles de droit commun de la responsabilité (responsabilité quasi délictuelle[106] ou abus de droit[107]).

---

101. Loi du 27 juin 1921, article 7.
102. F.-X. DUBOIS, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 246-248.
103. Code des sociétés, livre XI.
104. Code des sociétés, articles 405 et 406.
105. Ph. 't KINT, *op. cit.*, p. 80 ; J.P. Ostende, 23 nov. 1993, *R.W.*, 1994-95, pp. 651-652, note Ph. ERNST.
106. Code civil, article 1382 ; D. MATRAY, « Responsabilité des membres et des administrateurs », in *Les ASBL – évaluation critique d'un succès, op. cit.*, pp. 41 et s. ; J.P. Ostende, 23 nov. 1993, *R.W.*, 1994-95, pp. 651-652, note P. ERNST.
107. Ph. ERNST, « Misbruik van rechtsvorm van een VZW – Beschouwingen over de rechtspersoonlijkheid, het winstoogmerk, de commercialiteit en het vermogen van de VZW », *T.P.R.*, 1995, pp. 40-61, n^{os} 15-24.

- **La représentation des associations et des sociétés**[108]

Les statuts peuvent déléguer la représentation de l'association dans les actes judiciaires et extrajudiciaires à une ou plusieurs personnes, administrateurs ou non, membres ou non, agissant soit individuellement soit conjointement, soit en collège. Cette décision est opposable aux tiers dès lors qu'elle est déposée au dossier et publiée dans les annexes du Moniteur belge[109].

Contrairement aux sociétés commerciales – qui confient la représentation aux administrateurs et aux gérants[110] –, le législateur a cru bon de préserver la faculté pour les associations sans but lucratif de désigner des personnes étrangères au conseil d'administration pour les représenter. Les travaux parlementaires précisent que « de même qu'en droit des sociétés et afin d'éviter toute source de confusion ou d'insécurité juridique, le pouvoir de représentation qui peut faire l'objet d'une telle dérogation doit être général et recouvrir l'entièreté du pouvoir de représentation »[111].

- **Le règlement des conflits d'intérêts**[112]**, sauf pour les fondations**

Contrairement au droit des sociétés et aux fondations[113], la nouvelle réglementation ne prévoit aucune règle en matière de conflits d'intérêts que pourrait rencontrer un administrateur d'une association sans but lucratif[114]. Plusieurs amendements visant à instaurer des règles en matière de conflits d'intérêts ont pourtant été déposés[115]. Ceux-ci s'inspiraient des règles applicables aux sociétés commerciales[116].

Cette solution n'a toutefois pas été retenue et ce, notamment en vue d'éviter qu' « elle n'aboutisse au blocage de certaines associations et à la remise en cause de nombreuses décisions du conseil d'administration »[117].

---

108. Code des sociétés, articles 61 et 62.
109. Loi du 27 juin 1921, article 13, alinéa 4.
110. Code des sociétés, article 522, §2 pour les SA et article 257 pour les SPRL.
111. *Doc. parl.* Ch. repr., 1998-1999, n° 1854/1, p. 12.
112. *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 2-283/3, p. 3, amendement n° 18 ; *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 2-283/8, amendement n° 148, pp. 20-21 ; *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 2-283/8, amendement n° 161, pp. 29-30 ; *Rapport, Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-283/16, p. 51 ; voyez également les articles 523-524 du Code des sociétés pour les SA et les articles 259-261 pour les SPRL.
113. Loi du 27 juin 1921, article 28.
114. F.-X. Dubois, « Associations et fondations », *op. cit.*, pp. 86, 178-179.
115. *Doc. parl.*, Sénat, 1999/2000, n° 2-283/3, p. 3, amendement n° 18 ; *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, 2-283/8, amendement n° 161 pp. 29-30 ; *Rapport, Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-283/16, p. 51 ; *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 2-283/8, amendement n° 148, pp. 20-21.
116. Code des sociétés, articles 523, 524, pour les SA et articles 259 à 261 pour les SPRL.
117. *Rapport, Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-283/16, p. 51.

III. - Conséquences[118]

A. La dualisation

La réforme opère une certaine dualisation du monde associatif, à tout le moins en ce qui concerne la tenue, le contrôle et la publicité des comptes annuels.

D'une part, les « petites » associations sont tenues à des obligations « minimales ». D'autres part, le régime juridique des « grandes » voire des « très grandes » associations s'inspire, à maints égards, des règles applicables aux sociétés commerciales.

Une évaluation du respect et de l'adéquation des seuils permettant de distinguer les « petites » des « grandes » et « très grandes » associations devrait être réalisée. De même, il faudrait qu'une loi « de réparation » rectifie certaines lacunes après quelques années d'application de la réforme.

B. La professionnalisation

La nouvelle réglementation engendrera, à coup sûr, une professionnalisation du secteur associatif, du moins en ce qui concerne le fonctionnement des organes, la transparence et la comptabilité.

La transparence et la professionnalisation du secteur ont toutefois un prix : des investissements devront être consentis pour se conformer aux nouvelles obligations. De plus, de nouvelles charges administratives pèseront sur la gestion quotidienne des ASBL. Les gestionnaires d'associations – souvent bénévoles – devront donc être correctement informés ou conseillés. À cet effet, le juriste, l'expert-comptable et le réviseur d'entreprises deviendront, s'ils ne l'étaient pas encore, des partenaires privilégiés des ASBL.

118. F.-X. Dubois, « Associations et fondations », *op. cit*, pp. 277-280.

La fondation testamentaire : une espèce rare en voie de disparition

Jean-Luc LEDOUX
Notaire à Tamines,
Professeur à l'U.C.L.,
Actuaire

Introduction

« La création d'établissements d'utilité publique destinés à se perpétuer et à poursuivre un but sans terme fixe, suivant des statuts imposés, est une conception hardie, qui est de nature à féconder les sources de la générosité prévoyante et à faire profiter l'intérêt général d'œuvres conçues et alimentées par des bienfaiteurs éclairés »[1].

À côté des associations sans but lucratif qui donnaient une existence légale à des associations religieuses et structuraient l'élan social, le législateur créait, en 1921, en les enfermant dans une armature rigoureuse, des patrimoines dotés de la personnalité juridique appelés établissements d'utilité publique. Ceux-ci, s'ils firent le bonheur des enseignants chargés d'initier les jeunes étudiants aux arcanes du droit, n'entrèrent pas vraiment dans l'imagerie populaire.

Les ASBL où les personnes jouent un rôle prépondérant, connurent le succès : des plus petites où trouvèrent un nid les joueurs de pétanque de tel village ou les œuvres paroissiales de tel autre, aux plus grandes qui habillèrent juridiquement d'immenses structures d'enseignement ou hospitalières. Il y en avait plus ou moins cent sept mille en 2002 dont deux tiers étaient actives[2].

Les établissements d'utilité publique restèrent peu nombreux : 380[3]. La dénomination choisie fut mal reçue et souvent remplacée par le terme fondation mais celui-ci visait également de nombreuses ASBL. Lorsque, du point de vue civil ou fiscal, l'on parlait d'établissements d'utilité publique, c'était pour les

1. Rapport de la Section centrale de la Chambre, Loi du 27 juin 1921, Commentaire des articles, article 18, *Pasin.*, 1921-1922, n° 346, p. 971.
2. P. VERDONCK et H. BRIET, *La nouvelle loi sur les fondations et les associations internationales, (première partie)*, Bruxelles, Kluwer, 2002, et (*deuxième partie)*, Bruxelles, Kluwer, 2003. Cette deuxième partie dont la « première de couverture » porte le même titre que la première est en réalité consacrée à la nouvelle loi sur les ASBL. Les statistiques relatives au paysage associatif belge en 2002 figurent dans la *deuxième partie*, p. 3.
3. P. VERDONCK et H. BRIET, *op. cit.*, *deuxième partie*, p. 3 ; on notera que dans la *première partie*, p. 21, d), les mêmes auteurs citent le nombre de 350. En 2002, les associations internationales sans but lucratif auraient été environ 2000.

raccrocher immédiatement aux associations sans but lucratif, à tort parfois. Le sigle EUP ne s'imposa jamais ; celui d'ASBL devint quasi générique.

La loi de 1921 demandait, paraît-il, une refonte.

Celle-ci ne fut pas aisée et connut un parcours parlementaire assez ardu. Celui-ci est narré dans l'ouvrage descriptif de Philippe Verdonck et Hervé Briet[4]. On repensa cette notion de patrimoine affecté et auquel était attribuée la personnalité juridique, dans une autre optique. Était apparue, pour de nombreuses raisons, la nécessité de créer des fondations « privées » à côté de celles d'utilité publique. La *stichting* néerlandaise était devenue un instrument de gestion de patrimoine sociétaire.

Le tout fit l'objet d'un compromis à la belge où le beurre et le sourire de la crémière ne s'accompagnèrent de l'argent du beurre que lorsque le but était noble et, en principe, au-delà de tout soupçon ; l'on veut dire que les faveurs fiscales n'assortissent que les associations sans but lucratif et les fondations d'utilité publique (dénomination plus conforme au vocabulaire quotidien) alors que les fondations privées, suspectes *a priori*, ne se virent pas accorder un taux réduit, en particulier de droits de donation et de succession ; il est vrai cependant que la régionalisation de ceux-ci et les avatars typiques à la Belgique qui l'accompagnent dessinent dans ce domaine une situation incertaine, évolutive et incohérente.

Un texte initial fut « bricolé » aux dires de celui auquel la présente contribution veut rendre hommage[5]. Michel Coipel soulignait la médiocrité du texte et recommandait que la fondation privée et la fondation d'utilité publique soient prévues dans un même texte car elles doivent partager un tronc commun de règles[6].

Au terme d'un parcours parlementaire ardu[7], un nouveau texte fut élaboré. Curieusement, on garda – symboliquement ? – la date du 27 juillet 1921 (dont le titre devint « Loi sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations ») à cette refonte par la loi du 2 mai 2002 dont l'entrée en vigueur par bribes et morceaux relève du parcours du combattant[8].

L'article 40 de la loi du 2 mai 2002 est consacré au titre II – *Des fondations* qui comporte les articles 27 à 45 de ... la loi originaire de 1921.

---

4. Voy. la référence complète à la note 2.
5. P. Verdonck et H. Briet, *op. cit., première partie*, p. 14, dernier alinéa.
6. P. Verdonck et H. Briet, *loc. cit., première partie*, qui renvoie (p. 14, note 45) aux *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2000-2001, n° 283/16, p. 162.
7. P. Verdonck et H. Briet, *op. cit., première partie*, pp. 12 et s.
8. Voy. à ce propos par exemple les Codes Larcier et leurs mises à jour où l'on apprend que l'on doit passer par une législation instaurant la Banque-Carrefour dont la mise en application fut en termes estudiantins un bide ; les dispositions comptables furent adoptées à la mi-2003 pour les petites associations et fondations et à la fin 2003 pour les grandes ; des dispositions transitoires furent prises et l'on peut dire en simplifiant que la mise en œuvre complète sera réalisée le 1er janvier 2005.

Pourquoi eût-il fallu, selon l'expression consacrée, faire simple quand l'on pouvait faire compliqué. Heureusement, la Fondation Roi Baudouin a pris récemment l'initiative de créer un réseau des fondations qui proposera à ses membres une aide juridique et logistique pour franchir le cap des législations nouvelles et s'adapter à temps et à heure à ses prescriptions.

I. Les fondations testamentaires

La fondation (art. 27)[9] doit son existence à un acte juridique unilatéral par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident d'affecter un patrimoine à un but déterminé et, par principe, désintéressé[10].

Pour être reconnue d'utilité publique, elle doit tendre vers un but défini par l'alinéa 4 de l'article 27. L'ajout de la loi nouvelle qui reprend l'aspect culturel est d'un intérêt mineur lorsque l'on sait que le vocable artistique avait déjà été considéré comme couvrant le plus souvent le vocable culturel par le ministre qui a la justice dans ses attributions et, en pratique, par la cellule spécialisée du Service public fédéral de la Justice qui a aussi d'ailleurs dans ses attributions l'administration des cultes.

Sinon, elle sera privée[11].

Le premier alinéa de l'article 27 est sans ambiguïté : la fondation ne peut procurer un gain matériel ni aux fondateurs ni aux administrateurs ni à aucune autre personne sauf, dans ce dernier cas, s'il s'agit de la réalisation du but désintéressé ; ainsi pourra-t-elle attribuer un prix de sculpture, de littérature, ... ou payer les dépenses d'entretien d'une personne handicapée. Elle pourra développer une activité économique : éditer une revue juridique par exemple et, bien entendu, gérer son patrimoine[12].

---

9. P. Nicaise, « La constitution d'une fondation, Conditions de fond et de forme, Personnalité juridique, Publicité », *www.droit-fiscalité-belge.com*, 21-01-2004
10. Alinéa 1er ; *R.P.D.B.*, v° Établissements publics ou d'utilité publique, n° 112.
11. Pour la doctrine ancienne, on renvoie essentiellement à *R.P.D.B.*, v° Etablissements publics ou d'utilité publique ; pour la doctrine analysant la loi du 2 mai 2002, on a déjà cité (note 2) l'ouvrage de P. Verdonck et H. Briet ; on lira tout d'abord M. Coipel, *Unité et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé, première partie – Regards sur un paysage remodelé, le nouveau droit des ASBL et des fondations, la loi du 2 mai 2002*, Bruylant et Academia – Bruylant, Bruxelles et Louvain-la-Neuve, 2002 ; P. Nicaise et I. Banmeyer., *Les fondations, le nouveau droit des ASBL et des fondations, la loi du 2 mai 2002*, Bruylant et Academia – Bruylant, Bruxelles et Louvain-la-Neuve, 2002, p. 243 ; des mêmes auteurs et sous le même titre, *Notamus*, Fédération royale des notaires de Belgique, Bruylant, Bruxelles, 2002 ; B. Sarteau, « Les fondations privées », *Rev. not. b.*, 2003, pp. 6 et s. ; L. Weyts, « De private stichting, een nieuwe uitdading voor het notariaat », *T. not.*, 2004, pp. 78 et s. ; F.-X. Dubois, *Associations et fondations*, UGA Heule, 2003 ; *adde* (mais ils n'ont pas été consultés) : D. Van Gerven, « De private stichting en de stichting van openbaar nut », *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2003, pp. 347 et s. ; D. Van Gerven, *Handboek stichtingen*, Biblo, Kalmthout, 2003.
12. P. Nicaise et I. Banmeyer., *Notamus*, *op. cit.* note 11, 2e et 3e col.

Lors de l'élaboration de la loi du 27 juin 1921, le texte initial prévoyait que « toute personne peut, moyennant l'approbation du gouvernement, affecter par acte authentique tout ou partie de ses biens à la création d'un établissement d'utilité publique qui jouit de la personnalité civile ... ».

La création d'une fondation est un acte grave et l'acte authentique semblait s'imposer mais, finalement, la création testamentaire par testament olographe fut acceptée[13] et la section centrale proposa cet amendement[14]. Ce n'est donc vraiment pas au terme « de larges débats » que ce mode de constitution de la fondation fut reconnu.

Par contre, le nouvel article 27, alinéa 3, qui résulte de la loi de 2002 porte que : « la fondation est, à peine de nullité, constituée par acte authentique. Elle jouit de la personnalité juridique aux conditions définies au présent titre. Le notaire doit vérifier et attester le respect des dispositions prévues par le présent titre ».

II. Quel testament ?

Le recours au testament olographe pour constituer une fondation n'est plus possible. Un des arguments évoqués fut la rareté de ce procédé : dans les cinq années précédant la réforme de la loi de 1921 ; un et un seul établissement d'utilité publique avait été constitué par testament olographe. La profession et la confiance de la testatrice – fondatrice nous l'a fait connaître de sa genèse à son existence active actuelle.

Voilà donc qu'une dame seule, n'ayant pour seuls héritiers légaux que de très lointains cousins, et passionnée de sculpture contemporaine, souhaite favoriser des artistes de cette sphère. Elle possède un patrimoine substantiel mais ne sait évidemment pas de quoi la vie et l'avenir peuvent être faits. Elle n'a pas le narcissisme de créer de son vivant un établissement d'utilité publique et moins encore de se dépouiller pendant sa vie. Il lui reste la création par testament. Nous sommes à la fin des années 80 ; la fondation peut être constituée par testament authentique, olographe ou international.

Elle nous consulte ; nous en discutons ; nous connaissons bien la *Fondation des annales du notariat et de l'enregistrement* qui est un établissement d'utilité publique constitué par un testament olographe de Camille Hauchamps, professeur de droit à l'Université libre de Bruxelles et auteur du verbo *Notaire* au Répertoire pratique du droit belge ; voilà donc un modèle d'orfèvre. Le texte est adapté en fonction des désirs de la cliente et bien sûr dans le respect de la législation en vigueur et la *Fondation Marie-Louise Jacques* est ainsi constituée par testament olographe et les statuts sont entièrement rédigés de la main de la

13. *R.P.D.B.*, v° Etablissements publics ou d'utilité publique, n° 125.
14. Loi du 27 juin 1921, Rapport de la section centrale de la Chambre, *Pasin.*, 1921-1922, n° 346, p. 371.

testatrice ; par testament olographe également, elle désigne, sous réserve de quelques legs particuliers, pour sa légataire universelle la Fondation.

Elle décède une petite dizaine d'années plus tard en 1997 ; il n'y a pas de disposition pour cause de mort postérieure à celle que nous venons d'évoquer. C'est en 2001[15] que sa Majesté Albert II et le Ministre de la Justice donneront vie à ladite fondation après avoir toiletté les statuts proposés par la défunte[16]. Il y aura effet rétroactif à son décès.

Deux des sept administrateurs désignés par la défunte avaient été choisis par elle, dans son testament, comme exécuteurs testamentaires. Le Président du tribunal de première instance de Namur sur requête, a nommé ces mêmes personnes gérants judiciaires avec les pouvoirs d'administration et de disposition les plus larges. Selon les instructions du Service du Ministère de la justice dirigé alors par Philippe Verdonck, les avoirs immobiliers et mobiliers non pécuniaires se trouvant en Belgique ont été réalisés par les gérants judiciaires ; des avoirs mobiliers importants qui se trouvaient essentiellement dans une banque suisse très connue y ont été laissés jusqu'il y a peu. Selon les désirs des fonctionnaires de l'Administration de l'enregistrement, de la TVA et des finances chargés de percevoir les droits de succession, des délais pour le dépôt de la déclaration ont été demandés et accordés ; un versement provisionnel presque égal aux droits finalement dus a été effectué par les gérants judiciaires et la déclaration déposée après la reconnaissance de l'existence de la fondation.

Le régime des droits de succession, assez curieux en l'espèce, n'est pas modifié. Au décès du testateur qui avait constitué une fondation d'utilité publique par voie testamentaire, les règles fiscales imposent que l'impôt successoral soit liquidé et exigé provisoirement des héritiers en faisant abstraction de la fondation. Lors de l'existence reconnue par l'arrêté royal de celle-ci, il y aura restitution des droits résultant du changement de dévolution[17]. À ce propos, la régionalisation des droits de succession et de donation a déjà posé[18] et posera encore de délicats problèmes.

Selon le droit ancien, l'établissement d'utilité publique acquérait la personnalité juridique lors de l'arrêté d'approbation. Pour les fondations d'utilité publique, la règle demeure[19]. Par contre, pour les fondations privées, la per-

15. Arrêté royal du 6 mars 2001.
16. Statuts publiés aux *Annexes du Moniteur belge* du 27 septembre 2001, p. 9827, n° 18458.
17. Articles 37, 3° et 135, 5°, Code des droits de succession ; M. Donnay, A. Culot et A. Cuvelier, « Droits de succession et de mutation par décès – Taxe compensatoire des droits de succession », *Rép. not.*, t. XV, Liv. II, Bruxelles, Larcier, 1999, n° 105 ; *Chron. dr. us. not.*, Liège, 1993, vol. XVII, pp. 255-256, citant la circulaire n° 16 du 18 octobre 1991, *R.G.E.N.*, 1992, p. 74.
18. Un décret flamand du 20 déc.1996 avait restreint la réduction (à 6,60%) aux organismes d'intérêt public (mais cette notion englobait les établissements d'utilité publique : *Chron. dr. us. not.*, Liège, 1997, vol. XXVI, pp. 268-269) situés sur le territoire de la Région flamande. Ce décret a été annulé par la Cour d'arbitrage, 9 déc. 1998, *M.B.*, 16 déc. 1998, p. 39.965.
19. P. Nicaise., « La constitution d'une fondation, Conditions de fond et de forme, Personnalité juridique, Publicité », *www.droit-fiscalité-belge.com*, 21-01-2004.

sonnalité juridique leur est reconnue à compter du jour où les statuts et les actes relatifs à la nomination des administrateurs sont déposés au greffe du tribunal de première instance compétent[20]. Le rôle du notaire semble devoir modifier celui du Service public fédéral Justice lors de l'approbation[21]. On observera de l'expérience vécue que les dits services toilettaient lors de l'arrêté royal d'approbation, le texte de la fondation constituée par testament olographe.

L'acquisition de la personnalité juridique pose problème pour les fondations testamentaires ; on va y revenir.

Pareille façon de procéder ne serait plus possible aujourd'hui. La fondation testamentaire doit être constituée par testament authentique et le notaire qui le reçoit doit être le garant du respect des dispositions légales (voy. *supra I, in fine*).

La discussion fut courte[22]. La plupart des arguments visaient aussi et surtout les fondations non testamentaires. Dans ce cas, ils paraissent justifiés et c'est à l'honneur du notariat que ses membres aient été choisis pour « vérifier et attester » le respect des dispositions prévues par le titre III de la loi remodelant une partie du monde associatif. C'est un acte grave pour les fondateurs que de se dépouiller d'une partie sans doute importante de leur patrimoine et de lui donner une vie indépendante ; il s'indique qu'ils soient guidés dans cette démarche.

Par contre, un argument est certainement vide de portée : le petit nombre de fondations. Dès lors que la loi nouvelle prévoit la fondation privée comme mode normal et celle d'utilité publique comme exceptionnel (« reconnue », art. 27, al. 1 et 4), on peut penser que le nombre de fondations croîtra. Pour rejeter la possibilité de créer une fondation par testament olographe, l'argument de la rareté du procédé est peu pertinent ; on a tout simplement oublié que c'est le carcan légal dans lequel étaient enfermés les établissements d'utilité publique qui les avait rendus rares. On a vu (voy. *supra II*, début) qu'une constitution testamentaire créait des problèmes de fait qui demandaient beaucoup de temps avant de trouver leur solution. Les deux exemples cités démontrent que « le plus » de l'acte authentique eût été nul.

On a sans doute commis l'erreur « d'oublier » que la totale confidentialité du testament olographe eût été bien adaptée à certaines fondations privées. Est-il désobligeant d'évoquer la situation de Grands de ce monde et des éléments de leur sphère la plus privée révélés au public au cours de ces dernières années ? Est-il iconoclaste de penser qu'ils eussent pu, par une fondation privée constituée par testament olographe, assurer la sécurité d'existence de leur progéniture naturelle si la mort les avait surpris trop tôt ? D'autres sans doute sont dans la même situation et il est si facile de détruire un testament olographe quand

20. Art. 29, §1er ; P. Nicaise, *loc. cit.* ; P. Verdonck et H. Briet, *op. cit., première partie*, Bruxelles, Kluwer, 2002, pp. 29 et s.
21. P. Verdonck et H. Briet, *op. cit., première partie*, Bruxelles, Kluwer, 2002, p. 31.
22. Voy. la synthèse et les références aux documents parlementaires dans P. Verdonck et H. Briet, *op. cit., première partie*, p. 21.

celui-ci n'a plus d'objet. Rien n'empêche, cela va de soi, de se faire conseiller pour en rédiger un pareil.

La loi nouvelle pose cependant question et celle-ci ne semble pas avoir été aperçue par ses concepteurs : la fondation testamentaire, qu'elle soit constituée par testament authentique ou olographe, existait sous l'empire de l'ancienne législation avec effet rétroactif au moment du décès du testateur ; il semble qu'il n'en soit plus de même sous l'empire de la loi nouvelle puisque la personnalité juridique n'est acquise qu'à compter du jour d'un dépôt de dossier (art. 29, § 1er et 31, § 1er combinés) dans le cadre d'une fondation privée ou à celle de l'arrêté royal de reconnaissance dans le cas d'une fondation d'utilité publique. Des engagements peuvent être pris au nom de la fondation avant cette date (art. 29, § 3) mais cela ne nous semble pas valider les legs faits au nom d'une personne morale inexistante au moment du décès.

Pour le testament authentique, l'affectation d'un patrimoine pour la constitution serait validée mais pas nécessairement les legs particuliers supplémentaires ou l'institution de la fondation au titre de légataire universelle. La question mérite d'être approfondie et une disposition légale réparatrice semble s'imposer.

C'est en examinant ces pistes qu'un auteur[23] suggère un legs à une tierce personne avec charge ou la désignation d'un exécuteur testamentaire mais avec des réticences à l'égard de ce dernier procédé, en particulier pour l'affectation d'immeubles. L'institution prétorienne de la gérance judiciaire pallierait peut-être les inconvénients. Qu'en serait-il cependant au niveau fiscal ?

Sous l'empire de la législation ancienne se posait la question si la déclaration ou le testament devait contenir les statuts ; la solution était peu claire[24]. La réponse affirmative ne semble plus faire de doute sous l'empire de la nouvelle loi (art. 27, al. 3 et 28 combinés). Voici donc un long devoir d'écriture pour l'officier public. Il devra être non seulement le tabellion du testateur mais encore son guide. Cela ne perturbe pas puisqu'il a toujours été admis que la dictée devait s'entendre de façon intelligente. Il semble tout de même qu'ici l'on franchisse un pas supplémentaire.

Le testament conjonctif est nul ; il paraît délicat voire impossible d'admettre que deux testaments constituent une seule fondation. Rappelons à ce propos qu'en matière de fondation privée, l'exigence d'un patrimoine minimum n'a pas été retenue[25] ; par contre en matière de fondation d'utilité publique, la pratique actuelle de l'administration subordonne l'approbation à un patrimoine minimum de 25.000 euros[26]. Quant à la modification des statuts d'une fondation, elle est réglée par l'article 30 ; celui-ci vise manifestement celles qui ont acquis la personnalité juridique selon les dispositions de l'article 29 ; toute modification des statuts d'une fondation testamentaire devra faire l'objet d'un testament

23. B. SARTEAU, *op. cit.*, nos 2 et s., pp. 14 et s.
24. *R.P.D.B.*, v° cit., n° 114.
25. B. SARTEAU, *op. cit.*, p. 22 et notes 58 et 59.
26. B. SARTEAU, *loc. cit.*

authentique mais il convient de souligner que le problème n'a manifestement pas été aperçu.

Peut-on constituer une fondation par testament international ? On retiendra que celui-ci peut être rédigé par un procédé mécanique : machine à écrire ou, soyons moderne, ordinateur et imprimante, le contenu étant bien entendu sauvegardé et pouvant faire l'objet facilement de modifications importantes, peu ou prou.

L'opinion généralement admise est que les articles 976 et 1008 applicables au testament international rendent ce dernier plus proche du testament olographe que du testament authentique. On renvoie à une analyse subtile appliquée à notre problématique, de De Wulf[27]. Mais on conclut, comme la chambre plénière du C.E.L./C.S.W[28] l'a fait, que ce type de testament ne répond pas aux exigences de l'acte authentique[29].

Pourrait-on imaginer que le testament authentique renvoie à des statuts annexés, eux-même transcrits par un procédé mécanique ? Peut-on imaginer un testament authentique renvoyant à des statuts d'une autre fondation par exemple ? Pour tenter de justifier le procédé, on fait référence à l'article 1322 du Code civil. Elle ne semble pas pertinente[30].

III. Sort des testaments olographes antérieurs à la loi nouvelle

Si la forme solennelle semble incontournable dans la législation nouvelle, il reste à se poser la question de savoir ce qu'il en est d'éventuelles fondations constituées avant le 1er juillet 2003[31] par testament olographe.

Si la loi a bien prévu des règles transitoires pour les fondations existantes, leur laissant des délais pour adapter leurs statuts et leur fonctionnement aux nouvelles dispositions, il n'en est aucune qui résout notre problème.

Une loi ne doit pas revenir sur le passé ; c'est la sécurité juridique qui l'exige[32]. Seuls le présent et l'avenir tombent dans le champ de ses possibilités. C'est, a dit

27. C. De Wulf, « Wet van 2 mei 2002 betreffende de stichting : mag een stichting bij internationaal testament opgericht worden ? Kan een instelling van openbaar nut nog geldig tot stand gebracht worden op basis van een eigenhandig testament opgesteld onder de oude wetgeving ? », *C.E.L./C.S.W.*, Dossier n° 4367.
28. Voy. note 27 ci-avant.
29. *Contra* L. Weyts., op. cit. n° 32, *in fine*.
30. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, nos 712 et 713 ; voy. cependant pour une position plus souple A. Schiks et A. Vanisterbeek, *Traité formulaire de la pratique notariale*, t. I, pp. 340-341, n° 26. Celle-ci qui distingue le simple dépôt du dépôt reconnaissance validerait le testament international comme testament authentique.
31. C'est en effet la date d'entrée en vigueur de la plupart des dispositions de la loi du 2 mai 2002 et, en particulier, de son article 27 ; il faut pour la déterminer se référer à l'arrêté royal du 15 mai 2003 relatif à la ... Banque-Carrefour des Entreprises.
32. H. De Page, *op. cit.*, t. I, n°227.

la Cour de cassation dans un arrêt ancien mais toujours d'actualité[33], un précepte pour le législateur, une obligation pour le juge et une garantie pour le citoyen. Mais si la loi nouvelle ne peut porter atteinte a des droits acquis, elle peut détruire de simples expectatives ou espérances[34].

La loi doit tenir compte de situations passées mais dont les effets se perpétuent aujourd'hui. Quatre principes ont été réaffirmés et encore tout récemment par diverses juridictions[35] :

- la loi nouvelle ne s'applique pas aux situations nées et définitivement accomplies sous l'empire de la loi ancienne ;
- la loi nouvelle s'applique immédiatement non seulement à toutes les situations qui naîtront sous son empire mais même aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la loi ancienne ;
- on fait exception à la règle ci-dessus en matière de contrats dont les effets futurs restent régis par l'ancienne loi ;
- on fait exception à cette règle lorsque la loi nouvelle est d'ordre public ou si elle a été expressément déclarée applicable aux situations en cours.

Qu'en est-il des effets d'un testament olographe rédigé sous l'empire de l'ancienne loi (art. 27 ancien, 1er alinéa) constitutif d'un établissement d'utilité publique ? Il ne satisfait pas aux exigences de la loi nouvelle. Le testateur ne l'a pas « refait » en la forme authentique parce qu'il ignorait devoir le faire ou n'en était plus capable. Le testament n'a pas produit ses effets car son auteur est toujours en vie. Y a-t-il nullité par défaut de testament authentique ? La loi utilise uniquement le vocable « constituer » à propos de la forme mais l'on sait que le testament n'a d'effets qu'au jour du décès du testateur[36].

Quand la fondation a-t-elle été constituée ? Pour l'être, il faut une condition de fond : l'acte unilatéral, et une condition de forme : sous l'empire de l'ancienne loi, un testament olographe ; de la nouvelle, un testament authentique. De façon peut-être audacieuse, nous pensons que si, selon le principe général des

33. Cass., 18 janvier 1924, *Pas.*, I, 1924, p. 141.
34. H. De Page, *op. cit.*, t.I, n°229.
35. H. De Page, *op. cit.*, t. I, n°231 ; Cass., 6 mars 2003, *www.cass.be*, (21 mars 2003), *Dr. circ.*, 2003, liv. 7, p. 223 ; Cass., 28 févr. 2003, *www.cass.be*, (21 mars 2003) ; Cass., 21 févr. 2003,, *www.cass.be*, (21 mars 2003), *F.J.F.*, 2003, liv. 7, p. 676 ; Civ. Verviers, 18 févr. 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1054 ; C. trav. Anvers, 16 janv. 2003, *J.T.*, 2003, p. 336 et note ; C. A., 19 déc. 2002, *M.B.*, 15 janv. 2003, p. 1336, *C.D.P.K.*, 2003, liv. 2, p. 318 et note K. Muylle et J. Van Nieuwenhove, *Juristenkrant*, 2003, Liv. 62, p., *R.W.*, 2002-2003, p. 1457 et note P. Popelier, *T.O.R.B.*, 2002-2003, liv. 5, p. 478 et note R. Verstegen ; C.E., 28 juin 2002, *A.P.M.*, 2002, p. 164 ; Cass., 24 mai 2002, *www.cass.be*, (11 juin 2002) ; Cass., 12 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1217, *J.T.*, 2002, p. 447 ; Cass., 14 févr. 2002, *R.A.G.B.*, 2003, p. 105 et note F. De Bock ; Bruxelles, 22 nov. 2001, *J.T.*, 2002, p. 370 ; C.E., 22 mai 2001, *A.P.M.*, 2001, p. 128 ; Cass., 25 mai 2000, *Arr. cass.*, 2000, p. 992, *Bull.*, 2000, p. 979 ; C. A., 29 mars 2000, *www.arbitrage.be*, (18 oct. 2001), *Arr. C.A.*, 2000, p. 491, *M.B.*, 27 mai 2000, 2e édition, p. 18.301, *T.B.P.*, 2001, p. 189 et note.
36. J. Sace, « Les testaments, Troisième partie : Les testaments – Fond », *Rép. not.*, t. III, liv. VIII, Bruxelles, Larcier, 1990, n° 59.

dispositions testamentaires, le décès du testateur fait sortir au testament ses effets, à condition bien sûr qu'il n'ait pas été contredit par un testament postérieur, les conditions de forme du dit testament sont celles en vigueur au moment où il a été dressé et, selon nous, la fondation est bien constituée.

Il s'agirait, si l'on peut dire, d'une fondation dont l'existence serait soumise à un terme : le décès du testateur et à une condition : ne pas avoir été révoqué par un testament ultérieur (*infans conceptus pro natu habetur)*. Rappelons-nous qu'au moment de l'instauration du testament international en 1983, les testaments mystiques existant ont été sauvegardés et que les règles entourant les formes du testament sont appréciées selon les textes existant au moment où celui-ci est établi[37].

On ose espérer que de tels testaments olographes, s'il en existe, porteront au moins la désignation d'un exécuteur testamentaire aux fins de « défendre » la fondation en germe. À défaut, une volonté d'atteindre un but noble ne pourra être exécutée, des finances régionales seront alimentées et peut-être l'un ou l'autre parents lointains ramasseront-ils les miettes.

Conclusion

Les fondations sont aujourd'hui ou privées ou d'utilité publique. La première possibilité accroîtra certainement leur nombre. Les fondations testamentaires étaient rares ; celles d'utilité publique seront sans doute rarissimes ; s'il en est encore en germe, elles poseront de délicats problèmes, en particulier fiscaux. Les fondations privées ne bénéficieront pas de faveurs du Trésor, en particulier pour les droits de donation et de succession mais ceux-ci seront soumis aux méandres des législations régionales différenciées.

Pour constituer une fondation privée, la forme testamentaire en séduira plus d'un ; il faut espérer qu'ils ne soient pas rebutés par la lourdeur et une certaine rigidité de la forme solennelle obligatoire.

Il semble que le législateur n'a pas aperçu les problèmes. Il eût été bien inspiré en prenant une disposition de droit transitoire relative à la forme du testament constitutif.

37. H. Jacobs, « Les testaments, Première partie : Formes des testaments », *Rép. not.*, t. III, liv. VIII, Bruxelles, Larcier, 1986, n^{os} 136, 166 et 173.

Nouveau régime de mise en œuvre des règles de concurrence communautaires : suppression de la notification obligatoire et compétence générale des autorités nationales : une fragmentation historique ?

Jacques MALHERBE
Professeur à l'Université Catholique de Louvain

Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE modifie fondamentalement le régime antérieur de procédure applicable aux ententes et abus de position dominante.

Ce nouveau règlement, inspiré par le souci de désengorger administrativement la Commission à la veille de l'élargissement de l'Union européenne, aboutit à généraliser l'incertitude juridique et porte en germe des conflits de compétence et de juridiction sans nombre. Il assure peut-être un plus grand confort administratif aux autorités européennes, au prix de la certitude à laquelle les entreprises étaient en droit de prétendre. Au moment où la plupart des pays, dans d'autres matières délicates, comme la matière fiscale, mettent en œuvre des systèmes de « rulings », ce règlement marque un recul caractérisé dans les rapports entre les autorités et les citoyens, en l'espèce les entreprises.

Il se substitue au règlement n° 17/62 qui était fondé, d'une part, sur le régime de l'autorisation préalable, une pratique interdite par l'article 81, § 1er ne pouvant faire l'objet d'une décision d'exemption sur la base de l'article 81, §3 qu'après notification et à l'initiative de la Commission, et, d'autre part, sur la compétence exclusive de la Commission, à l'exclusion des autorités nationales, pour prendre une décision d'exemption ou édicter, par habilitation du Conseil, un règlement d'exemption par catégorie.

Cette centralisation administrative assurait la cohérence du droit européen de la concurrence. Le système des notifications et l'obligation de la Commission de communiquer sa décision, même si parfois elle se contentait de lettres de classement, fournissant déjà une assez grande assurence aux entreprises, en assuraient la sécurité juridique[1].

On ne sait pourquoi ce double système a été considéré comme compromettant l'efficacité de la mise en œuvre des règles de concurrence.

1. Sur la sécurité juridique, *cf.* J.-F. BELLIS, « Les défis de la modernisation du droit européen de la concurrence », *J.T.-dr.eur.*, 2003, p. 73.

Le motif invoqué est la charge administrative du traitement des notifications. Après quarante ans d'application, les entreprises seraient à même, sur la base de la jurisprudence et des lignes directrices publiées, de déterminer quelles ententes sont licites. Les affaires graves auraient d'ailleurs toujours été portées à la connaissance de la Commission par un autre moyen qu'une notification.

C'est oublier que le droit n'est pas seulement fait pour punir les contrevenants mais aussi pour permettre à ceux qui s'y conforment d'agir dans un cadre de sécurité juridique.

La Commission a d'abord publié un Livre blanc sur la modernisation des règles de compétence et de procédure en la matière[2]. Deux piliers du système antérieur, notification suivie d'exemption et compétence exclusive de la Commission pour accorder les exemptions, ont été supprimés. Au contrôle *a posteriori* se substitue un contrôle *ex-post*. À l'autorisation légale se substitue l'exception légale.

Les autorités et juridictions nationales devenaient compétentes pour appliquer tant l'article 81, § 1 que l'article 81, § 3 du Traité.

Les critiques furent nombreuses, certains se demandant même si les critères de l'article 81, §3, étaient susceptibles d'application directe[3].

Afin de sauvegarder une certaine cohérence, la Commission voulait supprimer la double barrière, permettant l'application cumulative des droits nationaux et du droit communautaire en faisant relever du seul droit communautaire les ententes et abus de position dominante susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. C'était sans doute une bonne suggestion et elle n'a pas été suivie.

Quel est dès lors le nouveau système tel qu'il résulte du règlement définitivement adopté, entré en vigueur le 1er mai 2004 ?

1. De l'autorisation légale à l'exception légale

Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 81, § 1er du Traité et ne remplissant pas les conditions d'exemption de l'article 81, § 3 sont interdits. Ceux qui remplissent les conditions de l'article 81, § 3 ne sont pas interdits. L'exploitation abusive d'une position dominante visée à l'article 82 du Traité est interdite. Dans tous les cas, aucune décision préalable n'est nécessaire[4]. Les entreprises devraient se réjouir de ce que les accords satisfaisant aux conditions de l'article 81, § 3 seront valides et exécutoires *ab initio*, ce qui renforcerait leur sécurité juridique. C'est oublier que ceux qui ne remplissent pas ces conditions seront nuls *ab initio*. Les entreprises ne pourront plus obtenir de certitude à cet égard par une notification communautaire. La nullité pourra être décidée au

2. *J.O.C.E.*, C132 du 12 mai 1999, p. 1.
3. R. Whish, *Competition law*, 5e éd., Londres, Lexis Nexis Butterworth, 2003, p. 250.
4. Article 1.

cours d'une procédure administrative ou judiciaire intervenant des années après la mise en œuvre de l'accord. Pendant toute cette période, l'incertitude sera la règle.

2. Compétences

Toutes les autorités concernées bénéficient d'une compétence concurrente pour appliquer désormais tant l'article 81, § 1, ce qui était déjà le cas précédemment, que l'article 81, § 3, dont l'application était réservée à la Commission. Seront compétentes la Commission, les autorités de concurrence des États membres et les juridictions nationales. Il est vraisemblable que les autorités de concurrence nationales mettront en œuvre une procédure permettant des notifications mais, si la situation concerne plusieurs États, ces notifications seront nécessairement multiples et différenciées quant à leur existence, à la procédure applicable et aux effets obtenus. Des décisions contradictoires sont bien entendu possibles.

Des entreprises, aujourd'hui protégées par des décisions de la Commission, se retrouvent exposées à l'incertitude et aux retards administratifs et judiciaires.

a) Autorités nationales

1° Autorités de concurrence

Les autorités de concurrence nationales sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 dans des cas individuels. Elles peuvent, d'office ou sur la base d'une plainte, ordonner la cessation d'une infraction, ordonner des mesures provisoires, accepter des engagements, infliger des amendes et autres sanctions. Elles peuvent également, considérant que les conditions d'une interdiction ne sont pas réunies, décider qu'il n'y a pas lieu pour elles d'intervenir[5]. Elles peuvent aussi retirer le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie arrêté par la Commission lorsque ce règlement produit dans un État membre des effets incompatibles avec l'article 81, § 3 du Traité[6]. Aucune prévention des conflits n'est organisée en cas de compétence concurrente de plusieurs autorités nationales. Les auteurs du règlement s'en remettent à un illusoire esprit de coopération.

Tout au plus le règlement prévoit-il que, lorsque les autorités de concurrence de plusieurs États membres sont saisies, le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres un motif suffisant pour suspendre une procédure ou rejeter une plainte[7]. Le but du système est évidemment qu'une seule autorité

5. Article 5.
6. Article 29. Cette faculté était déjà prévue en matière d'accords verticaux par le règlement n° 2790/1999.
7. Article 13, 1.

traite l'affaire mais aucun moyen susceptible d'atteindre ce but n'est prévu par le règlement.

2° Juridictions nationales

Les juridictions nationales sont également compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du Traité[8].

Tant les autorités de concurrence que les juridictions nationales appliqueront les règles de procédure de leur droit. Le règlement ne prévoit ni règle communautaire ni harmonisation des droits nationaux. Les sanctions seront différentes. Bien entendu, cette situation pouvait exister précédemment en cas d'application concurrente du droit communautaire et du droit national. Elle pouvait également exister lorsque le droit communautaire était appliqué par des juridictions.

Cette situation profondément inéquitable est maintenant généralisée. L'application d'un même droit pourra donner lieu à sanctions différentes et cumulées selon les États. Comme il peut s'agir de sanctions pénales ou de lourdes amendes administratives, la situation ainsi créée est proprement invraisemblable.

Les délais de prescription varieront également selon les droits nationaux.

b) Commission

La Commission conserve le droit de constater des infractions à l'article 81 et à l'article 82 du Traité et d'obliger par voie de décision les entreprises intéressées à y mettre fin. Elle peut imposer des mesures correctives structurelles ou comportementales de nature à faire cesser l'infraction, les mesures structurelles ne pouvant être choisies que si les mesures comportementales sont inadéquates[9]. La Commission peut également prendre des mesures provisoires et, si des engagements sont offerts par des entreprises, les rendre obligatoires.

Elle peut constater que les articles 81 et 82 sont inapplicables ou que les conditions de l'article 81, § 3 sont réunies. Toutefois, elle ne peut agir en vue d'une constatation d'inapplication que si l'intérêt public communautaire le requiert.

Il n'est sans doute pas interdit à la Commission, en outre, d'émettre des avis motivés à l'intention des entreprises dès lors qu'un problème d'interprétation inédit serait soulevé par une situation déterminée. Une communication définira dans quel cadre ces avis seront émis.

En aucun cas, le règlement ne veut, en effet, permettre la réintroduction d'un

8. Article 6.
9. Article 7.1.

système de notification. Les entreprises n'auront aucun droit à obtenir un tel avis. L'incertitude doit rester la règle.

Quant à ses pouvoirs de poursuites, la Commission compte se concentrer sur les infractions les plus graves.

3. Les coopérations

a) Coopération entre la Commission et les autorités nationales de concurrence

Le règlement en établit le principe : la Commission et les autorités de concurrence des États membres appliquent les règles communautaires de concurrence en étroite collaboration[10]. La Commission transmet aux autorités de concurrence des États membres copie des pièces les plus importantes qu'elle a recueillies dans le cadre de ses propres enquêtes. Si l'autorité de concurrence d'un État membre en fait la demande, la Commission lui fournira une copie des autres documents. On cherche vainement le droit similaire des entreprises concernées, élémentaire dans le cadre de la défense[11].

Quant aux autorités nationales, elles informent la Commission par écrit, avant ou immédiatement après la première mesure d'enquête. Cette information peut être mise à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres[12].

Elles informent également la Commission avant l'adoption d'une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie. Ces informations peuvent être transmises aux autorités de concurrence des autres États membres.

Enfin, les autorités de concurrence des États membres peuvent consulter la Commission sur tout cas impliquant l'application du droit communautaire[13].

b) Dessaisissement

Si la Commission ouvre une procédure en vue de l'adoption d'une décision, les autorités de concurrence nationales sont dessaisies. Si une autorité de concurrence nationale traitait déjà l'affaire, la Commission la consulte préalablement[14].

---

10. Article 11.1.
11. Article 11.2.
12. Article 11.3.
13. Article 11.5.
14. Article 11.6.

c) Coopération entre autorités de concurrence des États membres

Les autorités nationales de concurrence peuvent échanger entre elles des informations nécessaires à l'appréciation d'une affaire qu'elles traitent[15]. La Commission et les autorités de concurrence des États membres ont le pouvoir de se communiquer tous éléments de fait ou de droit, y compris les informations confidentielles, et de les utiliser comme moyen de preuve.

Ces informations pourront également être utilisées pour appliquer le droit national de la concurrence.

Une fragile protection des droits de la défense est prévue : les informations transmises ne peuvent être utilisées pour infliger une sanction à une personne physique que lorsque la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires en cas de violation des articles 81 et 82 ou, si tel n'est pas le cas, lorsque les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire. Dans ce dernier cas, l'information ne pourra servir de base à une peine privative de liberté[16].

d) Coopération avec les juridictions nationales

Les juridictions nationales peuvent demander à la Commission la communication d'informations ou un avis de droit.

Copie de tout jugement rendu en la matière sera transmise par l'État membre concerné à la Commission.

Les autorités de concurrence des États membres peuvent soumettre des observations écrites aux juridictions de leur État et, avec l'autorisation de la juridiction, des observations orales. Il en est de même de la Commission.

L'entreprise visée risque donc d'être soumise à un feu roulant de la part de nombreuses autorités[17]. Les autorités de concurrence nationales peuvent exécuter toute mesure en application au droit national pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre et procèdent bien entendu aux inspections que la Commission ordonne[18].

4. Application concurrente du droit national et du droit communautaire

Lorsqu'une autorité ou une juridiction nationale applique le droit national de la concurrence à une situation, elle doit appliquer également l'article 81 ou l'article

15. Article 11, *in fine*.
16. Article 12.
17. Article 15.
18. Article 22.

82 du Traité s'il y a lieu[19]. L'application cumulative de la règle nationale et de la règle communautaire, que la Commission avait voulu supprimer, est donc maintenue mais le cumul des règles est aménagé. Il va sans dire qu'il ne peut avoir comme effet qu'une condamnation plus lourde de l'entreprise.

En revanche, l'application du droit national ne peut entraîner l'interdiction d'ententes licites au sens du Traité[20].

Toutes ces restrictions ne s'appliquent pas au contrôle des concentrations et n'interdisent pas non plus l'application d'une loi nationale plus stricte s'appliquant à un comportement unilatéral ou visant un objectif différent de celui des articles 81 et 82.

Au titre de comportement unilatéral, on pourrait ainsi sanctionner nationalement l'abus d'un état de dépendance économique non visée par l'article 82 parce que son auteur n'occupe pas une position dominante.

L'application d'une loi nationale réprimant, par exemple, la concurrence déloyale sera également préservée[21].

Conclusion

La nouvelle application du droit des ententes marque, au départ de l'unification, un retour à la fragmentation procédurale. Certains économistes ont vu dans la fragmentation la cause principale du succès de l'Europe : morcelée, désordonnée, désorganisée, elle a résisté à toute conquête globale et adopté une attitude innovante que des États trop organisés, comme la Chine, ont étouffée[22]. Le règlement n° 1/2003 se situerait donc dans la ligne de l'histoire économique européenne.

19. Article 3.1.
20. Article 3.2. *Cf. C.J.C.E.*, 13 février 1969, *Walt Wilhelm c/Bundeskartellamt*, aff. 14/68.
21. Sur l'ensemble du règlement, *cf.* R. KOVAR, « Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE », *Dalloz*, Chronique, 2003, p. 478 ; E. PAULIS et C. GAUER, « La réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité », *J.T.-dr.eur.*, 2003, p. 65 ; S. REIERSTE, « L'utilisation du droit communautaire et du droit national de la concurrence. Le règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE », *J.C.P.*, 2003, I, 125, p. 657.
22. D.S. LANDES, *Richesse et pauvreté des nations*, trad. Française, Paris, Albin Michel, 1998, p. 67.

Le contrôle des faillites

Christine MATRAY
Conseiller à la Cour de cassation

1. Introduction

Le grand juriste auquel ces quelques modestes pages sont dédiées le sait sans doute, lui que le tribunal de commerce de Marche s'est honoré d'accueillir pendant une dizaine d'années en qualité de juge suppléant[1]. Et tous ceux qui exercèrent ou exercent encore des charges dans de telles juridictions pourraient le confirmer : la variété du contentieux commercial, les enjeux économiques mais aussi sociaux qui s'y rattachent, la haute spécialisation des plaideurs et la part ludique d'une matière qui jongle avec les fictions de la personnalité morale et du voile social font du métier de président ou de juge d'un tribunal de commerce une fonction captivante.

Mais les faillites, ah, les faillites ! Serait-ce à cause d'elles que Michel Coipel s'est enfui ? Je me propose de répondre à cela un peu plus tard.

Issue, comme lui de l'Université de Liège, j'ai partagé avec lui la chance d'avoir reçu l'enseignement du délicieux Professeur Charley del Marmol. Son cours de droit commercial reste une référence en bien des domaines mais, de manière étonnante, il y manquait un chapitre. Pas un mot en effet sur les faillites. – Mais pourquoi, Monsieur le Professeur ? lui demandaient les étudiants de chaque génération nouvelle. La réponse était invariable. – « *Les faillites ? ah, les faillites, mes chers enfants...mais c'est si triste !* »

Et que dire alors du contrôle des faillites.

Comme le Professeur Coipel est de ceux que rien ne rebute en droit, qu'il semble au contraire trouver profit à se plonger dans les zones les plus arides de celui-ci, qu'il s'épanouit dans la complexité de controverses qui en ont laissé d'autres au bord de la route, pantelants, épuisés par l'effort, il m'a paru qu'il était de taille à recevoir cette modeste confession sur les embûches d'un contrôle judiciaire parmi les plus ingrats qui soient, parmi les plus rébarbatifs, un contrôle souvent vain et, plus encore, mal vécu par tous ceux qu'il concerne.

Contrôler les comptes du curateur et les diligences qui sont les siennes dans les opérations de liquidation n'est point le soupçonner, c'est exercer une mission légale. Mais que ce contrôle incombe, du moins en partie, à des magistrats n'est pas dans les mœurs du palais. On ne s'étonnera donc pas du peu de zèle de

1. Michel COIPEL a été nommé juge suppléant au tribunal de commerce de Marche par un arrêté royal du 11 avril 1979 et démission honorable de ses fonctions lui a été accordée par un arrêté royal du 20 septembre 1989.

certains contrôleurs et du peu d'empressement de certains contrôlés à satisfaire aux demandes qui leur sont adressées.

L'objet de cette étude est d'analyser ce contrôle à l'aune d'une mission économique confiée aux tribunaux de commerce qui, lorsqu'elle est correctement exercée, contribue au crédit de tous les acteurs. Mais avant cela, il conviendra de déterminer qui contrôle les opérations de liquidation, quelles sont les règles qui organisent ce contrôle[2], quels sont, au-delà d'elles, les enjeux et comment, au-delà des normes et des fantasmes qu'elles inspirent, on peut recommander à chacun de se comporter.

2. Le contrôle et ses acteurs

La gestion du curateur est placée essentiellement sous le contrôle du juge-commissaire. L'article 35 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites[3] le charge « spécialement » d'accélérer et de surveiller les opérations, la gestion et la liquidation de la faillite, de faire rapport à l'audience de toutes les contestations nées de la faillite, sauf s'il ne s'agit que d'admettre des créances contestées au passif, de prendre toutes les mesures urgentes à la sûreté et à la conservation des actifs, de présider les réunions des créanciers, de prendre des ordonnances motivées et exécutoires par provision et même d'intervenir hors de son arrondissement si des circonstances graves ou urgentes le justifient.

Le juge-commissaire peut aussi, en toutes circonstances, décider de convoquer une assemblée de créanciers ou de certains d'entre eux[4]. Il peut prescrire au curateur de procéder à des répartitions provisionnelles[5]. C'est lui qui présente, en chambre du conseil, la délibération des créanciers sur l'excusabilité du failli et qui fait rapport au tribunal sur les circonstances de la faillite[6]. Enfin, c'est à lui qu'il incombe d'autoriser le curateur à exposer et porter en compte les honoraires et frais payés à des tiers, avocats, réviseurs, experts comptables, conseillers techniques, gardiens aux biens ou autre personne secondant à titre d'auxiliaire indépendant le curateur dans sa mission[7].

Le tribunal de commerce lui-même exerce un contrôle. Il est ainsi l'instance de recours des ordonnances prises par le juge-commissaire et c'est à lui qu'il incombe d'autoriser une clôture sommaire des opérations de liquidation, d'ordonner le cas échéant une reddition des comptes, ou une rectification de ceux-ci,

2. Pour une étude approfondie de ces règles, voir Marie-Claire ERNOTTE, « Le contrôle des comptes de liquidation – Le contrôle des frais et honoraires », syllabus de formation de l'ordre judiciaire, *SPF Justice*, février 2004.
3. Ci-après dénommée « L.F. » (loi sur les faillites), déjà modifiée en certaines de ses dispositions par la loi du 4 septembre 1992.
4. Article 76 de la L.F.
5. Article 77 de la L.F. Voir ci-après, n° 4.2.
6. Article 80, alinéa 2, de la L.F.
7. Article 10 de l'arrêté royal du 10 août 1998 établissant les règles et barèmes.

de taxer les honoraires des curateurs[8] et de prononcer, lorsque la liquidation est terminée, la clôture qui emporte décharge générale du curateur.

Le président du tribunal de commerce est l'autorité qui doit intervenir si le juge-commissaire n'obtient pas de réponse aux interpellations qu'il adresse au curateur. Il exerce en effet une mission générale de contrôle sur l'ensemble des faillites ouvertes dans son arrondissement et, à ce titre, il doit rappeler fermement à ses devoirs le mandataire de justice qui ne remplirait pas ses obligations à l'égard du juge-commissaire.

Le procureur du Roi peut, en vertu de l'article 36 de la loi sur les faillites, assister à toutes les opérations de la faillite, consulter à tout moment le dossier, prendre connaissance des livres et papiers du failli, vérifier sa situation et se faire donner par les curateurs tous les renseignements qu'il juge utiles.

Dès lors que seuls les avocats inscrits au tableau de l'ordre d'un barreau belge[9] peuvent être admis sur la liste des curateurs établie par l'assemblée générale du tribunal de commerce, les instances ordinales ont également un rôle à jouer. Le monopole de fait qui existait depuis toujours au profit des avocats pour remplir des fonctions de curateur a été consacré par la loi de 1997. Il se justifie à la fois par la parfaite connaissance qu'ont les avocats des procédures à diligenter – tant pour récupérer ou réaliser les actifs que pour déterminer le passif – et par la déontologie à laquelle ils sont tenus[10].

Le failli lui-même peut exercer un contrôle. Il est évidemment le mieux placé pour vérifier si l'inventaire est complet, si les actifs sont valorisés d'une façon correcte[11], si les propositions de reprises sont adressées à tous les candidats repreneurs potentiels ou encore si les contestations sont articulées à l'encontre de déclarations de créance infondées.

Sans doute, le choc psychologique que représente une déclaration de faillite peut-il expliquer le peu d'intérêt de certains faillis aux opérations de liquidation mais leur collaboration active, parce qu'elle sert tant leur intérêt que celui des créanciers, doit être encouragée. À cet égard, le juge-commissaire a un rôle essentiel d'encouragement et d'accompagnement du failli. On peut ainsi imaginer, entre le juge-commissaire et le failli, des rencontres périodiques au greffe pour consulter le dossier de la faillite et formuler ensuite certaines suggestions au curateur.

Enfin, les créanciers ont eux-mêmes la possibilité de contrôler les opérations de liquidation et la diligence avec laquelle elles sont accomplies. Ils peuvent consulter le dossier. Lorsqu'ils estiment qu'une réalisation risque de leur porter

8. Art. 52, alinéa 2, de la L.F.
9. Article 27 de la L.F.
10. Sur la déontologie propre à l'avocat, mandataire de justice, voir Georges-Albert DAL, « La déontologie des avocats mandataires de justice », in *Jura vigilantibus*, Antoine BRAUN, *Les droits intellectuels, Le barreau*, Larcier, 1994, pp. 335 et s.
11. Il peut demander la désignation d'un curateur *ad hoc* lorsqu'il estime qu'une réalisation risque de lui porter préjudice : article 75, § 3, de la L.F.

préjudice, ils peuvent, comme le failli, demander la désignation d'un curateur *ad hoc*[12]. Ils ont également la possibilité de demander au juge-commissaire la convocation d'une assemblée de créanciers pour entendre le rapport du curateur sur l'évolution de la liquidation[13]. Ils ont enfin à délibérer sur l'excusabilité du failli[14].

3. Le contrôle et ses règles

Différentes dispositions de la loi du 8 août 1997 sur les faillites imposent des devoirs au curateur et au juge-commissaire. Il s'agit d'organiser tantôt la transparence des actes de liquidation accomplis par le premier, tantôt le pouvoir de contrôle du second sur ces actes.

L'inventaire des biens du failli est une étape essentielle. Prescrite par l'article 43 de la loi sur les faillites, elle doit se dérouler « sous la surveillance du juge-commissaire », le failli « étant présent ou dûment appelé ». L'inventaire réalisé de cette manière est signé par le juge-commissaire et déposé au greffe pour être joint au dossier de la faillite.

La loi exige que l'inventaire précise, de manière séparée, les biens qui ne peuvent être saisis par application de l'article 1408 du Code judiciaire. Il n'est peut-être pas inutile de le rappeler, ceci vise : le coucher nécessaire du failli et de sa famille, les vêtements, les meubles pour les ranger, une machine à laver le linge et un fer à repasser, les appareils nécessaires au chauffage du logement familial, les meubles qui permettent les repas en commun, la vaisselle, les ustensiles, les accessoires de ménage, de culture, d'éducation et de culte indispensables au maintien de la vie de famille avec des enfants et des animaux de compagnie, l'éducation et le bien être des uns et des autres, outre des aliments et des combustibles pour un mois, une vache, ou douze brebis ou chèvres au choix du failli, ainsi qu'un porc et vingt-quatre animaux de basse-cour, avec la paille et le grain et le fourrage nécessaire pour la nourriture des dits animaux pendant un mois...Tout cela, qui est insaisissable, devrait figurer le cas échéant dans l'inventaire.

La comptabilité du failli doit être arrêtée par le curateur qui appelle le failli pour clore ses livres en sa présence. L'article 54, qui prescrit cette formalité, impose, pour autant que cela soit nécessaire et avec le concours d'un expert-comptable si l'actif le permet, que le bilan soit vérifié, rectifié et déposé au dossier de la faillite.

12. Article 75, § 3, de la L.F.
13. Article 76 de la L.F.
14. Article 79 de la L.F.

Dans les deux mois de son entrée en fonction, le curateur remet au juge-commissaire un compte sommaire de « l'état apparent de la faillite, de ses principales causes et circonstances et des caractères qu'elle paraît avoir »[15].

Ce mémoire doit être transmis par le juge-commissaire au procureur du Roi avec d'éventuelles observations. Et si cette transmission n'a pas eu lieu dans le délai prescrit, le juge-commissaire doit en informer le procureur du Roi et lui indiquer les causes du retard.

Par application de l'article 51 de la loi sur les faillites, les fonds de faillite doivent, dans le mois de leur réception, être versés par le curateur à la Caisse des dépôts et consignations. Ceci ne concerne pas les montants nécessaires à la gestion quotidienne de la faillite. Moyennant l'autorisation du juge commissaire, ces fonds peuvent être versés sur un compte bancaire individualisé, le contrôle du juge-commissaire étant à cet égard absolu, non seulement sur l'existence d'un tel compte, sur son montant maximum mais aussi sur chacun de ses mouvements. Il est dès lors recommandable que le curateur obtienne de la banque qu'elle adresse au juge-commissaire le double de chaque extrait. Ceci, bien négocié par le curateur, ne génère en principe aucun frais à charge de la masse.

Avant que le curateur ne réalise les actifs du failli, le juge-commissaire doit convoquer le failli pour l'entendre sur les meilleures conditions possibles de cette réalisation. Il doit en être dressé procès-verbal, selon l'article 75 de la loi sur les faillites

Chaque année, conformément à l'article 34 de cette loi, le curateur adresse au juge-commissaire un rapport détaillé sur l'état de la liquidation et de chacune des contestations. Ce rapport doit figurer au dossier.

4. Les enjeux du contrôle

4.1. La protection des fonds

Le monopole des avocats pour figurer sur la liste des curateurs[16] est, à nos yeux, pleinement justifié. La liquidation d'une faillite implique avant tout de mettre en œuvre ou de poursuivre différentes procédures judiciaires, à la fois pour reconstituer et réaliser les actifs et pour déterminer le passif et l'ordre des créanciers. En outre, la déontologie à laquelle les avocats sont tenus implique la probité, la délicatesse et la diligence de toutes leurs interventions.

Mais reconnaître l'apport incomparable des avocats dans la liquidation des faillites ne dispense pas les magistrats de remplir leur mission de contrôle. Celle-

15. Article 60 de la L.F.

16. L'article 27 de la L.F. prévoit toutefois que lorsque la nature et l'importance de la faillite le commandent, toute autre personne remplissant les conditions de formation et les garanties de compétence en matière de procédures de liquidation peut être adjointe à l'avocat-curateur.

ci doit s'exercer dans la courtoisie et la sérénité mais aussi avec détermination. On l'a dit, contrôler n'est pas soupçonner, c'est remplir une mission légale.

L'expérience le révèle. Les curateurs sont, dans leur immense majorité, d'une irréprochable intégrité et d'une parfaite diligence. Reste cette part infime de dérapages plus ou moins graves auxquels il convient de porter la plus extrême attention : ce sera en effet bien souvent à leur suite que l'image des tribunaux de commerce et des curateurs se détériorera dans l'esprit du public.

Lorsqu'un curateur est confronté à des problèmes de santé ou à des détresses personnelles, il peut arriver que la situation se complique par des difficultés financières. Les fonds de faillite sont alors particulièrement exposés. Les fonds de tiers font généralement l'objet de demandes plus promptes de paiement, venues de confrères ou de clients. Par contre, le produit des réalisations d'actifs peut demeurer sur un compte pendant de nombreuses années, jusqu'à l'issue de procédures en appel ou en cassation qui ont pour effet de bloquer les répartitions. Un curateur en désarroi peut donc être tenté d'effectuer des prélèvements temporaires sur le compte de la faillite pour traverser une crise qu'il croit passagère. Un engrenage tragique peut ainsi se mettre en place à l'insu de tous. Il est peu de tribunaux de commerce qui n'aient été, un jour ou l'autre, confrontés à une situation de ce type.

Il est permis de dire que presque toutes ces indélicatesses n'auraient pu voir le jour sans la liberté anormale qui fut laissée au curateur de ne pas déposer les fonds à la Caisse de dépôts et consignations.

L'article 51, alinéa 2, de la loi sur les faillites impose d'y verser, dans le mois de leur réception, les deniers provenant des ventes et recouvrements. Il ne peut être fait exception à cette exigence que sous la surveillance du juge-commissaire et pour le seul financement des opérations courantes.

Le premier devoir du juge-commissaire est donc de s'assurer que, conformément à la loi, les fonds de faillite sont ainsi bloqués jusqu'aux répartitions à intervenir, que ces fonds produisent les intérêts légaux[17] et qu'ils sont protégés de tout mouvement injustifié puisque tout retrait suppose une décision judiciaire. Si le curateur demande à pouvoir conserver sur un compte bancaire individualisé des fonds pour sa gestion quotidienne, le juge-commissaire appréciera la mesure raisonnable dans laquelle la dérogation peut être accordée. Mais il ne lui suffit pas d'autoriser. Il doit ensuite « surveiller » ce compte ce qui implique, à nos yeux, une transparence absolue de tous les mouvements par la transmission en original ou en copie de tous les extraits.

On se doit d'ajouter que certains mouvements de fonds peuvent échapper à la

17. Aux termes de l'arrêté ministériel du 4 février 2004, en vigueur au moment de la rédaction de cette note, le taux d'intérêt pour les fonds de faillite était de 3,20%. L'article 51, alinéa 3, de la L.F. dispose qu'en cas de retard dans le versement des fonds, les curateurs sont redevables des intérêts de retard équivalents aux intérêts légaux sur les sommes qu'ils n'ont pas versées, sans préjudice de la possibilité pour le tribunal de commerce de les remplacer, conformément à l'article 31 de la même loi.

vigilance des autorités de contrôle. Certaines créances de la faillite peuvent en effet faire l'objet d'un versement sur un compte personnel du curateur. Sauf à imaginer qu'il s'agisse de paiements faits dans les premiers jour de la faillite, lorsque le curateur n'a pas encore eu le temps d'ouvrir un compte rubriqué, de telles pratiques sont inadmissibles. L'on pourrait d'ailleurs s'étonner que des débiteurs y consentent. En cas de sinistre au préjudice des créanciers, on ne peut exclure que la responsabilité de ces débiteurs insouciants soit mise en cause.

4.2. La diligence des répartitions

C'est sans doute ici que se situe à nos yeux le plus clairement la mission économique des tribunaux de commerce.

Au cours des dernières années, on s'est beaucoup interrogé sur cette mission que l'on a située plus particulièrement dans le domaine des entreprises en difficulté.

Cette approche nous a toujours paru contestable. Sans doute est-ce avec les meilleures intentions que certains tribunaux de commerce ont mis en œuvre ce qu'ils espéraient être « une véritable politique économique » dans leur arrondissement mais celle-ci a eu des effets pervers. Car faute d'une vision homogène et cohérente dans tous les arrondissements du pays de ce qui constituait les intérêts essentiels à protéger, les mêmes informations recueillies par les services d'enquête commerciale ont fait l'objet d'une inégalité de traitement et, par suite, de distorsions de concurrence[18]. Lorsque, sur un même marché, deux entreprises en étroite concurrence sont, l'une contrainte de comparaître assistée de ses conseils juridiques et comptables devant un juge à chaque retard de paiement à l'ONSS ou à la TVA, l'autre abandonnée à une spirale d'endettement vertigineuse, les offres de prix qu'elles peuvent remettre sont évidemment différentes.

Par contre, nul ne contestera que la célérité avec laquelle les fonds de faillite sont distribués à qui de droit produit un effet positif sur l'économie. Les créanciers, qu'il s'agisse d'entreprises privées ou d'institutions publiques, peuvent connaître des tensions de trésorerie ou des difficultés budgétaires. Les fonds qui existent et qui leur reviennent peuvent rester bloquer de longues années en raison des procédures en cours. Si l'une ou l'autre d'entre elles se déroule devant le tribunal de première instance ou la Cour d'appel de Bruxelles où les retards sont, pour de multiples raisons, plus importants qu'ailleurs, la situation des créanciers peut devenir catastrophique.

Quelle est l'ampleur de ces fonds non distribués ? Nous ne disposons pas des chiffres actuels mais une extrapolation faite au départ d'une enquête réalisée voici une dizaine d'années dans les banques de l'arrondissement judiciaire de Namur et à la Caisse des dépôts et consignations permet de penser que les fonds

18. Voir à ce sujet notre étude « Saisine d'office et enquêtes commerciales : le grand désordre », *DA/OR*, 1995, n° 35, p. 39.

bloqués en raison de la lenteur des liquidations se comptaient, à l'époque et pour l'ensemble du pays, en milliards d'euros. La situation s'est-elle améliorée à la faveur des contrôles plus systématiques qui ont été mis en œuvre au cours des dernières années. Il faut l'espérer. Mais, en toute hypothèse, le retrait de ces fonds du circuit économique est souvent à l'origine de financements onéreux, voire de quelques acrobaties comptables. Il est évidemment essentiel que tous les acteurs concernés par les procédures collectives veillent à la diligence des répartitions en raison des intérêts individuels mais également de l'intérêt général qui s'y trouvent attachés.

Comment assurer une telle diligence ? On l'a déjà évoqué, l'article 77 de la loi sur les faillites prévoit que le juge-commissaire ordonne, s'il y a lieu, une répartition entre les créanciers et qu'il en fixe la quotité. Tout paiement effectué sur ordre du juge-commissaire ou avec son autorisation entraîne décharge pour les curateurs.

Cette disposition essentielle est peu appliquée et on doit le déplorer. Il n'est pas justifiable que la lenteur de l'une ou l'autre procédure indispensable à la clôture de la faillite bloque de longues années l'ensemble des répartitions. Sans doute convient-il d'agir avec discernement. Le juge-commissaire et le curateur doivent garder à l'esprit que certaines charges de la faillite devront être honorées de sorte que la constitution d'une réserve s'impose. Mais au delà, la règle devrait être la distribution provisionnelle. Or, c'est aujourd'hui l'exception.

Par ailleurs, tous les pouvoirs que la loi attribue au juge-commissaire doivent être exercés. L'article 35 place au premier rang celui « d'accélérer les opérations ». Il faut en déduire que le juge-commissaire ne peut se contenter de recevoir les informations périodiques du curateur. Il doit s'assurer que toutes les diligences sont accomplies pour mettre en état les différentes causes dont l'issue conditionne la clôture. Le curateur a-t-il conclu ? A-t-il rappelé à son adversaire la nécessité de le faire, a-t-il demandé la fixation ? Le cas échéant, a-t-il mis en œuvre la possibilité prévue par l'article 747, § 2, du Code judiciaire d'imposer des délais aux autres parties pour la mise en état ? En cas d'expertise, le curateur a-t-il veillé à rappeler à l'homme de l'art désigné la nécessité de déposer son rapport dans le délai qui lui a été imparti ? En cas de difficulté, a-t-il saisi le juge ainsi que le prévoit l'article 973 du Code judiciaire ? Etc.

5. Conclusion

On le sait peu mais le milieu consulaire est depuis de nombreuses années soucieux d'organiser sa formation permanente. Celle-ci s'est organisée sur une base volontaire bien avant que l'on s'inquiète au niveau officiel de celle des magistrats professionnels. L'Union des juges consulaires de Belgique, en collaboration avec les facultés de droit des universités de Gand et de Liège, s'est

donc attachée à prévoir des journées de formation pour ses membres, et ceci depuis près de quinze ans.

Dans ce cadre, il serait peut-être souhaitable d'élaborer, en concertation avec les représentants des curateurs et des magistrats professionnels, une sorte de code de bonne conduite sur les diligences des différents acteurs et des autres qui soit un document admis par tous les arrondissements. La disparité des pratiques est en effet assez étonnante dans la gestion des faillites et dans le contrôle qui est exercé à leur égard.

Pourquoi reprendre et développer des règles qui, pour l'essentiel, sont déjà énoncées par la loi ? Parce qu'il semble que l'idée d'un contrôle soit perçue de manière différente par les uns et les autres. Pour certains curateurs, la surveillance exercée par un magistrat consulaire qui n'est généralement pas un juriste est parfois mal ressentie. Pour certains juges-commissaires, la question se pose de l'étendue des pouvoirs, des obligations et des responsabilités. Un travail de réflexion mené en commun sur ces questions devrait sans doute apaiser toutes les inquiétudes et clarifier les esprits.

Et nous pouvons maintenant répondre à la question que nous nous étions permis de poser au début de cette note. Ce n'est certainement pas par effroi pour le contrôle des faillites que l'homme auquel nous rendons hommage dans ce livre a, en septembre 1989, demandé à être déchargé de ses fonctions de juge suppléant du tribunal de commerce de Marche. Tous ceux qui connaissent Monsieur le juge suppléant honoraire Coipel pressentaient cette réponse : si un tel contrôle lui avait été confié, non seulement il se serait tellement passionné pour cette mission qu'il l'exercerait encore mais, en outre, l'arrondissement judiciaire de Marche servirait en cette matière de référence pour l'ensemble du pays.

Proposition de statuts types de fondation privée

Pierre NICAISE
Président de la Fédération royale du Notariat belge,
Notaire,
Maître de conférences à l'U.C.L.

Ilse BANMEYER
Collaboratrice aux FUNDP

I. INTRODUCTION

La loi du 2 mai 2002 a modifié en profondeur la loi du 27 juin 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique.

L'innovation principale de cette loi est sans conteste l'introduction dans notre paysage juridique de la fondation privée, personne morale résultant d'un acte juridique émanant d'une ou de plusieurs personnes physiques ou morales et consistant à affecter un patrimoine à la réalisation d'un but désintéressé déterminé[1].

Même si le degré d'utilisation de ce nouvel outil juridique dépend dans une large mesure du taux de taxation qui frappe l'affectation du patrimoine et qu'à cet égard, l'inertie législative des régions bruxelloise et wallonne ne favorise guère l'enthousiasme, il nous a paru intéressant, au vu des nombreuses demandes de particuliers qui nous sont parvenues, de profiter du présent ouvrage pour proposer un modèle de statuts-types. À la demande de Michel Coipel, des statuts-types de SA, SPRL, SCRL, sociétés à finalité sociale[2] et d'ASBL[3] ont été établis. La boucle est ainsi bouclée ...

1. Pour un commentaire complet sur le sujet, voy. *Le nouveau droit des ASBL et des fondations – La loi du 2 mai 2002*, Collection du Centre d'études Jean Renauld, volume 10, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; A. BENOÎT-MOURY et autres, *A.S.B.L., Fondations et Associations Internationales*, Brugge, La Charte, 2004 ; P. VERDONCK et H. BRIET, *A.S.B.L., Quoi de neuf ? La nouvelle loi sur les associations sans but lucratif et les fondations*, Bruxelles, Kluwer, 2002 ; Th. DELVAUX, « Fondations et certification », in *Actualités en matière de sociétés et d'ASBL*, Commission Université-Palais, volume n° 62, Liège, 2003 ; B. SARTEAU, « Les fondations privées », *Rev. not. b.*, 2003, p. 31 ; D. VAN GERVEN, « De private stichting en de stichting van openbaar nut », *R.G.D.C.*, 2003, n° 24.
2. P. NICAISE, « SA, SPRL, SCRL Formulaire », *GUJE*, livre 8.
3. P. 'T KINT et P. NICAISE, Proposition de statuts types d'ASBL, in *Non marchand*, n° 9, 2002/1, pp. 107 et s.

Il est entendu qu'il s'agit ici d'une simple proposition et que de nombreuses parties de cette proposition pourront être retravaillées suivant les desiderata des fondateurs afin de mettre sur pied une structure qui respectera au mieux leurs volontés. Le législateur, tout en imposant certaines mentions statutaires, a en effet laissé une grande marge de liberté aux futurs fondateurs. À leurs conseils donc de laisser leur imagination prendre place lors de la construction de toute fondation.

II. Statuts types de fondation privée

Acte authentique[4]

L'AN DEUX MILLE ...,

Le ...,

Par devant ..., notaire de résidence à ...,

En son étude,

A (ONT) COMPARU[5] :

M ...[6]

4. La création – entre vifs ou pour cause de mort – de toute fondation nécessite l'intervention d'un notaire. En effet, « La fondation est, à peine de nullité, constituée par acte authentique.» (article 27, alinéa 3). L'ancien article 27 de la loi de 1921 précisait expressément que la fondation pouvait être constituée par testament, dérogeant ainsi aux dispositions des articles 725 et 906 du Code civil. Il ne fait aucun doute que le législateur de 2002 a voulu également maintenir cette possibilité de création par testament mais en la limitant au testament authentique. Une référence expresse à l'article 27 nouveau de la loi au testament authentique aurait sans doute évité cette ambiguïté. En toute hypothèse, par rapport à la pratique antérieure, il ne sera plus possible de constituer une fondation par simple testament olographe. On peut toutefois se demander si le testament international, tel qu'institué par la loi du 2 février 1983, est un acte authentique au sens de l'article 27 de la loi (sur la nature du testament international, voy. P. Delnoy, « Les libéralités et les successions ». Précis de droit civil, Larcier, 2004, n^{os} 15 à 18). À défaut de constitution par acte authentique, la fondation sera nulle. Les conséquences de cette nullité sont régies par les règles de droit commun. La loi ne prévoit en effet aucune disposition particulière quant aux effets de cette nullité.
5. Une fondation ne naît pas uniquement de la volonté unilatérale d'un particulier. Elle peut être créée par une ou plusieurs personnes, physiques ou morales. Lorsqu'il y a plusieurs fondateurs, cela ne signifie pas que la création de la fondation résulte d'une convention. Elle est le fruit de la volonté concordante de plusieurs individus qui ont décidé d'affecter tout ou partie de leurs biens à la réalisation d'une œuvre déterminée. (Voy. P. Nicaise et I. Banmeyer, *op.cit*, p. 239.
6. Les créateurs de fondation peuvent être des personnes physiques ou morales. Lorsque parmi les fondateurs se trouve une personne physique, sa capacité s'apprécie selon les règles de droit →

M ...

Ci-après qualifié(s) « le(s) comparant(s) ».

Le(s)quel(s) comparant(s) nous a(ont) requis de dresser par les présentes les statuts de la fondation privée qu'il(s) déclare(nt) constituer conformément à la loi du vingt-sept juin mil neuf cent vingt-et-un.

AFFECTATION DE PATRIMOINE

Pour constituer la fondation dont question aux présentes, le(s) comparant(s) déclare(nt) affecter :

– une somme de ... euros (EUR ...,00) à la réalisation du but dont question ci-dessous[7]. Cette somme a été déposée au compte de la fondation en formation

---

→ commun. Pour ce qui concerne les fondateurs « personnes morales », la loi n'établit aucune restriction. En outre, aucune distinction n'est faite entre celles du secteur non lucratif et celles du secteur lucratif. Le statut juridique des premières ne fait pas obstacle à la création d'une fondation. Ainsi, il est tout à fait concevable qu'une ASBL constitue une fondation privée. Par contre, en ce qui concerne les sociétés commerciales, il faudra être attentif au respect des règles relatives à la spécialité légale ou statutaire desdites sociétés.

7. Par principe, l'établissement d'une fondation doit être accompagné de la mise à disposition d'un patrimoine ou, tout au moins, de la promesse d'une telle affectation. À la lecture de la définition établie par l'article 27 de la loi, il est clair que l'acte de fondation dépend de la dotation d'un patrimoine. Il s'agit ici d'une différence essentielle entre l'ASBL et la fondation. Une ASBL n'a pas besoin de patrimoine dans la mesure où elle compte des membres qui lui permettront, par leurs activités, d'atteindre ses objectifs. Par contre, la fondation ne comprend ni membres ni associés. Il est donc indispensable qu'elle soit dotée d'un patrimoine lui permettant de réaliser son œuvre.

Par tous les fondateurs ? Il ne résulte pas du texte légal que chaque fondateur doit se dessaisir d'une partie de ses biens. Dès lors, il pourra coexister plusieurs catégories de fondateurs selon qu'ils auront ou non doté la fondation.

Dotation minimale ? La loi n'a pas confirmé la pratique administrative existante pour les fondations (établissements) d'utilité publique et qui exigeait la présence d'un patrimoine de départ de EUR 25.000 minimum. Il n'y a aucun seuil minimum prévu par les textes.

S'il paraît évident qu'une dotation adéquate au but envisagé doit être prévue, rien ne s'oppose toutefois à ce que l'on constitue une fondation avec un patrimoine de départ relativement peu important et que, par son activité, la fondation génère des ressources qui seront affectées à la poursuite de l'œuvre du fondateur et à la constitution, *a posteriori*, d'un capital de réserve.

Dotation maximale ? Les textes légaux n'établissent aucune limite maximale quant aux biens qui peuvent être affectés à la constitution de la fondation. Le fondateur pourra alors affecter tout ou partie de ses biens à la réalisation de l'œuvre choisie. Cependant, il n'y a pas, en la matière, de dérogations aux règles de droit commun : les droits des héritiers réservataires du fondateur et ceux de ses créanciers devront être respectés.

Nature des biens affectés - Les biens affectés à la fondation lors de sa constitution pourront être des biens meubles corporels ou incorporels et/ou des immeubles. Comme en matière d'ASBL, le législateur a ici aussi supprimé la disposition de l'ancienne loi qui prévoyait que la fondation – E.U.P. ne pouvait posséder en propriété ou autrement que les immeubles nécessaires à l'accom-

→

→ plissement de sa mission. Il a en effet considéré que grâce au principe de la spécialité légale des fondations, la crainte de la mainmorte pouvait être écartée.

Taxation de l'affectation du patrimoine : Pour une analyse détaillée de la question, le lecteur est renvoyé à la note de H. BRIET, « La nouvelle loi sur les ASBL, fondations et associations internationales », *Rec. gén. enr. not.*, 2002, n° 25.281 ; J. MALHERBE et M. DE LA SERNA, *Fondation belge, Trust et Fondation étrangère – régime fiscal, Le nouveau droit des ASBL et des fondations*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 350. Le projet de loi (Projet de loi modifiant la loi du 27 juin 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique, *Ch. Rep.*, sess. ord., 2001-2002, n° 1301/009) prévoyait un régime de taxation de l'affectation du patrimoine aligné sur celui des ASBL. Les accords dits du Lambermont (Loi spéciale du 13 juillet 2001 portant refinancement des communautés et extension des compétences fiscales des régions, *M.B*, 3 août 2001) ont régionalisé les droits d'enregistrement sur les donations entre vifs de biens meubles ou immeubles (art. 5 de la loi spéciale du 13 juillet 2001), mettant à néant la partie fiscale dudit projet de loi. Le législateur fédéral s'était toutefois déclaré compétent pour définir le régime fiscal des apports à titre gratuit (sans *animus donandi*), distinguant ceux-ci des donations (matière relevant dorénavant de la compétence des régions) : l'article 43 de la loi du 2 mai 2002 modifie l'article 140 du Code des droits d'enregistrement, en soumettant, dans un alinéa 3° *bis*, au droit fixe général les apports à titre gratuit, faits aux fondations d'utilité publiques et privées ou aux personnes morales visées au 2° lorsque l'apportant est lui-même une fondation d'utilité publique ou l'une de ces personnes morales.

Un doute subsistait quant aux autres opérations qui nous concernent et plus particulièrement quant à l'affectation d'un patrimoine réalisée par un particulier (ou une fondation privée) au profit d'une fondation privée en cours de constitution. Certains auteurs admettaient que l'apport par un particulier à une fondation privée pouvait s'analyser en un apport à titre gratuit, notamment en cas de stipulation d'un droit de retour des biens apportés à la fondation, et qu'à défaut de disposition spécifique établissant leur taxation à un droit proportionnel, le droit fixe général était d'application (voy. J. MALHERBE et M. DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 354). La Cour d'Arbitrage (Arrêt 45/2004 dd. 17.03.2004, *M.B.*, 5 avril 2004), sans se prononcer sur les critères de cette distinction, a annulé ledit article en précisant qu'à défaut de dispositions contraires, c'est l'ensemble de la matière contenue dans la section 12 du Code des droits d'enregistrement, relative aux donations, donc aussi les apports à titre gratuit, que le législateur spécial a entendu transférer aux Régions. Le dispositif de l'arrêt prévoit en outre le maintien des effets de cet article annulé jusqu'à l'entrée en vigueur de dispositions régionales pour les apports visés.

En conséquence, suite à cet arrêt, les affectations de patrimoine constatées par l'acte authentique de constitution d'une fondation sont taxées suivant le régime prévu par chacune des Régions pour ce type d'opérations.

En Région Flamande, l'article 140 du Code des droits d'enregistrement prévoit que le taux de taxation est de :

– 7% pour les donations, y compris les apports à titre gratuit, faites (...) aux fondations privées et fondations d'utilité publique (140, 2°) sauf ce qui est dit ci-après;

– 100 EUR pour les donations, y compris les apports à titre gratuit, faites aux fondations ou personnes morales visées au 2° (entre autres les ASBL, les fondations privées et les fondations d'utilité publique) lorsque le donateur est lui-même l'une de ces fondations ou personnes morales (140, 3°).

En Région Wallonne et de Bruxelles, aucune réglementation propre n'a, à ce jour, été adoptée. En conséquence, le régime de taxation sera le suivant :

– Le droit fixe sera perçu pour les apports à titre gratuit faits aux fondations d'utilité publiques et privées ou aux personnes morales visées au 2° lorsque l'apportant est lui-même une →

auprès :
soit : du notaire instrumentant ;
soit : de la Banque ... sous le numéro ..., ainsi qu'il résulte de l'attestation ci-annexée[8].

STATUTS

Le(s) comparant(s) arrête(nt) comme suit les statuts de la fondation :

TITRE 1er - CONSTITUTION

Article 1er : Fondateur(s) – La fondation est créée par :

M ..., né à ..., le ..., domicilié à ... [9].

Article 2 : Dénomination – La fondation prend la dénomination de « ... »[10].

→ fondation d'utilité publique ou l'une de ces personnes morales et ce aussi longtemps que ces Régions n'adopteront pas un régime spécifique;
– Pour les autres opérations, le droit applicable sera le droit de donation au tarif entre « toutes autres personnes ». Dans sa circulaire du 7 avril 2004, l'Administration déduit du considérant B.5.3. de l'arrêt de la Cour d'Arbitrage que l'on ne peut plus maintenir que l'apport à titre gratuit serait un acte juridique non tarifé. : les apports à titre gratuit sont donc *fiscalement* à considérer comme des donations, sous réserve des dispositions spécifiques à chaque Région.
On rappellera que les apports de valeurs mobilières ultérieurs réalisés au profit d'une fondation ne doivent pas être forcément constatés par acte authentique : ils peuvent faire l'objet d'un don manuel (art. 33 de la loi du 27 juin 1921) ou d'une donation indirecte par exemple, par virement bancaire (*Doc. parl.*, Sénat, session 2000-2001, 2-283/13, p. 38 sur 74).
Cependant, en Région Flamande, il reste intéressant de soumettre à la formalité de l'enregistrement certaines donations mobilières et ce sur base de l'article 131 §2 du Code (taxation à du 7%) afin d'éviter la progressivité existant en matière de droits de succession en cas de décès endéans les 3 ans à compter de la donation (Pour plus de détails, voy. H. PELGROMS, « Overzicht van de nieuwe Vlaamse schenkingsrechten », *T. Not.*, 2004, p. 2).

8. La loi n'exige ni le dépôt en banque ni une attestation bancaire. Dans la pratique, la prudence invitera le notaire instrumentant à vérifier la présence effective des fonds affectés.
9. Les statuts doivent reprendre au moins « les nom, prénoms, domicile, date et lieu de naissance de chaque fondateur ou, au cas où il s'agit d'une personne morale, la dénomination sociale, la forme juridique et l'adresse du siège social » (art. 28).
10. Désormais, seules les fondations créées valablement conformément aux dispositions du Titre II de la Loi peuvent porter le nom de « fondation privée » (ou de « fondation d'utilité publique ») (art. 32). Le 15 avril 2004, une question parlementaire (Bull. n° 0026 du 13 avril 2004) a été posée quant à l'emploi du terme « fondation » dans la dénomination d'une autre personne morale (ASBL par exemple). En effet, l'article 32 § 2 de la loi n'interdit pas expressément l'utilisation de ce terme par d'autres personnes morales. La Ministre de la Justice a répondu qu'il « appert des travaux préparatoires de la loi du 2 mai 2002 (...) que le législateur a voulu protéger le terme générique de 'fondation' dans le but 'de mettre fin à certaines pratiques consistant à opter pour une forme juridique plus commode tout en incluant le terme fondation afin de s'approprier une →

(*Eventuellement : Tous les actes, factures, annonces, publications et autres documents émanant d'une fondation privée mentionnent la dénomination de la fondation, précédée ou suivie immédiatement des mots « fondation privée », ainsi que de l'adresse du siège de la fondation*[11]).

Article 3 : Siège – Le siège de la fondation est établi en Belgique[12] à .... (*Eventuellement : dans l'arrondissement de ...* [13]).

Il peut être transféré en tout autre lieu par décision du Conseil d'Administration statuant à la majorité simple des membres présents ou représentés.

Article 4 : But(s) – La fondation a pour but(s) désintéressé(s)[14] : - ...

Article 5 : Activités – Dans le cadre de la réalisation de son (ses) but(s), la fondation exercera les activités suivantes ...[15]

→ partie de la respectabilité à laquelle cette appellation renvoie' ». Cela signifie donc qu'il est interdit à une autre entité disposant ou non de la personnalité juridique d'utiliser le terme « fondation » dans sa dénomination.

11. Il s'agit d'un texte facultatif puisque celui-ci ne constitue rien d'autre qu'un rappel de la loi (Art. 32 § 1).
12. Le siège de la fondation doit être situé en Belgique (Art. 28, 4°).
13. La loi n'impose pas en matière de fondation la désignation de l'arrondissement judiciaire, mais le fait de l'indiquer peut faciliter les procédures. Il semblerait que ce soit un oubli du législateur, celui-ci ayant, en matière d'ASBL, rendu cette mention statutaire obligatoire.
14. À la notion de but non lucratif en ASBL se substitue celle de but désintéressé déterminé pour les fondations. Pourront ainsi être poursuivis toute une série d'objectifs, tel que la sauvegarde d'une collection privée d'œuvres d'art, la création d'une bourse d'études destinée aux membres de telle famille, l'entretien d'un château familial, etc. Le texte de loi renforce la vocation « altruiste » de la fondation en précisant, dans son article 27, que la fondation ne peut procurer un gain matériel ni aux fondateurs, ni aux administrateurs ni à toute autre personne. Par « gain matériel », il est visé tout avantage patrimonial direct, étant entendu que les économies (avantage patrimonial indirect) ne sont pas exclues. La fondation ne pourra donc distribuer aucun bénéfice. Une exception est toutefois apportée à ce principe : lorsque la distribution de fonds à un tiers (c'est-à-dire à une personne qui n'est ni fondateur, ni administrateur) réalise en elle-même le but de la fondation. L'hypothèse envisagée par les rédacteurs de l'article 27 de la loi était celle de la fondation érigée en vue d'assurer le bien-être d'un majeur en état d'incapacité irrémédiable. Dans ce cas, le versement d'une rente au profit de ce dernier devait rester possible puisque, en effectuant ce versement, c'est le but même de la fondation qui est rencontré.
15. Rappelons que le but est ce que la fondation cherche à réaliser (par exemple : sauvegarde du caractère familial d'une entreprise ...) et que l'objet est l'activité que la fondation met en œuvre pour réaliser le but (par exemple : la certification de titres). Si le but de la fondation doit être désintéressé, ses activités peuvent, quant à elles, avoir un caractère commercial, à condition que le bénéfice qui en découle soit affecté à la réalisation du but de la fondation. Les travaux parlementaires sont sans équivoque à ce sujet : « La nature même de la fondation qui consiste en la gestion d'un capital en vue de la réalisation d'un but désintéressé doit pouvoir lui permettre de réaliser des activités de nature économique pourvu que les bénéfices ainsi dégagés soient affectés →

La fondation pourra également accomplir tous les actes se rapportant directement ou indirectement à son (ses) but(s), notamment prendre toutes initiatives, susciter toutes collaborations, recueillir toutes libéralités ou tous prêts, en nature ou en espèces, organiser toutes opérations ou prendre toutes mesures susceptibles de contribuer à la réalisation de son (ses) but(s), dans le respect de la loi.

Article 6 : Durée – La fondation est créée pour une durée indéterminée
(ou la fondation est créée pour une durée de ... ans à compter de ce jour)[16].

TITRE II. – ADMINISTRATION[17]

Conseil d'administration – composition et pouvoirs

Article 7 : Conseil d'administration – La fondation est administrée par un conseil d'administration composé de trois personnes (*physiques et/ou morales) au moins et ... personnes (*physiques et/ou morales) au plus[18].

Article 8 : Président, trésorier et secrétaire – Le conseil désigne, parmi ses membres, un président. En cas d'absence ou d'empêchement du président, l'administrateur le plus âgé est désigné pour le remplacer.

Le conseil peut élire parmi ses membres un trésorier et un secrétaire. Ce dernier est chargé notamment d'effectuer la rédaction des procès-verbaux des réunions du conseil et de procéder aux formalités requises par la loi.

Article 9 : Pouvoirs – Le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation du but *(des buts)* de la fondation[19].

→ à la réalisation du but désintéressé de la fondation.» (*Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, 2-283/13, p. 35 sur 74.

16. Une fondation a vocation à s'inscrire dans le temps. Cependant, il est possible de stipuler dans les statuts que la fondation existera pour un terme déterminé.
17. La fondation ne comprend ni membres ni associés. Le législateur n'a donc prévu qu'un seul organe : le conseil d'administration.
18. La loi exige la désignation de 3 administrateurs au moins, le conseil d'administration étant un organe collégial. S'agissant des administrateurs personnes morales, la loi n'a pas prévu de disposition analogue à celle de l'article 61 § 2 du Code des sociétés obligeant à la désignation d'un représentant permanent personne physique. Rien n'empêche les statuts de prévoir une disposition analogue.
19. Le fondateur est libre de définir, par le biais des statuts, les contours et l'étendue des pouvoirs du conseil d'administration (art. 28, 5° a). Le législateur n'a pas expressément prévu, à l'instar de ce qui se passe en société anonyme par exemple, que les restrictions aux pouvoirs du conseil d'administration ne son pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées. Tout au plus, le texte légal précise-t-il, comme en SA, que le conseil d'administration peut convenir d'une →

Nomination, cessation et révocation des administrateurs[20]

Article 10 : Mode de nomination[21] – Les administrateurs sont nommés pour la première fois aux termes de l'acte constitutif. Ils sont ultérieurement désignés par cooptation par le conseil d'administration en fonction statuant à la majorité (moitié plus un) des voix de l'ensemble de ses membres. Pour le calcul des voix, une abstention est assimilée à un refus.

(Eventuellement : Les fondateurs sont membres de droit du conseil d'administration).

(Eventuellement : La désignation du nouvel administrateur devra obtenir au préalable l'agrément du (des) fondateur(s) encore en fonction au sein du conseil d'administration.)

Article 11 : Durée du mandat – Les administrateurs sont nommés pour un terme de ... ans, renouvelable *(Eventuellement : à l'exception du mandat des fondateurs de durée illimitée)*. Leur mandat est exercé à titre gratuit[22].

Article 12 : Mode de révocation et de cessation de leurs fonctions – Le mandat d'administrateur prend fin par décès, démission, incapacité civile, révocation ou expiration de son terme.

Les administrateurs sont libres de se retirer à tout moment de la fondation en adressant par écrit leur démission au conseil d'administration.

La révocation d'un administrateur a lieu à la majorité (moitié plus un) des voix de l'ensemble des autres administrateurs du conseil d'administration en fonction. Pour le calcul des voix, une abstention est assimilée à un refus.

→ répartition des tâches en son sein (art. 34 § 3). Celle-ci n'est toutefois pas opposable aux tiers, même si elle a été publiée. Nous partageons à cet égard la position de Michel COIPEL (*Université et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé, Le nouveau droit des ASBL et des Fondations, op.cit.*,pp. 31 et s.) considérant que l'article 522 du code des sociétés doit être appliqué par analogie.

20. Les actes relatifs à la nomination, à la révocation et à la cessation des fonctions des administrateurs doivent être déposés au dossier tenu au greffe et publiés dans les annexes du Moniteur Belge. Ils ne seront opposables aux tiers qu'à partir du jour de leur publication, sauf si la fondation prouve que ces tiers en avaient antérieurement connaissance (art. 31).
21. La fondation étant censée « survivre » à la volonté de son fondateur, il appartiendra donc à celui-ci d'établir un mode de nomination des administrateurs sans faille. Le fondateur a une totale liberté quant au choix et au mode de nomination des administrateurs : le système ici proposé est un système de cooptation. D'autres modalités sont envisageables : nomination par un organe *ad hoc* ou des tiers.
22. Si les termes de l'article 27 de la loi impliquent que le mandat d'administrateur de la fondation soit gratuit, cela n'empêche pas, à notre avis, que l'administrateur soit rémunéré par la fondation sur base d'un véritable contrat de travail, ce qui suppose que tout ou partie de l'activité professionnelle de l'administrateur se réalise au sein de la fondation. (voy. pour plus de détails : P. NICAISE et I. BANMEYER, *op. cit.*, p. 243, note 84).

L'administrateur concerné ne peut prendre part à la délibération mais a le droit d'être entendu préalablement.

La révocation d'un administrateur peut également avoir lieu par décision du Tribunal de première instance dans les cas prescrits par la loi et notamment en cas de négligence grave.

Réunions du Conseil d'administration

Article 13 : Réunions – Le Conseil d'administration se réunit sur convocation du président et du secrétaire :

- aussi souvent que l'intérêt de la fondation l'exige ;
- ou lorsque deux administrateurs en font la demande par écrit au secrétaire.

Il doit se réunir au moins une fois par an.

Les réunions se tiennent aux lieu, date et heure indiqués dans la convocation qui doit être envoyée, avec l'ordre du jour, aux administrateurs au plus tard *(à définir)* jours avant la réunion, sauf en cas d'extrême urgence dûment motivée dans le procès-verbal de la réunion. Ces convocations sont adressées par lettre, télécopie, courrier électronique ou de toute autre manière par écrit. Lorsque tous les administrateurs sont présents ou représentés, il ne doit pas être justifié de l'envoi de convocations.

En cas de déplacement d'un administrateur du Conseil d'administration résidant à l'étranger, déplacement requis par la fondation, celle-ci couvrira, aux tarifs d'usage, lesdits frais de déplacement et de séjour.

Article 14 : Procurations – Tout administrateur empêché peut donner procuration à un autre administrateur pour le représenter lors des délibérations du conseil d'administration et y voter en ses lieu et place. Les procurations doivent être établies par écrit et un mandataire ne peut disposer de plus d'une procuration.

Article 15 : Délibérations – Le conseil d'administration, formant un collège, ne peut valablement délibérer que si la moitié de ses administrateurs est présente ou représentée.

Sauf disposition contraire des présents statuts, il décide à la majorité simple des voix. Pour le calcul des voix, une abstention est assimilée à un refus. En cas de partage des voix, celle de l'administrateur qui préside la réunion est prépondérante[23].

23. Le législateur n'a malheureusement pas prévu, comme en droit des sociétés, une règle supplétive se référant, en cas de silence des statuts, aux règles ordinaires des assemblées délibérantes.

Toutefois, dans des cas exceptionnels dûment justifiés par l'urgence et l'intérêt social, les décisions du conseil d'administration peuvent être prises par consentement des administrateurs, exprimé par écrit[24].

Article 16 : Procès-verbaux – Les délibérations et les décisions du conseil sont consignées dans des procès-verbaux rédigés par le secrétaire et signés par lui et par le président de la séance. Ces procès-verbaux sont insérés dans un registre spécial. Le président ou celui qui le remplace est habilité à délivrer des expéditions, extraits ou copies de ces procès-verbaux. Il veillera à en faire parvenir un exemplaire aux administrateurs dans le mois de la réunion.

Conflit d'intérêts

Article 17 : Conflit d'intérêts[25] – Si un administrateur a, directement ou indirectement, un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou à une opération relevant du conseil d'administration, il doit le communiquer aux autres administrateurs avant la délibération du conseil d'administration afférente à cette décision. Il ne prendra part ni aux délibérations, ni aux votes relatifs à cette décision. Sa déclaration, motivée, doit être annexée au procès-verbal du conseil d'administration qui devra prendre la décision. De plus, si la fondation a nommé un ou plusieurs commissaires, il doit les en informer.

Gestion journalière

Article 18 : Gestion journalière[26] – Les actes de gestion journalière comportent tous les actes d'administration généralement quelconques et notamment le pouvoir d'ouvrir ou de clôturer un compte dans un établissement de crédit tel qu'une banque ou la poste, de disposer des avoirs de ces comptes pour un montant maximum de ... euros (EUR ...), de faire et de recevoir tous les paiements et d'en donner quittance.

Article 19 : Délégation – Le conseil d'administration peut déléguer la gestion journalière avec l'usage de la signature afférente à cette gestion à un ou plusieurs administrateur(s)-délégué(s) (*éventuellement : ou délégué(s) à la gestion journalière*) choisi en son sein (*ou même en dehors*) et dont il fixera les pouvoirs

24. Une autorisation statutaire expresse est requise par la loi pour le permettre. (art. 34, §2). Il s'agit ici d'un assouplissement à la règle de collégialité imposée par la loi.
25. La loi prévoit que les statuts mentionnent le mode de règlement des conflits d'intérêts mais laisse au fondateur une totale liberté quant à la manière dont les conflits d'intérêts devront être réglés.
26. La loi ne définit pas la notion de gestion journalière. Il y a lieu de se référer à la jurisprudence en matière de droit des sociétés (O. CAPRASSE, *op. cit.*, p. 338). En toute hypothèse, les restrictions apportées à leurs pouvoirs de représentation pour les besoins de la gestion journalière sont inopposables aux tiers, même si elles sont publiées (art. 35, alinéa 2).

(*éventuellement : et éventuellement le salaire ou les appointements*). S'ils sont plusieurs, ils agissent individuellement.

Article 20 : Nomination, révocation et cessation de leurs fonctions – Les délégués à la gestion journalière sont nommés par le conseil d'administration pour un terme de ... ans à la majorité (moitié plus un) des voix de l'ensemble des administrateurs du conseil d'administration en fonction. Pour le calcul des voix, une abstention est assimilée à un refus.

En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante.

Leurs fonctions prendront fin par décès, démission, incapacité civile, révocation ou expiration du terme pour lequel lesdites fonctions ont été conférées.

La révocation des personnes déléguées a lieu suivant les règles de délibérations établies à l'article 15

La personne concernée ne peut prendre part à la délibération mais a le droit d'être entendue préalablement.

Article 21 : Vacance – En cas de vacance d'une place de délégué, celui-ci sera remplacé par une autre personne (*éventuellement : administrateur ou non*) demeuré en fonction à la majorité (moitié plus un) des voix de l'ensemble des administrateurs du conseil d'administration en fonction. Pour le calcul des voix, une abstention est assimilée à un refus. En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante.

Article 22 : Publicité – Les actes relatifs à la nomination ou à la cessation des fonctions des personnes déléguées à la gestion journalière sont déposés au greffe sans délai et publiés par extraits aux annexes du Moniteur belge comme dit à l'article 31, § 6 de la loi.

Représentation

Article 23 : Pouvoir général – Les membres du conseil d'administration, exerçant leur fonction de manière collégiale, représentent la fondation dans les actes judiciaires et extrajudiciaires, soit en tant que demandeur, soit en tant que défendeur.

Article 24 : Délégation du pouvoir de représentation – Sans préjudice du pouvoir de représentation du conseil d'administration, la fondation est dûment représentée dans les actes judiciaires et extrajudiciaires, en ce compris dans ses démarches avec l'administration :

exemples :
- *soit* par deux administrateurs, agissant ensemble, dont l'un au moins est le Président ;
- *soit* par un administrateur, agissant individuellement, pour autant qu'il soit également délégué à la gestion journalière;
- *soit*, dans les limites de la gestion journalière, par la personne chargée de la gestion journalière.

(*Eventuellement : Tant que le fondateur exercera une fonction d'administrateur au sein de la fondation, il pourra également valablement représenter la fondation dans tout acte judiciaire ou extrajudiciaire, soit en tant que demandeur, soit en tant que défendeur*).

En conséquence, ces signataires n'auront pas à justifier envers les tiers des pouvoirs conférés à cette fin et/ou d'une décision préalable du Conseil d'administration[27].

TITRE III. – CONTRÔLE

Article 25 : Contrôle – Si la fondation remplit les conditions visées à l'article 37 de la loi, le conseil d'administration sera tenu de désigner un commissaire. Cette désignation s'effectuera suivant les règles de délibérations établies à l'article 15, parmi les membres de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises. Il est nommé pour un terme de trois années et est rééligible[28-29].

TITRE IV. – EXERCICE COMPTABLE – COMPTES ANNUELS ET BUDGET

Article 26 : Exercice social – L'exercice social commence le ... pour se terminer le ....

Article 27 : Comptes et budget – Chaque année et au plus tard six mois après la date de clôture de l'exercice social, le conseil d'administration établit les comptes annuels de l'exercice social écoulé, conformément à l'article 37 de la loi, ainsi que le budget de l'exercice suivant.

---

27. Cette clause est opposable aux tiers conformément à l'article 31, § 6 de la loi. Les statuts peuvent apporter des restrictions à ce pouvoir, mais ces restrictions ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées.
28. La loi du 2 mai 2002 ne précise malheureusement pas la durée du mandat du commissaire ni les pouvoirs de ce dernier. Le projet de loi-programme adopté par la Chambre des Représentants le 10 juin 2004 (*Ch. Rep.*, doc. 51 - 1138) comble cette lacune en leur appliquant par analogie les dispositions du Code des sociétés.
29. La loi n'impose l'intervention d'un commissaire-réviseur qu'en cas de « grande » fondation. Ceci n'empêche pas le fondateur d'organiser un mécanisme de contrôle externe de son choix en instituant par exemple, un conseil de surveillance.

TITRE V. – MODIFICATION, DISSOLUTION

Article 28 : Modifications statutaires[30] – Le fondateur ou le Conseil d'administration de la fondation peuvent apporter toutes modifications aux statuts de la fondation. Sauf dispositions contraires, le Conseil d'Administration ne peut délibérer sur les modifications statutaires de la fondation que si les deux/tiers des administrateurs sont présents ou représentés. Les modifications proposées devront recueillir deux-tiers des voix. (*Eventuellement : De plus, aucune modification ne pourra porter atteinte au(x) but(s) de la fondation.)* Si les deux tiers des administrateurs ne sont pas présents ou représentés à la première réunion, il peut être convoqué une seconde réunion qui pourra délibérer quel que soit le nombre d'administrateurs présents ou représentés, mais aucune décision ne sera adoptée que si elle est votée à la majorité des deux tiers des administrateurs présents ou représentés.

(*Eventuellement : Tant que le fondateur exercera les fonctions d'administrateur, aucune modification statutaire ne pourra être réalisée sans avoir obtenu son accord préalable.)*

Dans les cas prévus par la loi, les modifications aux statuts devront être établies par acte authentique[31].

Article 29 : Dissolution – La fondation peut être dissoute dans les cas prévus à l'article 39 de la loi[32].

Toutes décisions relatives à la dissolution, aux conditions de la liquidation, à la nomination et à la cessation des fonctions du ou des liquidateur(s), à la clôture de la liquidation, ainsi qu'à l'affectation de l'actif net, sont déposées au greffe et publiées aux annexes du Moniteur comme dit à l'article 31, §§ 3 et 4 de la loi.

Article 30 : Destination du patrimoine – L'actif net doit obligatoirement être affecté à la fin désintéressée suivante : ....

(*Eventuellement : Toutefois, lorsque le but désintéressé de la fondation est réalisé, le fondateur ou ses ayants droit pourront reprendre une somme égale à*

30. La loi impose de définir les conditions auxquelles les statuts peuvent être modifiés. Ceci est un exemple parmi d'autres d'une procédure envisageable.
31. L'article 30, § 1er de la loi du 27 juin 1921 exige un acte authentique pour les modifications des mentions visées à l'article 28, 3° et 5° à 8° de la même loi.
32. L'article 39 de la loi du 27 juin 1921 prévoit que le Tribunal prononce la dissolution à la « requête d'un fondateur ou d'un de ses ayants droit, d'un ou de plusieurs administrateurs ou du ministère public ». Comme l'a précisé madame la Ministre de la Justice dans une question parlementaire du 22 avril 2004 (Question n° 3-283, *Ann. parl.* n°3-52), le terme requête doit s'entendre ici au sens usuel du terme et non au sens que lui attribue le Code judiciaire : la demande en justice doit donc être introduite par citation.

la valeur des biens ou les biens mêmes que le fondateur a affectés à la réalisation de ce but[33].

TITRE VI. – DISPOSITIONS DIVERSES

Article 31 : Règlement d'ordre intérieur – Le Conseil d'Administration peut adopter un règlement d'ordre intérieur conforme à la loi et aux présents statuts.

Article 32 : Caractère supplétif de la loi –Tout ce qui n'est pas prévu par les présents statuts sera réglé conformément aux dispositions de la loi du vingt-sept juin mil neuf cent vingt-et-un sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations.

DISPOSITIONS TRANSITOIRES

Le(s) fondateur(s) prend (prennent) (à l'unanimité) les décisions suivantes, qui ne deviendront effectives qu'à dater du dépôt au greffe des statuts et des actes relatifs à la nomination des administrateurs.

Exercice social: Par exception à l'article 31, l'exercice social de la première année d'existence de la Fondation débutera le jour du dépôt au greffe de l'acte de constitution et se terminera ... le trente et un décembre ....

Ensuite, chaque exercice social commencera le premier janvier pour se terminer le trente-et-un décembre de la même année.

Administrateurs : Sont désignés en qualité d'administrateurs pour une durée de ...:

...

qui acceptent ce mandat.

Est également administrateur ;

M ... et ce, pour une durée indéterminée.

---

33. L'affectation des biens ayant donné lieu à la création de la fondation est en principe irrévocable. Toutefois, cette indépendance juridique patrimoniale perd tout son sens lorsque la mission qui a donné raison à la personnification des biens affectés est définitivement accomplie. Les parlementaires en ont eu conscience et ils ont dès lors prévu que « lorsque le but désintéressé de la fondation est réalisé, le fondateur ou ses ayants droit pourront reprendre une somme égale à la valeur des biens ou les biens mêmes que le fondateur a affecté à la réalisation de ce but » (art. 28, 6°). On peut se poser la question de savoir quelle est la somme égale à la valeur des biens affectés ? Celle-ci doit-elle s'apprécier au jour de la dissolution de la fondation ? Au jour de l'affectation ? Doit-on appliquer les mêmes règles qu'en cas de donation : valeur au jour du décès selon état au jour de la donation ? On ne peut que conseiller de préciser statutairement cette question.)

Conseil d'administration : Les administrateurs, réunis en conseil, désignent en qualité de :
a) Président: ...
b) Secrétaire : ...
c) Trésorier : ...
d) Délégués à la gestion journalière : ...

Commissaire :

Compte tenu des critères légaux, le(s) fondateur(s) décide(nt) de ne pas nommer pour l'instant de commissaire.

(Eventuellement : Le fondateur désigne en qualité de commissaire : ... qui accepte ce mandat.)

Reprise des engagements pris au nom de la fondation en formation :

Tous les engagements ainsi que les obligations qui en résultent, et toutes les activités entreprises depuis le ... par l'un ou l'autre des comparants au nom et pour compte de la fondation en formation sont repris par la fondation présentement constituée[34].

Cependant, cette reprise n'aura d'effet qu'au moment où la fondation aura la personnalité juridique. Les engagements contractés pendant la période intermédiaire devront être entérinés dès que la Fondation sera dotée de la personnalité juridique.

ATTESTATION NOTARIEE

Le notaire atteste le respect des dispositions prévues par le titre II de la loi du vingt-sept juin mil neuf cent vingt-et-un[35].

---

34. Deux conditions cumulatives doivent être respectées pour que ces engagements soient réputés avoir été contractés par la fondation dès son origine :
elle doit avoir acquis la personnalité juridique dans les 2 ans de la naissance de l'engagement et cet engagement doit avoir été repris par elle dans les 6 mois de l'acquisition de la personnalité juridique. (art. 29 § 3).

35. Responsabilité notariale : « A la fois la technicité de la matière des fondations et la gravité des engagements pris pour l'avenir imposent le recours au seul acte authentique et aux conseils dont un notaire pourra éclairer son client » (*Doc.parl.*, Sénat, 2000-2001, 2-283/13, pp. 35 sur 74.) Le législateur impose au notaire instrumentant l'obligation de « vérifier et attester le respect des dispositions » prévues par le Titre II de la Loi. (art. 27, alinéa 3). L'étendue de la mission à accomplir par le notaire lors de la constitution d'une fondation n'a toutefois pas davantage été précisée au cours des travaux parlementaires.

CERTIFICAT D'IDENTITE

Le notaire instrumentant certifie au vu des pièces d'état civil prévues par la loi, l'exactitude des noms, prénoms, lieux et dates de naissance du (des) comparant(s) tels qu'ils figurent aux présentes.

DONT ACTE,

Fait et passé lieu et date que dessus.

Et après lecture intégrale et commentée, le(s) comparant(s) a(ont) signé avec Nous, notaire.

La scission partielle : une réalité en droit belge ? Réflexions au sujet d'une disposition légale aux contours incertains

Eric POTTIER
Avocat au barreau de Bruxelles, Associé Linklaters De Bandt, Collaborateur scientifique à l'Université de Liège

Delphine HEENEN
Avocate au barreau de Bruxelles, Linklaters De Bandt, Assistante à l'Université Libre de Bruxelles

Michel Coipel est assurément un passionné de droit. Ses diverses contributions doctrinales témoignent de la profondeur de son analyse, spécialement en droit des sociétés. Toute rencontre est l'occasion d'un échange d'idées aussi animé que fructueux. C'est donc avec un immense plaisir que nous avons accepté de participer à l'élaboration de ce *liber amicorum* en son honneur.

Puissent les réflexions qui suivent éclairer quelque peu le praticien sur la portée de l'article 677 du Code des sociétés, une disposition légale aux contours encore incertains.

Notre analyse du régime des scissions partielles en droit belge portera tant sur la portée exacte de la disposition précitée que sur ses effets pratiques ainsi que ses implications procédurales et comptables. Elle n'abordera toutefois pas les aspects fiscaux de la scission partielle, auxquels de nombreux articles ont déjà été consacrés[1].

1. Voir par exemple J.J. COUTURIER, De « partiële splitsing » belastingvrij, *A.F.T.* 2001, p. 365 ; H. VERSTRAETE, Partiële fusie of splitsing ?, *Séminaire Fiscoloog Tribune*, 20 septembre 2001 ; H. VERSTRAETE, Régime fiscal pour les fusions et scissions partielles ?, *Fiscologue*, 18 mai 2001 ; T. BLOCKERYE, H. VANGINDERTAEL et L. MERTENS, La scission partielle et la loi du 16 juillet 2001 instaurant le régime fiscal des opérations assimilées aux fusions et scissions : la dernière pierre à l'édifice, *Compt. et fisc. Prat.* 2002, p. 171 ; W. VANDENBERGHE, « Partiële splitsing ». Waarom nog splitsen als men kan partieel splitsen ?, *T.F.R.* 2002, p. 239.

1. Contexte législatif

1.1. La loi du 13 avril 1995, les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, les Troisième et Sixième Directives européennes et le Code des sociétés

La scission partielle, telle que la dénomme la doctrine contemporaine[2], fut introduite dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales par la loi du 13 avril 1995. En matière de restructuration des sociétés, cette loi tendait principalement à permettre et réglementer les apports de branche d'activités et d'universalité.

Dans la foulée de cette réforme, une disposition aussi discrète qu'obscure, le nouvel article 174/65 des lois coordonnées, placée sous la Section 8*quater* « *Des apports d'universalité ou d'une branche d'activités* », était libellée en ces termes : « *Les articles 174/1 à 174/52 sont applicables respectivement aux opérations définies aux articles 174/1 [fusion par absorption], 174/17 [fusion par constitution d'une nouvelle société], 174/26 [scission par absorption], 174/45 [scission par constitution d'une nouvelle société] et 174/52 [scission mixte] sans que toutes les sociétés transférantes cessent d'exister* ».

Les travaux préparatoires de la loi du 13 avril 1995 n'éclairent que très faiblement la portée de cette nouvelle forme de restructuration, celle-ci ne faisant l'objet d'aucun commentaire particulier relatif au nouvel article 174/65 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales autre qu'un renvoi aux articles 31 de la Troisième Directive relative aux fusions et 25 de la Sixième Directive relative aux scissions[3].

Il fut encore rapporté que l'article 174/65 tendait essentiellement à encadrer « *un cas particulier d'apport dans lequel les actions de la société bénéficiaire sont attribuées aux actionnaires de la société apporteuse* »[4].

Comme l'a souligné la doctrine[5], ces dispositions européennes n'avaient pas de contenu réglementaire à transposer en droit interne mais constituaient plutôt une injonction aux législateurs nationaux, leur demandant de veiller à ce que des opérations proches des fusions ou scissions soient entourées des mêmes garanties à l'égard des actionnaires et des créanciers que les opérations de fusion ou de scission elles-mêmes. Ainsi, le législateur européen voulait que les opérations de fusion ou de scission « *sans que toutes les sociétés transférantes cessent d'exister*» soient soumises au régime légal des fusions et scissions proprement dites, à

2. D. GARABEDIAN, « La scission partielle, nouveau mode de réorganisation des sociétés introduit par la loi du 13 avril 1995 », *R.P.S.* 1998, p. 163, spéc. p. 167, n° 5. L'institution est également connue dans la pratique sous le vocable « *spin-off* ».
3. *Doc. Parl.*, Sénat, 1993-1994, n° 1086/2, p. 394.
4. *Doc. Parl.*, Sénat, 1993-1994, n° 1086/2, p. 392.
5. M. WAUTERS, « Delen om te krijgen. Continuïteit bij de met splitsing gelijkgestelde verrichting », *T.R.V.* 2002, p. 277, spéc. p. 285, n° 12 ; T. BLOCKERYE, H. VANGINDERTAEL et L. MERTENS, *op. cit.*, p. 174, n° 7 ; D. GARABEDIAN, *op. cit.*, p. 171, n° 9 et s.

l'exception de quelques dispositions devenues sans pertinence du fait de la subsistance de certaines des sociétés transférantes.

Certains des premiers commentateurs de cette nouvelle forme de restructuration des sociétés se limitèrent d'ailleurs souvent à exprimer leur perplexité face à celle-ci, voire leurs doutes quant à la signification et la réelle portée pratique de l'article 174/65 [6]. D'autres y virent le cas particulier d'apport d'actif visé par les travaux préparatoires, où les actionnaires de la société absorbée deviendraient actionnaires de la société absorbante[7].

1.2. La loi du 16 juillet 2001 et ses travaux préparatoires

Alors que certains auteurs doutaient encore de la portée réelle de l'article 174/65 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, le législateur, dans le cadre d'une réforme du secteur de l'électricité, définit le cadre fiscal des opérations assimilées à la fusion et à la scission, sans que toutes les sociétés cessent d'exister ; il s'agit de la loi du 16 juillet 2001 portant modification de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations et du Code des impôts sur les revenus 1992[8].

Depuis lors, les seules opérations *assimilées* à la scission (et non celles assimilées à la fusion) bénéficient d'un régime de neutralité fiscale lorsqu'elles sont réalisées conformément au Code des sociétés et à son arrêté royal d'exécution.

Les travaux préparatoires de la loi du 16 juillet 2001 indiquent que les modifications au Code des impôts sur les revenus tendent à « *clarifier le traitement fiscal d'une opération assimilée à la scission visée à l'article 677 du Code des sociétés* ». L'opération assimilée à la scission est ainsi dénommée «*scission partielle*» et définie comme une «*opération qui consiste à transférer une partie de l'avoir social d'une société A à une société B et à ce qu'en outre les*

6. B. GLANSDORFF, « Fusions, scissions, transferts d'universalité et de branche d'activités » in *Evolution récente et perspectives du droit des sociétés commerciales et de l'entreprise en difficulté*, Bruxelles, éd. JBB, 1996, p. 192 ; P. HAINAUT-HAMENDE, « Les sociétés anonymes – Opérations sur le capital, émissions publiques, transformations, fusion-scission » in *Répertoire Notarial*, t. XII, L. III, p. 619, n° 790 ; G.-A. DAL et P. DE WOLF, « La société et sa restructuration » in *Droit des sociétés : les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Bruylant-Academia, 1995, p. 287 et spéc. p. 291, n° 6.

7. T. TILQUIN, « Les restructurations d'entreprises – Fusions, apports d'universalité et de branches d'activités », *R.P.S.* 1994, numéro spécial « Le projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales », p. 201, n° 12 ; T. TILQUIN, « Le transfert d'une universalité ou d'une branche d'activité », *J.T.* 1996, p. 493, n° 62 ; J. LIEVENS et P. BEVERNAGE, « Fusies en splitsingen, Inbreng van een algemeenheid of van een bedrijfstak » in *De gewijzigde vennootschapswet 1995*, Bruxelles, Kluwer, 1996, p. 493, spéc. p. 518, n° 48 ; J. LIEVENS, *De reparatiewet Vennootschapsrecht – Een commentaar bij de wet van 13 april 1995*, Gent, Mys & Breesch, 1995, p. 160 ; D. GARABEDIAN, *op. cit.*, p. 174, n° 11 et s.

8. *M.B.* 20 juillet 2001.

actionnaires de la société A, tout en conservant leurs actions A, reçoivent aussi de nouvelles actions B ». Le Gouvernement en conclut que « *la société A qui n'a transféré de cette façon qu'une partie de son avoir social continue donc d'exister ; elle subit cependant une réduction de l'avoir social égale à la partie de son avoir social transférée à la société B* »[9].

Le Gouvernement souligne encore qu'il n'accorde pas, dans sa proposition d'amendement du Code des impôts sur les revenus, la neutralité fiscale aux opérations assimilées à la fusion parce que «*la concrétisation de ce concept n'est, jusqu'à présent, pas observée en Belgique, de telle sorte qu'il n'existe bien évidemment pas encore de régime d'exemption qui ait pu opérer en la matière*»[10].

1.3. Le Code des sociétés

Lors de la codification des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, tant l'emplacement que le libellé de l'article 174/65 furent modifiés.

Ainsi, le nouvel article 677 du Code des sociétés fut placé sous la Section III (« *Opérations assimilées* ») du Chapitre II définissant les différentes formes de fusion et de scission. De même, le nouvel article fut rédigé comme suit : «*sont assimilées à la fusion ou à la scission, les opérations définies aux articles 671 à 675 sans que toutes les sociétés transférantes cessent d'exister* ».

Depuis lors, le régime des opérations *assimilées* à la scission est dissocié de celui des apports de branche d'activités et d'universalité, qui sont définis dans la Section IV (« *Des apports d'universalité ou de branche d'activités*»). En effet, le Titre II du Livre XI du Code des sociétés (« *Restructuration de sociétés* ») définit la procédure des « *fusions, scissions et opérations assimilées* », tandis que le Titre III définit celle des apports d'universalité et de branche d'activités.

2. Les conditions substantielles de la scission partielle

2.1. Les opérations assimilées à la fusion et la scission existent-t-elles ?

Lors de l'adoption de l'article 174/65 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales par le législateur belge, il était possible de croire à « l'erreur législative », résultant d'une transposition malheureuse d'une disposition européenne, et de conclure que cette disposition ne devait pas avoir de portée réelle en droit interne.

Depuis lors, l'instauration d'un régime fiscal spécifique à l'opération assimilée à la scission et le maintien de cette disposition dans le Code des sociétés, assorti de son reclassement sous un nouveau chapitre, confirment au contraire

9. *Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, 1052/003, p. 6 ; *Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, 1050/07, p. 20.
10. *Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, 1052/003, p. 8.

la volonté du législateur belge de créer une nouvelle forme de restructuration des sociétés commerciales. Les contours précis de celle-ci doivent donc être déterminés.

Il est certes exact que la définition lapidaire des opérations assimilées aux fusion et scission partielles offerte par l'article 677 du Code des sociétés a de quoi laisser perplexe tout juriste consciencieux. Celle-ci se borne en effet à renvoyer aux définitions des différentes formes de fusion et de scission et à déroger à l'un des trois effets de ces opérations : la dissolution sans liquidation de la société transférante (article 682,1° du Code des sociétés). Seuls sont donc maintenus les effets suivants :

- « *les associés des sociétés dissoutes deviennent associés des sociétés bénéficiaires, le cas échéant conformément à la répartition prévue au projet de scission* » (article 682, 2° du Code des sociétés) ;
- « *l'ensemble du patrimoine actif et passif de chaque société dissoute est transféré aux sociétés bénéficiaires, le cas échéant conformément à la répartition prévue au projet de scission et dans le respect des articles 729 et 744* » (article 682, 3° du Code des sociétés).

Toutefois, l'application cumulée de ces deux effets aboutit nécessairement à ce que la société transférante n'ait plus de patrimoine propre puisque, d'une part, elle apporte l'intégralité de son patrimoine aux sociétés bénéficiaires et que, d'autre part, les actions émises par les sociétés bénéficiaires sont remises aux actionnaires de la société transférante. Or, une société sans patrimoine ne se conçoit pas.

Il convient donc d'interpréter l'article 677 du Code des sociétés à la lumière de son contexte et de s'efforcer de lui donner un sens raisonnable.

Pour que la société transférante puisse continuer d'exister, deux interprétations sont théoriquement concevables. Selon une première interprétation, dans le cadre des opérations assimilées à la fusion ou à la scission, les sociétés transférantes ne transfèreraient qu'une *partie* de leur patrimoine actif et passif ; une autre approche consisterait à soutenir qu'une partie des actions émises par les sociétés bénéficiaires en échange de l'intégralité du patrimoine de la société transférante serait remise à la société transférante[11].

Bien que théoriquement concevable, la seconde interprétation n'a fait l'objet, à notre connaissance, d'aucune application pratique ni n'a été envisagée par le législateur belge au cours des travaux préparatoires des différentes réformes législatives évoquées ci-dessus ; nous ne l'aborderons dès lors pas dans le cadre de la présente étude.

Au surplus, les travaux préparatoires de la loi du 16 juillet 2001 ont confirmé que c'est bien la première interprétation de l'article 677 du Code des sociétés qui

11. D. GARABEDIAN, *op. cit.*, p. 173, n° 10.

doit prévaloir ; la scission partielle implique dès lors le transfert d'une partie seulement du patrimoine de la société transférante[12].

2.2. Définition de la scission partielle – Exclusion de la fusion partielle

La doctrine contemporaine s'accorde sur la définition suivante de la scission partielle : « *l'opération par laquelle une société transfère sans dissolution une partie de son patrimoine, activement et passivement, à une ou plusieurs autres sociétés existantes ou à constituer en contrepartie de l'émission d'actions qui sont directement attribuées à ses actionnaires* »[13].

Il a été proposé de distinguer la fusion et la scission partielles selon que la société transférante apporte une partie de son patrimoine à une ou plusieurs sociétés bénéficiaires. En cas d'apport à une seule société, il s'agirait d'une fusion partielle tandis qu'en cas d'apport à plusieurs sociétés, l'on devrait plutôt parler de scission partielle[14].

Nous ne pensons pas que cette distinction soit utile. Au contraire, elle devrait logiquement conduire à ce que les fusions partielles soient régies par les seules dispositions procédurales relatives aux fusions proprement dites, alors qu'une fusion partielle ainsi définie impliquerait, comme la scission, une division du patrimoine. Ainsi, en cas de fusion partielle, le Code des sociétés serait muet quant à la solution à apporter lorsqu'un élément du patrimoine actif ou passif de la société transférante n'a pas été clairement attribué dans le projet de fusion alors que cette question est réglée en cas de scission (articles 729 et 744 du Code des sociétés) et ne prévoirait pas de solidarité entre la société scindée et la société bénéficiaire (article 686 du Code des sociétés).

Certes, la définition de la scission fait référence au transfert du patrimoine à *plusieurs sociétés* (articles 673 et 674 du Code des sociétés), tandis que la fusion à *une seule* société (articles 671 et 672 du Code des sociétés), de sorte que la

12. Un auteur propose de considérer au contraire que la société transférante transfère l'intégralité de son patrimoine mais qu'elle s'en attribue une partie à elle-même (M. WAUTERS, *op. cit.*, p. 286, n° 15). Il y aurait donc réel transfert de l'ensemble des éléments du patrimoine actif et passif. Il nous semble que cette interprétation n'apporte, par rapport à celle proposant le transfert d'une partie seulement du patrimoine, aucun avantage particulier. Elle n'est de surcroît pas conforme à l'interprétation donnée par le législateur à l'article 677 du Code des sociétés dans les travaux préparatoires de la loi du 16 juillet 2001 ; en effet, ces travaux préparatoires indiquent expressément que, dans le cadre d'une scission partielle, la partie de l'avoir social qui n'est pas apportée à la société bénéficiaire n'est pas transférée et demeure donc dans le patrimoine de la société transférante (*Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, 1052/003, p. 8). Enfin, la thèse proposée par M. Wauters paraît surtout poser quelques problèmes pratiques lors de la mise en œuvre d'une scission partielle (cf. par exemple, le transfert de droits immobiliers ou la détention d'actions propres par la société transférante, qui restent dans son patrimoine – cf. article 740, § 2 du Code des sociétés).

13. T. BLOCKERYE, H. VANGINDERTAEL et L. MERTENS, *op. cit.*, p. 175, n° 12.

14. D. GARABEDIAN, *op. cit.*, p. 177, n° 15.

proposition de distinction entre la fusion et la scission partielles peut paraître logique.

Néanmoins, dès lors que l'on admet qu'en cas d'opération assimilée à la scission, seule une partie du patrimoine de la société est transférée à une ou plusieurs société(s) existante(s) ou à constituer, la division du patrimoine qu'implique l'opération l'apparente *de facto* à une scission plutôt qu'à une fusion[15].

2.3. Les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de la scission partielle doivent-ils constituer une branche d'activités ?

Lors de l'introduction en droit interne des opérations assimilées à la scission, certains auteurs défendirent la thèse selon laquelle les éléments du patrimoine transférés à la (aux) société(s) bénéficiaire(s) devaient constituer une branche d'activités. Cette opinion était en grande partie fondée sur la position particulière qu'occupait l'article 174/65 dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, sous la section relative aux apports d'universalité et de branche d'activités[16].

Depuis l'entrée en vigueur du Code des sociétés, cette interprétation ne paraît plus pouvoir être défendue[17]. En effet, tout d'abord, le nouvel article 677 ne se trouve plus sous une section ou un chapitre relatif aux apports d'universalité ou de branche d'activités, de sorte que la parenté naturelle entre l'article 677 et ces opérations n'existe plus[18].

Ensuite, il n'est pas requis, dans le cadre d'une scission proprement dite, que les différents éléments d'actifs et de passifs transférés aux sociétés bénéficiaires constituent, chacun, des branches d'activités. Il serait donc illogique d'imposer cette condition aux opérations assimilées à la scission alors que ces dernières sont précisément régies par les mêmes dispositions du Code des sociétés[19].

---

15. D. GARABEDIAN reconnaît lui-même que l'application du régime des fusions aux « fusions partielles » est inadéquat (*ibid.*).
16. D. GARABEDIAN, *op. cit.*, p. 176, n° 14 et s. ; P. ERNST et J. VERSTRAELEN, *Réorganisations juridiques de sociétés : fusion, scission, scission partielle, apport de branche d'activités ou d'universalité de biens*, Bruxelles, Kluwer, p. 167, n° 232 ; M. DE MUYNCK, G. DE NEEF, Ch. AMAND, *Overdracht van ondernemingen – Fiscaal-juridische aspecten*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 329, n° 716.
17. Voir dans le même sens T. BLOCKERYE, H. VANGINDERTAEL et L. MERTENS, *op. cit.*, p. 178, n° 18.
18. M. DE MUYNCK, G. DE NEEF et Ch. AMAND, qui soutenaient que les éléments d'actif et de passif transférés devaient constituer une branche d'activités ont changé d'avis dans la nouvelle édition de leur ouvrage (M. DE MUYNCK, G. DE NEEF et Ch. AMAND, *Overdracht van ondernemingen – Fiscaal-juridische aspecten*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 386, n° 767). Par ailleurs, une question parlementaire confirme que, du point de vue du droit des sociétés, il n'est pas requis que les éléments d'actif et de passif transférés constituent une branche d'activités (*Doc. Parl.*, Séances plénières, 2001-2002, n° 2-148, p. 21.
19. Tout autre est bien entendu l'analyse de cette question sous l'angle de l'impôts sur les sociétés, →

2.4. Intérêt de la scission partielle – Limites des institutions voisines

Les différentes caractéristiques de la scission partielle offrent de nombreux avantages par rapport aux institutions voisines du droit des sociétés[20]:

- L'**absence de transfert de l'intégralité du patrimoine de la société scindée**, contrairement à ce qui prévaut en cas de scission ordinaire, permet, le cas échéant, de maintenir dans le patrimoine de la société transférante des éléments pour lesquels les formalités de transfert pourraient s'avérer lourdes ou contraignantes. Cet avantage est critique en matière environnementale (cf. permis d'exploitation, attestation de sol ...), fiscale (inscription auprès de l'administration de la TVA), ou plus généralement administrative (inscription au Registre des personnes morales, modification de l'immatriculation du parc automobile, autorisations diverses, ...). La société scindée peut également avoir intérêt à ne pas transférer certaines conventions, notamment si elles contiennent des clauses restreignant leur cessibilité, même en cas de transfert à titre universel [21].
- L'**absence d'exigence que les éléments du patrimoine actif et passif transférés constituent un branche d'activités**, est également avantageuse puisqu'elle permet de sélectionner, éventuellement un à un, les éléments de patrimoine transférés.
- Le **transfert à titre universel** des éléments du patrimoine actif et passif transférés à la (aux) société(s) bénéficiaire(s) qu'implique la scission partielle constitue, par rapport à un apport en société classique, un autre avantage clef de cette forme de restructuration puisque le transfert peut avoir lieu sans l'accord des créanciers.
- L'**attribution immédiate des actions émises par la (les) société(s) bénéficiaire(s) aux actionnaires de la société scindée** offre un double avantage par rapport aux apports de branche d'activités ou aux apports simples : tout d'abord, cette attribution directe permet de simplifier l'organigramme d'un groupe, en évitant de créer un étage supplémentaire d'actionnariat, ce qui facilite les flux financiers au sein de ce groupe. Ensuite, cela permet d'éviter la création d'une société hybride qui, à côté de ses activités opérationnelles (ses autres branches d'activités ou actifs non apportés) aurait des activités de holding. En cas d'apport simple ou d'apport de branche d'activités, ces écueils ne pourraient être évités qu'en procédant, lors d'une étape ultérieure de la

---

→ qui requiert essentiellement que la restructuration envisagée réponde, sur le plan économique, à des besoins légitimes, ou sous l'angle des droits d'enregistrement et de la TVA à une branche d'activités (consultez à cet égard T. BLOCKERYE, H. VANGINDERTAEL et L. MERTENS, *op. cit.*, p. 183, n° 37 et suivants ; P. DRIJKONINGEN et A. SOETAERT, Uns « scission partielle » doit-elle porter sur une branche d'activités ?, *Le Fisc.* 2001, n° 822, p. 3).

20. T. BLOCKERYE, H. VANGINDERTAEL et L. MERTENS, *op. cit.*, p. 176, n° 12 et s.
21. Pour d'autres avantages, voir D. GARABEDIAN, *op. cit.*, p. 166, n° 4.

réorganisation, à une distribution aux actionnaires des actions émises par la société bénéficiaire de l'apport, soit par la voie d'une réduction de capital, soit par la voie de la distribution d'un dividende.

3. Les conditions formelles de la scission partielle

Le Code des sociétés ne prévoit pas de régime particulier applicable aux seules scissions partielles. Il ne procède ni par renvoi à une liste de dispositions précises, ni par référence à certains chapitres ou sections et exemption des dispositions devenues sans pertinence (comme c'est le cas dans les Troisième et Sixième Directives). Au contraire, le Titre II du Livre XI du Code des sociétés relatif aux restructurations de sociétés contient l'intégralité de la réglementation des fusions, scissions et opérations assimilées. Il convient donc d'appliquer à la scission partielle toutes les règles du Chapitre I (« *Dispositions communes* ») et du Chapitre III (« *Procédure à suivre lors de la scission de sociétés* ») du Titre II dans la mesure où celles-ci sont compatibles avec le concept même de scission partielle, tel qu'envisagé par l'article 677 du Code des sociétés.

3.1. Faut-il cumuler l'application des dispositions relatives aux réductions de capital et de distribution de dividendes ?

Lors de l'adoption de l'article 174/65 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, certains auteurs préconisèrent l'application des règles relatives aux distributions de dividendes ou aux réductions de capital en cas de scission partielle[22].

En effet, en raison de la position particulière de l'ancien article 174/65 dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, sous la section relative aux apports d'universalité et de branche d'activités, ces auteurs assimilaient plus volontiers la scission partielle à un apport qu'à une scission proprement dite. Sur le plan de la procédure, ils en déduisaient que l'attribution des actions de la (des) société(s) bénéficiaire(s) aux actionnaires de la société partiellement scindée devait avoir lieu conformément aux dispositions relatives à la distribution de dividendes ou à la réduction de capital.

Depuis l'entrée en vigueur du Code des sociétés et la réorganisation des dispositions relatives à la restructuration des sociétés commerciales, l'article 677 est clairement dissocié des procédures d'apport d'universalité et de branche d'activités. L'intitulé du Titre II du Livre XI implique également que les opérations assimilées à la scission doivent être régies, au même titre que les

22. J. Lievens et P. Bevernage, *op. cit.*, p. 518, n° 48 ; pour le seul article 617 du Code des sociétés : T. Tilquin, Transfert d'une universalité ou d'une branche d'activités, *op. cit.*, p. 509, n° 63 ; M. De Muynck, G. De Neef, Ch. Amand, *op. cit.*, 1999, p. 330, n° 717.

fusions et scissions simples, par les seules dispositions de ce titre, et non par d'autres articles du Code des sociétés[23-24].

3.2. Procédure du Code des sociétés

3.2.1. Procédure à suivre pour procéder à une scission partielle

Les scissions partielles sont donc régies, *mutatis mutandis*, par les dispositions des Chapitres I et III du Titre II contenant la réglementation des fusions, scissions et opérations assimilées.

Ces dispositions ne sont naturellement pas spécifiquement adaptées à la scission partielle. En vue de leur interprétation, nous avons procédé *comme si la société scindée s'attribuait une partie de son patrimoine*, bien qu'en réalité les biens qu'elle « s'attribue » ne font l'objet d'aucun transfert.

Ce mode d'interprétation implique que les dispositions régissant la procédure de scission par absorption (Section I du Chapitre III) trouveront *toujours* à s'appliquer en cas de scission partielle puisque la société transférante, par définition, préexiste à la scission partielle. Les dispositions relatives à la procédure de scission par constitution de nouvelles sociétés (Section II du Chapitre III) ne devront être observées que si la scission partielle a lieu en faveur d'une ou de plusieurs sociétés nouvelles.

Les grandes étapes de la procédure à suivre en cas de scission partielle peuvent donc être synthétisées comme suit :

(a) Un projet de scission partielle doit être rédigé par les organes de gestion de la société scindée et de la (des) société(s) bénéficiaire(s) ; ce projet doit être déposé au greffe du tribunal de commerce six semaines au moins avant l'assemblée générale se prononçant sur la scission partielle (articles 728 et 742 du Code des sociétés) ;

(b) Dans chaque société, l'organe de gestion et le commissaire (ou un reviseur d'entreprises ou expert comptable désigné par les administrateurs ou gérants s'il n'y en a pas) doivent rédiger un rapport spécial sur la scission partielle (articles 730, 731, 745 et 746 du Code des sociétés) ;

(c) Ces rapports doivent être annoncés dans l'ordre du jour de l'assemblée générale se prononçant sur la scission partielle et communiqués aux actionnaires un mois au moins avant ladite assemblée (articles 733 et 748 du Code des sociétés) ;

(d) La scission partielle n'est approuvée que si la proposition de résolution réunit les trois quarts de voix au cours d'une assemblée générale à laquelle participe ou est représentée la moitié au moins du capital social (une

23. En tout état de cause, la plupart de ces formalités se recoupent : ainsi, la protection des créanciers est fort similaire en cas de scission et de réduction de capital.

24. Voir dans le même sens T. Blockerye, H. Vangindertael et L. Mertens, *op. cit.*, p. 177, n° 18 ; M. De Muynck, G. De Neef, Ch. Amand, *op. cit.*, 2004, p. 389, n° 768.

seconde assemblée peut, le cas échéant, être convoquée qui pourra se prononcer sans condition de quorum) (articles 736 et 751 du Code des sociétés) ;

(e) L'approbation de la scission partielle doit être constatée par acte authentique (articles 737 et 752 du Code des sociétés) ;

(f) La scission partielle est réalisée lorsque sont intervenues toutes les décisions concordantes au sein de toutes les assemblées intéressées et, le cas échéant, lorsque les sociétés nouvelles ont été constituées (articles 738, 753 et 754 du Code des sociétés).

(g) Les actions ou parts émises par la (les) société(s) bénéficiaire(s) en contrepartie de la part de patrimoine de la société scindée qui lui revient sont réparties entre les associés de la société scindée à la diligence et sous la responsabilité de l'organe de gestion de cette société au moment de la scission (articles 740, § 1 et 756, § 1 du Code des sociétés).

Nous ne développerons dans les sections suivantes que les points qui nous semblent mériter un commentaire particulier.

3.2.2. Eléments du patrimoine actif et passif à transférer

Le projet de scission partielle (articles 728 et 743 du Code des sociétés) doit notamment contenir la description et la répartition précise des éléments du patrimoine actif et passif à transférer à la (aux) société(s) bénéficiaire(s). Cette description peut en réalité se faire par masses et non dans le détail, sauf lorsqu'il s'avère utile de décrire précisément certains biens, droits ou obligations transférés afin d'éviter toute confusion[25].

Il importe, à ce titre, de décrire également les éléments du patrimoine actif et passif qui seront conservés par la société transférante. Les sociétés participant à la scission partielle peuvent procéder de deux manières à cet égard. Elles peuvent tout d'abord choisir d'énumérer les masses des éléments du patrimoine actif et passif qui seront conservées par la société scindée et celles qui seront attribuées à la (aux) société(s) bénéficiaires. Elles peuvent encore décrire *a contrario* ce que conservera la société transférante, en précisant que tous les biens qui ne seront pas expressément transférés à la (aux) société(s) bénéficiaire(s) seront conservés par la société transférante. Pour répondre aux exigences des articles 728 et 743, il importe cependant que cette dernière mention soit expresse, et non implicite, si telle est la volonté des sociétés participant à la scission partielle.

Les articles 729 et 744 du Code des sociétés, qui permettent de régler le sort des éléments du patrimoine non attribués dans le projet de scission, s'appliquent bien entendu si le projet de scission partielle ne permet pas de déterminer à

25. T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 180, n° 237.

quelle entité doivent être attribués certains éléments du patrimoine de la société transférante. En cas de scission partielle, la répartition des éléments du patrimoine a lieu entre la société scindée et la (les) société(s) bénéficiaire(s) de manière proportionnelle à l'actif net attribué à chacune de celles-ci.

3.2.3. Modification des statuts d'une société bénéficiaire

L'article 738 du Code des sociétés prévoit que les modifications éventuelles des statuts d'une société bénéficiaire, y compris les clauses qui modifieraient l'objet social, sont arrêtées immédiatement après la décision de participation à une scission aux conditions de présence et de majorité requises par le Code des sociétés, faute de quoi la décision de participation à la scission reste sans effet.

En cas de scission partielle, cette disposition s'applique également à l'éventuelle décision de modification des statuts de la société transférante. Cette solution est en effet logique si l'on interprète la procédure de scission comme si la société transférante s'attribuait une partie de son patrimoine.

3.2.4. Scission partielle en faveur d'une société actionnaire

L'article 740, § 2, 1° du Code des sociétés prévoit qu'aucune action ou part de la société bénéficiaire ne peut être attribuée en échange d'actions ou parts de la société scindée détenues par la société bénéficiaire elle-même ou par une personne agissant en son nom mais pour le compte de la société.

Cette disposition vise l'hypothèse où une partie du patrimoine de la société scindée est attribuée à une société qui détient une participation dans la société scindée.

Une telle opération a un effet proche de celui d'une distribution de dividende à un actionnaire sans qu'il soit besoin en l'espèce de respecter les contraintes de l'article 617 du Code des sociétés[26]. Lorsque l'actionnariat de la société en cause compte un actionnaire majoritaire important et des minoritaires, il conviendra de porter une attention particulière aux risques d'abus de majorité. En effet, l'approbation de la « distribution » découlant de la scission partielle ne requiert que les trois quarts des voix et n'est pas assortie de contraintes en matière d'égalité des actionnaires[27].

Le Code des sociétés ne prévoit pas de procédure simplifiée lorsqu'une scission partielle a lieu en faveur d'une société qui détiendrait l'intégralité du capital de la société scindée (contrairement aux opérations assimilées aux fusions par absorption, bénéficiant d'une procédure simplifiée régie par les

26. Aux termes de cette disposition, aucune distribution ne peut être faite lorsqu'à la date de la clôture du dernier exercice, l'actif net est ou deviendrait inférieur au montant du capital libéré augmenté de toutes les réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer.

27. Au contraire, cette contrainte existe en matière de réduction du capital (article 612 du Code des sociétés) ou de rachat d'actions propres (article 620, § 1, al. 1, 5°).

articles 719 à 727 du Code des sociétés). Néanmoins, les articles 734 et 749 du Code des sociétés permettent aux sociétés participant à la scission de renoncer, par un vote unanime et exprès à l'assemblée générale extraordinaire se prononçant sur la scission, aux formalités de rapport des organes de gestion et des commissaires des sociétés participant à la scission.

3.2.5. Sort des actions propres

Les articles 740, § 2, 2° et 756, § 2 du Code des sociétés disposent qu'aucune action ou part de la société bénéficiaire ne peut être attribuée en échange d'actions ou parts de la société scindée détenues par la société scindée elle-même ou par une personne agissant en son nom propre ou pour le compte de la société.

Ces dispositions ne s'appliqueront, dans le cas de la scission partielle, que si les actions propres détenues par la société scindée sont transférées à une société bénéficiaire. Au contraire, la société scindée pourrait décider de conserver ses actions propres en l'indiquant dans le projet de scission partielle, auquel cas celle-ci se verra attribuer, au même titre que ses actionnaires, des actions de la société bénéficiaire. Ainsi, la société scindée détiendra, outre ses actions propres dont la valeur aura diminué[28], des actions de la société bénéficiaire.

Nous pensons donc que l'article 677 du Code des sociétés, en ce qu'il prévoit que certaines des sociétés transférantes continuent d'exister, permet d'écarter l'application des articles 740, § 2, 2° et 756, § 2 du Code des sociétés dans la mesure où la société scindée conserve ses actions propres.

3.2.6. Approbation des comptes annuels de la société scindée pour l'exercice social en cours

Les articles 741 et 757 du Code des sociétés prévoient que les comptes annuels de la société scindée pour la période comprise entre la clôture du dernier exercice et l'entrée en vigueur de la scission doivent être préparés par l'organe de gestion de ladite société scindée et soumis à l'assemblée générale de chacune des sociétés bénéficiaires.

Ces dispositions perdent toute pertinence une fois que la société scindée continue d'exister : d'une part, la société scindée n'a plus d'intérêt à préparer ses comptes annuels à la date de l'entrée en vigueur de la scission, puisqu'elle poursuit ses activités après cette date et d'autre part, l'assemblée générale de la société scindée peut approuver elle-même ses comptes annuels puisqu'elle doit encore se réunir à la date statutairement prévue.

28. A la suite de la scission partielle, la société scindée devrait, à notre avis, acter une réduction de valeur sur les actions propres qu'elle détient en portefeuille (article 45, al. 2 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001) et réduire, en proportion, la réserve indisponible constituée conformément à l'article 623, al. 1 du Code des sociétés.

Nous pensons donc que l'article 677 du Code des sociétés, en ce qu'il prévoit que certaines des sociétés transférantes continuent d'exister, permet d'écarter l'application des articles 741 et 757 du Code des sociétés.

3.3. Aspects comptables

D'après les travaux préparatoires de la loi précitée du 16 juillet 2001, le Gouvernement doit encore prendre « *les initiatives requises pour que la scission partielle soit également considérée comme une opération neutre sur le plan comptable (conformément au principe de continuité)* »[29]. Il nous semble cependant que la clef d'interprétation que nous avons proposée pour la procédure de la scission partielle (en interprétant les dispositions du Code des sociétés et de son arrêté d'exécution *comme si la société scindée s'attribuait une partie de son patrimoine*) permet d'ores et déjà de résoudre le traitement comptable de la scission partielle.

Dès lors, le traitement comptable de la scission partielle sera régi, comme la scission proprement dite, par l'article 80 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés, qui renvoie aux articles 78 (fusion par absorption) et 79 (fusion par constitution d'une nouvelle société) du même arrêté[30].

Une fois encore, nous proposons d'interpréter ces dispositions en procédant *comme si la société scindée s'attribuait une partie de son patrimoine.*

Les points suivants nous semblent soulever des questions particulières.

3.3.1. Principe de continuité comptable

Conformément à l'article 78, § 2 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001, les éléments de l'actif et du passif de la société scindée doivent être repris dans la comptabilité des sociétés bénéficiaires à la valeur pour laquelle ils figuraient dans la comptabilité de la société scindée à la date à partir de laquelle la scission partielle sera considérée comme accomplie d'un point de vue comptable.

Le principe de continuité comptable implique donc que l'addition de chaque poste des fonds propres de la société scindée et de chacun de ceux des sociétés bénéficiaires, avant scission partielle, devra être égale à l'addition de ces mêmes fonds propres, après scission partielle[31].

Les fonds propres transférés à la (aux) société(s) bénéficiaire(s) et ceux

29. Doc parl. Chambre, 2000/2001, n° 1052/003, p. 7.
30. Voir dans le même sens (mais sur la base d'un autre raisonnement) T. BLOCKERYE, H. VANGINDERTAEL et L. MERTENS, *op. cit.*, p. 180, n° 23 et Avis 166/2 de la Commission des Normes Comptables (Mai 2002), www.accountancy.be.
31. M. DE WOLF, « Les aspects comptables et révisoraux du nouveau droit des fusions et scissions de sociétés » in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles, Bruylant-Academia, 1994, p. 289 et spéc. p. 301, n° 21.

conservés par la société scindée seront déterminés sur la base du rapport entre l'actif net comptable transféré ou conservé et l'actif net comptable total de la société scindée avant scission partielle[32].

L'article 78, § 4 prévoit la possibilité d'ajuster le montant de ces postes après scission partielle lorsque, compte tenu du rapport d'échange et de la valeur nominale ou du pair comptable des actions attribuées en contrepartie, le montant de capital dont la société bénéficiaire est augmenté est plus élevé que la part du capital social transférée. Ainsi, si le montant du capital est plus élevé, la différence est prélevée, selon les modalités décidées par l'assemblée générale, sur les autres éléments des fonds propres. Si au contraire, le montant du capital est moins élevé, la différence est portée en prime d'émission.

Cette faculté peut également être utilisée par la société scindée si elle souhaite ajuster la valeur nominale ou le pair comptable de ses actions après scission partielle.

3.3.2. Annulation des actions propres et de la réserve indisponible de la société scindée

Les actions propres et la réserve indisponible y corrélative de la société scindée ne devront être annulées, conformément à l'article 78, § 3 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001, que si ces actions font partie des éléments du patrimoine actif transféré à la (aux) société(s) bénéficiaire(s) (cf. *supra* point 3.2.5).

3.3.3. Actions de la société scindée détenues par la société bénéficiaire

L'article 78, § 6 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 prévoit que les actions de la société scindée détenues par la société bénéficiaire sont annulées lors de la scission.

Cette disposition, qui puise sa justification dans le fait que la société scindée est dissoute sans liquidation au moment de l'entrée en vigueur de la scission, perd toute pertinence une fois que la société scindée continue d'exister et ne doit donc pas être observée en cas de scission partielle.

3.2.4. Diminution de valeur des actions de la société scindée et comptabilisation des actions nouvelles émises par la (les) société(s) bénéficiaire(s)

L'article 41, § 2 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 commande que les nouvelles actions émises par les sociétés bénéficiaires et celles de la société scindée soient portées dans les comptes des actionnaires de la société scindée à la valeur pour laquelle les actions et parts de la société scindée y figuraient avant la scission partielle.

32. T. BLOCKERYE, H. VANGINDERTAEL et L. MERTENS, *op. cit.*, p. 180, n° 22.

Il conviendra donc d'acter une réduction de valeur sur les actions de la société scindée, réduction de valeur qui sera compensée par les nouvelles actions émises par la (les) société(s) bénéficiaire(s) de la scission partielle et l'éventuelle soulte.

3.4. Effets de la scission partielle

3.4.1. Subsistance de la société scindée, attribution des actions aux associés de la société scindée et transfert à titre universel

Les effets de la scission décrits à l'article 682 du Code des sociétés sont également ceux de la scission partielle (cf. *supra* point n° 2.1), à l'exception bien entendu de la dissolution sans liquidation de la société scindée puisque la particularité de la scission partielle réside dans le fait que la société scindée continue d'exister.

Les associés de la société scindée se verront donc attribuer, outre les actions ou parts de la société scindée qu'ils conservent, des actions nouvelles émises par la (les) société(s) bénéficiaire(s) conformément à la répartition prévue par le projet de scission partielle.

Seule la partie du patrimoine actif et passif attribuée à la (aux) société(s) bénéficiaire(s) dans le projet de scission partielle est transférée à cette (ces) société(s).

Comme la société scindée continue d'exister, il importe que les éléments du patrimoine actif et passif de la société scindée transférés à la (aux) société(s) bénéficiaire(s) ne mettent pas en péril son existence. Notamment, la société scindée devra continuer de répondre, après scission partielle, aux exigences de capital minimum si elle est une société à responsabilité limitée.

3.4.2. Opposabilité aux tiers

Comme le prévoit l'article 683 du Code des sociétés, la scission partielle est opposable aux tiers à partir du jour de sa publication aux Annexes du Moniteur belge.

Le transfert, dans le cadre de la scission partielle, des droits réels immobiliers ou concédés sur des navires ainsi que des droits intellectuels ne seront cependant opposables aux tiers que dans les conditions particulières prévues par les lois spéciales qui régissent ces opérations.

Au contraire, si ces droits sont conservés par la société scindée, ce fait ne devra faire l'objet d'aucune publicité particulière.

3.4.3. Fixation des sûretés et responsabilité

Les règles spéciales de protection des créanciers, qui leur offrent la possibilité

d'exiger une sûreté, sont applicables en cas de scission partielle (article 685 du Code des sociétés).

De même, la règle de solidarité des sociétés bénéficiaires d'une scission, à concurrence de l'actif net qui leur a été transféré, s'applique également en cas de scission partielle. La société scindée, qui conserve une partie de son patrimoine, doit également être tenue solidairement des dettes certaines et exigibles au jour de la publication de la scission partielle aux Annexes du Moniteur belge (article 686 du Code des sociétés).

4. Conclusion

A l'issue de la présente contribution, nous pensons que non seulement la scission partielle existe en tant que telle dans notre arsenal juridique, mais encore que son régime est suffisamment clairement défini par renvoi aux règles gouvernant les scissions classiques si l'on applique ces dernières en procédant *comme si la société scindée s'attribuait une partie de son patrimoine*.

Il est néanmoins certain que le libellé de l'article 677 du Code des sociétés pêche par manque de clarté et que seules une pratique et une doctrine inventives ont pu lui insuffler un contenu réel. Dans la mesure où la pratique lui a reconnu pour seul contenu celui de la scission partielle, et où le législateur a lui-même admis que la fusion partielle n'avait jamais été concrétisée par la pratique (voir *supra* point n° 1.2), il serait utile qu'une modification législative en prenne acte en remplaçant le texte de l'article 677 du Code des sociétés par une définition de la seule scission partielle et un renvoi au régime des scissions. Une telle réforme est d'autant plus nécessaire que les restructurations des sociétés commerciales sont susceptibles de toucher à l'intangibilité du capital social, domaine où l'insécurité juridique n'est jamais bonne compagne [33].

33. La rédaction de la présente contribution a été achevée le 10 août 2004.

La théorie de l'organe

Valérie SIMONART
Avocate au Barreau de Bruxelles,
Chargée de cours à l'Université Libre de Bruxelles

1. Introduction

En droit des personnes morales, l'organe a une double signification. D'une part, il désigne une fonction prévue par la loi organique de chaque type de personne morale, impartie à une ou plusieurs personnes désignées par ou conformément à cette loi et destinée à permettre à la personne morale d'exprimer sa volonté en son sein (idée de gestion) ou vis-à-vis de l'extérieur (idée de représentation). D'autre part, par métonymie, l'organe désigne aussi la ou les personnes qui assument cette fonction. À côté de cette signification technique, il y a aussi un sens général : « *instrument d'une fonction ; rouage d'une organisation ; éléments qui, liés à la structure d'une institution, en assurent le fonctionnement, par leur action combinée* »[1].

Le Professeur Coipel a invité à se livrer à un réexamen radical de la théorie de l'organe, essentiellement pour trois ordres de motifs : elle serait mise à l'écart dans de nombreux cas ; elle ne serait pas un complément indispensable à la technique de la personnalité morale ; elle se révélerait comme une construction théorique simpliste et artificielle. « *L'incarnation organique perpétue ... l'approche anthropomorphique ... à côté de ces contorsions, le mystère de la Sainte Trinité semble un jeu d'enfant* »[2]. Entendant limiter le concept d'organe à sa fonction de rouage social, il souhaite le faire tomber de son piédestal au profit d'une théorie de la représentation des groupements dotés de la personnalité morale, qu'il reste à édifier[3].

Je pense pourtant que la théorie de l'organe participe de l'essence de la personnalité morale, même en ce qui concerne la représentation de la personne morale[4].

Dans un premier temps, je rappellerai comment la théorie de l'organe s'est

1. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F., v° *Organe*, sous 1.
2. M. COIPEL, « Introduction au droit des sociétés et autres groupements », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., Titre I – Livre 11.1, Kluwer, 2002, n° 0.90.
3. *Id.*, n° 095.
4. Pour un exposé général de la théorie de l'organe, v. p. ex. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, Kluwer, 1996, n^{os} 917 et s. ; P. KILESTE et C. BERTSCH, « Le statut des administrateurs et gérants des sociétés anonymes, sociétés privées à responsabilité limitée et sociétés coopératives à responsabilité limitée », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., Livre 22.1, Kluwer 2002.

dégagée (A). Ensuite, j'analyserai, en droit positif, les fonctions des organes (B) et le principe d'absorption (C). L'éclatement des pouvoirs au sein des personnes morales crée assurément une insécurité juridique mais la théorie de l'organe inspire des remèdes pour les autres théories de la représentation (D), ce qui en fait une théorie phare de la représentation (E).

J'examinerai surtout le régime des sociétés anonymes mais les principes dégagés valent également pour les organes des autres personnes morales.

A. Historique

2. Observation préliminaire

Les modes d'organisation des sociétés sont d'abord une création de la pratique : ils se sont développés en fonction des nécessités de la vie des affaires et ce n'est qu'après coup que des théories ont été élaborées pour expliquer les fonctions d'administrateur.

La notion d'organe est apparue fort tard. Ainsi, les premières lois sur les sociétés n'y font guère d'allusion.

C'est d'ailleurs exactement le même processus qui s'est produit pour la personnalité morale.

3. Premières sociétés de capitaux

Le mode d'organisation des premières sociétés de capitaux variait très fort d'une société à l'autre, en fonction de leur charte constitutive.

Aux XVII[e] et XVIII[e] siècles, on trouvait des administrateurs, et puis des directeurs chargés de la gestion quotidienne, dont parfois un ou plusieurs directeurs réunis au sein d'une direction générale chapeautant des directeurs ordinaires ou des directions particulières ; des syndics représentant les actionnaires surveillaient les administrateurs et des commissaires aux comptes contrôlaient les comptes[5]. Il n'y avait pas toujours une assemblée générale et, s'il y en avait une, elle ne se composait pas nécessairement de tous les actionnaires, mais parfois uniquement des fondateurs, ou de ceux qui avaient au moins un certain nombre d'actions, ou encore des administrateurs ...[6].

Historiquement, la notion d'administrateur précède donc celle de l'assemblée générale des actionnaires.

---

5. H. Lévy-Bruhl, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII[e] et XVIII[e] siècles*, Paris, Les Editions Domat-Montchrestien, 1938, pp. 199 et s.
6. H. Lévy-Bruhl, *op. cit.*, pp. 191 et s.

À l'époque, on ne parlait pas d'organe, ou alors dans un sens tout à fait vague et général.

La situation changea peu à cet égard au début du XIX[e] siècle : les sociétés étaient administrées par des administrateurs, des directeurs ou des administrateurs généraux ; il y avait aussi des syndics et des commissaires.

La matière continuait à se caractériser par une grande variété, liée notamment au régionalisme[7].

4. Code de commerce de 1807

Le Code de commerce de 1807 consacrait deux dispositions aux administrateurs : aux termes de l'article 31, la société anonyme « *est administrée par des mandataires à temps révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits* » et, aux termes de l'article 32, « *les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société* ».

Si l'article 32 exonérait expressément les administrateurs de leur responsabilité pour les engagements de la société, c'est parce que, traditionnellement, les administrateurs étaient associés ; comme en droit commun, les associés étaient personnellement responsables des engagements de la société, il eût pu être tentant de soutenir que les administrateurs également associés répondaient des engagements de la société[8].

L'exonération de responsabilité ne valait cependant que vis-à-vis des tiers : dans leurs rapports envers la société, les administrateurs engageaient leur responsabilité pour mauvaise exécution de leur mandat.

Le Code de commerce n'organisait pas d'assemblée générale des actionnaires et les assemblées générales du XIX[e] siècle se distinguaient fort des assemblées générales d'aujourd'hui, ne serait-ce que par les restrictions d'accès[9].

5. Recours au mandat

Quand il s'est agi de conceptualiser les fonctions d'administrateur, on a naturellement pensé au mandat, plus précisément, à un mandat conféré par les actionnaires car, à l'époque, les notions de personnalité morale et d'assemblée générale des actionnaires ne s'étaient pas encore nettement dégagées[10].

---

7. A. Lefebvre-Teillard, *La société anonyme au XIX[e] siècle*, Paris, P.U.F., 1985, pp. 259 et s.
8. E. Persil, *Des sociétés commerciales*, Paris, 1833, pp. 128-129.
9. A. Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, pp. 352 et s.
10. Voir A. Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, p. 311 ; H. Lévy-Bruhl, *op. cit.*, p. 121.

À l'origine, le mandat dont étaient investis les administrateurs correspondait donc à un mandat conféré par les associés conformément au droit civil.

Ainsi, le mandat dont question aux articles 31 et 32 du Code de commerce était le mandat réglementé par le Code civil, qui avait été adopté trois ans plus tôt[11].

Cette conception a progressivement évolué, sous une double influence : d'une part, la conceptualisation de la personnalité morale (*infra*, § 6) et, d'autre part, l'affinement de la condition juridique des fonctionnaires (*infra*, § 7).

6. Conceptualisation de la notion de personnalité morale

Dans le courant du XIX^e^ siècle, la notion de personnalité morale, contenue en germe dans les Codes Napoléon, s'est conceptualisée[12].

Parallèlement, l'idée s'est lentement dégagée que, dans les sociétés anonymes, les administrateurs sont les mandataires de la société et non des actionnaires[13]. Dès la seconde moitié du XIX^e^ siècle, il est acquis dans la jurisprudence que les administrateurs ne sont pas les mandataires des actionnaires mais de la société[14].

Pourtant, des difficultés pratiques se posaient à propos de la passation des actes authentiques. Comme les procurations pour les actes authentiques doivent également être passées en la forme authentique, des conservateurs des hypothèques exigeaient des administrateurs de sociétés anonymes une procuration authentique et la constatation authentique de leur nomination, comme s'ils étaient des mandataires ordinaires[15].

En 1873, le législateur a voulu condamner cette pratique : « *Dans quels cas la loi exige-t-elle un mandat authentique ? Dans le cas où celui qui peut agir n'agit pas par lui-même, lorsqu'il recourt à l'intervention d'un tiers ; mais les administrateurs des sociétés ne sont pas des tiers qui interviennent pour une société : d'après nos lois, les sociétés constituent des personnalités juridiques. Ces personnalités sont organisées par la loi ; quand les administrateurs interviennent, ce ne*

11. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, pp. 295 et s.
12. Voir V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, n^os^ 12 et s., pp. 15 et s.
13. V. p. ex. les ambiguïtés de MALEPEYRE et JOURDAIN, *Traité des sociétés commerciales*, Paris, Mansut-Fils, Libraire éditeur, 1833, qui commencent par affirmer que les administrateurs reçoivent mandat des associés (p. 219), écrivent ensuite de façon plus nuancée que les actionnaires se réunissent en assemblée générale – qui est « *en quelque sorte la société personnifiée* » – pour nommer les administrateurs (p. 220) et concluent, sur un ton tout à fait moderne, que le droit de révocation appartient à la société représentée par l'assemblée générale (p. 234).
14. V. p. ex. Cass., 17 juin 1864, *Pas.*, 1865, I, p. 37 (à propos de l'*actio mandati*).
15. J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique. Commentaire de la loi du 18 mai 1873*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2^e^ éd., 1882, n° 345, p. 344 ; G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit commercial belge*, t. II, *Des sociétés commerciales*, Namur, Jacques Godenne, 1899, p. 196, n° 4 sous l'article 13 ; P. NAMUR, *Le Code de commerce belge révisé*, t. II, 2^e^ éd., Bruylant, 1884, n° 855, p. 57.

sont pas des tiers qui interviennent pour la société, c'est la société elle-même qui agit, par ses seuls organes légaux, par le seul mode d'action directe qu'elle possède (...). Quand l'administration de la société agit, c'est la société elle-même qui agit par la voie la plus directe : c'est sortir de la vérité juridique que de la considérer comme agissant par des tiers »[16].

La loi du 18 mai 1873 qualifiait encore les administrateurs de mandataires mais le mandat dont ils étaient investis ne correspondait plus tout à fait au mandat du Code civil. « *Quand on traite avec l'administrateur compétent, on traite, non avec un mandataire, mais avec la société elle-même. L'administrateur n'est pas plus le fondé de procuration de la société, que le collège des bourgmestre et échevins ne l'est de la commune, ou qu'un ministre ne l'est de son département* »[17]. « *Les gérants ou administrateurs sont les représentants directs ou les organes de la société ; on ne doit pas les confondre avec les mandataires ordinaires qui agissent au nom d'autres* »[18].

« *C'est donc la société qui agit elle-même par la voie la plus directe en ce sens qu'on peut dire que* ***les administrateurs ne sont pas les mandataires de la société vis-à-vis des tiers*** *et qu'ils ne sont jamais les mandataires des associés. Mais dans les rapports avec la société, les administrateurs sont ses mandataires* »[19].

Fidèle à la terminologie de la loi, la doctrine continua cependant à se servir du mandat pour qualifier les fonctions des administrateurs.

7. Affinement de la condition juridique des fonctionnaires

Dans un autre domaine, celui du droit administratif, on se rendit assez vite compte que la notion de mandat était inadéquate pour qualifier les fonctions des agents publics. « *La fonction publique n'est pas un* mandat *; en effet, la plupart du temps, le fonctionnaire n'a pas qualité pour représenter l'administration dans des actes juridiques. D'autre part, le mandataire accomplit des actes que le mandant aurait eu le droit de remplir lui-même alors qu'en bien des circonstances, l'autorité qui nomme un fonctionnaire ne pourrait accomplir les actes en vue desquels le fonctionnaire est désigné ; par exemple, le Roi qui nomme les juges et les bourgmestres, ne pourrait prononcer un jugement ou prescrire dans une commune des mesures de police. Le fonctionnaire est l'*organe *de l'administration (...) un organe est tout autre chose qu'un mandataire* »[20].

16. Ann. Ch. repr., séance du 20 novembre 1872, pp. 34 et 35 (intervention de M. PIRMEZ) ; GUILLERY, *Commentaire législatif*, III, n° 526 ; voir aussi BELTJENS, t. II, p. 196, n° 5 sous l'article 13.
17. GUILLERY, t. I, n° 345, p. 345.
18. BELTJENS, t. II, p. 126, n° 2, sous l'article 13.
19. BELTJENS, t. II, p. 285, sous l'article 44 ; voir aussi p. 301, n° 8, sous l'article 52 (le mandat est donné uniquement par la société considérée comme personne morale).
20. M. VAUTHIER, *Précis du droit administratif de la Belgique*, 3e éd., par M. VAUTHIER, t. I, Bruxelles, Larcier, 1950, n° 65, pp. 103-104.

La Cour de cassation en tira les conséquences logiques en consacrant la responsabilité directe de l'État pour les fautes de ses organes[21].

Quand, au XX^e siècle, les auteurs commercialistes ont analysé les fonctions des administrateurs en contestant qu'il s'agissait d'un véritable mandat, ils ont emprunté la notion d'organe au droit administratif[22].

B. Fonctions des organes

8. Fonction d'expression collective des personnes morales

Comment une personne morale peut-elle s'exprimer ?

Les membres de la personne morale peuvent conférer un mandat à une personne mais, sans l'intervention d'une autre institution juridique, ils ne peuvent le faire qu'en leur propre nom, et non au nom de la personne morale. C'est d'ailleurs de cette manière que les choses se sont passées avec les premières sociétés de capitaux (*supra*, § 5), ce qui a abouti à une impasse (*supra*, § 6).

En outre, certaines personnes morales n'ont pas de membres.

Quant à la personne morale elle-même, elle ne peut conférer directement un mandat à une personne physique en faisant l'économie de toute autre institution juridique : conférer un mandat, c'est déjà s'exprimer et la question consiste précisément à déterminer comment une personne morale peut s'exprimer.

Cette institution juridique, c'est la théorie de l'organe : les associés réunis en assemblée générale peuvent nommer des administrateurs ou gérants de la personne morale ; l'organe de gestion, ainsi constitué, peut, en vertu de la loi, soit exprimer la position de la personne morale, soit désigner un mandataire.

En dépit des errements historiques, l'organe précède toujours le mandataire, par une nécessité logique. Même si la volonté de la personne morale s'exprime parfois en dehors du canal des organes, ceux dont elle émane occupent toujours leur situation dans la société du fait des organes.

9. Expression de la volonté interne et externe

Au sein d'une personne morale, en principe, la volonté se forme d'abord et s'exprime ensuite : par exemple, le conseil d'administration d'une société ano-

21. Cass., 5 nov. 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193.

22. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. IV, Gand, Editions Fecheyr, 1950, n° 67, p. 148 et n° 81, p. 182 ; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, Bruylant, 1954, n° 369 et n° 372, p. 262.

nyme décide d'acheter un immeuble et deux administrateurs signent le contrat d'achat.

On ne peut réduire la fonction d'organe, ni à son rôle de gestion, ni à son rôle de représentation : elle recouvre les deux rôles, même si certains types d'organes n'exercent que l'un ou l'autre de ces rôles[23].

Certes, il se produit parfois des raccourcis, voire des courts-circuits.

Des raccourcis : l'administrateur-délégué d'une société anonyme achète un nouvel ordinateur. Forcément, il a pris une décision avant de signer le bon de commande mais il ne l'a pas actée avant de la mettre en œuvre. Ce type de raccourci ne soulève aucun problème.

Des courts-circuits : deux administrateurs chargés de la représentation d'une société anonyme signent un contrat sans être couverts par une décision préalable du conseil d'administration. Ce contrat lie la société en raison d'une disposition du Code des sociétés (C. soc., art. 522, § 2) mais ces deux administrateurs, qui n'ont pas de pouvoir de gestion, ont agi irrégulièrement et engagent, le cas échéant, leur responsabilité envers la société.

10. Identification à la personne morale

De par ses fonctions, l'organe s'identifie à la personne morale : tant qu'il reste dans le cadre de ses fonctions, ses faits et ses actes sont ceux de la personne morale[24]. L'idée d'absorption est donc au centre de la théorie de l'organe[25]. Si certains n'ont pas résisté à la tentation de comparer l'organe « *à la tête qui pense*

23. Ainsi, l'assemblée générale a un rôle de gestion, même s'il est extrêmement limité ; elle a également le pouvoir de désigner un mandataire *ad hoc* dans certaines hypothèses de conflits d'intérêts (pour la société privée à responsabilité limitée, article 260 du Code des sociétés ; pour la société anonyme, voir Mons, 12 mars 1996, *Rev. prat. soc.*, 1996, p. 300 ; P.-A. Foriers, « Les situations de blocage dans les sociétés anonymes », *R.D.C.*, 1992, p. 471, n° 11).

24. Cass., 16 déc. 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 723, *Rev. prat. soc.*, 1949, p. 130, obs. C. Cambier ; Cass., 19 févr.1955, *Pas.*, 1955, I, p. 659 ; J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, Acco, 1975, n° 292, p. 152 ; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, vol. I, 4ème éd., par J.-P. Masson, Bruylant, 1990, n° 402B, pp. 407 et s. ; F. Glansdorff, « Réflexions sur la théorie de l'organe », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruylant, 1991, p. 61 ; P. Kileste et C. Bertsch, *op. cit.*, n° 400.

25. Conclusions de M. le Procureur général Mesdach de ter Kiele sous Cass., 1er déc. 1881, *Pas.*, 1881, I, p. 415, spéc. p. 417 (« *lors donc qu'un agent de la commune contracte pour celle-ci dans l'étendue de ses pouvoirs, quelque degré qu'il occupe dans la hiérarchie, depuis le bourgmestre jusqu'au dernier des cantonniers ..., sa personnalité s'efface devant celle de la commune qui l'absorbe et la résume en elle-même ; c'est toujours la municipalité qui agit, poursuite et diligence d'un de ses représentants en titre, ayant qualité à cet effet* ») ; I. Corbisier, « Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale », *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 14.

et au bras qui agit »[26], cette idée n'a, en soi, rien d'anthropomorphique[27] : l'acte d'une personne est simplement imputé à une autre.

11. Le cas du commissaire

Les lois organiques des diverses personnes morales réglementent les diverses fonctions qui doivent être remplies au sein de la personne morale ainsi que la manière de les remplir mais ne précisent pas toujours qui est « *organe* ». C'est donc la doctrine qui a déterminé quels sont les organes. L'inventaire classique ne soulève pas de problèmes, sous réserve du commissaire, auquel, jusqu'à présent, on s'accordait à reconnaître la qualité d'organe[28].

Le Professeur Coipel voit dans le cas du commissaire le « *comble de l'artifice* ». Organe de la société, il est censé s'identifier à elle et exprimer sa volonté. Mais de quelle volonté s'agit-il puisque la mission confiée est un contrôle externe ?[29].

Il a raison.

Le problème tient à ce que le terme « *organe* » a plusieurs sens.

Comme indiqué ci-avant (*supra*, § 1), outre son sens technique de fonction permettant à une personne morale de s'exprimer, le terme « *organe* » a aussi un sens général, courant, de rouage d'une organisation[30].

Or, on utilise souvent le terme « *organe* » à la fois dans le sens technique et dans le sens général, sans faire la distinction. Ainsi, la première directive impose des mesures de publicité pour les personnes qui, en tant qu'organe légalement prévu, participent à la surveillance et au contrôle de la société (art. 2.1.d.ii) (sens général), et vise dans d'autres dispositions les personnes qui engagent la société en tant qu'organes (sens technique).

Le commissaire répond à la définition d'organe au sens général : le conseil d'administration prépare les comptes, le commissaire les contrôle et l'assemblée générale les approuve ; le conseil d'administration comme le commissaire doivent intervenir pour que l'assemblée générale puisse régulièrement se prononcer.

Mais la théorie de l'organe ne concerne que les organes au sens technique, soit ceux qui expriment la volonté de la société. Comme le souligne le Professeur Coipel, le commissaire n'exprime pas la volonté de la personne morale. Il va

---

26. Voir les auteurs cités in V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, p. 34, note 91.
27. *Contra* : M. COIPEL, *op. cit.*, in *Guide juridique de l'entreprise*, n° 0.90, qui qualifie l'approche d'anthropomorphique, mais après avoir évoqué le dogme chrétien de l'incarnation, ce qui est effectivement une approche anthropomorphique.
28. VAN RYN et HEENEN, t. I, n° 657, p. 417 ; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n° 297, p. 155 et n° 304, p. 159 ; T. TILQUIN et V. SIMONART, t. I, n° 928.
29. M. COIPEL, *op. cit.*, in *Guide juridique de l'entreprise*, n° 0.90.
30. Voir aussi, pour cette utilisation ambiguë du terme « *organe* », FRÉDÉRICQ, t. V, n° 461, p. 654 ; VAN RYN et HEENEN, t. II, n° 656, p. 416.

même parfois à l'encontre de cette volonté lorsqu'il fait des réserves sur les comptes préparés par le conseil d'administration et que l'assemblée générale approuve néanmoins ces comptes. N'exprimant pas la volonté de la personne morale, il ne répond pas à la définition d'organe au sens technique.

La circonstance que la loi impose l'intervention du commissaire dans le processus d'approbation des comptes annuels et lui reconnaisse des pouvoirs d'ingérence dans le fonctionnement de la société, comme celui de convoquer l'assemblée générale de la société anonyme (C. soc., art. 532)[31], ne suffit évidemment pas à en faire un organe au sens technique. La loi prévoit l'intervention d'autres personnes pour parfaire certaines décisions ou assurer le bon fonctionnement de la société : par exemple, dans les sociétés qui n'ont pas de commissaire, un réviseur d'entreprises désigné par le conseil d'administration doit établir un rapport préalable sur les apports en nature avant que l'assemblée générale puisse voter l'augmentation de capital (C. soc., art. 602) ; dans certains cas, le tribunal peut nommer le ou les liquidateurs (C. soc., art. 182, § 3, art. 343) ; dans les sociétés en liquidation, la décision de transfert du siège social ne peut sortir ses effets qu'après avoir été homologuée par le tribunal (C. soc., art. 183, § 3). Or, personne n'a jamais songé à reconnaître la qualité d'organe au réviseur non-commissaire ou au tribunal.

12. L'organe n'est pas un mandataire

Si, aujourd'hui encore, la doctrine[32], la jurisprudence[33] et même la loi[34] qualifient parfois de mandat la fonction de l'organe et de mandataires les personnes investies de ces fonctions et, plus précisément, les administrateurs et les liquidateurs, ce n'est qu'une approximation : le mandat est un contrat entre deux personnes par lequel la première, appelée mandant, charge la seconde, appelée mandataire, d'accomplir un acte juridique pour son nom et pour son compte ; l'organe est une fonction de gestion ou de représentation organisée par la loi organique de chaque personne morale et exercée par des personnes désignées par ou conformément à la loi.

Le point commun se limite donc à la possibilité d'accomplir des actes juridiques pour la personne morale.

---

31. Sous l'empire des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, le commissaire pouvait même, en cas de décès, d'incapacité ou d'empêchement du gérant, désigner un administrateur dans la société en commandite par actions (art. 115) ; ce pouvoir appartient désormais au président du tribunal de commerce (C. soc., art. 660).
32. Voir p. ex. B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen*, Biblo, 1996, pp. 12 et s.
33. Voir p. ex. Cass., 16 févr. 2001, *Bull.*, 2001, n° 94.
34. Voir p. ex. articles 518, § 3, 519, alinéa 2, et 527 du Code des sociétés.

13. Application limitée des règles du mandat

Certes, conformément à l'article 527 du Code des sociétés qui prévoit que les administrateurs sont responsables conformément au droit commun de l'exécution du mandat et des fautes commises dans leur gestion, les règles du mandat s'appliquent dans les relations entre la société et chacun de ses administrateurs dans le cadre interne de la société. Les règles du mandat ont d'ailleurs tendance à devenir le droit commun des contrats de services[35].

Toutefois, les règles du mandat ne s'appliquent pas dans les relations entre la société ou ses administrateurs et les tiers[36].

C. Le principe d'*absorption et ses limites*

14. Principe

Comme l'organe s'identifie à la personne morale, les fautes de l'organe sont celles de la personne morale et la responsabilité de l'organe devrait être absorbée par la personne morale[37] vis-à-vis des tiers[38], du moins lorsque certaines conditions sont remplies (*infra*, § 16).

Il convient de vérifier si c'est bien le cas en droit positif, qu'il s'agisse de la responsabilité contractuelle, aquilienne ou pénale (*infra*, § 16 à 18) ou des sociétés ayant pour objet l'exercice de professions libérales (*infra*, § 19).

On verra ainsi que le principe d'absorption connaît des limites (*infra*, § 20).

---

35. Sur ce mouvement, P. A. Foriers, « Le contrat de service : unité ou diversité », in *Les contrats de service*, Editions du Jeune Barreau, 1994, pp. 321 et s., spéc. p. 333.
36. J. Van Ryn, t. I, n° 633 ; comp. B. Tilleman, *Bestuur van vennootschappen*, pp. 14 et s., qui estime que la plupart des règles du mandat s'appliquent et qu'il n'y a pas de théorie de l'organe.
37. L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. II, 3e éd., par L. Trotabas, Paris, L.G.D.J., n° 276, p. 251 ; C. Cambier, *Droit administratif*, Larcier, 1968, p. 583 ; M. Coipel, *Dispositions communes à toutes les sociétés commerciales, Rép. not.*, t. XII, livre II, n° 394 ; J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 3e éd., Louvain, Uitgeverij Acco, 1975, p. 465 ; Tilquin et Simonart, *Traité des sociétés*, t. I, n° 1010 ; P. Lewalle, « La responsabilité délictuelle de l'administration et la responsabilité personnelle de ses agents : un système ? », *Adm. publ.*, 1989, p. 20 ; T. Tilquin, « La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Evolutions récentes », *R.D.C.*, 1993, p. 140, n° 41 ; I. Corbisier, *op. cit.*, *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 14 ; Ph. Coenraets, « La responsabilité aquilienne des organes de la puissance publique et la restauration du principe d'égalité », note sous C.A., 18 déc. 1996, *R.C.J.B.*, 1998, p. 237, n° 19.
38. Vis-à-vis des tiers uniquement, et non dans l'ordre interne : si un administrateur exécute mal sa fonction, la société peut évidemment mettre en cause sa responsabilité.

15. Conditions

L'absorption de la responsabilité de l'organe par la personne morale suppose qu'il agisse dans les limites de ses fonctions : sinon, il n'agit plus en qualité d'organe et n'engage plus la personne morale[39]. En effet, la société « *n'existe que pour un objet que circonscrivent et à des conditions qu'imposent la loi et les statuts. Quand les administrateurs font sortir la société des bornes qui limitent son existence, ils ne peuvent plus invoquer le bénéfice de l'irresponsabilité personnelle, ils ont eux-mêmes répudié le fondement de cette immunité* »[40].

Cela explique que les membres d'un organe qui violent le Code des sociétés ou les statuts engagent leur responsabilité envers la société mais aussi envers les tiers[41]. Mais cela ne signifie pas que l'organe qui méconnaît une disposition légale ou réglementaire quelconque perd à cet égard la qualité d'organe : le cadre légal d'une personne morale, c'est sa loi organique et ses statuts ; dans ce cadre, on peut malheureusement concevoir que l'organe ait le pouvoir ou le devoir d'accomplir un acte qui entraîne la violation d'autres dispositions[42].

16. Responsabilité contractuelle

Conformément au principe de l'absorption de la responsabilité de l'organe par la personne morale, en matière de responsabilité contractuelle, les administrateurs ne répondent pas des engagements contractuels de la personne morale (v. p. ex., C. soc., art. 61 ; L. 27 juin 1921, art. 14*bis*).

17. Responsabilité aquilienne

Lorsqu'une personne morale commet une faute aquilienne, on admet généralement que les tiers peuvent mettre en cause non seulement la responsabilité de

39. Sous réserve des dispositions spéciales qui prévoient que la société est liée par les actes accomplis par l'organe de gestion même si ces actes excèdent l'objet social : articles 258 du Code des sociétés (société privée à responsabilité limitée), 407 (société coopérative à responsabilité limitée), 526 (société anonyme), 657 (société en commandite par actions, par renvoi).
40. GUILLERY, *Commentaire législatif*, II, n° 51, p. 124.
41. Articles 263 du Code des sociétés (sociétés privées à responsabilité limitée), 408 (sociétés coopératives à responsabilité limitée), 528 (sociétés anonymes), 657 (sociétés en commandite par actions, par renvoi).
42. Voir Cass., 31 mars 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 117 : pour entraîner la responsabilité de l'Etat, « *il ne suffi(sai)t pas que le fait dommageable soit en rapport direct avec les fonctions de l'agent, ni qu'il ait eu lieu à l'occasion et au cours de son exercice ; il (fallait) que le fait reproché consiste dans l'exécution fautive ou doleuse d'un acte qu'en raison de ses fonctions propres, l'agent avait le pouvoir ou le devoir d'accomplir* ».

la personne morale mais aussi celle des personnes investies de la qualité d'organe[43], ce qui va à l'encontre du principe exposé ci-avant[44].

Dans un autre écrit, j'ai critiqué cette doctrine et cette jurisprudence : elles s'expliquent essentiellement par une crainte de la déresponsabilisation des organes, mais ne peuvent s'appuyer sur aucune disposition légale, et certainement pas sur l'article 528 du Code des sociétés, qui ne vise pas les simples fautes aquiliennes[45]. La responsabilité de l'organe ne devrait pouvoir être mise en cause vis-à-vis des tiers que dans certains cas, lorsqu'il sort de ses fonctions (auquel cas il ne s'identifie plus à la personne morale)[46] ou lorsqu'il abuse de ses fonctions (auquel cas il ne peut invoquer le principe qu'il pervertit)[47]. Il faut bien sûr ajouter les cas dans lesquels la loi prévoit des cas particuliers où un administrateur peut engager sa responsabilité personnelle (ex. : C. soc., art. 528 : violation du Code des sociétés ou des statuts ; art. 530 : faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société).

L'arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2001[48] décide qu'en principe, les membres des organes qui commettent une faute aquilienne n'engagent pas leur responsabilité personnelle.

Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, un commerçant reprochait à la société bailleresse de lui avoir dissimulé, lors des négociations relatives à la conclusion d'un bail commercial, que la façade allait être ravalée peu après l'ouverture de son nouveau commerce, ce qui allait avoir une influence néfaste sur le développement de ses activités commerciales. Ce commerçant entendait faire condamner la société bailleresse ainsi que les personnes physiques chargées des négociations « *en leur qualité d'organe ou, à tout le moins, en qualité de mandataire* ». Tout en considérant que la faute était établie, le juge du fond avait

43. Voir, en droit administratif, Cass., 14 avril 1921, *Pas.*, 1921, I, p. 136, avec les conclusions de M. le Procureur général P. LECLERCQ, alors premier avocat général ; Cass., 3 octobre 1955, *Pas.*, 1956, I, p. 79 ; Cass., 17 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1221 (l'Etat et son organe sont des codébiteurs obligés *in solidum*) ; Cass., 27 oct. 1982, *Pas.*, 1983, I, n° 143, p. 278, spéc. 281 ; en droit des sociétés, VAN RYN, t. I, n° 633 ; J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1981, p. 253, n° 19 ; J. VAN RYN et X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers », *J.T.*, 1988, p. 401 et « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers - Observations complémentaires », *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 94 ; B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen*, n° 888, p. 508 ; en droit des associations, J. LIEVENS et P. MULLIEZ, « De aansprakelijkheid van leden en beheerders van een V.Z.W. », in *1921-1996. 75 jaar Belgisch V.Z.W.-recht*, Bruxelles, Procura, 1996, p. 120, n° 39.

44. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, n° 1011, p. 761.

45. V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes de droit privé », note sous Cass., 7 nov. 1997, *R.C.J.B.*, 1999, p. 761 et s., n° 36 ; voir aussi T. TILQUIN, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, p. 144, n° 45.

46. *Id.*, p. 765 et 766, n° 40.

47. *Id.*, p. 766 et 767, n° 41.

48. *Pas.*, 2001, I, p. 340, *R.D.C.*, 2002, p. 698, note CH. GEYS, « Beperking van de externe aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders voor fouten begaan in de uitvoering van hun mandaat : enkele beschouwingen omtrent de mogelijke draagwijdte van Cassatie 16 februari 2001 », *Rev. prat. soc.*, 2002, p. 348, *R.W.*, 2002-2003, p. 340.

décidé que ces personnes physiques n'engageaient pas leur responsabilité car elles avaient agi en qualité d'organe ou, à tout le moins, de mandataires et n'avaient pas négocié en leur nom personnel. Le preneur se pourvut en cassation. Il invoquait notamment la violation des articles 1382 et 1383 du Code civil : le fait que les personnes physiques avaient agi en qualité d'organe ou, à tout le moins, de mandataires ne les soustrayait pas à leur responsabilité personnelle résultant de leurs propres fautes (troisième moyen, seconde branche).

La Cour de cassation rejeta ce moyen : « *lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute ne constituant pas un délit au cours de négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute engage non pas la responsabilité de l'administrateur ou du mandataire mais celle de la société ou du mandant* ». Dès lors, la faute commise par les personnes physiques au cours des négociations avait été commise pour le compte de la société et ils ne pouvaient en être tenus personnellement responsables.

Il ne faut cependant pas s'exagérer l'enjeu de la discussion : personne ne conteste qu'il faut trouver un équilibre entre l'esprit d'entreprise et la protection des tiers et que les administrateurs qui dépassent certaines limites engagent leur responsabilité personnelle ; c'est la fixation de ces limites qui fait l'objet de controverses.

18. Responsabilité pénale

Tout comme les personnes morales peuvent engager leur responsabilité civile, elles peuvent engager leur responsabilité pénale. Il s'agit d'une responsabilité propre, et non d'une responsabilité dérivée[49].

Les personnes morales ne sont pénalement responsables que des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de leur objet ou à la défense de leurs intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour leur compte (C. pén., art. 5, al. 1er). C'est logique et conforme à la théorie de l'organe : si un administrateur commet une infraction qui, soit n'a rien à voir avec ses fonctions (par exemple, un administrateur tue sa femme), soit est perpétrée au préjudice de la société (par exemple, un administrateur détourne des biens de la société), la société est étrangère à cette infraction et n'a pas à en répondre.

Lorsque la personne physique qui a commis l'infraction visée à l'article 5, alinéa 1er est identifiée, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable si elle a commis la faute volontairement et sciemment ; dans

49. *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1998-1999, Développements, n° 1217/1, p. 2 ; Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme JEANMOYE, n° 1217/6, p. 6.

les autres cas, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée (C. pén., art. 5, al. 2).

Même si la personne morale a commis l'infraction par un organe, il n'y a donc pas d'absorption automatique de la responsabilité pénale de la personne physique par celle de la personne morale : dans la première hypothèse, il y a cumul de responsabilités, ce qui peut s'expliquer par le souci, déjà au cœur des discussions sur la responsabilité aquilienne des organes (*supra*, § 17) d'éviter la déresponsabilisation des personnes physiques[50] mais est contraire au principe d'absorption ; dans la seconde, il y a soit absorption soit rejet de toute la responsabilité pénale sur la ou les personnes physiques, ce qui peut s'expliquer par le fait que l'organe a abusé de ses fonctions et est alors conforme à la théorie de l'organe. Cette dernière hypothèse se rencontrera cependant rarement lorsque des organes sont en cause : d'une part, dans les organes collégiaux, il est souvent impossible d'identifier les personnes physiques auxquelles l'infraction est imputable (sauf si la décision a été prise à l'unanimité ou si le procès-verbal indique les opinions dissidentes) ; d'autre part, si c'est l'organe en tant que tel (par opposition à un de ses membres qui n'a pas cette qualité, comme un administrateur d'une société anonyme) qui a pris la décision, on peut penser que c'est la personne morale qui a commis la faute la plus grave[51].

19. Responsabilité dans les sociétés ayant pour objet l'exercice de professions libérales

Dans les sociétés ayant pour objet l'exercice de professions libérales, les actes accomplis par les associés sont imputés à la société bien qu'ils ne soient pas des organes. Le Professeur Coipel y aperçoit un autre cas où la théorie de l'organe est mise à l'écart[52].

Cette analyse ne me paraît pas tout à fait exacte.

Dans une société d'avocats, l'avocat associé qui n'est pas gérant ou administrateur peut signer seul les consultations en vertu d'un mandat, à tout le moins tacite. S'il engage ainsi sa responsabilité personnelle comme celle de la société, c'est en vertu des statuts de la société qui reproduisent des règles déontologiques[53], dérogatoires à la fois au droit du mandat (puisque les actes du manda-

50. Rapport JEANMOYE précité, p. 10 : « *la proposition ne peut être interprétée comme donnant carte blanche aux personnes qui adoptent des comportements punissables dans le cadre d'une personne morale* ».

51. Par exception à ces principes, l'Etat, les Régions, les Communautés et certaines autres personnes morales de droit public limitativement énumérées n'engagent jamais leur responsabilité pénale (art. 5, al. 3). La loi empêche donc l'absorption. Le législateur a expliqué cette exception par le fait que ces personnes morales de droit public disposent d'un organe dûment élu par des règles démocratiques (Développements précités, p. 3) mais cette justification est un peu courte.

52. M. COIPEL, *op. cit.*, n° 0.90, 1b.

53. Règlement du 18 juin 2003 de l'O.B.F.G. relatif à l'exercice en commun de la profession →

taire sont imputés au mandant comme ceux d'un organe) et au droit des sociétés à responsabilité limitée (puisque les associés engagent leur responsabilité au-delà de leur apport).

Ces règles déontologiques créent donc un mandat particulier mais n'affectent en rien la théorie de l'organe.

20. Synthèse des limites du principe d'absorption

Il ressort de ce qui précède que le principe de l'absorption :

- ne s'applique que si l'organe reste dans les limites de ses fonctions, tracées par le principe de spécialité légale et le principe de la spécialité statutaire ;
- cesse de s'appliquer lorsque l'organe abuse de ses fonctions, par exemple en commettant un acte illicite dans son intérêt personnel.

Ces deux limites ne discréditent en rien le principe de l'absorption : tout principe a un champ d'application déterminé et ne sort pas ses effets en cas d'abus.

En outre, ce principe est véritablement écarté dans certains cas, essentiellement lorsque l'organe commet une faute grave et caractérisée qui contribue à la faillite (ou même, selon la doctrine et la jurisprudence majoritaires, une faute quelconque) ou commet une infraction pénale pour le compte de la personne morale.

Le principe de l'absorption admet donc des exceptions[54].

Toutefois, cela ne remet pas en cause la théorie – au sens de construction intellectuelle méthodique et organisée (cf. dictionnaire Robert) – de l'organe. La plupart des théories juridiques sont fondées sur une série de principes dont certains admettent des exceptions. Si un principe admettait tellement d'exceptions qu'il n'offrirait plus de solution sûre pour les situations non réglées par la loi, il perdrait son autorité de principe mais, comme on l'a vu, les exceptions au principe de l'absorption restent fort limitées.

→ d'avocat, article 7 ; Règlement d'ordre intérieur du Barreau de Bruxelles, Ordre français des avocats, article 90

54. Contrairement à ce que l'on écrit parfois (et j'ai également commis cette imprécision : *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1999, p. 762), il ne s'agit pas d'une dérogation à la théorie de l'organe, mais d'une dérogation au principe de l'absorption.

D. L'éclatement des pouvoirs et les remèdes à l'insécurité juridique

21. Éclatement des pouvoirs

La structure dans laquelle le conseil d'administration prend toutes les décisions et, systématiquement, deux administrateurs ou le délégué à la gestion journalière les exécutent en concluant les contrats nécessaires à cet effet relève d'une conception classique, idyllique dans sa simplicité, mais qui ne correspond plus à la réalité des sociétés ou, du moins, des grandes sociétés, qui accomplissent chaque jour des centaines d'actes qui excèdent la gestion journalière, mais pour lesquels il est inimaginable de faire systématiquement intervenir deux administrateurs.

Ces sociétés ont ainsi été amenées, d'une part, à étendre la notion de gestion journalière au-delà de son acception jurisprudentielle[55] et à créer, sous des appellations diverses, des comités investis de larges pouvoirs, et, d'autre part, à conférer, sur la base des règles du mandat, des pouvoirs importants à des personnes qui ne sont pas administrateurs et à prévoir des règles de représentation fort complexes. Il faut désormais compter avec une série d'autres acteurs que les organes qui expriment directement la volonté de la société : les directeurs, les cadres, les collaborateurs, avec cette conséquence qu'au lieu d'être canalisée par les organes, la volonté de la société suinte de plusieurs côtés et apparaît beaucoup plus diffuse dans sa formation comme dans son expression. Même si le conseil d'administration reste l'organe souverain, les pouvoirs des administrateurs se recoupent partiellement avec ceux des directeurs, des cadres et des collaborateurs et il faut combiner la théorie de l'organe avec les règles du contrat de mandat et du contrat de travail, voire encore d'autres règles comme des règles déontologiques (*supra*, § 20).

Si seule la théorie de l'organe s'applique à l'expression directe de la volonté de la société, ce n'est pas la seule théorie de la représentation : d'autres théories de la représentation interviennent quand la société exprime sa volonté de manière indirecte, par exemple grâce à une délégation de pouvoirs ou par le jeu de l'apparence.

22. Insécurité juridique

La variété des règles applicables en fonction de l'une ou l'autre théorie crée assurément une certaine insécurité juridique pour les tiers qui ne savent pas

55. « *Actes d'administration ne dépassant pas les besoins de la vie quotidienne de la société ou qui, en raison tant de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompte solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même* » : Cass., 17 sept. 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 61, et Cass., 21 févr. 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 138.

toujours très bien en quelle qualité leur interlocuteur agit et quelle est l'étendue de ses pouvoirs.

Ainsi,

1°) L'organe établit ses pouvoirs par les statuts et la publication de ses pouvoirs aux Annexes du Moniteur belge, le mandataire, par une procuration[56]. Pour la passation d'actes authentiques, le mandataire doit avoir une procuration authentique, qui doit être transcrite, contrairement à l'organe (*supra*, § 7).

2°) « L'accomplissement des formalités de publicité relatives aux personnes qui, en qualité d'organe de la société, ont le pouvoir de l'engager, rend toute irrégularité dans leur nomination inopposable aux tiers, à moins que la société ne prouve que ces tiers en avaient connaissance » (C. soc., art. 77), tandis que la société peut opposer aux tiers toute irrégularité dans la nomination de mandataires.

3°) Les administrateurs investis du pouvoir de représenter la société anonyme engagent la société en cette qualité indépendamment des restrictions statutaires qui peuvent limiter leurs pouvoirs (art. 522, § 2) et même des dépassements de l'objet social (art. 526), tandis que le mandataire n'engage le mandant que s'il agit dans le cadre de ses pouvoirs définis conventionnellement[57].

4°) Les faits et intentions de ses organes sont imputés à la personne morale[58] et notamment les fautes aquiliennes de l'organe[59]. Cette technique d'imputation excède le mécanisme classique de la représentation. S'il commet une faute aquilienne, le mandataire n'engage en principe pas la responsabilité de son mandant car il excède son mandat qui porte sur l'accomplissement d'actes juridiques et non la commission de délits ou quasi-délits[60]. Cette différence ne doit cependant pas être exagérée. D'une part, l'application des règles en matière de responsabilité aquilienne est heureusement rare : les mandataires et organes ne commettent pas tous les jours des fautes aquiliennes. D'autre part, la personne morale ne répond des fautes de ses organes qu'à condition qu'elles soient commises dans la sphère de leurs fonctions, tandis que le mandant ne bénéficie d'aucune immunité pour le seul motif que son mandataire a commis une faute : la responsabilité du mandant est aussi engagée s'il a lui aussi commis une faute aquilienne ou si la faute aquilienne commise par le mandataire était inhérente à l'exercice du mandat[61].

---

56. M. Coipel, *Dispositions communes*, n° 333 ; J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, p. 153, n° 294 ; P. Wéry, *Le mandat*, *Rép. not.*, t. IX, livre VII, Larcier, 2000, n° 63.
57. J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, n° 286 et 287, p. 149.
58. Sur ce mécanisme, T. Tilquin et V. Simonart, t. I, n° 920.
59. J. Ronse, *Algemeen* deel, p. 424 ; T. Tilquin et V. Simonart, t. I, n° 925.
60. De Page, t. V, n° 452, p. 447 et s. ; P. Wéry, *Le mandat*, n° 220, p. 256.
61. P. Wéry, *Le mandat*, n° 221 ; v. p. ex. Cass., 8 sept. 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 335.

5°) Seul l'organe peut comparaître en justice pour une personne morale[62] ou faire une requête en personne[63]. Ces actes sont cependant exceptionnels.

Cette insécurité juridique a provoqué diverses réactions, que ce soit de la part du législateur (*infra*, § 23), de la pratique (*infra*, § 24) ou de la jurisprudence (*infra*, § 25).

23. Comité de direction

Le législateur a voulu remédier à l'insécurité juridique qui régnait lorsque le conseil d'administration déléguait une partie importante de ses pouvoirs[64] en légalisant par la loi du 2 août 2002 le comité de direction (C. soc., art. 524*bis*)[65] : désormais, le conseil d'administration peut conférer au comité de direction de larges pouvoirs de gestion et les membres du comité de direction peuvent signer en qualité d'organe.

Il est douteux que l'instauration du comité de direction ait la moindre influence sur la multiplication des mandats mais on observera que c'est par la création d'un nouvel organe que le législateur a tenté de rencontrer le problème.

24. Manuels de signatures

Pour éviter que la prolifération des mandats aboutisse au chaos, certaines sociétés importantes reprennent les règles de représentation dans de volumineux « *guides* » ou « *manuels des signatures* », qui complètent les statuts. Ces manuels créent différentes catégories de signataires (par exemple, A correspondant aux administrateurs, B aux directeurs, C aux cadres, D à d'autres collaborateurs, ...) et déterminent les pouvoirs de ces signataires en fonction des domaines (branches d'activités) ou sous-domaines (déterminés géographiquement ou par succursale), des types d'actes (achat de matériel, personnel, investissements immobiliers, ...), des montants en jeu, ... (par exemple, A + A sans limite, C + D avec d'étroites limites).

Ces directeurs, ces cadres, ces collaborateurs ... ne sont pas des organes (sauf s'ils sont aussi délégués à la gestion journalière dans les limites de la gestion journalière) mais leurs pouvoirs n'ont aucune commune mesure avec ceux d'un mandataire *ad hoc*.

---

62. M. COIPEL, *Dispositions communes*, n° 333 ; B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen*, n° 892 ; P. WÉRY, *Le mandat*, n° 63.
63. Cass., 9 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 180.
64. T. TILQUIN et V. SIMONART, t. I, n^{os} 987 et s.
65. Projet de loi modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 1211/001, Exposé des motifs, pp. 6 et 7.

25. Théorie du mandat apparent

En principe, la société peut opposer aux tiers toute irrégularité dans la nomination d'un mandataire et tout excès de pouvoirs par le mandataire – alors que, pour l'organe, la première directive prévoit des règles inverses destinées à protéger les tiers (*supra*, § 22).

Toutefois, en vertu de la théorie du mandat apparent, le mandant peut se voir engagé pour des actes accomplis par un mandataire irrégulièrement nommé ou au-delà de ses pouvoirs.

Cette théorie aboutit ainsi à appliquer au mandat des règles similaires à celles prévues pour les organes.

26. Uniformisation

Il existe donc un mouvement qui tend spontanément à l'alignement de certaines règles applicables aux représentants généraux des personnes morales sur celles applicables aux organes, considérées comme bien établies et protectrices des intérêts des tiers : bien que ces représentants ne s'identifient pas à la personne morale, on fait comme si c'était le cas.

Le législateur pourrait accélérer ce mouvement pour remédier à l'insécurité juridique.

Ainsi, le groupe de travail traitant de la simplification du droit des sociétés dans le cadre de l'initiative SLIM concernant la simplification des première et deuxième directives dans le domaine du droit des sociétés (quatrième proposition) a recommandé d'étendre le régime de publicité des pouvoirs de représentation des organes aux autres représentants disposant de pouvoirs généraux. La Commission a cependant fait observer que cette recommandation imposerait aux sociétés une nouvelle obligation en matière de publicité et a estimé que des analyses complémentaires étaient nécessaires avant de préparer une proposition visant à modifier la directive[66].

E. Conclusion

Théorie essentielle

La théorie de l'organe est inhérente au concept de personnalité morale : sans organes, une personne ne pourrait s'exprimer ni dans son ordre interne ni vis-à-vis des tiers.

66. Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil : résultats de la quatrième phase de SLIM, 4 février 2000, COM(2000) 56 final.

Elle procède d'une nécessité logique étrangère à tout anthropomorphisme et à toute métaphysique.

Théorie phare

À supposer qu'ils l'aient jamais eu, les organes n'ont plus l'apanage de la volonté collective qui, par des jeux complexes de délégation, de subdélégation et d'apparence de délégation traduisant un éclatement des pouvoirs au sein de la personne morale, se forme et s'exprime à toute une série de niveaux.

La théorie de l'organe se combine avec une série d'autres théories, qui ne concernent d'ailleurs pas seulement la représentation de la personne morale mais aussi sa gestion.

Cette constatation ne remet nullement en cause la théorie de l'organe : non seulement le conseil d'administration doit veiller à l'ordre ou, du moins, maîtriser le chaos mais, en outre, on observe, dans la pratique (manuels de signatures), dans la jurisprudence (théorie du mandat apparent), dans des recommandations européennes (groupe SLIM), un mouvement qui, rendant hommage au souci de protection des tiers qui inspire plusieurs des règles spécifiques aux organes, tend à étendre certaines de ces règles à d'autres formes d'expression de la volonté collective au sein de la personne morale.

De private stichting en de certificering van aandelen

Robbie TAS
Advocaat te Leuven (maxius),
Medewerker Jan Ronse Instituut K.U. Leuven, Docent ACE-Groep T

Inleiding

1. De Wet van 2 mei 2002 tot wijziging van de Vzw-Wet van 27 juni 1921 introduceert ook een element van rauw kapitalisme in het non-profitlandschap. Zij voorziet met name in de creatie van een nieuwe rechtsvorm, de private stichting, die meteen medeverantwoordelijk is voor de wijziging van het opschrift van de Wet van 27 juni 1921 tot de « wet betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen ». De private stichting is daarmee (voorlopig) de recentste aanwinst in het steeds rijker wordende landschap van het Belgische groeperingsrecht, dat door Professor Coipel in een recente bijdrage op treffende wijze in kaart wordt gebracht en gesystematiseerd[1].

Blijkens de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp 1854 biedt de invoering van deze nieuwe vorm aan de stichter ervan in eerste instantie de mogelijkheid een patrimonium voor een belangeloos oogmerk aan te wenden, waarbij dit oogmerk niet noodzakelijk van openbaar nut is, alsook die bestemming bij authentieke akte rechtspersoonlijkheid te verlenen[2]. De concrete aanleiding voor de invoering van de private stichting bestond nochtans in het ontbreken van een geschikte rechtsvorm voor het administratiekantoor in het kader van de certificering van effecten van vennootschappen[3], een verrichting waarvan het non-profit karakter op zijn minst voor discussie vatbaar is.

Deze bijdrage bestaat uit twee onderdelen. In een eerste deel bekijken we waarom de wetgever de private stichting heeft gecreëerd en voor welke doeleinden zij kan worden gebruikt. Vervolgens brengen we de essentiële spelregels van het mechanisme van certificering van aandelen onder de Wet van 15 juli

1. M. COIPEL, « Unité et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, Brussel, Bruylant, 2002, 5-37.
2. *Gedr. St.* Kamer 1998-1999, nr. 1854/1, 4.
3. Zie daarover reeds onze eerdere bijdrage : F. HELLEMANS en R. TAS, « De certificering van effecten (W. 15 juli 1998) », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, Kalmthout, Biblo, 2000, (13), nr. 39-47.

1998 kort in herinnering, en gaan we na of de private stichting een geschikte rechtsvorm is om te fungeren als administratiekantoor voor dergelijke certificering. Aan dit onderwerp zijn inmiddels al vele bijdragen van uitstekende kwaliteit gewijd[4]. Het is niet onze bedoeling hier alles nog eens te herkauwen. We willen enkel een aantal krachtlijnen van de wettelijke regeling schetsen in de mate dat zij een specifieke relevantie hebben voor het gebruik van de private stichting als administratiekantoor en er enkele kritische kanttekeningen bij plaatsen. De lezer die op zoek is naar een meer gedetailleerde uitwerking van het onderwerp verwijzen we dan ook graag naar de aangehaalde literatuur.

I. DE PRIVATE STICHTING : ALGEMEEN KADER

1. Invoering van de private stichting

2. Figuren zoals de stichting en de trust waren al bekend in het Romeinse recht en zelfs reeds in het Egypte van de farao's[5]. Het gaat met name in essentie om een vehikel met rechtspersoonlijkheid, zonder aandeelhouders of leden, waarin men een vermogen inbrengt dat moet worden aangewend voor een bepaald doel, volgens de instructies van de stichter. In de meeste landen bestaat wel één of andere rechtsvorm die aan deze omschrijving beantwoordt, b.v. de Liech-

4. Zie onder meer I. BANMEYER en C. TALBOT, « Les fondations : état présent et idées de réforme », *Ann. Dr. Louv.* 1998, 25-77 ; Th. BONTINCK en J.M. JONET, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations*, Brussel, Edition du Jeune Barreau de Bruxelles, 2003, 135-181 ; T. DELVAUX, « Fondations et certification », in A. BENOÎT-MOURY en O. CAPRASSE (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité*, Liège, Edition Formation Permanente – CUP, 2003, 93-247 ; P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*,2002, 667-697 ; J. MALHERBE en M. DE LA SERNA, « Fondation belge, trust et fondation étrangère – régime fiscal », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, 339-410 ; P. NICAISE en I. BANMEYER, « Les fondations », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, 225-268 ; B. SARTEAU, « Les fondations privées », *Rev. not. belge*, 2003, 6-60 ; X. THIEBAUT, « La fondation privée : l'instrument qui manquait en droit belge pour la transmission des pme », *C&FP*, 2003, 107-112 ; Ph. 't KINT, « Les fondations, comparées aux ASBL, d'après la loi du 2 mai 2002 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les établissements d'utilité publique », *Non-Marchand* 2002 (2), nr. 10, 65-87 ; J. VANANROYE, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, Kalmthout, Biblo, 2000, 169-205 ; S. VAN BREEDAM en R. ACKERMANS, *Het administratiekantoor – techniek van estate- en successieplanning*, Mechelen, Kluwer, 2002, 175 blzn. ; S. VAN BREEDAM, « De Belgische Private Stichting. Een evenwaardig Belgisch alternatief voor de Nederlandse Stichting-Administratiekantoor ? », *T.F.R.*, 2002, 1111-1113 ; D. VAN GERVEN, « De private stichting en de stichting van openbaar nut », *T.B.B.R.*, 2003, 347-368 ; D. VAN GERVEN en E. JANSSENS, « Van instellingen van openbaar nut tot stichting », *C.J.*, 2002, 53-65.

5. I. BANMEYER en C. TALBOT, « Les fondations : état présent et idées de réforme », *Ann. Dr. Louv.*, 1998, (25), 26.

tensteinse stichting, de Engelse trust of de Nederlandse stichting[6]. Deze laatste vorm is bij ons vooral populair geworden via haar gebruik als administratiekantoor.

Het Belgisch recht kende wel een aantal vormen van stichtingen, waaronder de instelling van openbaar nut, maar voorzag niet in een algemene mogelijkheid om een doelvermogen met rechtspersoonlijkheid aan te wenden voor een privédoel[7].

Toen de Belgische wetgever inmiddels al ruim vijf jaar geleden een regeling voor certificering van vennootschapseffecten invoerde, naar Nederlands model, werd ook een Belgische variant van de stichting-administratiekantoor in het vooruitzicht gesteld, met name de private stichting[8].

Met de wijziging van de VZW-Wet tot de V&S-wet is het eindelijk zover : Titel II van deze wet handelt over « de stichtingen ». De stichting bestaat in twee varianten, met name enerzijds de stichting van openbaar nut, voorheen « instelling » van openbaar nut, die actief kan zijn in zeven domeinen, en anderzijds de nieuw gecreëerde private stichting. Voor beide varianten gelden een aantal gemeenschappelijke regels, aangevuld met enkele bijzondere voorschriften eigen aan het werkterrein van de betrokken variant.

Bij het doorbladeren van de parlementaire voorbereiding, stelt men vast dat de wetgever twee oertypes van de private stichting voor ogen heeft gehad :

- de stichting-administratiekantoor voor de certificering van aandelen, waarop we verder uitgebreider ingaan ;
- de stichting waarin men een vermogen bestemt voor een bepaald doel, zo b.v. een stichting opgericht voor het handhaven van een kunstcollectie, of een stichting opgericht door de ouders van een gehandicapt kind, om te voorzien in het levensonderhoud van hun kind via een structuur die de ouders overleeft.

Het merkwaardige is dat de concrete aanleiding voor de invoering van de private stichting gelegen was in het gebruik als administratiekantoor voor

6. Zie over buitenlandse voorbeelden onder meer : I. BANMEYER en C. TALBOT, « Les fondations : état présent et idées de réforme », *Ann. Dr. Louv.* 1998, (25), 46-57 ; P. NICAISE en I. BANMEYER, « Les fondations », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, (225), 231-235 ; J. MALHERBE en M. DE LA SERNA, « Fondation belge, trust et fondation étrangère – régime fiscal », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, (339), 360-402 ; C.M. BRÜLS, « Exemples étrangers – La fondation en droit allemand – Généralités », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, 269-281 ; G. SCHÄFERS, « Stiftungen in Deutschland », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, 283-315.
7. Zie over de verschillende soorten « stichtingen » vóór de Wet van 2 mei 2002 : I. BANMEYER en C. TALBOT, « Les fondations : état présent et idées de réforme », *Ann. Dr. Louv.*, 1998, (25), 29-46 ; P. NICAISE en I. BANMEYER, « Les fondations », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, (225), 226-231 ; H. SWENNEN, « Trustachtige rechtsfiguren in België », *T.P.R.*, 1992, 1097-1132 ; M. STORME, « Van trust gespeend ? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht », *T.P.R.*, 1998, 703-819.
8. *Gedr. St.* Kamer, 1997-1998, nr. 1430/3, 3.

certificering, maar dat de structurering van de stichting uiteindelijk meer aangepast lijkt te zijn aan het andere oertype, en behalve het werkterrein van de stichting vooral lijkt te zijn afgestemd op de stichting van openbaar nut. De Belgische private stichting is inderdaad een soort kruising van de Nederlandse private stichting en de vroegere instelling van openbaar nut geworden[9].

2. Wettelijke specialiteit van de stichting

3. Voor wat betreft de wettelijke specialiteit van de stichting maakt de wetgever in artikel 27 V&S-Wet uitdrukkelijk een onderscheid tussen de doeleinden waarvoor de stichting wordt opgericht, waarmee het oogmerk wordt bedoeld, en de activiteiten die zij beoogt om die doeleinden te bereiken.

i. oogmerk

4. Het oogmerk valt op zijn beurt uiteen in twee elementen, met name een objectief element, het winstuitkeringsverbod, en een subjectief element, het nastreven van een belangeloos doel.

Het objectief element is het klassieke winstuitkeringsverbod zoals dat van oudsher geldt voor de vzw[10]. Met name mag de stichting geen stoffelijk voordeel verschaffen aan de stichters, de bestuurders, of enige andere persoon, tenzij dit kadert in de verwezenlijking van het belangeloos doel (art. 27, eerste lid, tweede zin V&S-Wet). Zoals voor de vzw worden daarmee rechtstreekse vermogensvoordelen geviseerd[11].

Het subjectief element ligt in het vereiste dat een vermogen moet worden aangewend ter verwezenlijking van een bepaald belangeloos[12] doel[13] (art. 27, eerste lid, eerste zin V&S-Wet).

---

9. T. Delvaux, « Fondations et certification », in A. Benoît-Moury en O. Caprasse (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité*, *o.c.*, nr. 73.
10. Zie daarover M. Coipel, « Le rôle économique des A.S.B.L. au regard du droit des sociétés et de la commercialité », in CDVA (ed.), *Les A.S.B.L. – évaluation critique d'un succès*, Gent, Story-Scientia, 1985, (93), 111-122 ; M. Deneef, *Economische activiteiten van vzw en stichting*, Kalmthout, Biblo, 2004, nr. 114-125.
11. Zie *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/13, 46-47 en nr. 2-283/16, 169-170 ; J. Vananroye, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, (169), nr. 20 ; P. Lavrysen, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*,2002, (667), nr. 22 ; P. Nicaise en I. Banmeyer, « Les fondations », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, (225), 243 ; T. Delvaux, « Fondations et certification », in A. Benoît-Moury en O. Caprasse (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité*, *o.c.*, nr. 109.
12. De wettekst spreekt van « belangenloos », de correcte spelling volgens het « groene boekje » is « belangeloos ».
13. Terecht is opgemerkt dat het woord « doel » niet gelukkig gekozen is, aangezien dit traditioneel verwijst naar het maatschappelijk doel, terwijl hier veeleer het oogmerk wordt bedoeld : D. Van Gerven, « De private stichting en de stichting van openbaar nut », *T.B.B.R.*, 2003, (347), nr. 8.

Wanneer het belangeloos doel van algemeen belang is, kan men opteren voor de stichting van openbaar nut, mits de stichting actief is op één van de volgende zeven domeinen : een werk van filantropische, levensbeschouwelijke, religieuze, wetenschappelijke, artistieke, pedagogische of culturele aard (art. 27, vierde lid V&S-Wet). In dat geval is bovendien overheidsmachtiging nodig voor de oprichting van de stichting.

Is het belangeloos doel eerder van privébelang, dan komt enkel de private stichting in aanmerking. Er is dan wel geen voorafgaande machtiging nodig.

5. In de Memorie van Toelichting worden enkele voorbeelden gegeven van wat met een belangeloos doel wordt bedoeld. Voor de hand liggende doeleinden betreffen onder meer de handhaving van een kunstcollectie, steun aan de ontwikkeling van een regio, het creëren van een prijs of werk of het onderhoud van een gehandicapt kind. Daarnaast is evenwel ook sprake van het bewaren van het familiaal karakter van een onderneming of het behoud van de integriteit van een patrimonium[14].

Het begrip « belangeloos » is dus nogal rekbaar. Het bewaren van het familiaal karakter van een onderneming is misschien wel een nobel en maatschappelijk nuttig doel, maar of het als « belangeloos » kan worden aangemerkt, is o.i. toch voor discussie vatbaar[15]. Zoals reeds door professor Coipel werd opgemerkt in het kader van de parlementaire voorbereiding, vloeit dit voort uit het feit dat de private stichting een privébelang wil bevorderen, dat toch belangeloos moet zijn, hetgeen op zich enigszins contradictorisch is[16].

In het algemeen kan men zich de vraag stellen wat dit vereiste van het belangeloos doel in feite toevoegt aan het winstuitkeringsverbod. Het is immers zeer moeilijk om aan te geven wanneer men nu al dan niet voor een belangeloos doel staat. Duidelijk is dat er geen belangeloosheid meer is van zodra de stichter de bedoeling heeft om zichzelf rechtstreekse vermogensvoordelen toe te kennen[17]. Het ware wellicht dan ook logischer geweest om enkel in een winstuitkeringsverbod te voorzien, zoals b.v. het geval is voor de Nederlandse stichting.

---

14. Zie Memorie van Toelichting, *Gedr. St.* Kamer, 1998-1999, nr. 1854/1, 24 ; *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/13, 46 ; *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/16, 170.
15. Zie in die zin ook J. VANANROYE, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, (169), nr. 18 ; P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*,2002, (667), nr. 24 ; D. VAN GERVEN en E. JANSSENS, « Van instellingen van openbaar nut tot stichting », *C.J.* 2002, (53), nr. 5 ; T. DELVAUX, « Fondations et certification », in A. BENOÎT-MOURY en O. CAPRASSE (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité*, *o.c.*, nr. 252 ; M. DENEF, « Verenigingen en stichtingen 'nieuwe stijl' », *N.J.W.* 2003, (1026), nr. 9.
16. Zie het verslag van de hoorzitting met M. DENEF en M. COIPEL, opgenomen als bijlage bij het Verslag RAMOUDT, *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/16, 114.
17. Vgl. trouwens in die zin : *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nrs. 2-283/45 en 2-283/16, 169-170, waar wordt gesteld dat het belangeloos doel moet worden opgevat als de afwezigheid van rechtstreeks →

6. Zoals gezegd bestaat er op het winstuitkeringsverbod (het objectieve element) één uitzondering, naar het voorbeeld van de Nederlandse regeling, met name voor uitkeringen die kaderen in de verwezenlijking van het nagestreefde belangeloos doel. Hierbij kan men dan b.v. denken aan een onderhoudsuitkering betaald aan het gehandicapte kind[18], aangezien het voorzien in het levensonderhoud van het gehandicapte kind bij veronderstelling precies het door de stichting nagestreefde doel vormt, aan de toekenning van een wetenschappelijke prijs[19], of aan toelagen die worden betaald aan jonge kunstenaars/sportbeoefenaars. Gelet op de gesignaleerde rekbaarheid van het belangeloos doel, rijst de vraag hoever men hierbij kan gaan. Zou het b.v. denkbaar zijn dat een vader een stichting opricht om de buitenlandse studies van zijn (niet-gehandicapte) kinderen te bekostigen, waarbij de stichting op fiscaalvriendelijke wijze inkomsten verwerft die voor de vader normaliter belastbare beroepsinkomsten of diverse inkomsten zouden zijn ? Het lijdt geen twijfel dat de praktijk de grenzen van de wettelijke specialiteit van de stichting zal aftasten.

ii. toegelaten activiteiten

7. Wat betreft de toegelaten activiteiten voor de stichting bevat de wet geen beperkingen. In het oorspronkelijke wetsontwerp waren de toegelaten activiteiten afgestemd op de vereniging zonder winstoogmerk, d.w.z. dat zij zich niet hoofdzakelijk met commerciële activiteiten mocht bezighouden[20].

In de uiteindelijke versie van de tekst werd evenwel geen enkele beperking meer opgenomen inzake activiteiten[21]. In de parlementaire voorbereiding wordt uitdrukkelijk bevestigd dat de stichting onbeperkt economische activiteiten kan ontwikkelen, mits de behaalde winsten maar worden besteed aan het belangeloos doel[22]. Op dit punt onderscheidt het werkterrein van de private stichting zich op het eerste gezicht dus duidelijk van dat van de vereniging zonder winstoogmerk, die enkel commerciële activiteiten mag ontwikkelen voor zover zij ondergeschikt zijn, al is niet helemaal duidelijk *waaraan* zij ondergeschikt moeten zijn. Moet de ondergeschiktheid bestaan ten aanzien van een niet-commerciële hoofdactiviteit (kwantitatieve ondergeschiktheid), dan wel ten

---

→ vermogensvoordeel. Zie evenwel de kritiek bij T. DELVAUX, « Fondations et certification », in A. BENOÎT-MOURY en O. CAPRASSE (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité*, *o.c.*, nr. 102.

18. *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/13, 46-47 en nr. 2-283/16, 169-170.
19. P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*,2002, (667), nr. 23.
20. Art. 36 van het ontwerp, zie *Gedr. St.* Kamer, 1998-1999, nr. 1854/1, 50.
21. Deze versie kwam er pas in de Senaat, ingevolge amendement nr. 243 van de regering, *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/13, 37. Zie over deze evolutie in de parlementaire voorbereiding : P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 19-20.
22. *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/13, 47.

aanzien van het van winstoogmerk verstoken hoofddoel van de vzw (kwalitatieve ondergeschiktheid), waarbij het in dit laatste geval volstaat dat de opbrengsten worden besteed aan het door de vzw nagestreefde ideëel doel[23] ? Zoals bekend wordt de laatstgenoemde zienswijze met veel verve en o.i. op goede gronden verdedigd door Professor Coipel[24]. In deze « Coipeliaanse » lezing van de wettekst lijkt het verschil tussen het werkterrein van de vzw en de stichting niet meer zo groot te zijn. Alleszins blijft het debat ook na de wijziging van de vzw-wet verder leven, nu de vzw-wetgever van 2002 er zich uiteindelijk niet aan heeft gewaagd deze discussie te beslechten.

II. De stichting en de certificering van aandelen

8. De concrete aanleiding voor de invoering van de private stichting was zoals gezegd haar gebruik in het kader van de certificering van aandelen. Het lijkt dus nuttig om eerst kort de principes van deze rechtsfiguur in herinnering te brengen[25].

1. De certificering van effecten

9. De certificering van effecten is in België geregeld door de Wet van 15 juli 1998[26], en vindt zijn oorsprong in de Nederlandse rechtspraktijk.

In essentie komt het er op neer dat men het eigendomsrecht op de effecten van een vennootschap opsplitst in juridische en economische eigendom, d.w.z. dat de lidmaatschaps- en de vermogensrechten in verschillende handen zijn. Daartoe brengt men de effecten in in een zogenaamd « administratiekantoor » (de juridische eigenaar), dat certificaten uitgeeft waarvan de houders recht hebben op alle inkomsten verbonden aan de gecertificeerde aandelen (de economische eigenaars).

---

23. Zie daarover uitgebreid : M. Coipel, « Le rôle économique des A.S.B.L. au regard du droit des sociétés et de la commercialité », in CDVA (ed.), *Les A.S.B.L. – évaluation critique d'un succès*, *o.c.*, (93), 122-163 ; M. Denef, *Economische activiteiten van vzw en stichting*, *o.c.*, nr. 108-113.
24. M. Coipel, « Le rôle économique des A.S.B.L. au regard du droit des sociétés et de la commercialité », in CDVA (ed.), *Les A.S.B.L. – évaluation critique d'un succès*, *o.c.*, (93), 161-163, nrs 164-170 ; M. Coipel, « Le rôle économique des A.S.B.L. au regard du droit des sociétés et de la commercialité », in CDVA (ed.), *Les A.S.B.L. – évaluation critique d'un succès*, *o.c.*, (93),
25. Zie voor een uitgebreide bespreking onder meer onze reeds aangehaalde bijdrage : F. Hellemans en R. Tas, « De certificering van effecten (W. 15 juli 1998) », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, 13-58, en de daar aangehaalde bijdragen. *Adde* P. Lavrysen, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*,2002, (667), nr. 6-15 ; T. Delvaux, « Fondations et certification », in A. Benoît-Moury en O. Caprasse (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité*, *o.c.*, 96-118, nrs 4-36.
26. Wet betreffende de certificatie van effecten uitgegeven door handelsvennootschappen, *B.S.* 5 september 1998.

10. Het belangrijkste toepassingsgeval van de certificering betreft het gebruik als opvolgingsconstructie in familiale ondernemingen. Daarbij kan worden gedacht aan het klassieke voorbeeld van een pater familias met één verstandige dochter, en ook nog drie lieve maar minder begaafde zonen. Doelstelling is de leiding over zijn vennootschap door te geven aan de verstandige dochter, maar daarbij ook de lieve zoons te laten delen in de inkomsten van de onderneming, zonder dat zij verder inspraak hebben in het beleid.

Daarnaast kan de certificering onder meer ook worden gebruikt als beschermingsconstructie bij publieke vennootschappen, waarbij de oorspronkelijke aandeelhouders een controleparticipatie groeperen in een administratiekantoor.

11. De basiskenmerken van de Belgische certificering zijn de volgende :

- Het gaat in wezen om een zuiver contractuele figuur, waarbij een contract wordt gesloten tussen het administratiekantoor en de certificaathouders, ook aangeduid met de term « administratievoorwaarden ».
- Een rechtspersoon, met name het administratiekantoor geeft certificaten uit met betrekking tot effecten waarvan hij het bezit verkrijgt of behoudt ; de wet regelt enkel de certificering van aandelen, winstbewijzen, converteerbare obligaties of warrants van een NV (of Comm.V.A. – art. 503 W.Venn.) en van aandelen van een BVBA (art. 242 W.Venn.).
- Deze certificaten geven recht op alle inkomsten van de gecertificeerde effecten, en het administratiekantoor verbindt zich ertoe deze inkomsten, na aftrek van kosten, in principe onmiddellijk door te storten aan de certificaathouders (artt. 503, § 1, vierde lid en 242, § 1, vijfde lid W.Venn.).
- Het administratiekantoor oefent de lidmaatschapsrechten uit die zijn verbonden aan de gecertificeerde effecten, zo onder meer het stemrecht op de algemene vergadering, het voorkeurrecht enz. (artt. 503, § 1, tweede lid en 242, § 1, tweede lid W.Venn.).
- Het uiteindelijke doel van de operatie bestaat er uiteraard in dat de oorspronkelijke aandeelhouder(s) het bestuursorgaan van het administratiekantoor controleren, en dus ook controle kunnen uitoefenen over de uitoefening van de stemrechten door het administratiekantoor en derhalve op de oriëntatie van het beleid binnen de onderliggende onderneming.

12. Naast deze basisbeginselen gelden er nog enkele andere principes. We brengen de belangrijkste ervan even in herinnering :

- Het administratiekantoor mag de gecertificeerde effecten in beginsel niet overdragen (artt. 503, § 1, vijfde lid en 242, § 1, zesde lid W.Venn.).
- Een zeer belangrijk punt betreft de omwisselbaarheid of zogenaamde « royeerbaarheid » van de certificaten in de onderliggende effecten, hetgeen uiteraard het einde van de certificering meebrengt. Als uitgangspunt geldt dat de certificaten op elk moment kunnen worden ingewisseld tegen de onderliggende effecten, behoudens andersluidende bepaling. Een afwijking

van dit principe zal uiteraard noodzakelijk zijn indien men de doelstellingen die men met de certificering nastreeft, effectief wil bereiken. Aanvankelijk bepaalde de wet evenwel dat bedingen in verband met de niet-omwisselbaarheid beperkt moesten zijn in de tijd. Die bepaling werd fel bekritiseerd, aangezien zij een ernstige hypotheek legde op de nagestreefde doeleinden. Als gevolg van deze kritiek werd zij gewijzigd door de Wet van 28 januari 2003[27]. De wet zegt thans dat bedingen met betrekking tot de niet-omwisselbaarheid kunnen beperkt zijn in de tijd (artt. 503, § 1, laatste lid en 242, § 1, zevende lid W.Venn.).

- Hoe dan ook zijn er twee gevallen waarin de certificaten verplicht worden omgewisseld tegen de gecertificeerde effecten, en die van dwingend recht zijn. Het betreft in de eerste plaats de hypothese dat de emittent zijn verplichtingen niet nakomt of de belangen van de certificaathouders ernstig verwaarloost (artt. 503, § 1, laatste lid en 242, § 1, laatste lid W.Venn.). Daarnaast is er een omwisseling van rechtswege ingeval van faillissement of enig ander geval van samenloop, b.v. vereffening (artt. 503, § 2 en 242, § 2 W.Venn.).
- De vennootschap waarvan de effecten worden gecertificeerd heeft in principe geen boodschap aan de verrichting. Wel moet het administratiekantoor zich bij de vennootschap in die hoedanigheid bekendmaken (artt. 503, § 1, derde lid en 242, § 1, derde lid W.Venn.). Bovendien bestaat de mogelijkheid dat de certificering tot stand komt met medewerking van de vennootschap. In dat geval hebben de certificaathouders recht op bepaalde informatie met betrekking tot de werking van de vennootschap (artt. 533-535 en 268-269 W.Venn.), en mogen zij deelnemen aan de algemene vergadering, weliswaar slechts met raadgevende stem (artt. 537 en 271 W.Venn.).
- Een laatste zeer belangrijke regel, is de fiscale transparantie van de verrichting, voor zover niet wordt afgeweken van de verplichting om onmiddellijk de inkomsten door te storten (art. 13 van de Certificerings-Wet van 15 juli 1998). In de praktijk betekent dit binnen de 15 dagen[28]. In dat geval wordt de certificaathouder voor fiscale doeleinden behandeld alsof hij rechtstreeks aandeelhouder zou zijn.

2. Het statuut van het administratiekantoor

13. Een belangrijke vraag in het kader van deze certificering van aandelen, betreft uiteraard het statuut van het administratiekantoor. De Wet van 15 juli 1998 zegt hierover enkel dat het moet gaan om een rechtspersoon. Verder wordt geen enkele vereiste gesteld.

Zo wordt er geen enkele bijzondere wettelijke specialiteit opgelegd. Elke

27. *B.S.* 21 februari 2003.
28. Memorie van Toelichting, *Gedr. St.* Kamer, 1997-1998, nr. 1430/1, 6.

rechtspersoon komt dus principieel in aanmerking, ongeacht zijn activiteiten en zijn oogmerk. Evenmin moet het maatschappelijk doel van het administratiekantoor beperkt zijn tot de certificering van effecten. Het administratiekantoor zou dus behalve de certificering nog andere (commerciële) activiteiten kunnen ontwikkelen, al is dit vanuit het oogpunt van de certificaathouders meestal niet aan te raden.

14. Uiteraard kan men uitgaande van de doelstellingen van de certificering, wel enkele vereisten naar voor schuiven waaraan een rechtsvorm moet beantwoorden, opdat hij geschikt zou zijn als administratiekantoor :

- In de eerste plaats moet het gaan om een vorm waar enige stabiliteit op het niveau van de raad van bestuur mogelijk is, d.w.z. waar men de bestuurders relatief onafzetbaar kan maken[29]. Dit maakt b.v. de naamloze vennootschap, met zijn verplichte *ad nutum* herroepbaarheid van de bestuurders, niet zo geschikt.
- Daarnaast is het ook belangrijk dat de rechtsvorm gekenmerkt is door een relatief grote statutaire vrijheid, zodat men in de nodige specifieke bepalingen kan voorzien met betrekking tot het gebruik van de rechtspersoon als certificeringsvehikel.
- Tenslotte draagt een rechtsvorm met geen al te hoge oprichtings- en werkingskosten de voorkeur weg, aangezien het in de regel de bedoeling is de inkomsten van het administratiekantoor maximaal door te storten aan de certificaathouders.

15. Op basis van deze omschrijving kunnen verschillende rechtsvormen in aanmerking komen.

In de eerste plaats zou men kunnen denken aan een Belgische vennootschapsvorm, waar een zekere stabiliteit in het bestuursorgaan mogelijk is. Met uitzondering van de naamloze vennootschap (omwille van de afzetbaarheid van de bestuurders), komt elke vorm in aanmerking, met dien verstande dat kapitaalvennootschappen zoals de bvba en de cvba minder aantrekkelijk lijken omwille van de verplichte inbreng van een kapitaal, dat minstens beantwoordt aan het wettelijk minimum.

Ook een Belgische vereniging zonder winstoogmerk kan dienst doen als administratiekantoor[30]. Behalve de relatief grote statutaire vrijheid voor wat betreft de inrichting van het bestuur en de mogelijkheid om daarbij in de nodige stabiliteit te voorzien, heeft deze rechtsvorm het voordeel dat de oprichtingskosten zeer laag zijn. Volgens sommigen zou de vzw nochtans niet geschikt zijn, omwille van het « zonder winstoogmerk » en het hoger aangehaalde verbod om

29. Zie onder meer P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*,2002, (667), nr. 11.
30. J. VANANROYE, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, (169), nr. 3.

in hoofdorde commerciële activiteiten te ontwikkelen[31]. Daar staat tegenover dat een administratiekantoor normaal geen winst voor zichzelf nastreeft, en dat het certificeren van aandelen, zeker indien dit niet met winstoogmerk gebeurt, door de rechtsleer doorgaans niet als een daad van koophandel wordt beschouwd[32]. Het « zonder winstoogmerk » is overigens ook een kenmerk van de private stichting, die precies werd gecreëerd om dienst te kunnen doen als administratiekantoor.

Een mogelijk nadeel van de voorgaande vormen is evenwel dat zij nog altijd aandeelhouders of leden hebben, zodat het voor een efficiënte controle over het administratiekantoor aangewezen is om ook op dat niveau vertrouwenspersonen af te vaardigen, hetgeen het probleem verschuift en de uitoefening van de controle bemoeilijkt. Daarom kan men opteren voor een buitenlandse rechtspersoon, zoals een Nederlandse stichting, wat tot nu toe vaak het geval was, al was het maar uit macht der gewoonte.

3. Gebruik van de Belgische private stichting als administratiekantoor

16. De V&S-Wet creëert nu evenwel een bijkomende (Belgische) mogelijkheid, met de invoering van de private stichting, die zoals gezegd specifiek met (onder meer) dit doel werd gecreëerd. Een private stichting kan worden opgericht sinds 1 juli 2003, datum van inwerkingtreding van de betrokken bepalingen van de V&S-Wet.

i. De wettelijke specialiteit van de private stichting

17. De eerste vraag die men zich kan stellen, is of de stichting inderdaad geschikt is als administratiekantoor, in het licht van zijn wettelijke specialiteit.

Hoewel hierover vanuit een aantal hoeken twijfels werden geuit[33], kan daar in de praktijk moeilijk aan worden getwijfeld, aangezien de private stichting

---

31. Zie in die zin onder meer de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp inzake de certificering van effecten, *Gedr. St.* Kamer, 1997-1998, nr. 1430/1, 10 ; Verslag LANO, *Gedr. St.* Kamer, 1997-1998, nr. 1430/3, 5. De wetgever distantieerde zich met deze stellingname overigens van twee vroegere wetgevende initiatieven met betrekking tot de certificering, waarin nog werd gesteld dat de emittent van certificaten enkel een vzw kon zijn : *Gedr. St.* Kamer, 1994-1995, nr. 1648/1. Zie in dezelfde zin een opmerking van de Raad van State : *Gedr. St.* Kamer, 1997-1998, nr. 1430/1, 20.
32. J. VANANROYE, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, nr. 19 ; P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 45. Zie voor meer uitgebreide argumentatie pro de vzw als rechtsvorm voor een administratiekantoor onze eerdere bijdrage : F. HELLEMANS en R. TAS, « De certificering van effecten (W. 15 juli 1998) », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, (13), nr. 44. *Adde* P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*,2002, (667), nr. 23.
33. Zie daarover Th. BONTINCK en J.M. JONET, « Nouveau régime des fondations et aspects →

precies is gecreëerd als geëigende rechtsvorm voor het administratiekantoor[34]. In de parlementaire voorbereiding wordt dit herhaaldelijk bevestigd[35]. Het gebruik van de private stichting als administratiekantoor vindt ook expliciet steun in de specifieke fiscale maatregelen die voor die hypothese gelden[36].

18. Weliswaar zou men twijfels kunnen hebben bij het vereiste van het belangeloos doel, aangezien de certificering van aandelen toch ontegensprekelijk in de zuiver economische sfeer zit.

Daarover stelde de regering in de parlementaire voorbereiding dat het belangeloos doel van de stichting-AK niet is gelegen in de certificering zelf, maar in het behoud van het familiaal karakter van de onderneming. De certificering is slechts de activiteit die wordt uitgeoefend om dit belangeloos doel te bereiken. Men maakt dus een onderscheid tussen de eigenlijke certificeringsactiviteit en de achterliggende bedoeling, b.v. het behoud van het familiaal karakter van een onderneming, het bijeenhouden van een patrimonium, het nastreven van continuïteit in de onderneming enz[37].

Zoals reeds gezegd kan men uiteraard zijn bedenkingen hebben bij deze redenering, en bij de grote rekbaarheid van het begrip « belangeloos » (b.v. bijeenhouden van een patrimonium ?). Het weze herhaald dat de wetgever consequenter was geweest indien hij dit vereiste achterwege had gelaten en zich had beperkt tot het winstuitkeringsverbod (hoger, nr. 5). Volgens een auteur zou niet elk gebruik van de private stichting in het kader van certificeringsverrichtingen zijn toegelaten, en moet in concreto worden nagegaan of er wel een belangeloos doel mee gemoeid is. Een certificering met als doel het vormen van een aandeelhouderssyndicaat of het groeperen van de rechten van minderheidsaandeelhouders, zou in die zin niet voldoen, aangezien zij rechtstreekse vermogensvoordelen zou opleveren voor de betrokken aandeelhouders[38]. Hoewel voor deze redenering zeker wat te zeggen valt, moet o.i. nochtans worden

---

→ particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nrs 12-14.

34. J. VANANROYE, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999, o.c.*, (169), nr. 3 ; D. VAN GERVEN, « De private stichting en de stichting van openbaar nut », *T.B.B.R.*, 2003, (347), nr. 11 ; Th. BONTINCK en J.M. JONET, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nrs. 15 e.v.
35. Onder meer *Gedr. St.* Kamer, 1998-1999, nr. 1854/1, 24 ; *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/13, 47 ; *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/16, 170.
36. Th. BONTINCK en J.M. JONET, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nr 16.
37. *Gedr. St.* Kamer, 1998-1999, nr. 1854/1, 24 ; *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/13, 47 ; *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/16, 170 ; P. NICAISE en I. BANMEYER, « Les fondations », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations, o.c.*, (225), 244.
38. B. SARTEAU, « Les fondations privées », *Rev. not. belge*, 2003, (6), 26-27.

aangenomen dat het niet de bedoeling van de wetgever was een dergelijk onderscheid te maken. Gelet op de erg liberale interpretatie die hoe dan ook nodig is om het behoud van het familiaal karakter van een onderneming of het bijeenhouden van een patrimonium als belangeloos aan te merken, zou het o.i. wat hypocriet zijn om andere toepassingsgevallen van certificering dan plots als niet-belangeloos te beschouwen, al zou dit uitzonderlijk toch het geval kunnen zijn, b.v. wanneer het gaat om een professioneel administratiekantoor dat om den brode (van zijn bestuurders) effecten van meerdere vennootschappen certificeert.

Volledigheidshalve zij nog vermeld dat ook de Raad van State in de loop van de parlementaire voorbereiding bezwaren maakte, omdat de gecertificeerde effecten ingeval van ontbinding van de stichting naar het belangeloos doel zouden moeten gaan[39]. Er is nochtans terecht opgemerkt dat de Raad van State daarbij uit het oog verloor dat de certificaten ingeval van vereffening van rechtswege worden omgewisseld voor de onderliggende effecten[40].

19. Ook het winstuitkeringsverbod vormt geen beletsel voor het gebruik van de stichting als certificeringsvehikel. De uitkeringen die door de stichting gebeuren aan de certificaathouders in het kader van haar doorstortingsverplichting, hebben immers een contractuele grondslag, terwijl het uitkeringsverbod enkel onverplichte uitkeringen viseert. Het speelt daarbij geen rol of deze contractueel verplichte « uitkeringen » gebeuren aan de bestuurders of stichters van de stichting, die ook certificaathouder zijn[41].

20. Tenslotte stelt er zich alleszins ook geen probleem op het vlak van de uitgeoefende activiteiten. Zoals gezegd lijkt het verdedigbaar dat certificering geen commerciële activiteit is, en hoe dan ook geldt er dienaangaande geen enkele beperking voor de private stichting.

---

39. *Gedr. St.* Kamer, 1998-1999, nr. 1854/1, 69.
40. Zie onder meer P. BAERT, « Certificering van vennootschapseffecten : bij de noorderburen over het muurtje kijken », *T.R.V.* 1999, (127), nr. 46 ; A. VERBEKE, « Certificering van effecten. Nuttig instrument voor successieplanning ? », *loc. cit.*, nr. 35 ; F. HELLEMANS en R. TAS, « De certificering van effecten (W. 15 juli 1998) », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, (13), nr. 42 en de daar aangehaalde referenties ; P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 25. Anders : F. DE BAUW en E. POTTIER, « La certification de titres émis par une société anonyme », *T.B.H.* 1999, (523), nr. 49.
41. P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 23 ; D. VAN GERVEN en E. JANSSENS, « Van instellingen van openbaar nut tot stichting », *C.J.* 2002, (53), nr. 37 ; D. VAN GERVEN, « De private stichting en de stichting van openbaar nut », *T.B.B.R.*, 2003, (347), nr. 11 ; T. DELVAUX, « Fondations et certification », in A. BENOÎT-MOURY en O. CAPRASSE (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité*, *o.c.*, nr. 253.

ii. Oprichting van de private stichting

21. De private stichting moet op straffe van nietigheid worden opgericht bij authentieke akte. De notaris dient na onderzoek de naleving van de bepalingen van de V&S-Wet te bevestigen (art. 27, derde lid V&S-Wet). De oprichting kan eventueel ook bij authentiek testament gebeuren, waarbij het testament dan aan alle voorwaarden voor een geldige oprichtingsakte moet voldoen[42]. De vroegere mogelijkheid van oprichting bij eigenhandig geschreven testament, zoals die bestond voor de instelling van openbaar nut, is evenwel verdwenen. Wel is o.i. terecht opgemerkt dat men nog steeds bij eigenhandig testament goederen kan bestemmen tot een stichting, waarbij de eigenlijke oprichting van die stichting dan moet gebeuren door een aangewezen testamentuitvoerder of door de erfgenamen[43].

De verwerving van de rechtspersoonlijkheid gebeurt volgens hetzelfde principe als voor de vennootschappen en nu ook de vzw, met name door de neerlegging van de oprichtingsakte met de benoeming van de eerste bestuurders in het stichtingsdossier op de griffie van de rechtbank van koophandel (art. 29, § 1 V&S-Wet). In afwachting daarvan kunnen reeds verbintenissen worden aangegaan voor de stichting in oprichting (zie art. 29, § 3 V&S-Wet).

22. De wet zegt dat bij de oprichting van de stichting een vermogen wordt aangewend ter verwezenlijking van een bepaald belangeloos doel (art. 27, eerste lid, eerste zin V&S-Wet). Die verwijzing naar de bestemming van een vermogen is niet zeer aangepast wanneer de stichting wordt gebruikt als administratiekantoor. Ze verwijst eerder naar het andere type van de private stichting, b.v. ingeval van inbreng van een kunstcollectie met het doel om deze samen te houden, en is geïnspireerd op de vroegere bepaling met betrekking tot de instelling van openbaar nut (oud art. 27 Vzw-Wet)[44].

Voor het administratiekantoor kan men daarbij twee opmerkingen maken. In de eerste plaats zal het vaak zo zijn dat eerst de stichting wordt opgericht, en pas daarna effecten worden ingebracht in ruil voor de uitgifte van certificaten.

---

42. In die zin *Gedr. St.* Senaat, nr. 2-283/13, 46 ; P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 26 ; P. NICAISE en I. BANMEYER, « Les fondations », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations, o.c.*, (225), 245 ; Th. BONTINCK en J.M. JONET, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nr. 24 ; B. SARTEAU, « Les fondations privées », *Rev. not. belge*, 2003, (6), 13-14.
43. J. VANANROYE, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999, o.c.*, (169), nr. 7 ; B. SARTEAU, « Les fondations privées », *Rev. not. belge*, 2003, (6), 14-19, die weliswaar op een aantal mogelijke problemen wijst.
44. *« Elk persoon kan, mits goedkeuring door de Regering, al zijn goederen of een deel daarvan, bij authentieke akte of bij eigenhandig testament bestemmen tot het oprichten ener instelling van openbaar nut (...) ».*

Bovendien kan men zich afvragen of zo'n inbreng van te certificeren effecten wel valt onder het begrip « aanwending van een vermogen », gelet op de rechten die de certificaathouders desgevallend kunnen laten gelden op de gecertificeerde effecten[45].

O.i. moet worden aangenomen dat het vereiste van de bestemming van een vermogen niet te letterlijk moet worden opgevat, en dat de wetgever vooral beoogde aan te geven dat de oprichting van de stichting aan de stichter toelaat een deel of het geheel van zijn goederen af te zonderen als « doelvermogen »[46]. Een benadering die nadruk legt op de bestemming van een vermogen als element van de oprichtingsakte, wordt terecht als ouderwets bestempeld[47]. In die zin stelt de meerderheid van de rechtsleer dat een private stichting theoretisch van start zou kunnen gaan met een symbolisch vermogen van 1 euro, waarna het doelvermogen wordt bijeengebracht door de winst die de stichting maakt met haar activiteiten[48]. O.i. volstaat het voor de oprichting van een stichting-administratiekantoor dan ook dat wordt verwezen naar een voorgenomen « inbreng » van effecten voor certificering[49]. Indien anderzijds de te certificeren effecten reeds bij de oprichting zouden worden « ingebracht » tegen uitgifte van certificaten, gaat het alleszins niet om een inbreng om niet, zodat b.v. de vereiste van een administratieve machtiging voor schenkingen van meer dan 100.000 euro geen toepassing vindt (zie art. 33 V&S-Wet)[50].

23. De private stichting heeft geen wettelijk beschermd kapitaal en dus ook geen wettelijk minimumkapitaal. Voor de stichting van openbaar nut bestaat wel een administratieve praktijk, waarbij men een minimale inbreng van 25.000 euro (1 miljoen frank) vooropstelt.

De eigenlijke oprichtingskosten voor de stichting zijn dus relatief beperkt.

45. J. VANANROYE, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, (169), nr. 4.
46. Vgl. P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 28.
47. J. VANANROYE, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, (169), nr. 4.
48. J. VANANROYE, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, (169), nr. 4 ; P. NICAISE en I. BANMEYER, « Les fondations », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, (225), 240-241 ; Th. BONTINCK en J.M. JONET, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations*, *o.c.*, (135), nr. 21 ; T. DELVAUX, « Fondations et certification », in A. BENOÎT-MOURY en O. CAPRASSE (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité*, *o.c.*, nr. 120 ; M. DENEF, « Verenigingen en stichtingen 'nieuwe stijl' », *N.J.W.* 2003, (1026), nr. 9.
49. Vgl. in dezelfde zin : P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nrs. 31 en 36 ; P. NICAISE en I. BANMEYER, « Les fondations », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, (225), 240.
50. P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 33.

Zoals verder wordt uiteengezet (nr. 39), is de inbreng van aandelen tegen uitgifte van certificaten ook niet onderworpen aan evenredige registratierechten.

24. Een stichting kan worden opgericht door één of meer natuurlijke personen of rechtspersonen (art. 27, eerste lid, eerste zin V&S-Wet).

Daarbij rijst de vraag of ook de vennootschap waarvan de aandelen worden gecertificeerd, zelf de stichter kan zijn. In principe bestaat daartegen geen bezwaar. Het is wel zo dat de vennootschap daardoor ontegensprekelijk haar medewerking verleent aan de certificering[51]. De certificaathouders krijgen dan zoals gezegd bijkomende rechten (hoger, nr. 12).

iii. Inhoud van de statuten

25. Wat betreft de inhoud van de statuten, somt de wet (art. 28 V&S-Wet) acht verplichte vermeldingen op, die we hierna zeer kort overlopen. Vanzelfsprekend kan niet genoeg worden benadrukt hoe belangrijk het is om bij de redactie van de statuten van het administratiekantoor, voldoende aandacht te besteden aan het effectief bereiken van de met de certificering beoogde doelstellingen[52].

1° De naam, voornamen, woonplaats, geboortedatum en –plaats van de stichter(s), of voor rechtspersonen de naam, de rechtsvorm en het adres van de zetel. Deze bepaling is identiek aan de bepaling voor vzw's (art. 2, 1° V&S-Wet), met dien verstande dat voor de vzw de geboortedatum en –plaats niet langer moet worden vermeld, ingevolge de wijziging van de wet door artikel 394 van de Programmawet van 22 december 2003[53]. Waar o.i. moet worden aangenomen dat deze gegevens voor de vzw niet noodzakelijk in de eigenlijke statuten moeten worden opgenomen, maar in de eenmalige bepalingen van de oprichtingsakte mogen worden vermeld, lijkt het voor de stichting verdedigbaar dat zij wel degelijk in de statuten zelf moeten voorkomen, gelet op de relatief belangrijke rol die aan de stichters is toebedeeld[54]. Dit belet niet dat in de rechtsleer is gesteld dat voor de formele stichter(s) een beroep zou kunnen worden gedaan op een advocaat of een trustkantoor, handelend in eigen naam maar voor rekening van de werkelijke stichter(s)[55].

---

51. Th. Bontinck en J.M. Jonet, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nr. 28.
52. Th. Bontinck en J.M. Jonet, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nr. 26.
53. *B.S.*, 31 december 2003.
54. Vgl. in die zin ook P. Lavrysen, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 40.
55. P. Lavrysen, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 40.

2° De naam van de stichting. Deze kan maar moet niet verwijzen naar de naam van de vennootschap waarvan de effecten worden gecertificeerd[56].

3° De precieze omschrijving van het doel en de activiteiten waarmee de stichting dat doel wil bereiken. Zoals reeds gezegd zal het hier b.v. gaan om het behoud van het familiaal karakter van een onderneming, of de verankering van een vennootschap bij haar familiale aandeelhouders, terwijl de concrete activiteit dan bestaat in de certificering van bepaalde effecten[57].

4° Het volledig adres van de zetel, uiteraard in België gevestigd. Anders dan het geval is voor de vzw, moet het gerechtelijk arrondissement waaronder de stichting ressorteert, niet noodzakelijk worden vermeld[58].

5° De wijze van benoeming, afzetting en ontslag van bestuurders, vertegenwoordigers, dagelijks bestuurders en evt. commissarissen, en omvang van hun bevoegdheden en wijze van uitoefening. Dit is uiteraard een uitermate belangrijk punt in het licht van de vereiste stabiliteit in het bestuur, waarop verder uitgebreider wordt ingegaan (nrs. 26-33).

6° De bestemming van het vermogen bij ontbinding, dat tot een « ideëel doel » moet worden aangewend. De statuten kunnen evenwel bepalen dat « wanneer het belangeloos doel is verwezenlijkt » de stichter of zijn rechthebbenden de ingebrachte goederen of hun tegenwaarde mogen terugnemen.
De aanwending van het vermogen voor een « ideëel doel » (welk begrip overigens geen andere inhoud heeft dan de term « belangeloos doel », in de Franse tekst wordt overigens in beide gevallen de term « désintéressé » gebruikt[59].) wordt zoals gezegd grotendeels doorkruist door de specifieke regeling die bepaalt dat in enig geval van samenloop, waaronder vereffening, de certificaten van rechtswege worden omgewisseld tegen de onderliggende effecten. Meestal zal er dus niet veel vermogen te bestemmen vallen. Ook de terugnameregeling ten behoeve van de stichters zal meestal niet echt relevant zijn bij certificering, gelet op het contractueel recht van de certificaathouders op de gecertificeerde effecten.

7° Een ander belangrijk punt zijn de voorwaarden waaronder men de statuten kan wijzigen. Aangezien de stichting geen algemene vergadering heeft, zal men voor dergelijke beslissing de raad van bestuur of een derde bevoegd moeten maken, al dan niet met een bijzondere meerderheid en/of met een bijzondere motiveringsplicht, zodat de beslissing kan worden getoetst door

56. P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 39.
57. P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 43.
58. P. NICAISE en I. BANMEYER, « Les fondations », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, (225), 249.
59. *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/11, 45-46 ; *Gedr. St.* Kamer, 2000-2001, nr. 1301/8, 40-41 ; D. VAN GERVEN, « De private stichting en de stichting van openbaar nut », *T.B.B.R.*, 2003, (347), nr. 9.

de rechtbank[60]. Eventueel zou men een bepaalde inspraak door de certificaathouders kunnen organiseren. Het is uiteraard perfect denkbaar en zelfs logisch dat de stichter een aantal statutaire bepalingen onwijzigbaar zou verklaren[61].

De wet voorziet nog in een procedure van verplichte statutenwijziging door de rechtbank, indien de ongewijzigde handhaving van de oorspronkelijke statuten gevolgen zou hebben die de stichter redelijkerwijze niet gewild heeft. Men kan daarbij b.v. denken aan bepaalde kwaliteitseisen die door de wetgever zouden worden gesteld aan een administratiekantoor, b.v. vanuit corporate governance standpunt of met betrekking tot de uitgeoefende activiteiten.

Statutenwijzigingen moeten in elk geval worden vastgesteld bij authentieke akte, althans voor zover zij een wijziging inhouden van de wettelijk verplichte vermeldingen, met uitzondering van een loutere wijziging van de naam of de zetel (art. 30, § 1 V&S-Wet)[62].

8° Tenslotte moet ook worden voorzien in een procedure voor de regeling voor belangenconflicten, bij gebreke van een (verplicht) orgaan dat controle uitoefent op de bestuurders, zoals een algemene vergadering[63]. Dit kan onder meer nuttig zijn indien de bestuurders van het administratiekantoor nauw gelieerd zijn met de vennootschap waarvan de aandelen zijn gecertificeerd. De wetgever geeft wel geen enkele aanwijzing hoe dergelijke regeling er moet uitzien. Men kan zich eventueel inspireren op de regeling die geldt in de vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (b.v. art. 523 W.Venn.)[64].

iv. Organisatie raad van bestuur

26. Zoals reeds gezegd is het meest opvallende kenmerk van de stichting dat zij geen ledenorgaan heeft en monistisch gestructureerd is (art. 27, tweede lid V&S-Wet). De stichting heeft dus niet de traditionele tweeledige structuur, met een

60. Zie ook Th. Bontinck en J.M. Jonet, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nr. 38.
61. D. Van Gerven en E. Janssens, « Van instellingen van openbaar nut tot stichting », *C.J.*, 2002, (53), nr. 8 ; D. Van Gerven, « De private stichting en de stichting van openbaar nut », *T.B.B.R.*, 2003, (347), nr. 20 ; T. Delvaux, « Fondations et certification », in A. Benoît-Moury en O. Caprasse (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité, o.c.*, nr. 195.
62. *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/13, 48 ; P. Nicaise en I. Banmeyer, « Les fondations », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations, o.c.*, (225), 262-263.
63. P. Nicaise en I. Banmeyer, « Les fondations », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations, o.c.*, (225), 251.
64. Th. Bontinck en J.M. Jonet, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nr. 41.

algemene vergadering en een bestuursorgaan, die men in de meeste Belgische rechtspersonen terugvindt.

27. Er is derhalve slechts één wettelijk verplicht orgaan, met name de raad van bestuur. Voor wat betreft de benoeming van de raad van bestuur en de organisatie van zijn bevoegdheden (art. 34 V&S-Wet), geldt een bijna onbeperkte statutaire vrijheid. De samenstelling en wijze van functioneren van deze raad van bestuur zijn uitermate belangrijk, aangezien hij in beginsel de stemrechten verbonden aan de gecertificeerde effecten zal uitoefenen[65]. Facultatief zou toch voor een duale structuur worden gekozen, door de instelling van een controleorgaan, dat men b.v. raad van toezicht zou kunnen noemen[66]. Volgens sommige auteurs volgt uit de wet evenwel een verbod om een echte algemene vergadering te hebben, waardoor het niet mogelijk zou zijn aan dit controleorgaan alle normale bevoegdheden van een algemene vergadering toe te vertrouwen[67].

Zoals in de NV en sinds kort ook in de vzw bestaat daarnaast ook de mogelijkheid het dagelijks bestuur te delegeren aan één of meer personen, al dan niet bestuurders (art. 35 V&S-Wet).

28. Hoewel in de parlementaire voorbereiding aanvankelijk naar de bvba werd verwezen als « rolmodel »[68], is het uiteindelijk veeleer de NV die als voorbeeld heeft gediend voor het functioneren van deze raad van bestuur[69].

Er moeten met name minstens drie bestuurders zijn (art. 34, § 1 V&S-Wet), die hun ambt collegiaal uitoefenen (art. 34, § 2, eerste lid V&S-Wet). Het minimumaantal van drie bestuurders en de daaraan verbonden collegialiteit is voorgeschreven wegens het ontbreken van een controlerend orgaan zoals de algemene vergadering[70]. Voor de « stichter-pater familias » is dit natuurlijk niet

65. Th. BONTINCK en J.M. JONET, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nr. 44.
66. J. VANANROYE, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999, o.c.*, (169), nrs. 2 en 22 ; Th. BONTINCK en J.M. JONET, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nr. 43.
67. T. DELVAUX, « Fondations et certification », in A. BENOÎT-MOURY en O. CAPRASSE (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité, o.c.*, nr. 98-100. Vgl. Ph. 't KINT, « Les fondations, comparées aux ASBL, d'après la loi du 2 mai 2002 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les établissements d'utilité publique », *Non-Marchand* 2002 (2), nr. 10, (65), 67-68.
68. Memorie van Toelichting, *Gedr. St.* Kamer, 1998-1999, nr. 1854/1, 25.
69. P. NICAISE en I. BANMEYER, « Les fondations », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations, o.c.*, (225), 256 ; T. DELVAUX, « Fondations et certification », in A. BENOÎT-MOURY en O. CAPRASSE (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité, o.c.*, nr. 147.
70. *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/13, 50 ; D. VAN GERVEN en E. JANSSENS, « Van instellingen van openbaar nut tot stichting », *C.J.*, 2002, (53), nr. 15 ; D. VAN GERVEN, « De private stichting en de stichting van openbaar nut », *T.B.B.R.*, 2003, (347), nr. 26 ; Th. BONTINCK en J.M. JONET, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le →

ideaal, aangezien hij er meestal de voorkeur aan zal geven alleen de controle te kunnen uitoefenen. Sommige auteurs menen dat van dit wettelijk collegialiteitsvoorschrift statutair zou kunnen worden afgeweken, hetgeen ons nochtans betwistbaar lijkt[71]. Het feit dat de bestuurders op het interne vlak een taakverdeling kunnen afspreken (art. 34, § 3 V&S-Wet) lijkt ons namelijk niet in te houden dat geldig kan worden bepaald dat zij in afwijking van de voorgeschreven collegialiteit een onbeperkt individueel beslissingsrecht krijgen.

De bestuurders kunnen natuurlijke of rechtspersonen zijn. De stichter zou dus zowel in persoonlijke naam als via een managementvennootschap in de raad van bestuur kunnen zetelen[72], en aldus het aantal fysieke personen in de raad van bestuur kunnen herleiden tot twee. Dit is meteen ook het minimum, nu de wet een collegiale besluitvorming voorschrijft. Er is dus steeds een echte « derde » nodig voor een geldige samenstelling van de raad van bestuur[73]. Wel zou men eventueel een vetorecht kunnen geven aan één bestuurder. Een andere oplossing zou kunnen bestaan in het toekennen van meervoudig stemrecht aan één bestuurder, waardoor men het beslissingsrecht *de facto* bij één persoon zou kunnen leggen[74]. Nochtans moet worden benadrukt dat de geldigheid van dit procédé betwist is, en bovendien geen afbreuk doet aan het doelgebonden karakter van het stemrecht van de bestuurders, waardoor een beslissing van de raad van bestuur waarbij een bestuurder met doorslaggevende stem er zijn eigen mening zou hebben « doorgedrukt », gemakkelijker vatbaar is voor rechterlijke toetsing.

Als tempering op de vereiste collegiale besluitvorming kunnen de bestuurders in uitzonderlijke gevallen, wanneer de dringende noodzakelijkheid en het belang van de stichting zulks vereisen, beslissingen nemen bij schriftelijk akkoord (art. 34, § 2, tweede lid V&S-Wet)[75].

29. De benoemingswijze van de bestuurders moet statutair worden geregeld. Anders dan bij de NV is er geen dwingende wettelijke regel dat de bestuurders

---

→ cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nr. 43 ; T. DELVAUX, « Fondations et certification », in A. BENOÎT-MOURY en O. CAPRASSE (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité, o.c.*, nr. 149.

71. D. VAN GERVEN en E. JANSSENS, « Van instellingen van openbaar nut tot stichting », *C.J.*, 2002, (53), nr. 15 ; D. VAN GERVEN, « De private stichting en de stichting van openbaar nut », *T.B.B.R.*, 2003, (347), nr. 26.
72. Vgl. P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*,2002, (667), nr. 48.
73. M. WAUTERS, « De bestuurder-rechtspersoon en zijn vaste vertegenwoordiger », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschapsrecht 2002 : Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo, 2003, (13), nr. 37.
74. Zie K. D'HULST, « Standpunt : Is meervoudig stemrecht mogelijk in de raad van bestuur van een NV ? », *T.R.V.* 2003, 555-559.
75. *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/13, 50.

ad nutum herroepbaar zijn. Men kan dus statutair in de gewenste stabiliteit voorzien. Terzake zijn verschillende modellen denkbaar, waarbij inspiratie kan worden gezocht in de Nederlandse rechtspraktijk[76] :

- Zo zouden de bestuurders en/of hun opvolgers nominatim kunnen worden aangeduid of zou kunnen worden voorzien in de benoeming door een derde, b.v. de stichter[77] of een deskundig geacht persoon (« technocratisch model »)[78]. Meest voor de hand liggend is een bepaling waardoor de stichter (b.v. de pater familias) in eerste instantie als bestuurder wordt genoemd samen met de door hem uitverkoren opvolger(s), en waarbij meteen wordt voorzien in de benoeming van een vervanger ingeval van overlijden van de stichter[79].
- Er zou kunnen worden geopteerd voor een « coöptatiemodel », waarbij de eerste bestuurders worden benoemd bij de oprichting en de raad van bestuur nadien zelf beslist over nieuwe benoemingen[80].
- Er kan ook een benoemingscomité worden opgericht, waarbij eventueel een bepaalde vorm van inspraak kan worden gegeven aan de certificaathouders (« democratisch model »). Daarbij moet er wel over worden gewaakt niet teveel zeggenschap te geven aan de certificaathouders, omdat anders de doeleinden van de certificering worden onderuit gehaald[81].
- Er zou verder ook een zekere zeggenschap kunnen worden gegeven aan de organen van de vennootschap waarvan de aandelen gecertificeerd zijn (« oligarchisch model »). Het gevolg hiervan is wel dat de vennootschap zal worden geacht te hebben meegewerkt aan de certificering, met alle gevolgen

---

76. Zie voor een bespreking van deze verschillende modellen : Th. BONTINCK en J.M. JONET, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nrs 46-51.
77. J. VANANROYE, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, (169), nr. 29 ; P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 48.
78. Th. BONTINCK en J.M. JONET, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nr. 50.
79. Zie o.m. P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 9.
80. J. VANANROYE, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, (169), nr. 29 ; Th. BONTINCK en J.M. JONET, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nr. 47.
81. J. VANANROYE, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, (169), nr. 32 ; P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 48 ; P. NICAISE en I. BANMEYER, « Les fondations », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations, o.c.*, (225), 255 ; Th. BONTINCK en J.M. JONET, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nr. 48.

vandien[82]. Wanneer de vennootschap het recht krijgt om de bestuurders van de stichting te benoemen, rijst bovendien de vraag of dergelijke situatie niet indruist tegen de regeling inzake kruisparticipaties in het Wetboek van vennootschappen, tussen een naamloze vennootschap en haar dochtervennootschappen (zie de artt. 627-628 en 631-632 W.Venn.). De vennootschap heeft dan inderdaad controlebevoegdheid over de stichting. Het recht om de meerderheid van de bestuurders te benoemen of te ontslaan creëert namelijk een onweerlegbaar vermoeden dat er controle in rechte is (art. 5, § 1 en § 2, 2° W.Venn.). Naar de letter van de wet is er natuurlijk geen probleem, omdat de stichting geen vennootschap is en dus niet onder het begrip « dochtervennootschap » valt, terwijl de vennootschap ook geen « vennoot » van de stichting is, zodat de controlebegrippen uit het W.Venn. noch de kruisparticipatieregeling strikt gezien van toepassing zijn. Dit belet niet dat de regeling inzake kruisparticipaties in moeder-dochterverband onder meer gericht is op het voorkomen van « autocontrole », d.w.z. de situatie waarbij het bestuur van een naamloze vennootschap zichzelf controleert door het uitoefenen van de stemrechten ter algemene vergadering. Een dergelijke constructie kan dan ook bezwaarlijk onder de noemer « behoorlijk bestuur » worden gerangschikt. Alleszins zal dit het aantal belangenconflicten gevoelig doen toenemen[83].

- Ook een « hiërarchisch model » is denkbaar, waarbij een dagelijks bestuurder wordt benoemd die de bestuurders aanstelt. Deze techniek laat toe de bestuursbevoegdheden de facto te concentreren in de handen van één persoon[84].
- Enigszins vergelijkbaar is het zogenaamde « Vaticaanse model », waarbij de raad van bestuur (c.q. de paus) wordt aangesteld door een raad van toezicht (c.q. college van kardinalen), waarvan de leden zelf worden benoemd door de raad van bestuur[85].
- Uiteraard is het ook mogelijk de benoeming van de bestuurders te koppelen aan bepaalde hoedanigheids- of kwaliteitsvereisten[86].

82. Th. Bontinck en J.M. Jonet, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations*, *o.c.*, (135), nr. 49.
83. Th. Bontinck en J.M. Jonet, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations*, *o.c.*, (135), nr. 49.
84. Th. Bontinck en J.M. Jonet, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations*, *o.c.*, (135), nr. 51.
85. J. Vananroye, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, (169), nr. 32.
86. J. Vananroye, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, (169), nr. 29.

30. Ook de wijze waarop de bestuurders kunnen worden ontslagen, wordt geregeld bij de statuten. Terzake zal meestal hetzelfde orgaan bevoegd worden gemaakt als voor de benoeming van de bestuurders[87]. Indien de statuten geen bepaling zouden bevatten over het ontslag van de bestuurders, is niet duidelijk wat daarvan het gevolg is. Sommige auteurs stellen dat volgens het gemeen recht de raad van bestuur van de stichting bevoegd zou zijn inzake ontslag van een bestuurder, aangezien alles wat nodig of dienstig is tot verwezenlijking van de doeleinden van de stichting, tot diens bevoegdheid behoort[88]. Door andere auteurs wordt aangenomen dat zij dan niet afzetbaar zijn, behoudens in de gevallen waar de rechtbank van eerste aanleg de afzetting kan uitspreken (hierna, nr. 31)[89]. Dit is uiteraard interessant wanneer de stichting wordt gebruikt als administratiekantoor, aangezien men aldus een zeer grote stabiliteit inzake de samenstelling van de raad van bestuur kan bekomen.

Hierbij kan worden herhaald dat – anders dan in de NV – de bestuurders niet noodzakelijk ad nutum herroepbaar moeten zijn. Mochten de statuten een orgaan aanduiden dat bevoegd is inzake het ontslag van de bestuurders, zonder te specificeren onder welke voorwaarden ontslag mogelijk is, dan blijft de herroepbaarheid zonder motivering of opzeggingstermijn weliswaar de regel van gemeen (lastgevings)recht (art. 2004 B.W.)[90].

31. Als klein tegengewicht voor het ontbreken van controle door een algemene vergadering, worden aan de rechtbank van eerste aanleg een aantal bevoegdheden toegekend om in te grijpen in het leven van de stichting. Zo kan zij in bepaalde gevallen bestuurders afzetten die in de fout gaan en nieuwe bestuurders benoemen (art. 43 V&S-Wet). Het gaat met name om bestuurders die blijk geven van kennelijke nalatigheid, handelen in strijd met de wet of de statuten, of oneigenlijk gebruik maken van het vermogen van de stichting. De rechtbank kan dan nieuwe bestuurders benoemen overeenkomstig de statuten (art. 43 V&S-Wet).

De rechtbank van eerste aanleg is ook de enige instantie die de ontbinding van de stichting kan uitspreken (zie verder, nr. 35), op verzoek van de stichter of zijn rechthebbenden, van één of meer bestuurders of op vraag van het openbaar ministerie (art. 39 V&S-Wet). Op te merken valt dat de wetgever hier dus in alle

87. P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 51.
88. Ph. 't KINT, « Les fondations, comparées aux ASBL, d'après la loi du 2 mai 2002 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les établissements d'utilité publique », *Non-Marchand* 2002 (2), nr. 10, (65), 72.
89. D. VAN GERVEN en E. JANSSENS, « Van instellingen van openbaar nut tot stichting », *C.J.*, 2002, (53), nr. 15 ; D. VAN GERVEN, « De private stichting en de stichting van openbaar nut », *T.B.B.R.*, 2003, (347), nr. 27.
90. Vgl. J. VANANROYE, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, (169), nr. 29.

gevallen de rechtbank van eerste aanleg bevoegd heeft gemaakt, zelfs als het gaat om een stichting die commerciële activiteiten ontwikkelt.

32. Wat er ook van zij, om het met de certificering nagestreefde doel te bereiken, zal moeten worden gekozen voor een model waarbij de benoeming van de bestuurders en eventueel ook hun ontslag, ontsnapt aan de controle van de certificaathouders. Het is immers de raad van bestuur van het administratiekantoor die de stemrechten verbonden aan de gecertificeerde effecten uitoefent. De meest in het oog springende nadelen van de wettelijke regeling zijn het minimumaantal van drie bestuurders en het vereiste van collegiale besluitvorming.

33. Verder kan nog worden opgemerkt dat het winstuitkeringsverbod van artikel 27, eerste lid V&S-Wet, uiteraard niet verhindert dat aan de bestuurders van de stichting een bezoldiging wordt toegekend. Sommige auteurs stellen nochtans dat het bestuurdersmandaat in beginsel onbezoldigd zou moeten worden uitgeoefend, behoudens wanneer prestaties worden geleverd in het kader van een arbeidsovereenkomst, of wanneer het slechts gaat om de terugbetaling van kosten[91]. Zoals reeds werd gezegd, heeft het uitkeringsverbod o.i. nochtans enkel betrekking op de toekenning van een winstdeelname aan de bestuurders, onder welke vorm ook, maar vormt het geen beletsel voor een marktconforme bezoldiging van werkelijk geleverde prestaties als bestuurder[92]. Er is immers slechts sprake van een uitkering wanneer daaraan geen (gelijkwaardige) tegenprestatie beantwoordt[93]. Slechts in de mate dat de toegekende vergoedingen niet in verhouding zouden staan tot de geleverde prestaties, zal er sprake zijn van een schending van het uitkeringsverbod.

v. Boekhouding, jaarrekening en controle

34. De stichting dient uiteraard net zoals de vzw ook een boekhouding te voeren en zal desgevallend een commissaris moeten aanstellen, wanneer zij de desbetreffende wettelijke drempels overschrijdt (art. 37 V&S-Wet)[94].

---

91. P. Nicaise en I. Banmeyer, « Les fondations », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, (225), 243, voetnoot 84 ; Th. Bontinck en J.M. Jonet, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations*, *o.c.*, (135), nr. 60.
92. P. Lavrysen, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 23 ; T. Delvaux, « Fondations et certification », in A. Benoît-Moury en O. Caprasse (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité*, *o.c.*, nr. 167.
93. J. Vananroye, « De private stichting naar komend recht », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, nr. 20 ; R. Tas, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en –verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, nr. 33.
94. Zie hierover onder meer C. Fischer en B. Theunissen, « Les obligations des ASBL en matière de →

Deze drempels hebben betrekking op het aantal personeelsleden (voltijds equivalenten), de totale jaarlijkse ontvangsten (excl. BTW en met uitzondering van buitengewone ontvangsten[95]) en het balanstotaal. Met het oog op de berekening van de twee laatstgenoemde elementen, is het voor het administratiekantoor uiteraard van belang te weten hoe de gecertificeerde effecten en de daaraan verbonden inkomsten boekhoudkundig moeten worden verwerkt.

Overeenkomstig het advies dat terzake werd uitgebracht door de Commissie voor Boekhoudkundige Normen[96], moeten de gecertificeerde effecten in principe niet in de balans worden opgenomen en moeten de corresponderende inkomsten niet als een opbrengst, maar als een schuld aan de certificaathouders worden geboekt, althans voor zover niet is afgeweken van de onmiddellijke doorstortingsverplichting. Deze inkomsten worden in dat geval inderdaad als het ware ontvangen voor rekening van de certificaathouders, en zijn dan ook niet te beschouwen als een opbrengst die in de resultatenrekening moet worden opgenomen.

Dit betekent dat de gecertificeerde aandelen niet meetellen voor de berekening van het balanstotaal en evenmin voor de berekening van de jaarlijkse ontvangsten[97]. In de praktijk zal een administratiekantoor normaliter dan ook als een « kleine » stichting kwalificeren[98]. Het zal derhalve een vereenvoudigde boekhouding mogen voeren en geen commissarisplicht hebben, behoudens afwijkende bepalingen in de statuten. Wel zouden de administratievoorwaarden eventueel kunnen voorzien in bepaalde controlerechten voor de certificaathouders.

→ comptabilité et de comptes annuels », in « La nouvelle législation sur les ASBL », *Non Marchand* 2002/2, 97 e.v.

95. Bemerk het verschil in terminologie met de tekst van artikel 17 V&S-Wet voor de vzw's, waar sprake is van « andere dan uitzonderlijke ontvangsten ». Het lijkt aannemelijk dat ten gronde in beide gevallen op dezelfde « ontvangsten » of « inkomsten » wordt gedoeld.
96. Advies nr. 178/1 met betrekking tot de boekhoudkundige aspecten van de certificatie van aandelen van handelsvennootschappen, *Bull. C.B.N.*, nr. 47, mei 2002, 45.
97. P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.* 2002, (667), nr. 56 ; S. VAN BREEDAM, « De Belgische Private Stichting. Een evenwaardig Belgisch alternatief voor de Nederlandse Stichting-Administratiekantoor ? », *T.F.R.*, 2002, (1111), 1112. Anders, maar zonder verdere verantwoording : Th. BONTINCK en J.M. JONET, « Nouveau régime des fondations et aspects particuliers liés à leur usage dans le cadre de la certification de titres », in *La réforme du droit des a.s.b.l. et des fondations, o.c.*, (135), nr. 36.
98. P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 56 ; S. VAN BREEDAM, « De Belgische Private Stichting. Een evenwaardig Belgisch alternatief voor de Nederlandse Stichting-Administratiekantoor ? », *T.F.R.*, 2002, (1111), 1112.

vi. Ontbinding

35. Een andere vraag betreft de voorwaarden waaronder het administratiekantoor kan worden ontbonden, indien men de certificering wil stopzetten. Opvallend is dat geen vrijwillige ontbinding van de stichting mogelijk is, maar dat deze steeds dient te worden uitgesproken door de rechtbank, en slechts mogelijk is in een limitatief aantal gevallen (art. 39 V&S-Wet). Gerechtelijke ontbinding is onder meer mogelijk wanneer de doeleinden van de stichting zijn verwezenlijkt (art. 39, eerste lid, 1° V&S-Wet) of wanneer zij niet meer in staat is de doeleinden na te streven waarvoor zij is opgericht (art. 39, eerste lid, 2° V&S-Wet). Met de verplichte tussenkomst van de rechtbank wilde de wetgever misbruiken vermijden, en met name enige controle organiseren met betrekking tot de bestemming van het vermogen van de stichting[99].

Deze beperkte ontbindingsmogelijkheid levert nochtans geen onoverkomelijke moeilijkheden op naar aanleiding van de beëindiging van de certificering. Afhankelijk van het standpunt waarop men zich stelt, heeft het einde van de certificering – met als gevolg de omwisseling van de uitgegeven certificaten tegen de gecertificeerde effecten – inderdaad als effect dat de doeleinden van het administratiekantoor zijn verwezenlijkt resp. dat het niet meer in staat is zijn doeleinden na te komen[100]. Dit zijn precies twee ontbindingsgronden waarin de wet voorziet. Desgevallend kan de raad van bestuur van de stichting het initiatief nemen inzake de ontbinding, via een verzoek daartoe aan de rechtbank van eerste aanleg[101].

Één en ander neemt natuurlijk niet weg dat de verplichte passage via de rechtbank van eerste aanleg relatief omslachtig is, zeker wanneer de ontbinding van het administratiekantoor gebeurt met instemming van alle betrokken partijen.

vii. Fiscale behandeling

36. Tenslotte staan we nog kort even stil bij de fiscale behandeling van de stichting-administratiekantoor[102].

---

99. *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/16, 171 ; P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 63.
100. Vgl. P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 66.
101. P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 63.
102. Zie voor een meer uitvoerige bespreking : J. MALHERBE en M. DE LA SERNA, « Fondation belge, trust et fondation étrangère – régime fiscal », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, 339-410 ; M. DENEF en D. DESCHRIJVER, « Juridische vormgeving en fiscaliteit van de VZW en stichting ná de Wet van 2 mei 2002 », *A.F.T.*, 2003, (247), nr. 28-80.

Opdat bij een certificering naar Belgisch recht zou worden gekozen voor een Belgisch administratiekantoor, is vereist dat de operatie fiscaal neutraal kan verlopen en dat er rechtszekerheid is op fiscaal vlak. Wat betreft de fiscale behandeling van het administratiekantoor zijn voornamelijk drie soorten van belastingen van belang, met name de registratierechten, de taks tot vergoeding der successierechten en de vennootschapsbelasting. Met betrekking tot de laatste twee belastingen heeft de wetgever voorzien in een bijzonder gunstregime voor de stichting-administratiekantoor. Opvallend is dat daarbij dezelfde voorwaarde wordt gesteld die geldt voor de fiscale transparantie van de certificeringsverrichting zelf, met name dat niet wordt afgeweken van de onmiddellijke doorstortingsverplichting met betrekking tot de inkomsten uit de gecertificeerde effecten. Voor wat betreft de registratierechten, kon de federale wetgever zelf geen bijzondere regeling treffen, aangezien dit een gewestelijke materie betreft.

1° Registratierechten

37. Een eerste vraag die rijst, is of er naar aanleiding van de inbreng van de te certificeren aandelen in de stichting-administratiekantoor, een evenredig registratierecht verschuldigd is. De oprichtingsakte waarin de inbreng van de aandelen normaliter zal worden vastgelegd, moet immers notarieel worden verleden, en moet derhalve verplicht worden geregistreerd.

38. Zoals hoger reeds aangegeven (nr. 22), dient volgens de letter van de wet bij de oprichting van de stichting een vermogen te worden aangewend voor een bepaald belangeloos doel (art. 27, eerste lid V&S-Wet). In het algemeen bestaat discussie over de vraag in welke mate op het ingebrachte vermogen registratierechten moeten worden geheven. Aanvankelijk was het de bedoeling van de wetgever om een verlaagd tarief in te voeren voor schenkings- en successierechten met betrekking tot een overdracht aan een stichting. Ingevolge het Lambermontakkoord werd deze materie evenwel onttrokken aan de bevoegdheid van de federale wetgever en aan de gewesten overgedragen[103].

Volgens een eerste zienswijze is deze inbreng op fiscaal vlak te beschouwen als een schenking, en gelden tot nader order derhalve de gewone tarieven voor schenkingen aan derden (art. 131 W.Reg.), die afhankelijk van het Gewest kunnen oplopen tot 80%. Het is evident dat onder deze voorwaarden

103. Art. 5 en 6 van de Bijzondere Wet van 13 juli 2001 tot herfinanciering van de gemeenschappen en gewesten en uitbreiding van de fiscale bevoegdheden van de gewesten, *B.S.* 3 augustus 2001. Zie J. MALHERBE en M. DE LA SERNA, « Fondation belge, trust et fondation étrangère – régime fiscal », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, (339), 350 ; M. DENEF en D. DESCHRIJVER, « Juridische vormgeving en fiscaliteit van de VZW en stichting ná de Wet van 2 mei 2002 », *A.F.T.*, 2003, (247), nr. 50.

weinigen hun vermogen om niet zullen overmaken aan de private stichting[104]. Een tweede opvatting beschouwt de verrichting niet als een schenking maar als een « inbreng om niet », bij gebrek aan animus donandi, waarvoor een apart regime zou gelden. Deze zienswijze vindt steun in het nieuwe artikel 140, 3°*bis* W.Reg. dat door de Wet van 2 mei 2002 werd ingevoerd, en een dergelijke « inbreng om niet » door een vzw of een stichting van openbaar nut slechts aan het algemeen vast recht onderwerpt. Het is onduidelijk of per analogie ook ingeval van een inbreng door een natuurlijke persoon of een vennootschap toch gewoon het vast recht geldt, dan wel dat dan alsnog de proportionele schenkingsrechten voor schenkingen aan derden moeten worden geheven[105]. Deze nieuwe bepaling werd recent evenwel vernietigd door het Arbitragehof na een annulatieberoep van de Waalse regering, omdat de regionalisering van de schenkingsrechten in het kader van het Lambermontakkoord, volgens het Arbitragehof ook de bevoegdheid met betrekking tot inbrengen om niet omvat, aangezien de wetgever moet worden vermoed homogene bevoegdheidspakketten te hebben willen overdragen. Om de betrokken rechtspersonen niet teleur te stellen in hun legitieme verwachtingen, worden de gevolgen van de vernietigde bepalingen weliswaar gehandhaafd totdat de gewestwetgevers een ander registratierecht zullen hebben vastgesteld voor dergelijke verrichtingen[106]. Voor het Vlaams Gewest is dit inmiddels gebeurd door het Decreet van 19 december 2003, dat een bijzonder vast recht van 100 euro heeft ingevoerd.

39. Voor de « inbreng » van de te certificeren aandelen is bovenstaande discussie weliswaar van geen belang, aangezien het hier ontegensprekelijk een overdracht onder bezwarende titel betreft[107]. Sommigen kwalificeren de verrichting als een ruil (van aandelen tegen certificaten), anderen spreken van een verrichting « *sui generis* ». In elk geval kan niet worden betwijfeld dat op dergelijke overdracht onder bezwarende titel van roerende goederen geen evenredige schenkingsrechten verschuldigd kunnen zijn[108].

In het algemeen zou men de rechtsonzekerheid met betrekking tot het fiscaal

104. A. Haelterman, « Private stichting : dringende wetsaanpassing noodzakelijk », Fiscoloog 2002, afl. 862, 2 oktober 2002 (1), 3 ; P. Lavrysen, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nrs. 71-72 ; M. Denef en D. Deschrijver, « Juridische vormgeving en fiscaliteit van de VZW en stichting ná de Wet van 2 mei 2002 », *A.F.T.*, 2003, (247), nr. 50.

105. Zie J. Malherbe en M. De La Serna, « Fondation belge, trust et fondation étrangère – régime fiscal », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, (339), 350-355, die verdedigen dat het algemeen vast recht van toepassing is.

106. Arbitragehof, arrest nr. 45/2004 van 17 maart 2004, rolnr. 2713, *T.R.V.* 2004, 163.

107. In de veronderstelling dat de overdracht van de effecten samenvalt met het sluiten van een certificeringsovereenkomst. Zie voor de andere hypothese : T. Delvaux, « Fondations et certification », in A. Benoît-Moury en O. Caprasse (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité*, *o.c.*, nr. 239-240.

108. R. Deblauwe, « De fiscale gevolgen van de wet op de certificatie van effecten », *T.F.R.*, 2000, (267), nr. 49 ; J. Malherbe en M. De La Serna, « Fondation belge, trust et fondation étrangère →

statuut van de « inbreng om niet » overigens kunnen vermijden door eerst na de oprichting van de stichting over te gaan tot inbreng van de betrokken vermogensbestanddelen[109]. Zoals wij hoger (nr. 22) reeds hebben verdedigd, moet het vermogen dat wordt aangewend voor het belangeloos doel, o.i. niet noodzakelijk reeds bij de oprichting van de stichting effectief ter beschikking worden gesteld. Behoudens wanneer het een inbreng van onroerende goederen betreft, zal dergelijke inbreng na de oprichting niet worden vastgesteld bij authentieke akte, en dus in de regel ook niet onderworpen zijn aan een registratieverplichting.

2° Taks tot vergoeding der successierechten

40. Een tweede mogelijk knelpunt betreft de jaarlijkse taks tot vergoeding van de successierechten. De stichting is principieel onderworpen aan deze jaarlijkse vermogensbelasting van 0,17% op haar brutovermogen (art. 147 e.v. W. Succ.). In dit verband werd eerder al opgemerkt dat de *ratio legis* voor deze taks, met name het compenseren van de door de fiscus misgelopen successierechten op vermogensbestanddelen die ondergebracht zijn in de stichting, ontbreekt, nu de stichting niet de economische eigenaar is van de effecten en er per hypothese successierechten kunnen worden geheven bij een eventuele overgang van de certificaten, die zich niet in het vermogen van de stichting bevinden[110].

Na enige discussie in de parlementaire voorbereiding, waarbij aanvankelijk was voorgesteld de taks enkel te heffen op gecertificeerde aandelen aan toonder[111], heeft de wetgever uiteindelijk artikel 150 W.Reg. gewijzigd met de Wet van 2 mei 2002, zoals gewijzigd door de Programmawet van 24 december 2002. Er is nu uitdrukkelijk bepaald dat de gecertificeerde effecten geen deel uitmaken van de belastbare grondslag, mits voldaan is aan de volgende twee voorwaarden :

→ – régime fiscal », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, (339), 355 ; P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 71 ; M. DENEF en D. DESCHRIJVER, « Juridische vormgeving en fiscaliteit van de VZW en stichting ná de Wet van 2 mei 2002 », *A.F.T.*, 2003, (247), nr. 57.

109. Zie ook T. DELVAUX, « Fondations et certification », in A. BENOÎT-MOURY en O. CAPRASSE (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité*, *o.c.*, nr. 237

110. Zie F. HELLEMANS en R. TAS, « De certificering van effecten (W. 15 juli 1998) », in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, *o.c.*, nr. 43 ; J. MALHERBE en M. DE LA SERNA, « Fondation belge, trust et fondation étrangère – régime fiscal », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, (339), 346. Zie ook *Gedr. St.* Senaat, 1999-2000, nr. 2-283/2, 6.

111. De rechtsleer had reeds een ontwijkingsmechanisme voorgesteld door de effecten aan toonder in het buitenland aan te houden : zie K. VAN DUYSE, « Het 'Belgisch administratiekantoor' : (g)een doodgeboren kind ? », *T.F.R.*, 2000, 107-110.

- De stichting (of vereniging) moet als bezitter-emittent gelden krachtens de Certificeringswet van 15 juli 1998. Aanvankelijk werd enkel verwezen naar artikel 3 van de Certificeringswet, dat betrekking heeft op certificeringen van effecten van een NV. De rechtsleer leidde daaruit af dat gecertificeerde aandelen van een BVBA niet zouden kunnen genieten van de vrijstelling en pleitte voor een wetswijziging[112], die er kwam met (art. 394 van) de Programmawet van 24 december 2002[113].
- De certificaten moeten bovendien in aanmerking komen voor fiscale transparantie, d.w.z. dat niet mag zijn afgeweken van de onmiddellijke doorstortingsverplichting met betrekking tot de inkomsten van de gecertificeerde effecten.

3° Vennootschapsbelasting

41. Tenslotte heeft de wetgever ook voorzien in een specifieke behandeling van de stichting-administratiekantoor onder de vennootschapsbelasting, met de invoering van art. 181, 8° WIB door de Wet van 2 mei 2002. Vzw's en andere rechtspersonen zonder winstoogmerk worden namelijk uitgesloten uit het toepassingsgebied van de vennootschapsbelasting, onder de dubbele voorwaarde dat :

- hun activiteit louter beperkt is tot de certificering van effecten ;
- de betrokken certificaten kunnen genieten van fiscale transparantie.

Verenigingen en stichtingen die uitsluitend als administratiekantoor worden gebruikt, vallen dus principieel onder de rechtspersonenbelasting. Daarbij valt nog op te merken dat de certificering die niet zou voldoen aan de hogervermelde dubbele voorwaarde, ook onder de vennootschapsbelasting normaliter geen belastbare materie zal opleveren, mits zij geschiedt tegen kostprijs.

Besluit

42. Bij wijze van besluit kan de vraag worden gesteld of de private stichting nu het langverwachte certificeringsvehikel is. Het antwoord lijkt ons toch grotendeels positief te zijn. Blijkens een citaat uit de parlementaire voorbereiding, was één van de doelstellingen van de wetgever met de invoering van de private stichting om ondernemers « vervelende buitenlandse reizen » te besparen[114].

112. A. HAELTERMAN, « Private stichting : dringende wetsaanpassing noodzakelijk », Fiscoloog 2002, afl. 862, 2 oktober 2002 (1), 1-2 ; J. MALHERBE en M. DE LA SERNA, « Fondation belge, trust et fondation étrangère – régime fiscal », in Centre Jean Renauld (ed.), *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, *o.c.*, (339), 347 ; T. DELVAUX, « Fondations et certification », in A. BENOÎT-MOURY en O. CAPRASSE (eds.), *Sociétés et asbl : questions d'actualité*, *o.c.*, nr. 247.
113. *B.S.* 24 december 2002.
114. *Gedr. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-283/16, 146.

Hoewel men het er niet expliciet bijzegt, bedoelde men uiteraard reizen naar Nederland[115]. Bekeken vanuit het standpunt van de certificering zou men weliswaar kunnen zeggen dat er nog een paar schoonheidsfoutjes zijn, maar al bij al lijkt de Belgische stichting ons toch een volwaardige tegenhanger te zijn van de Nederlandse stichting-administratiekantoor[116]. Bedoelde Nederlandse reizen zijn dus voortaan inderdaad overbodig, tenzij men natuurlijk enkel gaat voor de Zeeuwse mosselen of verse maatjes.

Los daarvan kan men zich wel de vraag stellen of in deze tijden van toegenomen aandacht voor goede « corporate governance », de certificering van aandelen via een administratiekantoor, met als doel een oligarchische controle over de vennootschap te combineren met een verspreid aandeelhouderschap, geen voorbijgestreefde techniek is. Misschien moet het tot nu toe beperkte succes van de Belgische certificering dan ook niet zozeer worden toegeschreven aan het feit dat de regeling onvoldoende zekerheid en soepelheid zou bieden, maar is de Belgische wetgever er simpelweg te laat mee voor de dag gekomen.

115. P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*, 2002, (667), nr. 1, voetnoot 5.

116. Vgl. in dezelfde zin : P. LAVRYSEN, « De private stichting : een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor ? », *T.B.H.*,2002, (667), nrs. 79-83.

La théorie de l'organe : évolutions récentes

Pierre van OMMESLAGHE
Avocat à la Cour de cassation,
Professeur émérite à l'Université Libre de Bruxelles

I. Introduction

1. Objet des présentes réflexions. – La théorie de l'organe, liée aux fondements mêmes du concept de personne morale, est restée relativement stable dans notre droit pendant plusieurs décennies, même si elle a donné lieu à certaines controverses doctrinales ou à des interrogations sur sa portée, son fondement et ses limites[1]. On sait que, d'origine allemande, cette théorie a connu en France une remarquable synthèse due à Michoud[2].

Mais voici qu'elle a connu de brusques évolutions ces dernières années, qui mettent en cause certaines de ses caractéristiques tant dans la jurisprudence de la Cour de cassation que par suite de certaines interventions du législateur. Sans qu'il soit naturellement question de proposer une théorie générale de l'organe dans le cadre limité de cette contribution, notre propos est de faire une brève synthèse de ces évolutions. Malgré tout l'intérêt de la question, les limitations apportées à notre contribution ne nous permettront pas d'aborder le sujet sous l'angle de la responsabilité pénale des personnes morales.

2. La théorie de l'organe. – L'organe est, on le sait, le support nécessaire de l'activité de la personne morale ; il existe en même temps qu'elle, par l'effet de la loi et non point comme la conséquence d'une première démarche consécutive à la création de la personne morale. Celle-ci ne peut agir que par ses organes qui sont le support à la fois de l'expression de sa volonté, activement et passivement, et de ses moyens d'action. Ils « incarnent » la personne morale[3] à laquelle ils s'identifient sans que doive jouer le mécanisme de la représentation.

---

1. *Cf.* sur les principes fondamentaux de la théorie de l'organe telle que consacrée dans notre droit : V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes de droit privé », *R.C.J.B.*, 1999, 732, n^os^ 24 et s. et les réf.
2. La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, 2^e^ éd.,1924, par TROTABAS, 124, n^os^ 60 et s.
3. Voy. l'excellente description donnée par le dédicataire de ces lignes : M. COIPEL, « Dispositions communes à toutes les sociétés commerciales », *Rép. not.*, n^os^ 20 et s. ; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, 1^ère^ éd., t. I, n^os^ 369 et 370 ; TILQUIN et SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, n° 918 et s. et les réf. ; SIMONART, « La quasi-immunité... », cité, *R.C.J.B.*, 1999, 732 n^os^ 25 et s. ; B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen*, n° 870 et les réf. Voy. aussi la description imagée →

La théorie de l'organe procède de la même idée de fiction que le concept de personne morale lui même, au moins selon notre conception de la personnalité morale[4].

Les conséquences suivantes s'en déduisent, à notre avis :

Cette théorie s'applique nécessairement à toute personne morale, qu'elle soit de droit privé ou de droit public, mais les modalités d'application en ont été traditionnellement différentes (*infra*, n° 5).

Les organes peuvent agir soit dans l'ordre interne (comme les commissaires ou les assemblées générales de sociétés anonymes), soit dans l'ordre externe, dans les rapports envers les tiers. Leurs fonctions peuvent consister dans la prise de décisions appelées à permettre le fonctionnement de la personne morale, dans la conclusion d'actes juridiques au nom et pour compte de la personne morale tant activement et passivement[5], y compris la représentation des personnes morales en justice ou dans l'accomplissement de faits juridiques. La distinction faite en matière de représentation entre les actes juridiques et les faits juridiques ne doit pas être appliquée aux organes[6]. Les organes ne sont donc ni des mandataires ni des agents d'exécution[7].

Les organes peuvent être constitués d'une seule personne, de plusieurs personnes pouvant agir individuellement[8], ou se présenter sous la forme d'un collège.

L'organe n'a cette qualité que s'il agit dans les limites de ses fonctions et en cette qualité ; cette règle tient à la nature même de l'institution, comme l'a très

---

→ contenue dans l'exposé des motifs de la loi du 10 février 2003 relative à la « responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques », même s'il ne faut pas abuser en la matière des métaphores anthropomorphiques : *Doc. parl.*, Ch. repr., 50, 2001-2002, n° 1736/001, p. 7 : les organes sont décrits comme étant *« la bouche, les bras et les jambes de la personne morale »*.

4. *Cf.* pour plus de détails sur cette conception : notre étude : « Observations sur les limites imposées à l'activité des personnes morales en droit comparé » ; observations sous Cass. 31 mai 1957, *R.C.J.B.*, 1958, 286 ainsi que l'étude, publiée en collaboration avec L. Simont, « La notion de l'organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d'administration des sociétés anonymes », *R.C.J.B.*, 1964, 74, spécial. note 23.
5. En ce sens notamment que les communications faites ou les actes adressés à des organes sont réputés adressés à la personne morale elle-même.
6. Cette distinction, consacrée par le Code civil en matière de mandat, est loin d'être aussi claire et évidente qu'il y paraît au premier abord : *cf.* P. A. Foriers : « Aspects de la représentation en matière contractuelle », in *Les Obligations contractuelles*, éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, 225 spécial. n° 3 et n^{os} 5 à 7.
7. *Cf.* sur la comparaison entre les organes et des agents d'exécution : Simonart, « La quasi immunité... », citée, *R.C.J.B.*, 1999, 732, n^{os} 29 et s.
8. Tel est le cas en principe en cas de pluralité de gérants de SPRL dès lors que les statuts ne les organisent pas en collège : J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes*, t. II, 1ère éd., n° 937 ; article 257 du Code des sociétés.

clairement énoncé la Cour de cassation dans son arrêt de principe du 31 mai 1957[9] :

> *« Attendu que l'être moral ne peut agir qu'à l'intervention de personnes physiques, ses organes ; que ceux-ci n'agissent en cette qualité et dès lors ne s'identifient avec l'être moral que s'ils restent dans les limites de leurs attributions »*[10].

Il s'en déduit notamment que l'organe ne peut s'identifier à la personne morale si l'acte qu'il accomplit méconnaît la spécialité légale ou la spécialité statutaire de la personne morale en cause[11]. L'effet de ce principe peut être atténué par des règles spéciales de protection des tiers que nous n'examinons pas ici : théorie de l'apparence, protection spéciale des tiers prévue pour différents types de sociétés[12].

II. Détermination de la qualité d'organe

4. Principes.- Personnes morales de droit privé. – Il appartient exclusivement à la loi de déterminer quelles personnes sont revêtues de la qualité d'organe, puisque les caractéristiques de l'organe tiennent aux fondements de la personnalité morale, elle-même nécessairement attribuée en vertu de la loi, selon l'explication la plus exacte, selon nous, et la plus généralement admise en droit belge. Cette solution ne paraît guère contestée dans notre droit positif[13].

La loi peut soit imposer de manière impérative tels organes pour telle personne morale (par exemple le conseil d'administration pour la société anonyme ou l'association sans but lucratif) soit permettre aux statuts de prévoir un organe dont elle trace les contours sans pour autant imposer qu'il y soit recouru (par exemple l'administrateur-délégué ou, depuis la loi du 2 août 2002, le comité de direction en matière de société anonyme). Dans ces cas, l'on se trouve toujours en présence d'***organes légaux*** dans la mesure où leur création est prévue et organisée par la loi organique de la personne morale[14].

---

9. Cité. *R.C.J.B.*, 1958, 283 et notre note ; *Pas.*, 1957, I, 1158 et concl. Proc. gén. Hayoit de Termicourt.
10. Cette jurisprudence a été confirmée ensuite. *Cf.* notamment : Cass. 20 nov. 1962, *Pas.*, 1963, I, 364 et notes. *Cf.* aussi Cass., 14 déc. 1981, *Pas.*, 1982, I, 505 sur l'imputabilité d'une faute constitutive de motif grave en matière de contrat de travail. *Cf.* les décisions citées *infra*, n° 11.
11. Arrêt du 31 mai 1957, cité, à propos de la spécialité statutaire. Voir nos observations sous cet arrêt pour ce qui concerne la spécialité légale, spécial. n° 3 ; M Coipel, *op. cit.*, n^{os} 347 et 348.
12. *Cf.* par exemple, les articles 526 du Code des sociétés pour les sociétés anonymes, 407 pour les sociétés coopératives à responsabilité limitée, 258 pour les SPRL.
13. Th. Tilquin et V. Simonart, *op. cit.*, t. I, n° 923 ; J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, n^{os} 297 et 302 ; B. Tilleman, *op. cit.*, n° 877 et le renvoi à une doctrine quasi-unanime, et à une importante jurisprudence des juges du fond. M. Coipel, *op. cit.*, n° 286.
14. M. Coipel, *op. cit.*, n° 286 ; J. Ronse, *op. cit.*, n° 300.

En revanche, ***les statuts*** d'une personne morale ne pourraient, à notre avis, créer de véritables organes en dehors des prévisions de la loi. Ces prétendus « organes statutaires » ne pourraient avoir la qualité d'organes avec les caractéristiques ici définies, car ils ne procéderaient pas de l'organisation légale de la personne morale. Ce pourraient être des rouages internes conventionnels de la personne morale ou, dans l'ordre externe, des mandataires soumis aux règles du mandat[15]. Cette solution paraît actuellement très généralement accueillie[16].

Les organes peuvent à leur tour être des personnes morales, pour autant que le régime légal de celles-ci et leurs statuts ne l'excluent pas. La nature des choses ne permet pas de conclure à l'impossibilité en soi pour une personne morale d'exercer les fonctions d'organe. C'est ce qui a été décidé par l'arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 1962, à propos d'une société anonyme exerçant les fonctions d'administrateur[17]. Mais il faut évidemment que cette personne morale exerce à son tour ces fonctions d'organe à l'intervention d'un de ses propres organes ou par l'intermédiaire d'un mandataire comme l'a d'ailleurs prévu le législateur de 2002 à propos des sociétés dotées de la personnalité morale[18] en organisant différentes conséquences de cette situation.

5. Personnes morales de droit public ou personnes morales publiques. – La détermination des personnes ayant la qualité d'organes des personnes morales de droit public, parfois appelées « personnes publiques », selon la définition proposée par Wigny[19], par un arrêt déjà ancien de la Cour de cassation[20] et préconisée récemment par le Conseil d'État à l'occasion de l'examen du projet de la loi du 10 février 2003[21-22] a subi une curieuse évolution.

Lorsque la personne publique emprunte la forme d'une personne morale de droit privé, notamment celle d'une société à forme commerciale, les règles énoncées ci-dessus trouveront application puisque de telles personnes morales

15. *Cf.* pour plus de détails sur cette question, notre étude publiée en collaboration avec L. SIMONT : « La notion de l'organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d'administration des sociétés anonymes », note sous Cass., 17 mai 1962, *R.C.J.B.*, 1964, 34 et les réf.
16. Th. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, n° 923 et les réf. ; J. RONSE, *op. cit.*, n^os^ 297 et 302 ; M. COIPEL, *op. cit.*, n° 286, B. TILLEMAN, *op. cit.*, 877 ; J. VAN RYN, *op. cit.*, t. I, 1ère éd., n° 644 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, t. II, 1ère éd., n° 938 à propos de la création d'un délégué à la gestion journalière dans une SPRL.
17. *R.C.J.B.*, 1964, 72 et notre note précitée en collaboration avec L. SIMONT ; *Pas.*, I, 1054 et notes.
18. Article 2 de la loi du 2 août 2002 modifiant l'article 61 du Code des sociétés.
19. *Principes généraux de droit administratif belge*, n° 42.
20. Cass., 26 avril 1894, *Pas.*, 1894, I, 188.
21. Avis n° 32.635/1, *doc. parl.* Ch. Repr., 50/1736/001, p. 31, Observations générales, n° 1. Cette suggestion a été suivie par le législateur dans le texte définitif de l'article 2 de la loi. *Cf.* sur l'analyse du concept tel que repris par la loi : VAN OEVELEN, « De nieuwe wettelijke regeling betreffende de aansprakelijkheid van en voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen », *R.W.*, 2003-2004, 161, n^os^ 12 et 13.
22. Sur la similitude de ce concept avec celui de personne morale de droit public : VAN OEVELEN, *op. cit.*, n° 12, note 35. Nous employons ci-après ces deux expressions indifféremment.

sont en principe soumises au régime qu'elles empruntent, sauf les modifications imposées par leur loi organique ou par leur statut particulier de personnes de droit public[23]. Il arrive que les lois organiques de ce type de personnes morales précisent quels en sont les organes[24]. À défaut de dispositions particulières, l'on doit se référer aux règles du droit commun auxquelles la loi organique se réfère. Les organes ainsi définis obéissent au régime décrit ci-dessus.

Mais la situation était traditionnellement différente pour les autres personnes publiques, jusqu'en 2003. Au fil d'une évolution ancienne, étaient considérées comme des organes toutes les personnes exerçant une « parcelle de la puissance publique ». Ainsi un arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1963[25] consacre la définition suivante :

> *« Sont organes de l'État ceux qui, en vertu de la loi ou des décisions prises et des délégations données dans le cadre de la loi, disposent d'une parcelle, si minime soit-elle, de la puissance publique exercée par lui, ou qui ont le pouvoir de l'engager vis-à-vis des tiers ».*

La Cour a confirmé cette conception très extensive notamment dans deux arrêts relatifs aux pilotes du port d'Anvers, des 15 décembre 1983 conformément aux conclusions du Procureur général Mme Liekendael[26] et 17 mai 1985[27], provoquant d'ailleurs une réaction du législateur, devant l'inquiétude de l'État de devoir supporter les responsabilités consécutives à la reconnaissance de cette qualité aux pilotes (Loi du 30 août 1988). Dans le même ordre d'idées, l'arrêt du 24 janvier 1980[28] attribue la qualité d'organe de l'État à un milicien à l'occasion d'un accident de la circulation occasionné par celui-ci dans le cours de l'exercice de son service. Les juridictions de fond ont suivi cette analyse et elle est enseignée par la doctrine[29].

Cette conception se traduit par des conséquences pratiques très différentes de

23. J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes*, 1ère éd., t. II, n° 1160 et s. et particulièrement n° 1167.
24. Par exemple, l'article 17 de la loi organique de la Banque Nationale du 22 février 1998 précise que les organes de la Banque sont le gouverneur, le Comité de direction, le Conseil de régence et le Collège des censeurs. L'on n'y retrouve pas l'assemblée générale ni un collège des commissaires.
25. Cass., 27 mai 1963, *Pas.*,1963, I, 1034.
26. Cass., 15 déc. 1983, *Pas.*, 1984, I, 418 et les conclusions de Mme Liekendael, alors avocat général, spécial. n° 29, où l'éminent magistrat expose les motifs pour lesquels le pilote doit être considéré comme un organe de l'Etat. *Cf.* la relation de cette affaire par P. Lewalle, « La responsabilité délictuelle de l'administration et la responsabilité personnelle de ses agents : un système ? », *Adm. Publ.*, 1989, 66, pp. 10 et s.
27. Cass., 17 mai 1985, *Pas.*,1985, I, 1159.
28. *J.T.*, 1980, I, 590.
29. *Cf.* une analyse de cette conception dans l'étude de P. Lewalle « La responsabilité délictuelle de l'administration et la responsabilité personnelle de ses agents : un système ? », *Adm. Publ.*, 1989, 6, 10 ; *Cf.* aussi Dalcq, *La responsabilité civile, Les Novelles, Droit civil*, t. V, vol. I, n^{os} 1361 et s. ; Ph. Coenraets, « La responsabilité aquilienne des organes de la puissance publique et la restauration du principe d'égalité », *R.C.J.B.*, 1998, 227, n^{os} 17 et s.

celles qui prévalent pour les personnes morales de droit privé et la doctrine en a, à juste titre souligné les incertitudes[30] ; elle aboutit en pratique à qualifier d'organes tous les agents statutaires des personnes publiques[31] et même des agents contractuels selon les fonctions qu'ils exercent. Elle est le fruit d'une longue évolution, liée aux conceptions originaires relatives au principe de la responsabilité de la puissance publique, mais qui ne s'est guère adaptée à la révolution consacrée par l'arrêt Flandria du 5 novembre 1920[32], comme l'a parfaitement montré P. Lewalle[33].

Comme dans le cas des personnes morales de droit privé, cependant, la qualité d'organe n'est reconnue que pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions[34]. Si cette condition est remplie, toutes les conséquences liées à la théorie de l'organe s'appliquent à toutes ces personnes.

6. Suite. – Les interventions de la Cour d'arbitrage. – La Cour d'arbitrage a dénoncé les anomalies résultant de cette définition de la notion d'organe propre aux personnes morales de droit public, certes non point en s'attachant à définir l'organe mais en analysant les conséquences de cette définition dans le domaine de la responsabilité civile.

Les arrêts du 9 février 2000, n° 19/2000[35] et 28 janvier 2003, n° 17/2003[36] ont considéré comme injustifiés les traitements différents des membres du personnel enseignant, selon qu'ils se trouvent dans les liens d'un contrat de travail ou dans un régime statutaire, sous l'angle de leur responsabilité envers les victimes de leurs fautes : les premiers peuvent bénéficier de la limitation de responsabilité prévue par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail et non les seconds, alors que leurs situations sont analogues sinon identiques[37]. Il s'agit d'une conséquence de l'application de la théorie de l'organe aux seconds et non

30. *Cf.* notamment : F. GLANSDORFF, « Réflexions sur la théorie de l'organe », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Colloque organisé les 14 et 15 mars 1991 par les Facultés de droit de l'UCL et de l'ULB, 1991, 61 ; B. DUBUISSON, « La loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents », *J.T.*, 2003, 507, n° 12 et les réf. ; H. BOCKEN, « De aansprakelijkheid van en voor het overheidspersoneel », *N.J.W.*, 2003, 330, n° 16 ; J.-L. FAGNART, « La responsabilité civile, Chronique de jurisprudence 1985-1995 », *Dossiers du Journal des tribunaux*, 11, n° 47 et les réf. ; R.-O. DALCQ, « Rapport de synthèse » in *La responsabilité des pouvoirs publics*, 1991, 503 spécial. p. 507. Ph. COENRAETS, *op. cit.*, n^{os} 23 et s. et les réf.
31. Sauf dans l'hypothèse sans doute rare où ces agents ne disposeraient d'aucune « parcelle » de la puissance publique et ne pourraient engager la personne morale de droit public.
32. Cass., 5 nov. 1920, *Pas.*, 1920, I, 193 et les conclusions du Procureur général LECLERCQ.
33. « La responsabilité délictuelle de l'administration et la responsabilité personnelle de ses agents : un système ? », *Adm. Publ.*, 1989, 6 pp. 8-9. Cet auteur se réfère aux analyses de Cyr CAMBIER.
34. *Cf.* BOCKEN, *loc. cit.*,
35. *J.L.M.B.*, 2000, 576.
36. *R.G.D.C.*, 2003, 247.
37. La Cour d'arbitrage n'a pas condamné en soi toute différence entre le régime du contrat de travail et celui de l'organe en termes généraux, indépendamment de l'appréciation des similitudes de situations : *Cf.* C.A., 17 févr. 1999, arrêt n° 20/1999 *J.L.M.B.*, 1999, 1148.

aux premiers. Les deux affaires tranchent la même question mais dans la première d'entre elles le recours était fondé sur l'article 1384, alinéa 3 du Code civil, et dans la seconde, sur la théorie de l'organe. La même observation vaut d'ailleurs si le dommage a été causé à l'administration elle-même.

L'arrêt du 18 décembre 1996, n° 77/1996 met en lumière la même anomalie, mais sous l'angle du recours que l'État, tenu de supporter les conséquences d'une faute commise par un de ses agents, peut exercer contre ce dernier. Celui-ci est tenu de sa faute la plus légère s'il est un organe de l'État, alors qu'un préposé lié par un contrat de travail pourrait se prévaloir de la limitation de responsabilité de l'article 18 précité. Il s'agissait d'un recours exercé contre un gendarme qui avait malencontreusement blessé un citoyen[38-39].

On a encore mentionné une distorsion dans l'exercice de l'action civile devant les juridictions pénales : en cas de poursuites contre un préposé, le commettant peut être appelé à la cause pour répondre des fins d'une action civile exercée conformément à l'article 4 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, tandis que tel ne peut être le cas, du moins en principe, pour la personne morale à l'occasion de la poursuite dirigée contre l'un de ses organes. Cette analyse est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation consacrée notamment par un arrêt du 15 janvier 1946[40]. En pratique cependant, il se fait que les tribunaux correctionnels admettent des poursuites dirigées contre des personnes morales sur le plan civil alors que les infractions sont reprochées à des commissaires ou à des administrateurs, par exemple, pour faits de leurs fonctions, même s'ils n'ont pas la qualité de préposés.

7. La correction apportée par la loi du 10 février 2003. – Le législateur est intervenu pour corriger ces anomalies par la loi du 10 février 2003 relative à « la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques », modifiant ainsi profondément la conception de l'organe appliquée aux personnes publiques et apportant une meilleure cohérence générale à la théorie générale de l'organe, même si elle soulève sans doute encore des questions qui pourront faire l'objet de controverses. Il s'agit donc d'une évolution fort importante.

Certes, le législateur ne s'est pas préoccupé d'énoncer une définition de l'organe, applicable aux personnes publiques visées à l'article 2, mais la loi modifie le régime des responsabilités – cette modification prenant elle-même

38. *J.L.M.B.*, 1997, 265 et note P. HENRY ; *R.C.J.B.*, 1998, 222, note Ph. COENRAETS.
39. Bien souvent cependant, en pratique, l'administration n'exerce pas de recours contre ses organes lorsque sa responsabilité a été mise en cause. *Cf.* P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 27 ; F. GLANSDORFF, « Réflexions.. », cité, n° 12.
40. Cass., 15 janv. 1946, *Pas.*, 1946, I, 25 et notes : une société n'étant pas civilement responsable de ses administrateurs, elle ne peut être l'objet d'une action civile devant le tribunal correctionnel lors de poursuites pénales dirigées contre ces administrateurs.

appui sur une révision profonde de la conception de l'organe, ainsi que cela résulte des travaux préparatoires et de l'économie du système[41].

Il résulte de l'exposé des motifs[42], comme des interventions du ministre à la Commission du Sénat[43], que la qualité d'organes est dorénavant reconnue à ceux qui agissent pour une personne morale de droit public lorsqu'il s'agit de « *personnes non subordonnées qui exercent des fonctions publiques* » ou de « *représentants indépendants de l'autorité* », tels les mandataires politiques ou les membres du pouvoir judiciaire, qui ne peuvent être considérés comme étant « au service » de la personne publique. L'exposé des motifs cite les ministres pour le pouvoir exécutif, le gouverneur et les députés permanents pour les provinces, le collège des bourgmestre et échevins pour les communes[44]. On peut y ajouter encore, par exemple, les administrateurs d'entreprises publiques[45], les président et membres des CPAS[46].

Nonobstant l'ambiguïté du mot « personnes publiques » qui devrait, selon le Conseil d'État, également couvrir l'hypothèse de personnes morales chargées de missions d'intérêt public, la définition des organes des personnes morales publiques dont le statut est spécifiquement organisé par la loi, soit par référence au régime d'une personne morale de droit privé soit par une loi spéciale particulière se détermine, à notre avis, par l'application de ces régimes juridiques, comme auparavant. (*Cf.* d'ailleurs l'article 8 de la loi).

Au contraire, sont dorénavant exclus de la catégorie des organes *« les membres du personnel au service d'une personne publique »*. Il en ainsi aussi bien lorsque la *« situation de ces membres est réglée statutairement que lorsqu'ils agissent dans l'exercice de la puissance publique »*. Ceci se déduit des articles 2 et 3 de la loi organique du nouveau régime de responsabilité[47]. Cette règle s'ap-

41. Notre propos n'est évidemment pas de donner ici un commentaire complet de la loi du 10 février 2003, mais d'en situer la portée dans l'évolution que nous retraçons. Voir sur cette loi : B. Dubuisson, « La loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents », *J.T.*, 2003, 507 ; A. Van Oevelen, « De nieuwe wettelijke regeling betreffende de aansprakelijkheid van en voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen », *R.W.*, 2003-2004, 161 ; S. Covemaeker, « De nieuwe wet van 10 februari 2003 betreffende de aansprakelijkheid van et voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen », *R.G.D.C.*, 2003, 476 ; H. Bocken, « De aansprakelijkheid van et voor het overheidspersoneel », *N.J.W.*, 2003, 330 ; Jacqmain, « La loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des agents des services publics », *Chron.D.S.*, Kluwer, 2003/07, 313 ; voir aussi les intéressants travaux préparatoires de la loi : *Doc. parl.* Ch., 2001-2002, 50, n° 1736, spécialement le projet de loi, n° 001 et les rapports des Commissions de la Chambre (n° 003) et du Sénat (n° 2-1357/3).
42. Exposé des motifs, cité p. 23.
43. Rapport cité, p. 6.
44. Il faut à notre avis considérer aussi le Bourgmestre agissant seul comme un organe dans les limites fixées par la loi communale.
45. En ce sens : Van Oevelen, *op. cit.*, n° 32.
46. Voy. B. Dubuisson, *op. cit.*, n^{os} 5 et 6.
47. *Cf.* les commentaires de l'exposé des motifs, pp. 21 à 23. *Cf.* A. Van Oevelen, *op. cit.*, n^{os} 31 et 32.

plique quels que soient le grade de ces membres du personnel et l'importance de leurs fonctions, tout comme d'ailleurs pour les personnes morales de droit privé[48]. Sont réservés, en vertu de l'article 8, les cas de certaines catégories de membres du personnel faisant l'objet d'une réglementation spécifique par une loi ou par un décret.

III. L'organe et les relations contractuelles

8. Actes juridiques ou faits juridiques accomplis par un organe au nom de la personne morale. – Il est unanimement admis que la personne morale est liée par les engagements pris par son organe, agissant dans les limites de ses fonctions, au nom de la personne morale, qu'il s'agisse d'un contrat ou encore d'un engagement par volonté unilatérale, telle une offre. Cet effet se produit, comme indiqué ci-dessus, par le jeu de la théorie de l'organe elle-même, sans recours à la représentation. Point n'est besoin davantage, comme on l'a parfois proposé, de se livrer à une analyse de l'intention du co-contractant de la personne morale[49]. Pour apprécier si l'organe agit dans les limites de ses fonctions, il faut tenir compte de la spécialité légale et de la spécialité statutaire de la personne morale[50].

Ce principe général se trouve confirmé par des lois particulières, tel l'article 61 du Code des sociétés.

Les mêmes règles doivent s'appliquer aux quasi-contrats.

Les organes engagent de même directement la personne morale envers les co-contractants de celle-ci pour les actes matériels qu'ils accomplissent lors de la conclusion ou de l'exécution des contrats où ils agissent pour la personne morale.

Ainsi, selon un arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1987[51], si des souscriptions sont obtenues par le conseil d'administration d'une société à la faveur d'un dol, les souscripteurs sont recevables à agir contre la société en nullité de la souscription, ce qui s'explique par le fait que l'acte de l'organe engage directement la société elle-même[52].

La même règle s'applique lorsque les organes exécutent un contrat conclu par la personne morale et qu'ils commettent par exemple une faute contractuelle dans l'exécution de ce contrat ; cette faute est exclusivement imputable à la

48. Pour supprimer tout doute, le législateur a expressément précisé que ce nouveau régime s'étend aux membres du personnel de l'enseignement libre non soumis à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, ce qui était sans doute assez inutile (article 6).
49. V. SIMONART, « La quasi-immunité... », *R.C.J.B.*, 1999, cité n° 32 et les réf., n° 32 critiquant à ce propos l'explication proposée par MICHOUD.
50. *Cf.* Cass., 31 mai 1957, cité. V. SIMONART, « La quasi-immunité... », *R.C.J.B.*, 1999, cité n° 32 et les réf.
51. *Pas.*, 1988, I, 298, *T.R.V.*, 1988, 355 et note M.WYCKAERT.
52. *Cf.* cependant sur ce point l'évolution exposée au n^{os} 13 et 16.

personne morale et n'entraîne pour eux la naissance d'aucune obligation née de la responsabilité contractuelle.

Le même régime s'applique aux personnes de droit public. Depuis la loi du 10 février 2003, il ne concerne plus les cas où la personne publique agit à l'intervention d'un « membre de son personnel », même détenteur d'une parcelle de la puissance publique, puisque ceux-ci n'ont dorénavant plus la qualité d'organes. Ils ne peuvent dès lors engager la puissance publique qu'en vertu d'une délégation, qui peut leur être donnée soit en vertu d'un mandat, soit selon les normes du droit public et du droit administratif.

9. Immunité corrélative des organes envers les co-contractants de la personne morale. – Corrélativement, il est unanimement admis que les organes, ès qualité, ne répondent pas personnellement des engagements pris pour compte de la personne morale, ce que confirment également diverses lois particulières : article 61 du Code des sociétés ; articles 14*bis* et 15 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations modifiée par la loi du 2 mai 2002.

Ils ne répondent pas davantage personnellement des fautes contractuelles commises dans l'exécution d'un contrat où ils agissent en qualité d'organes.

10. Les fautes extra-contractuelles commises par un organe lors de l'exécution d'un contrat. – Mais, pourrait-on rechercher la responsabilité personnelle d'un organe à l'occasion de l'exécution d'un contrat au motif que la faute contractuelle qu'il aurait commise aurait également le caractère d'une faute aquilienne dans son chef ?

On connaît la jurisprudence, très contestée, à juste titre selon nous, élaborée par la Cour de cassation à propos ***des agents*** qu'un cocontractant s'adjoint pour exécuter ses obligations contractuelles, depuis le célèbre arrêt du 7 décembre 1973[53] ; malgré les réserves qu'elle a appelée, cette jurisprudence a été confirmée par touches successives et à plusieurs reprises par la Cour de cassation[54]. Elle peut être brièvement résumée comme suit :

- les agents qu'un co-contractant se substitue pour l'exécution de ses obligations contractuelles ne peuvent être tenus sur la base d'une responsabilité

53. *Pas.*, 1974, I, 376 ; *Arr. Cass.*, 1974, 396 avec les concl. Avoc. Gén. MAHAUX ; *R.C.J.B.*,, 1976, 15 et note critique R.-O. DALCQ et F. GLANSDORFF ; *R.W.*, 1973-74. col. 1597 et note J. HERBOTS ; *Entr et Dr.*, 1975,181 et note A. LIMPENS-MEINTERZHAGEN ; *R.G.A.R.*, 1974 n° 9317 et note J.-L. FAGNART.

54. *Cf.* sur la description de cette évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation et sur les critiques qu'elle peut susciter notre étude sur « L'exécution des contrats de services par autrui » in *Les contrats de services*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, p. 237, spécial. n^{os} 17 et s. L'arrêt analysé *infra*, du 7 novembre 1997 confirme si besoin est la pérennité de la solution consacrée par la Cour de cassation.

contractuelle pour les fautes commises dans cette exécution car ils ne sont pas parties au contrat[55] ;

- ils ne peuvent toutefois être considérés comme étrangers au contrat ;
- ils ne répondent envers le co-contractant des fautes qu'ils commettent dans l'exécution du contrat qu'à la double condition que la faute invoquée à leur égard réponde aux conditions de la faute extra-contractuelle, indépendamment du contrat, et que cette faute ait causé un dommage distinct de celui né de l'inexécution du contrat ; en conséquence la Cour de cassation fait ici application des critères élaborés à propos du cumul des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle ;
- ils répondent selon le droit commun des dommages causés à des tiers, étrangers au contrat, par les fautes qui, quoique procédant de l'inexécution du contrat, constituent en même temps des fautes aquiliennes (arrêt du 25 octobre 1990[56]) ;
- le droit commun s'applique aux dommages causés par les agents d'exécution à ceux qui les utilisent en raison d'une faute commise dans la mission qui leur a été confiée contractuellement ; il s'agit alors de fautes commises dans l'exécution du sous-contrat entre l'utilisateur de l'agent et ce dernier et non de fautes commises dans la mise en œuvre du contrat qu'ils exécutent en tant qu'agents.

On en déduit que l'agent d'exécution jouit ainsi d'une quasi-immunité envers les tiers car les deux conditions requises par la Cour de cassation pour la mise en œuvre de la responsabilité extra-contractuelle ne seront généralement pas rencontrées et que la responsabilité contractuelle ne peut sortir ses effets à son égard. Toutefois, cette immunité a été écartée par la Cour de cassation en cas de faute pénale, quoique le fondement de cette exception paraisse difficile à justifier notamment sous l'angle de la nature distincte du dommage causé[57].

Si une personne ayant en principe la qualité d'organe agit néanmoins en qualité de préposé ou d'agent pour l'exécution d'un contrat, cette jurisprudence doit trouver application[58].

Mais quid si l'organe intervient ***en tant que tel*** dans l'exécution d'un contrat et commet une faute à cette occasion ?

---

55. L'on vise ici, naturellement, le contrat conclu entre celui qui recourt à l'agent et le tiers co-contractant et non point le contrat entre celui qui recourt à l'agent et cet agent lui-même, en vertu duquel ce dernier agit.
56. Cass., 25 oct. 1990, *R.C.J.B.*,1992, 493 et note R.-O. DALCQ. Cet arrêt à notre avis ne marque aucune inflexion de la jurisprudence de la Cour de cassation, comme en témoigne d'ailleurs l'arrêt subséquent du 7 novembre 1997, cité au texte.
57. *Cf.* Cass., 26 oct. 1990, *R.C.J.B.*, 1992, 497 et la note DALCQ, citée. La Cour décide en l'espèce que *« le dommage causé par un fait pénalement punissable ne peut être considéré comme un dommage de nature exclusivement contractuelle par le seul motif qu'il a été causé ensuite de la mauvaise exécution de l'obligation contractuelle de veiller à la sécurité de la victime ».*
58. En ce sens : CLAEYS, « Het bestuursorgaan als uitvoeringsagent : een verregaande beperking van aansprakelijkheid ? », note sous Cass. 7 nov. 1997, *T.R.V.*, 1998, 285 n° 10 et les réf.

La question était controversée en doctrine. Une partie importante de celle-ci était favorable à l'assimilation de l'organe à l'agent d'exécution pour l'application de ces règles[59]. Ces auteurs invoquaient la similitude de situation entre les agents d'exécution et les organes. Ils faisaient valoir que si l'agent d'exécution n'est pas un tiers par rapport à l'exécution du contrat, selon l'analyse de la Cour de cassation, cette observation est *a fortiori* exacte pour les organes qui exécutent un contrat conclu par la personne morale pour compte de laquelle ils agissent. D'autres auteurs au contraire soulignaient la différence fondamentale entre la situation de l'agent d'exécution et celle de l'organe pour contester l'application en l'espèce de la solution dégagée par la Cour de cassation à propos des agents d'exécution[60]. Selon eux, l'assimilation de l'organe à l'agent d'exécution est inexacte : le co-contractant se substitue en effet l'agent pour l'exécution du contrat, alors que l'intervention de l'organe, loin de procéder d'une substitution est au contraire à considérer comme l'acte de la personne morale elle-même, en sorte que fait défaut l'analyse qui sert de base à la jurisprudence de la Cour de cassation.

La Cour a tranché la controverse par son arrêt du 7 novembre 1997[61] en assimilant l'organe à l'agent d'exécution, ainsi d'ailleurs qu'au préposé. Aux termes de cet arrêt, *« lorsqu'une partie contractante agit par **un organe, un préposé ou un agent**[62] pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extra-contractuel que si la faute mise à sa charge constitue un manquement non à une obligation contractuelle mais à l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat »*. L'arrêt déféré à la Cour est dès lors cassé au motif que, si le juge du fond avait constaté que la faute qu'il retenait ne s'identifiait pas à la faute contractuelle caractérisant l'inexécution du

59. Voy. not. Ph. COLLE, « De la responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs de société », *R.G.A.R.*, 1986, n° 11.076, n° 11. R.-O. DALCQ, « Examen de jurisprudence sur la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (1980-1986) », *R.C.J.B.*, 1987, 601, n° 3. J. RONSE et csts, « Overzicht van rechtspraak (1978-1985). Vennootschappen », *T.P.R.*, 1986, 859, n° 231. St. VAN CROMBRUGGE, « De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders », *R.W.*, 1989-90, 1439, n° 17.

60. V. SIMONART, « La quasi-immunité... », cité, *R.C.J.B.*,, 1999, 732, n° 29 et s. spécial. n° 31 ; J. VAN RYN et X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers », *J.T.*, 1988, 401, n° V et les réf. ; « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers. Observations complémentaires », *R.P.S.*,, 1988, 93, n° XI ; Cl. PARMENTIER, « La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite », *R.D.C.*, 1986, 741, n° 13 ; X. DIEUX, « La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers : une révolution de velours », *Mélanges Kirkpatrick*, 225, n^{os} IV et V, critiquant notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1997, cité au texte. Ces auteurs n'en déduisent d'ailleurs pas les mêmes conséquences sur le plan de la responsabilité personnelle des organes.

61. *Pas.*, I, 1146 ; *R.C.J.B.*, 1999, 730 et note V. SIMONART, citée ; *J.D.S.C.*, 2000, 5 et note M. COIPEL ; *T.R.V.*, 1998, 284 et note CLAEYS, citée.

62. Souligné par nous.

contrat, il avait omis de vérifier dans quelle mesure le dommage dont la réparation était demandée était différent de celui résultant de la mauvaise exécution du contrat.

Compte tenu de ses motifs et de sa justification, cette solution s'applique à notre avis aussi bien aux personnes morales de droit privé qu'aux personnes morales de droit public[63] – bien entendu pour autant que ces dernières agissent à l'intervention de leurs organes, tels qu'ils sont maintenant définis après la loi du 10 février 2003.

Il a une incidence considérable, et à première vue inattendue, sur le régime de la responsabilité extra-contractuelle des organes de personnes morale en général (*cf. infra*, n° 14).

IV. L'organe et la responsabilité extra-contractuelle

11. Principe : la responsabilité directe de la personne morale pour les fautes commises par ses organes dans l'exercice de leurs fonctions. – L'effet principal, unanimement admis, de la théorie de l'organe en matière extra-contractuelle est d'entraîner la mise en cause directe de la personne morale pour répondre des dommages causés par la faute de l'organe commise dans l'exercice de ses fonctions, par application des articles 1382 et 1383 du Code civil. Le même principe s'applique aux dommages causés par le fait de l'organe dans toutes les autres hypothèses de responsabilité du fait personnel, y compris par exemple les troubles de voisinage ou les cas de responsabilité objective, selon les conditions propres à ces différents cas de responsabilités. Pour que la responsabilité de la personne morale soit engagée, il ne suffit pas que le fait générateur de responsabilité soit commis à l'occasion des fonctions ou pendant l'exercice des fonctions mais il faut qu'il s'agisse *« de la mauvaise exécution d'un acte qu'en raison de ses fonctions propres, cet organe avait le pouvoir d'accomplir »* selon la Cour de cassation[64].

La règle concerne aussi bien les organes de personnes morales de droit privé que ceux des personnes de droit public.

La Cour de cassation a énoncé cette règle dans plusieurs arrêts : Cass. 16 octobre 1922[65] à propos d'un accident causé par un chauffeur militaire, en qui la Cour refuse de voir un préposé au sens de l'article 1384, alinéa 3 du Code civil. ; Cass. 15 janvier 1946, cité à propos du fonctionnaire organe de l'État,

63. En ce sens, à juste titre : P. Wéry, « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle à la lumière de la jurisprudence récente », *R.G.D.C.*,, 1998, 81 n° 16 ; Claeys, *op. cit.*, n° 11 qui se réfère à un curieux arrêt du 11 mai 1981, *R.W.*, 1982-83, 381, absent par ailleurs tant de la Pasicrisie et du Bulletin que des Arresten van het Hof van Cassatie.
64. Arrêt du 15 janvier 1946, à propos de l'Etat, *Pas.*, 1946, I, 25.
65. Cass., 16 oct. 1922, *Pas.*, 1923, I, 14 et note.

motifs ; Cass. 19 janvier 1955[66] à propos d'un accident de la circulation causé par l'administrateur délégué d'une société anonyme durant un déplacement de fonctions (*« L'acte accompli par l'organe d'une personne morale dans les limites de ses pouvoirs est, à l'égard des tiers l'acte de la personne morale elle-même »*, énonce la Cour)[67] ; Cass. 27 octobre 1982[68] motifs et surtout la note EK, à propos d'une commune engagée par ses bourgmestre et échevins ; Cass. 17 juin 1982[69] à propos d'un organe de l'État ; Cass. 19 décembre 1991[70] à propos de la responsabilité de l'État par suite de la faute commise par un membre du pouvoir judiciaire.

Elle est confirmée notamment par l'article 14 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations modifiée par la loi du 2 mai 2002 qui parle des *« organes par lesquels s'exerce la volonté de l'ASBL »*.

La situation de la personne morale responsable des fautes commises par son organe est donc différente de celle du ***commettant*** qui doit répondre des fautes de son préposé selon l'article 1384, alinéa 3 du Code civil. Si, dans les deux cas, une faute de celui qui engage la responsabilité est requise[71], le lien entre la faute et la fonction est différent : selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis un arrêt du 10 mars 1961[72] il suffit pour l'application de l'article 1384, alinéa 3, que la faute ait été commise par le préposé pendant le temps de ses fonctions et qu'elle présente un lien, même indirect et occasionnel, avec celles-ci[73].

12. Personnes publiques. – Incidence de la loi du 10 février 2003. – Si les règles ci-dessus énoncées régissent aussi les personnes morales publiques, leur application concrète est évidemment influencée par la nouvelle définition de l'organe qui résulte de la loi du 10 février 2003 puisqu'elles seront limitées à ces organes (*supra*, n° 7).

66. *Pas.*, 1955, I, 658, *R.P.S.*, 1955, 139 et conclusions du Proc. gén. HAYOIT de TERMICOURT ; *R.C.J.B.*, 1955, 295 et note S. DAVID.
67. *Cf.* aussi J. VAN RYN et P. VAN OMMESLALGHE, « Examens de jurisprudence sur les sociétés commerciales », 1958, n° 9, p. 65 ; 1962, n° 16, p. 371 ; 1981, n° 19, p. 252 et les réf. P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1992, n° 32 p. 648 et les réf.-
68. Cass., 27 oct. 1982, *Pas.*, 1983, I, 278 et note EK.
69. Cass., 17 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, 1221 et les notes.
70. Cass., 19 déc. 1991, *Pas.*, 1992, I, 316 et les conclusions du Procureur général VELU.
71. La circonstance que le préposé pourrait se prévaloir d'une limitation de sa responsabilité personnelle, notamment par application de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail, est sans incidence sur l'appréciation de la faute comme condition d'application de l'article 1384, alinéa 3 du Code civil : Cass., 18 nov. 1981, *R.G.A.R.*, 1982, n° 10.459 et la note.
72. ,Cass., 10 mars 1961, *Pas.*, 1961, I, 748.
73. Jurisprudence constante depuis lors : *Cf.* notamment Cass. 11 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 244 ; Cass., 4 nov. 1993, *Pas.*, 1993, I, 924 ; Cass., 11 déc. 2001, RG P.000.0688.N, *Bull. Ass.*, 2002,361, note.

Selon l'article 3 de la loi, les personnes publiques sont responsables du dommage causé à des tiers par les membres de leur personnel (c'est-à-dire des personnes qui sont « au service » de la personne publique, fût-ce dans un cadre statutaire) dans l'exercice de leurs fonctions[74] de la même manière que les commettants sont responsables du dommage causé par leurs préposés, même lorsque ces membres agissent dans l'exercice de la puissance publique. Comme indiqué ci-dessus, la différence de régime selon que la personne au service de la personne morale publique exerce ou non une parcelle de la puissance publique est ainsi supprimée[75]. La théorie de l'organe cesse donc de s'appliquer en ce cas.

Conformément à l'interprétation actuellement donnée à l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, ces personnes se trouvant au service de la personne publique doivent avoir commis une faute pour engager la responsabilité de la personne publique, mais il importe peu qu'elles ne puissent être personnellement tenues des conséquences de cette faute en raison de la limitation de responsabilité établie en leur faveur par l'article 2 de la loi, inspiré de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail.

Selon certains auteurs, dont l'opinion a été développée sous le régime antérieur à la loi du 10 février 2003, la mise en cause de la responsabilité de la personne publique impliquerait l'identification précise de la personne (organe à l'époque) ayant commis la faute de nature à engendrer cette responsabilité[76]. Nous ne croyons pas que tel soit le cas. Sans doute le droit belge n'a-t-il pas accueilli la prétendue « faute de service », admise en droit français, c'est-à-dire la faute qui découlerait d'un mauvais fonctionnement d'un service administratif sans qu'aucune faute précise ne puisse être reprochée à aucun agent de l'État[77] – à juste titre selon nous.

En principe, dés lors, la faute de la personne morale – qu'elle soit de droit public ou de droit privé – de nature à impliquer sa responsabilité directe, suppose un comportement fautif dans le chef d'une ou de plusieurs personnes qui sont ses organes. C'est ce que la Cour de cassation énonce dans les arrêts cités *supra* : « *en règle, la faute dommageable* ***commise par un organe de l'État***[78] *engage la responsabilité directe de celui-ci, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, lorsque l'organe a agi dans les limites de ses attributions légales* ». La

74. Cette expression n'est pas littéralement la même que celle utilisée par l'article 1384, alinéa 3, du Code civil mais elle devrait suivre la même interprétation compte tenu de l'intention marquée par le législateur de voir appliquer ce régime en pareil cas. Voy. not. exposé des motifs cité n° 1736/001 p. 23. *Cf.* dans le même sens : A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, n° 17 *in fine*.
75. H. BOCKEN, *op. cit.*, n° 20. A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, n° 32.
76. *Cf.* F. GLANSDORFF, « Réflexions sur la théorie de l'organe » in *La responsabilité des pouvoirs publics*, cité, 61, n° 16 se référant aux opinions contradictoires de P. LEWALLE et de Cyr. CAMBIER.
77. *Cf.* pour plus de détails notre étude : « La responsabilité des pouvoirs publics en droit interne », in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1992-93, 413, n° 17 et les réf.
78. Souligné par nous.

Cour n'envisage jamais, à notre connaissance, l'hypothèse où la responsabilité de l'État serait engagée sans qu'une *« faute dommageable »* soit commise par un de ses organes.

Toutefois, cette règle *n'a pas pour conséquence que l'organe doive être nécessairement identifié* pour que la responsabilité de la personne morale puisse être mise en cause, qu'il s'agisse d'une autorité publique ou d'une personne morale de droit privé. Comme le relève M. le Procureur général Velu dans ses conclusions avant l'arrêt du 19 décembre 1991[79], exemples à l'appui, dans de très nombreux cas la responsabilité de l'administration est mise en cause sans que l'organe soit identifié ; tel était déjà le cas de l'espèce tranchée par l'arrêt du 5 novembre 1920 ![80]. On pourrait peut-être admettre qu'il s'agit là d'une « faute de service », mais cela n'implique nullement qu'une telle faute puisse être retenue *en l'absence de tout comportement fautif d'un organe*. Comme l'écrit M. Velu : « *Il y a eu faute d'un organe, mais à défaut d'identification de cet organe, la faute est anonyme. En ce sens la faute est une faute de service* »[81]. La Cour a expressément consacré cette solution dans l'arrêt du 19 décembre 1991 : la responsabilité de l'État n'est pas exclue par le fait que l'organe n'est pas identifié.

Ces règles doivent, à notre avis, recevoir dorénavant application, *mutatis mutandis*, aux responsabilités engagées selon le nouveau régime de la loi du 10 janvier 2003.

13. La responsabilité personnelle de l'organe auteur de la faute. – Selon une solution traditionnelle, – très généralement acceptée, mais que l'évolution récente paraît remettre en question – l'organe d'une personne morale de droit privé ou de droit public engage sa propre responsabilité, à côté de celle de la personne morale, en raison de la faute qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions.

L'organe de la personne morale qui commet une faute dans l'exercice de sa mission engage évidemment sa responsabilité envers la personne morale : tel est le cas, par exemple de l'administrateur de société anonyme, par application de l'article 527 du Code des sociétés ou du fonctionnaire dans ses rapports avec l'autorité publique.

Une telle faute peut, en outre, engager la responsabilité de l'organe envers les tiers dans deux cas à notre avis :

- soit la définition de la mission conférée à l'organe implique que le bénéfice en soit étendu à des tiers, qui pourront alors se prévaloir de la mauvaise exécution de cette mission[82] ;

79. Cass., 19 déc. 1991, *Pas.*, 1992, I, 316.
80. Conclusions citées, n° 56 et les exemples.
81. *Loc. cit.*
82. Par exemple parce que l'organe est chargé par la personne morale d'assurer la sécurité de tiers.

– soit la faute de l'organe constitue, indépendamment de la relation contractuelle qu'il peut avoir avec la personne morale[83], une faute extra-contractuelle, c'est-à-dire soit la violation d'une norme légale ou réglementaire imposant un certain comportement soit un manquement à l'obligation générale de prudence[84].

La question s'est notamment posée pour les fautes de gestion commises par des administrateurs de sociétés, alors cependant qu'elles ne constituent pas des violations du Code des sociétés ou des statuts visées par l'article 528 du Code des sociétés, mais dont on a pu se demander si certaines d'entre elles n'impliquaient pas des manquements à une obligation générale de prudence s'imposant à des professionnels de la gestion[85].

La responsabilité personnelle des organes est plus généralement engagée lorsqu'ils commettent une faute aquilienne, même si elle de nature à entraîner d'autre part la responsabilité directe de la personne morale, selon la solution enseignée par la très grande majorité de la doctrine[86].

La même solution est consacrée de manière constante par la Cour de cassation à propos des organes des personnes morales de droit public depuis un arrêt du 14 avril 1921[87].

Ce régime a néanmoins fait l'objet de diverses critiques en doctrine : on a proposé de consacrer en droit administratif, et parfois même en droit privé, le système français de la « faute détachable de la fonction », de limiter la responsabilité personnelle de l'organe à la faute lourde, voire à la faute dolosive[88] ;

---

83. Il s'agit ici du contrat conclu entre la personne morale et l'organe. Comp. *supra*, n° 10.
84. Cass. 12 déc. 1958, *Pas.*, 1959, 383 ; *R.C.J.B.*, 11960, 204 et note G. Van Hecke ; Cass., 14 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, 1069 ; Cass., 11 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, 1159 ; Cass., 21 janv. 1988, *Pas.*, 1988, I, 602 ; Cass., 29 juin 1989, *R.P.S.*, 1989, 175. *Cf.* pour une application récente : Cass. 28 oct. 1990, *R.C.J.B.*,, 1992, 493, cité et note R.-O. Dalcq. *Adde* sur le principe : Cass. 26 mars 1992 *Pas.*, 1992, I, 675 ; *J.L.M.B.*, 1994, 38 et note D. Philippe. Concl. Proc. Gén. E. Liekendal avant Cass., 15 déc. 1983, *Pas.*, 1984, I, 418, spécial. n° 17. *Cf.* pour plus de détails : P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, « Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*,, 1993, n° 128 p. 781 et les réf.-
85. *Cf.* sur la question, que nous ne pouvons examiner ici plus en détail : J. Van Ryn et X. Dieux, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers », *J.T.*, 1988, 401 et « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers.- Observations complémentaires », *R.P.S.*, 1988, 93.
86. Sur l'exposé de cette doctrine et les références à ses auteurs : Simonart, « La quasi-immunité... », cité, n^{os} 35 et 36. L'auteur critique cette thèse.
87. Cass., 14 avril 1921, *Pas.*, 1921, I, 143 et concl. du Proc. Gén. Leclercq. *Adde* : Cass. 17 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, 1221 et la note renvoyant à plusieurs arrêts antérieurs de la Cour. Cass. 27 oct. 1982, cité, *Pas.*, 1983, I, 278 et la note EK sous cet arrêt, ainsi que cette note elle-même. P. Lewalle, « La responsabilité délictuelle de l'administration... », cité, *Adm Publ.*, 189, 6, spécial. pp. 22 et s. et les réf. à la doctrine belge majoritaire, et la citation de décisions inédites des juges du fond. Cet auteur souligne à juste titre la grande stabilité du système dans notre pays, p. 27.
88. *Cf.* l'analyse approfondie de ces tendances par Mme V. Simonart, « La quasi-immunité.. », cité n° 37 et s. Nous ne pouvons les examiner dans le cadre restreint de la présente communication.

dans notre pays, ces propositions n'ont guère pénétré le droit positif. On a cependant souligné que le maintien de la responsabilité personnelle de l'organe à côté de celle de la personne morale en matière extra-contractuelle est contestable sur le plan purement logique, dans la mesure où la théorie de l'organe implique l'absorption de l'organe par la personne morale[89].

La responsabilité personnelle de l'organe peut encore résulter, selon la conception traditionnelle, soit d'un dommage causé fautivement à la personne morale elle-même, soit d'un recours de la personne morale appelée à indemniser un tiers victime d'un comportement fautif de l'organe ayant entraîné sa responsabilité directe. L'organe et la personne morale étant tous deux tenus *in solidum* envers la victime selon la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, le recours peut trouver son fondement dans la subrogation légale prévue par l'article 1251, 3° du Code civil. Il peut aussi être basé sur la responsabilité elle-même : contractuelle s'il existe une relation de nature contractuelle entre la personne morale et l'organe, alors que la faute commise par l'organe sera généralement sinon toujours, constitutive d'une mauvaise exécution de ce contrat, ou extra-contractuelle en l'absence d'une telle relation de nature contractuelle[90-91]. Les recours obéissent à leurs règles propres, y compris le cas échéant les limitations de responsabilité, légales[92] ou contractuelles, résultant du contrat liant l'organe à la personne morale. Ces principes s'appliquent tant pour les personnes morales de droit privé que pour les personnes publiques[93].

Les situations respectives de l'organe et du préposé sont ici comparables et cohérentes : tous deux répondent personnellement, selon le droit commun qui leur est applicable, de la faute qu'ils ont commise et doivent assurer la réparation du dommage qu'ils causent, à côté des recours des tiers contre la personne morale ou le commettant ; un recours est ouvert contre eux dans la même mesure par la personne morale ou par le commettant dans la mesure où ceux-ci ont dû indemniser le tiers victime.

14. Suite : Incidence des évolutions récentes. – La loi du 10 février 2003 n'apporte

89. *Cf.* V. SIMONART, *loc. cit.* La question est évidemment de savoir jusqu'à quel point on étend la fiction sur laquelle repose la théorie de l'organe. Voy. spécialement l'exposé de sa thèse aux n^os^ 38 et s. Sur la critique d'une extension de la fiction au-delà des objectifs pour lesquels elle a été créée : X. DIEUX, « La responsabilité civile... », in *Mélanges Kirkpatrick*, cité, 225, n° VI ; J. VAN RYN et X. DIEUX, « La responsabilité... », cité, *J.T.*, 1988, 401, n° V ; Cass. 24 janvier 1980, *Pas.*, 1980, I, 590 et notes.
90. Sur ce dernier fondement, soit l'article 1382 du Code civil : *Cf.* Cass. 24 janv. 1980, *Pas.*, 1980, I, 590 et notes.
91. Sous réserve du cumul éventuel des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle entre les mêmes personnes.
92. Par exemple, celles qui résultent de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail.
93. Cass. 3 oct. 1955, *Pas.*, 1956, I, 779 ; *R.C.J.B.*, 1958, 38 et note GOOSSENS. Cass. 24 janv.1980, *Pas.*, 1980, I, 590 et notes. Cons. Cass. 17 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, 1221, cité.

pas de modification à ces principes traditionnels, sauf dans la mesure où, en pratique, le cercle des organes auxquels ceux-ci s'appliquent a été fortement restreint.

Pour les membres du personnel exerçant leur activité ***au service*** d'une personne publique, qu'ils soient soumis ou non à un régime statutaire et qu'ils soient ou non détenteurs d'une parcelle de la puissance publique, la théorie de l'organe ne s'applique plus et elle est remplacée par un régime calqué sur l'article 1384, alinéa 3 du Code civil, et sur l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail.

Selon l'article 2 de la loi, ces membres du personnel répondent du dommage causé à la personne publique ou à des tiers par leur faute lourde, leur dol ou encore leur faute légère pour autant que celle-ci présente un caractère habituel plutôt qu'accidentel. La personne publique peut, selon l'article 5, exercer une action récursoire. Toutefois, le recours de la personne publique doit être précédé d'une tentative de règlement amiable, – ce qui est évidemment une particularité.

Ce nouveau corps de règles est cohérent.

En revanche, la solution consacrée par l'arrêt du 7 novembre 1997 commenté ci-dessus (*supra*, n° 10) conduit à de sérieuses incohérences : en effet, la situation du tiers victime de la faute de l'organe est différente suivant que cette victime est le co-contractant de la personne morale et que la faute, quoique de nature aquilienne, est commise par l'organe alors qu'il exécute le contrat ou au contraire que la faute est commise en toutes autres circonstances. Dans le premier cas, la responsabilité personnelle de l'organe ne sera retenue que si le dommage est distinct de celui résultant de l'inexécution du contrat, – condition qui ne se posera pas dans le second cas[94].

16. L'arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2001. – La perplexité s'accroît et l'incohérence risque de prendre des proportions plus alarmantes à la suite de l'arrêt, quelque peu inattendu, rendu par la Cour de cassation le 16 février 2001[95-96].

Dans cette espèce, il était reproché aux gérants d'une SPRL d'avoir dissimulé la survenance prochaine de travaux de nature à porter atteinte à l'exploitation de son commerce par un futur locataire dans les lieux loués, lors de la négociation d'un bail qui avait été effectivement conclu. Le locataire avait recherché la responsabilité personnelle des gérants, que le juge du fond avait mis hors cause.

94. *Cf.* sur la anomalies qui résultent d'une interprétation extensive de cette jurisprudence par rapport à des solutions pourtant couramment admises en matière de responsabilité d'administrateurs de sociétés : X. Dieux, « La responsabilité... », in *Mélanges Kirkpatrick*, cité, 225, n° V et VI, notamment en ce qui concerne la responsabilité résultant de la poursuite injustifiée des activités d'une entreprise en difficulté.

95. Cass., 16 févr. 2001, *Pas.*,2001, I, 301 ; *R.D.C.*, 2002, 698, note Geys ; *R.P.S.*, 2001, 348.

96. La question a été à nouveau soumise à la Cour dans une autre affaire, actuellement pendante, se présentant dans des conditions comparables à celles de l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 16 février 2001.

Sur le pourvoi du locataire, la Cour a admis le bien fondé de la décision du tribunal, par la considération que *« lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute ne constituant pas un délit au cours de négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute engage non pas la responsabilité de l'administrateur ou du mandataire mais celle de la société ou du mandant ; que, dès lors, c'est à bon droit que le jugement attaqué décide que la faute commise par les premier et deuxième défendeurs au cours des négociations ayant abouti à la conclusion du contrat a été commise pour le compte de la s.p.r.l. et qu'ils ne peuvent en être tenus personnellement responsables ».*

On remarque d'emblée la motivation quelque peu surprenante de l'arrêt,

- en ce qu'elle traite d'un même contexte la situation du mandataire et celle de l'organe malgré la distinction fondamentale établie depuis des décennies entre l'organe et le mandataire, comme indiqué *supra* ;
- en ce qu'elle paraît déduire l'immunité de l'organe ou du mandataire de la responsabilité de la personne morale, alors précisément que la jurisprudence constante de la Cour admet les responsabilités parallèles de la personne morale et de son organe en sorte que le fondement de cette déduction ne peut guère se comprendre.

La perplexité des commentateurs se marque par leurs graves hésitations à propos de l'interprétation à donner à cet arrêt, – aucune interprétation ne pouvant cependant être considérée comme satisfaisante[97].

Faut-il admette que la Cour aurait considéré que la *culpa in contrahendo* relèverait de la responsabilité contractuelle, à tout le moins lorsque le contrat est effectivement conclu ? Auquel cas, la solution s'expliquerait par l'application de la jurisprudence du 7 novembre 1997. Mais :

- aucun élément quelconque dans la motivation de la décision entreprise, fort sommaire et entachée de nombreuses inexactitudes à en juger par l'arrêt, ni dans le 3e moyen n'appuie cette interprétation ;
- cette thèse a toujours été repoussée par la doctrine et par la jurisprudence belge[98] même si, pour diverses raisons, elle a été accueillie dans certains droits étrangers et il serait tout de même singulier que la Cour l'accueille de manière implicite et sans autre justification !
- l'arrêt ne comprend pas les réserves résultant de la jurisprudence de 1997 permettant tout de même, à certaines conditions, la mise en cause de la responsabilité extra-contractuelle de l'organe exécutant un contrat.

---

97. *Cf.* K. Geens, « Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA », in *Vennootschaps- en financieel recht*, Bruges, La Charte, 2001, 5, spécial. n° 27.
98. D. Philippe, « La bonne foi dans la formation des contrats », Rapport belge in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Capitant, t. XLIII, 1992, p. 61 n° 6 et les réf. ; P. Van Ommeslaghe, Rapport général, *ibidem*, 25, n°s 6 et s. *Cf.* dans le même sens : Claeys, « Het bestuursorgaan... », cité *T.R.V.*, 1998, 288 n° 9. Voy. sur les doutes qu'une telle interprétation de l'arrêt suscite : X. Dieux, « La responsabilité civile.. », in *Mélanges Kirkpatrick*, cité, 225, n° VII et les réf.

Faut-il considérer que la Cour de cassation aurait entendu étendre à la phase précontractuelle l'immunité proclamée par l'arrêt du 7 novembre 1997 à propos de l'exécution des contrats, sans cependant se prononcer sur la nature de la responsabilité qu'implique la *culpa in contrahendo*, particulièrement lorsque la convention est finalement conclue ? On peut certes faire valoir que la solution est étroitement liée dans sa motivation à l'existence d'une faute précontractuelle en rapport avec un contrat conclu et qu'elle ne paraît pas viser d'autres hypothèses. Ou encore que la Cour aurait entendu étendre à toute faute précontractuelle la doctrine selon laquelle la mandant répond du dol du mandataire, en y ajoutant encore une assimilation de l'organe au mandataire[99] ? Mais :

- ici aussi aucun élément du moyen, de la décision entreprise, ou des motifs n'appuie réellement cette interprétation ;
- on n'aperçoit guère pourquoi la phase précontractuelle serait soumise en tant que telle à un régime de responsabilité distinct et particulier ;
- la doctrine selon laquelle le mandant répond du dol commis par le mandataire dans l'exécution de sa mission de représentation n'a jamais conduit à immuniser le mandataire ; une telle immunité serait d'ailleurs contraire à l'article 1384, alinéa 3, si le mandataire est également un préposé.
- on n'aperçoit pas le fondement et la justification de l'assimilation de l'organe au mandataire ; en tout cas, celle-ci ne va pas de soi, car la responsabilité du mandant pour les actes accomplis par le mandataire dans l'exécution de sa mission de représentation portant en principe sur des actes juridiques exclusivement n'est pas identique à celle de la personne morale pour les actes *et les faits juridiques* imputables à son organe dans l'exercice de sa fonction.
- l'arrêt ne comprend pas les réserves résultant de la jurisprudence de 1997 permettant tout de même, à certaines conditions, la mise en cause de la responsabilité extra-contractuelle de l'organe exécutant un contrat.

Faut-il alors considérer que la Cour de cassation aurait été convaincue par la thèse défendue par Mme Simonart qui, au nom d'une application cohérente de la théorie de l'organe, propose d'étendre l'immunité admise en matière de conclusion d'actes juridiques à tous les faits juridiques accomplis par l'organe dans l'exercice de sa fonction et donc aussi à sa responsabilité extracontractuelle, à l'exception des infractions pénales et de quelques autres hypothèses ?[100]. Mais :

- comment expliquer alors que la Cour ait expressément limité sa décision à l'hypothèse d'une faute commise dans la phase précontractuelle alors que le contrat est conclu, si sa décision devait avoir une portée aussi générale ?
- l'arrêt serait en contradiction directe tant avec la jurisprudence constante sur la responsabilité personnelle de l'organe en matière extra-contractuelle que

99. Interprétation suggérée, avec circonspection par X. DIEUX, « La responsabilité.. », in *Mélanges Kirkpatrick*, cité, 225, n^os^ VII et VIII. L'auteur souligne diverses dérives auxquelles même cette interprétation peut conduire.

100. V. SIMONART, « La quasi-immunité... », *R.C.J.B.*, 1998, 732, n^os^ 38 et s.

nous décrivions ci-dessus (*supra*, n° 13) qu'avec l'arrêt du 7 novembre 1997 dans la mesure où celui-ci admet tout de même que l'on puisse retenir la responsabilité extra-contractuelle de l'organe, à certaines conditions (*supra*, n° 10). Peut-on imaginer un tel renversement de jurisprudence sans que les motifs de l'arrêt en portent la trace, sans intervention d'une audience plénière de la Cour et sans que le Ministère public émette un avis très circonstancié pour le justifier[101] ?

Bref, on peut se demander si cet arrêt n'est pas malencontreux et s'il ne serait pas préférable qu'il reste isolé.

V. Conclusion

17. Une évolution brusque mais quelque peu chaotique. – L'évolution récente de la théorie de l'organe, après des longues décennies de développement cohérent et stable, appelle une appréciation mitigée.

Si l'on peut approuver dans leur principe les interventions du législateur consacrées par la loi du 10 février 2003, il faut bien constater que les arrêts de la Cour de cassation du 7 novembre 1997 et surtout du 16 février 2001 laissent perplexes et n'apportent guère d'amélioration à la théorie de l'organe.

101. Comp. par exemple, les avis rendus en notre matière par Mme LIEKENDAEL avant l'arrêt du 15 décembre 1983, ou par M. J. VELU avant l'arrêt du 19 décembre 1991, cités ci-dessus.

Considérations sur l'apport du droit belge à l'application du droit OHADA des sociétés commerciales

Bisimwa VOGLET
Assistant à la Faculté de droit de Namur,
Avocat au Barreau de Namur

§ 1. Introduction

1. Introduction et objet de l'étude. – Les juristes de tous horizons, désireux d'agrémenter leurs recherches d'un rayon de soleil sub-saharien, savent qu'il existe, depuis quelques années déjà, un nouvel eldorado juridique, constitué des normes prises dans le cadre de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA).

À la lecture de l'abondante doctrine déjà publiée sur l'OHADA[1], l'on ne peut douter de l'intérêt que ce nouvel ordonnancement juridique suscite, tant il est vrai que l'avènement d'un nouveau système de droit – touchant des millions de personnes et couvrant un territoire extrêmement vaste – promet de fertiles champs d'investigations. De fait, il est exact qu'il sera loisible à la communauté juridique, pour quelques temps encore, de concourir à la construction des premières bases de ce droit nouveau. C'est ainsi que si les terres juridiques du droit de l'OHADA ne sont plus encore tout à fait vierges, il reste encore de nombreux territoires peu explorés.

À cet effet, la question se pose de savoir dans quelle mesure le juriste belge, désireux d'appréhender le droit OHADA des sociétés commerciales, peut se

1. Outre la doctrine à laquelle il sera fait référence dans le cadre de cette étude, nous renvoyons également le lecteur aux ouvrages et articles généraux qui suivent : Joseph ISSA-SAYEGH et Jacqueline LOHOUES-OBLE, *OHADA – Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; Philippe TIGER, *Le droit des affaires en Afrique*, Collection « Que sais-je ? », n° 3536, Paris, Presses Universitaires de France, 1999 ; Pascal K. ABGBOYIGOR, « Récents développements du projet d'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) », *RDA/IBLJ*, 1996, n° 3, p. 101 ; Directoire de l'OHADA, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique, outil technique de l'intégration économique, *Juriscope, Lettre d'information trimestrielle*, Janvier 1996, pp. 3 et s. ; Tristan GERVAIS de LAFOND, « Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Gaz. Pal.*, 1995, 20-21 sept. 1995, *D.*, p. 2 ; Gbenga BAMODU, « Transnational law, unification and harmonization of international law in Africa », *Journal of African law*, n° 38, 1994, S 125-43 ; Monique BOLMIN, Ghislaine BOUILLET-CORDONNIER et Karim MEDJAD, « Harmonisation du droit des affaires dans la zone franc », *Journal de droit international*, 1994, p. 37.

servir des acquis de sa pratique nationale et les utiliser dans l'application du droit OHADA. À notre sens, l'interrogation soulevée concerne l'application d'une méthode de recours au droit comparé à cette hypothèse déterminée. Dans cette perspective, l'objet de notre étude visera donc à préciser les fondements d'un recours au droit belge dans l'application du droit OHADA, et à légitimer les références qui pourront y être faites dans le futur.

2. La démarche adoptée. – Afin de clarifier au mieux notre propos, nous rappellerons tout d'abord les principales données factuelles et juridiques qui ont concouru à l'élaboration de l'Acte uniforme de l'OHADA sur les sociétés commerciales (*§ 2 – De la création de l'OHADA à l'élaboration de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales*).

Il s'agira, ensuite, de justifier le processus de référence au droit belge dans l'application et l'interprétation du droit OHADA des sociétés commerciales (*§ 3 – Comment justifier la référence au droit belge dans une démarche comparatiste ?*).

Après avoir posé ces jalons théoriques, nous développerons un exemple choisi (*§ 4 – Question choisie sur l'apport du droit belge dans l'application de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales : la cession de parts entre vifs de parts sociales de S.A.R.L.*), avant de conclure (§ 5 – Conclusions).

§ 2. De la création de l'OHADA à l'élaboration de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales

3. La création de l'OHADA. – Un bref rappel s'impose, sans qu'il y ait lieu de relever tous les détails historiques, juridiques et techniques jalonnant la création de l'OHADA[2]. C'est en 1991 que les ministres de la « zone franc CFA » ont émis l'idée de mettre en place, dans cette zone, un droit harmonisé des affaires. Le projet a connu une avancée rapide puisqu'en date du 17 octobre 1993, l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) était créée par un Traité signé à Port-Louis, en Ile Maurice[3]. À ce moment, l'organisation était composée de quatorze Etats africains membres de la zone franc CFA[4]. Ces quatorze Etats ont été ensuite rejoints par la Guinée et la Guinée Équatoriale, en sorte telle que l'OHADA compte actuellement seize

2. Sur cette perspective historique, voir notamment Paul-Gérard POUGOUE, *Présentation générale et procédure en OHADA*, Yaoundé, Presses Universitaires d'Afrique, 1998, p. 5 ; Joseph ISSA-SAYEGH et Jacqueline LOHOUES-OBLE, *OHADA – Harmonisation du droit des affaires*, *op. cit.*, n^os^ 200 à 214, pp. 95-00 ou encore Philippe TIGER, *Le droit des affaires en Afrique*, *op. cit.*, pp. 8-30.
3. Le texte du Traité est, notamment, publié dans les annexes de l'ouvrage de Paul-Gérard POUGOUE, *Présentation générale et procédure en OHADA*, *op. cit.*, p. 21 et est facilement disponible sur de nombreux sites Internet.
4. Il s'agit en l'espèce des pays suivants : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, République Centra- →

Etats membres. L'accès à l'OHADA n'est pas circonscrit à l'appartenance à la zone franc CFA, l'article 53 du Traité ouvrant la porte à tout Etat membre de l'OUA. Parmi les prochains Etats à rejoindre l'organisation, figure notamment la République Démocratique du Congo[5]. À la fois regroupement d'Etats et traité international, l'OHADA est dotée de la personnalité juridique internationale[6].

4. Parmi les objectifs de l'OHADA, la mise en œuvre d'Actes uniformes. – Les deux premiers articles du traité OHADA précisent le but principal du traité, qui consiste à unifier les législations des Etats membres, afin de favoriser leur développement harmonieux[7]. Une fois le traité OHADA conclu, et pour réaliser l'objectif qu'il s'est fixé en ses deux premiers articles, les Etats membres doivent donc procéder à l'unification de leurs législations relatives au droit des affaires[8]. L'Acte uniforme est précisément l'acte juridique qui résulte de ce processus d'unification[9].

→ frique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo.

5. Selon l'annonce faite à Paris le 3 février 2004, à l'occasion d'une réunion avec les chefs d'entreprises organisée par le Comité Afrique du MEDEF, la RDC devrait adhérer à l'OHADA au cours du premier semestre 2004. Cette décision a été confirmée par le Président KABILA au cours de son voyage officiel qui a suivi en Belgique. Une éclairante publication belge récente (Patrick DE WOLF, « Le droit des affaires de la République démocratique du Congo à la croisée des chemins », *http ://www.businessandlaw.be/article607.html*, confirme tout l'intérêt que pourrait avoir la RDC à rejoindre rapidement l'OHADA.
6. Sur ce, voir notamment Paul-Gérard POUGOUE, *Présentation générale et procédure en OHADA*, *op. cit.*, p. 6.
7. L'article 1er du Traité OHADA dispose que *« le présent traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels.* L'article 2 stipule que *« pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait à l'unanimité, d'y inclure conformément à l'objet du traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après ».*
8. Ayant pour vocation d'harmoniser le droit des affaires, l'OHADA suscite d'intéressantes questions quant à l'étendue de sa compétence au regard des domaines sur lesquels elle pourrait ou non légiférer. Sur ce, voir notamment Joseph ISSA-SAYEGH et Jacqueline LOHOUES-OBLE, *OHADA – Harmonisation du droit des affaires*, *op. cit.*, nos 257 à 278, pp. 115-123.
9. L'article 5, alinéa 1er, du Traité OHADA dispose en effet que *« les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent traité sont qualifiés 'actes uniformes' ».*

5. Bref aperçu du processus d'élaboration d'un Acte uniforme de l'OHADA[10] – La genèse d'un Acte uniforme présente plusieurs particularités. Dans un premier temps, l'Acte uniforme est préparé par le Secrétariat permanent de l'OHADA, qui peut recevoir les observations des gouvernements des Etats membres[11]. Les dispositions de ce projet reçoivent ensuite un avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA[12]. Ensuite, l'Acte uniforme est délibéré et adopté par le Conseil des ministres de l'OHADA[13]. Sauf modalités particulières, un Acte uniforme entre en vigueur nonante jours après son adoption et est opposable trente jours après sa publication au Journal officiel de l'OHADA[14].

6. Les matières unifiées au 1er janvier 2004. – En pratique, de nombreuses matières ont déjà fait l'objet d'une réglementation unifiée. C'est ainsi que sont en vigueur :

- depuis le *1er janvier 1998*, l'Acte uniforme sur le droit commercial général[15], l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique[16], l'Acte uniforme sur les sûretés[17] ;

---

10. Sur le processus d'élaboration des Actes uniformes de l'OHADA, voir notamment Joseph Issa-Sayegh et Jacqueline Lohoues-Oble, *OHADA – Harmonisation du droit des affaires*, *op. cit.*, n° 279 à 288, pp. 123-126 ; Joseph Issa-Sayegh, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Revue de droit uniforme*, 1999, p. 5.
11. Articles 6 et 7 du Traité OHADA.
12. Article 6 et 7 du Traité OHADA. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est une juridiction commune qui possède diverses fonctions importantes. D'une part, elle joue le rôle d'une cour de cassation au regard des matières traitées dans les Actes uniformes. Par ailleurs, elle est le centre d'un arbitrage spécifique. Enfin, elle interprète le Traité et elle peut être saisie pour avis par les juridictions nationales. Sur la Cour commune de justice et d'arbitrage, voir notamment Mainassara Maidagi, « Le fonctionnement de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA », *La Revue d'actualité juridique étrangère, Juriscope*, 2004, disponible sur http ://www.juriscope.org/actu_juridiques/doctrine/OHADA/ohada_14.pdf.
13. Article 8 du Traité OHADA. Le Conseil des ministres est composé des ministres de la justice et des finances des Etats parties au traité OHADA (article 27 du Traité OHADA).
14. Article 9 du Traité OHADA.
15. *J.O. Ohada*, n°1, 1er octobre 1997. Sur l'Acte uniforme sur le droit commercial général, voir notamment Joseph Issa-Sayegh et Jacqueline Lohoues-Oble, *OHADA – Harmonisation du droit des affaires*, *op. cit.*, n° 295, p. 128 ; Alain Feneon et Jean-René Gomez, *Droit commercial général, Commentaires de l'Acte uniforme*, Paris, EDICEF, 1999 ; Alain Feneon et Antoine Delabriere, « Présentation générale de l'Acte uniforme sur le droit commercial général », *Recueil Penant*, 1998, n° 82, p. 136 ; Josette Nguebou, *Le droit commercial général dans l'acte uniforme OHADA*, Yaoundé, Presses universitaires d'Afrique, 1998.
16. *J.O. Ohada*, n°2, 1er octobre 1997. Sur l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales, voir notamment Joseph Issa-Sayegh et Jacqueline Lohoues-Oble, *OHADA – Harmonisation du droit des affaires*, *op. cit.*, nos 296 à 299, pp. 128-130 ; Pascal K. Abgboyibor, « Nouveau droit des sociétés », *Revue de droit des affaires internationales*, 1998, n° 6 ; Daniel Tapin, « Droit des sociétés commerciales et du GIE », *Penant*, 1998, n° 827, p. 186.
17. *J.O. Ohada*, n°3, 1er octobre 1997. Sur l'Acte uniforme sur les sûretés, voir notamment Joseph Issa-Sayegh et Jacqueline Lohoues-Oble, *OHADA – Harmonisation du droit des affaires*, *op.* →

- depuis le *10 juillet 1998*, l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement des créances et les voies d'exécution[18] ;
- depuis le *1er janvier 1999*, l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif[19] ;
- depuis le *11 juin 1999*, l'Acte uniforme sur l'arbitrage[20] ;
- depuis le *1er janvier 2001* et le *1er janvier 2002*, en fonction de la matière traitée, l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation et comptabilité des entreprises[21] ;
- depuis le *1er janvier 2004*, l'Acte uniforme aux contrats de transport de marchandises par route[22].

Au rang des perspectives d'unification de nouvelles matières, nous nous devons de mentionner le fait que UNIDROIT prépare, à la demande du Conseil des ministres de l'OHADA, un projet d'Acte uniforme sur les contrats, sous la houlette du Professeur Fontaine de l'Université Catholique de Louvain.

7. Les règles applicables avant la mise en œuvre de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. – Après leur indépendance et avant la mise en œuvre de l'Acte uniforme que les sociétés commerciales, les Etats membres de l'OHADA étaient généralement dotés des législations qui leur avaient été laissées par la puissance coloniale française. Sans reprendre par le détail l'ensemble des législations applicables, relevons simplement qu'avant leur indépendance, les colonies françaises bénéficiaient d'un droit des sociétés similaire à celui de la métropole, en raison du fait que le Code de commerce français avait été rendu applicable dans les colonies. Par un mécanisme similaire, les modifications du texte du Code de commerce, de même que l'introduction de nouvelles formes de sociétés en droit français « métropolitain », avaient été également déclarés applicables dans les colonies[23].

→ *cit.*, nos 300 et 301, pp. 130-131 ; François ANOUKAHA, *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, Yaoundé, Presses universitaires africaines, 1998.

18. *J.O. Ohada*, n°6, 1er juillet 1998. Sur cet Acte uniforme, voir notamment Joseph ISSA-SAYEGH et Jacqueline LOHOUES-OBLE, *OHADA – Harmonisation du droit des affaires*, *op. cit.*, n° 303, p. 132.
19. *J.O. Ohada*, n°7, 1er juillet 1998. Sur l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif, Joseph ISSA-SAYEGH et Jacqueline LOHOUES-OBLE, *OHADA – Harmonisation du droit des affaires*, *op. cit.*, n° 302, pp. 131-132.
20. *J.O. Ohada*, n°8, 15 mai 1999. Sur l'Acte uniforme sur l'arbitrage, voir notamment Joseph ISSA-SAYEGH et Jacqueline LOHOUES-OBLE, *OHADA – Harmonisation du droit des affaires*, *op. cit.*, n° 304, p. 133.
21. *J.O. Ohada*, n°10, 20 novembre 2000.
22. Sur cet Acte uniforme, voir notamment Kouakou Mathurin BROU, « Le nouveau droit des contrats de transports de marchandises par route dans l'espace OHADA », *La revue d'actualité juridique étrangère, Juriscope*, 2003, *http ://www.juriscope.org/actu_juridiques*.
23. Paul-Gérard POUGOUE, « Introduction générale », *OHADA – Sociétés commerciales et G.I.E.*, Bruxelles, Bruylant, 2002, nos 4 à 12, pp. 4-9. Voir également Julie PAQUIN, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique – Le projet de l'OHADA », *Journal du Barreau de Québec*, →

La plupart des Etats se sont contentés de conserver cet héritage juridique, ou de le modifier superficiellement, et ce n'est qu'à titre exceptionnel que l'on relève qu'après l'indépendance, certains Etats ont mis en œuvre, à des degrés divers, des législations spécifiques[24]. C'est ainsi que, d'une manière générale, l'éparpillement des textes et les problèmes récurrents quant à leurs publications et leurs applications pratiques, ont justifié la politique actuellement suivie d'uniformisation du droit des affaires en Afrique, par le biais des Actes uniformes.

8. L'élaboration de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. – L'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique a été adopté à Cotonou le 17 avril 1997[25]. et publié dans le *J.O. Ohada* du 11 octobre 1997. Il est en vigueur depuis le 1er janvier 1998[26]. Au rang des principales particularités de l'Acte uniforme, figure la reconnaissance du caractère d'ordre public de ses dispositions, la supplétivité étant l'exception[27].

9. Le droit français, principale source d'inspiration de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. – A l'heure actuelle, tout bon processus de codification suppose – ou devrait supposer – le recours au droit comparé[28]. L'Acte uniforme de l'OHADA sur les sociétés commerciales n'échappe pas à ce constat, et c'est ainsi que l'Acte uniforme *« s'inspire des modifications récentes en France et dans les autres pays de l'Union européenne avec lesquels, pour des raisons historiques connues, les Etats membres de l'OHADA entretiennent des relations historiques privilégiées »*[29].

Dissipons, d'emblée, l'éventuel doute que cette formulation pourrait laisser planer quant à la prééminence de l'influence française. En effet, il nous paraît

---

→ Volume 33, n° 15, 15 septembre 2001, disponible sur *http ://www.barreau.qc.ca/journal/vol33/no15*.

24. Paul-Gérard POUGOUE, « Introduction générale », *OHADA – Sociétés commerciales et G.I.E.*, *op. cit.*, nos 13 à 20, pp. 9-17. Les pays ayant mis en œuvre une législation spécifique sont le Sénégal (loi n° 85/40 du 29 juillet 1985), le Mali (loi n° 86/13 du 21 mars 1986) et la Guinée (ordonnance n° 119 du 17 mai 1985 et arrêté n° 5745 du 29 juillet 1985).
25. Après avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 7 avril 1997.
26. Tel que cela est expressément prévu à l'article 920, alinéa 2, de l'Acte uniforme. Sur les problèmes de droit transitoire, voir notamment Paul-Gérard POUGOUE, « Introduction générale », *OHADA – Sociétés commerciales et G.I.E.*, *op. cit.*, nos 48 à 51, pp. 30-32.
27. L'article 2 de l'Acte uniforme dispose en effet que *« les dispositions du présent Acte uniforme sont d'ordre public, sauf dans les cas où il autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer les dispositions dont ils sont convenus à celles du présent Acte uniforme, soit à compléter par leurs dispositions celles du présent Acte uniforme »*.
28. Voir à ce sujet Xavier THUNIS et François van der MENSBRUGGHE, « Codification et décodification : le droit comparé à contribution », *Cahiers de la Faculté de Droit de Namur*, n°7, octobre 1998.
29. Paul-Gérard POUGOUE, « Introduction générale », *OHADA – Sociétés commerciales et G.I.E.*, *op. cit.*, n°25, p. 19.

que l'on ne peut faire abstraction du fait qu'en raison de l'environnement culturel, politique et géographique des pays initiateurs du projet OHADA, en l'espèce les pays de la zone franc CFA, c'est bien dans le droit français que les Actes uniformes de l'OHADA puisent majoritairement leur inspiration[30].

L'inspiration de l'Acte uniforme étant française, il nous appartient d'envisager – faisant ainsi application du caractère subversif, mais constructif, du droit comparé[31] – à quelles conditions et dans quel contexte le droit belge peut également servir de référence à la résolution de problèmes survenant dans l'application de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

§ 3. Comment justifier la référence au droit belge dans une démarche comparatiste ?

10. Le constat empirique d'un recours fréquent aux acquis du droit français. – De manière générale, l'on relève que compte tenu de l'héritage juridique colonial et de l'apparition de législations spécifiques sur ces substrats, la démarche comparatiste est fréquente en droit africain et conserve une place de choix dans la formation juridique[32]. Plus particulièrement, les sources d'inspirations du droit de l'OHADA, abordées *supra*, induisent, *de facto*, la nécessité d'une démarche comparatiste, visant à appliquer, dans telle ou telle hypothèse, les enseignements de la doctrine ou de la jurisprudence françaises.

À cet égard, l'on constate que la doctrine – dans un bel ensemble et sans qu'il y ait de référence précise à une quelconque méthode d'importation des acquis français vers le droit OHADA – balise de références françaises tout commentaire relatif à l'Acte uniforme sur les sociétés[33], ou exprime clairement le fait que la recherche juridique liée à une matière de l'OHADA vise du droit comparé[34].

---

30. Joseph Issa-Sayegh et Jacqueline Lohoues-Oble, *OHADA – Harmonisation du droit des affaires*, *op. cit.*, n° 87, p. 40. Patrick De Wolf (*in* « Le droit des affaires de la République démocratique du Congo à la croisée des chemins », *op. cit.*) insiste d'ailleurs sur *« le soutien évident des autorités en charge du commerce extérieur français »* aux projets OHADA, ce qui permet de comprendre également l'inspiration française des textes issus de ces processus. Voir également Julie Paquin, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique – Le projet de l'OHADA », *op. cit.*, pour qui *« le nouveau droit constitue plus une ' restructuration' qu'une réforme pour bien des juristes africains. En effet, il faut souligner que beaucoup d'entre eux ont été et continuent d'être formés en France et sont bien au fait des développements du droit dans ce pays »*.
31. Nous renvoyons quant à ce à la terminologie constructive qui est donnée à ce terme dans la littérature spécialisée (voir à cet égard Horatia Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2000, pp. 503 à 527).
32. Relevons, par exemple, la rubrique « Législation comparée » disponible sur le site Internet du CIFAF (Centre International en Afrique de Formation des Avocats Francophones), www.cifaf.org.
33. Voir la doctrine citée jusqu'à présent.
34. Voir notamment Modi Koko Bebey, « L'action en revendication dans les procédures collectives en droit français et de l'OHADA (Étude de droit comparé) », *La Revue d'actualité juridique* →

11. Cette démarche est-elle comparatiste ? – Le constat d'un recours au droit français étant dressé, il reste néanmoins à s'interroger sur le fait de savoir si cette démarche peut être qualifiée de comparatiste. Dès lors que le droit OHADA est un des meilleurs exemples de processus d'uniformisation juridique, les questions relatives au droit comparé ne sont guère éloignées. Dans le même esprit, le Professeur Bermann énonce que *« l'élan que la mondialisation a fourni au droit international rend même plus urgent notre besoin de droit comparé et a créé de nouveaux espaces pour son utilisation »*[35]. L'engouement pour le droit comparé ne peut cependant pas nous faire ignorer que des difficultés surgissent dans la définition de cette discipline et dans la détermination de ce qu'est la méthode comparative. Pour servir notre sujet, nous appliquons deux thèses qui peuvent aboutir à des visions opposées.

11.A. Première approche. – Dans un article passionnant, le Professeur Pfersmann commente le phénomène de la revitalisation du droit comparé, en tant que remarquable outil au service des praticiens[36]. Nous rappelant que *« tout juge ou législateur consulte les données étrangères avant de s'aventurer dans la construction d'une nouvelle réglementation, dans la solution d'un cas inédit »*, il poursuit en relevant, à juste titre, que *« le droit comparé lui-même affiche dès lors de nouvelles ambitions et revendique toutes compétences en matière d'unification du droit et même d'authentification de la pertinence des solutions nationales »*.

Dans ce contexte, l'éminent auteur regrette le fait que le droit comparé *« s'appuie toujours sur la plus faible des épistémologies »*.

Ce faisant, il dresse une typologie des croyances dominantes relatives à ce que serait le droit comparé, au rang desquelles figure la croyance selon laquelle le droit comparé serait une *« science qui permet d'améliorer la solution des cas juridictionnels »*[37], ce qui – plus largement – équivaudrait à définir le droit comparé comme un *« système juridique transnational »*.

Cette approche du droit comparé est ensuite contestée par le Professeur Pfersmann, celui-ci n'hésitant pas à qualifier cette démarche d'*« utopie prescriptive »*.

Si l'on suit cette approche, force est de constater que les références au droit français ne seraient pas indicatives d'une approche comparatiste. En effet, la littérature en droit commercial de l'OHADA, consultée pour notre étude, se

---

→ étrangère, *Juriscope*, 2002, disponible sur http ://www.juriscope.org/actu_juridiques ; Mamadou KONE, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA : comparaisons avec le droit français*, L.G.D.J., Paris, 2003.

35. George A. BERMANN, « Le droit comparé et le droit international : alliés ou ennemis ? », *Revue internationale de droit comparé*, 3-2003, p. 526.

36. Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2001, pp. 275-288.

37. Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *op. cit.*, p. 275.

réfère fréquemment à des décisions de jurisprudence française pour prévoir des solutions pratiques aux problèmes suscités par l'Acte uniforme, et ainsi fournir des éléments de réponse dans la résolution de cas inédits. Il nous paraît, dans cette perspective, que donner à cette approche une étiquette « comparatiste » pourrait se heurter à la conception défendue par le Professeur Pfersmann.

11.B. Seconde approche – Dans une autre optique, et au travers d'un exposé tout aussi intéressant[38], J. Mertens de Wilmars considère qu'il y a bien un recours à la méthode comparative dans le chef de la Cour de justice des Communautés européennes *« pour déceler, entre l'objet des ordonnancements communautaires et nationaux des ressemblances qui révèlent l'aptitude de telle ou telle construction juridique nationale à être utilisée, par voie d'interprétation analogique pour l'élaboration ou le perfectionnement du droit communautaire »*[39].

Auparavant, l'auteur avait relevé que *« le recours au droit comparé est, pour la Cour de justice, essentiellement une méthode d'interprétation du droit communautaire. Méthode parmi d'autres, mais importante et dont l'une des caractéristiques pourrait bien être qu'elle est quasi constamment présente dans le processus d'élaboration des arrêts de la Cour sans pour autant affleurer fréquemment dans le texte de ceux-ci »*[40].

L'on retrouve une attitude similaire dans une contribution célèbre du Juge Pescatore[41].

Dans une telle acception, l'importation des solutions de droit français, dans l'application d'un droit OHADA qui lui est voisin, rentre manifestement dans une démarche comparatiste.

En effet, *mutatis mutandis*, l'on peut déceler une similitude entre la référence faite par la Cour de justice des Communautés européennes à une construction juridique nationale pour l'élaboration ou le perfectionnement du droit communautaire et la référence qui pourrait être faite par le juge OHADA à la principale source juridique ayant inspiré la législation qu'il doit également appliquer.

Dans cette perspective, les références au droit français s'inscrivent bien dans

38. J. Mertens de Wilmars, « Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *J.T.*, 1991, pp. 37-40.
39. J. Mertens de Wilmars, « Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *J.T.*, 1991, p. 37, n° 5. Il s'agit du deuxième domaine d'intervention de la méthode comparative. Alors que le premier nous paraît moins relevant pour notre analyse, signalons que le troisième domaine exploré par l'auteur pour justifier le recours à la méthode comparative en droit communautaire réside dans la constatation de *« l'existence d'une construction juridique ou d'une règle de droit, dans tel ordre juridique national et son inexistence dans l'ordre juridique communautaire, pour voir s'il s'agit d'une lacune – ce qui n'est pas nécessairement le cas – et, dans l'affirmative pour examiner la possibilité de la combler »*.
40. J. Mertens de Wilmars, « Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *J.T.*, 1991, p. 37, n° 4.
41. Pierre Pescatore, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1980, pp. 337-359.

une perspective comparatiste et, pour reprendre la formulation de Sugiyama[42], consistent *« à constater positivement par des moyens déterminés et dans un but fixé, ce qu'il y a de particulier et ce qu'il y a de commun »* au droit français et au droit de l'OHADA.

12. Dans le cadre de cette démarche comparatiste, comment justifier un recours au droit belge dans le processus de comparaison ? – A notre sens, l'impact des origines françaises du droit de l'OHADA est destiné à prendre moins d'importance, d'une part, en raison de la construction progressive de la jurisprudence OHADA, et, d'autre part, en tenant compte des spécificités de l'ensemble des pays membres de l'OHADA.

De même, le droit OHADA devrait nécessairement évoluer, au fur et à mesure de l'arrivée de nouveaux Etats membres de traditions juridiques autres que strictement françaises[43], sachant que cette arrivée aura nécessairement un impact sur l'activité des tribunaux et, par ricochet, sur celle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Dans une perspective similaire à celle perçue par J. Mertens de Wilmars devant la Cour de justice des Communautés européennes, l'on devrait retrouver, dans les litiges portés devant la Haute Cour de l'OHADA, *« l'apport des systèmes juridiques et des méthodes de raisonnement juridiques qui leur sont à chacun les plus familiers, sans pour autant que ces apports soient clairement identifiés à l'origine »*[44].

À cet égard, l'entrée prochaine de la République Démocratique du Congo dans l'espace OHADA va susciter une adaptation chez les juristes congolais, dont on sait que la majeure partie a été, est, ou sera formée sinon en Belgique, du moins sur la base d'un environnement belge. Il convient également de s'interroger sur l'entrée potentielle des anciennes colonies belges, soit le Rwanda et le Burundi. Enfin, et indépendamment de l'adhésion effective de ces Etats à l'OHADA, la pratique du commerce africain implique bien évidemment des juristes formés en Belgique, qui, dans les arcanes des textes réglementaires, sauront faire apparaître leur sensibilité dans des matières non soumises à des dispositions d'ordre public.

Il est évident que ce n'est qu'au fur et à mesure de l'évolution de la jurisprudence que l'on pourra mesurer au mieux les impacts des interprétations belges sur des questions similaires posées en droit OHADA. Néanmoins, il

42. *In* Recueil d'études E. LAMBERT, *Introduction à l'étude du droit comparé*, Paris, 1973, T.I, p. 50.
43. On pense, bien entendu, à la République Démocratique du Congo, mais également à des pays marqués par des traditions juridiques anglo-saxonnes. Dans un même contexte, relevons le fait que Philippe Tiger considère que l'influence du droit musulman ne devrait pas être négligée (Philippe TIGER, *Le droit des affaires en Afrique*, *op. cit.*, pp. 16-18).
44. J. MERTENS de WILMARS, « Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 37, n° 4 *in fine*, voir également n° 12.

nous a paru intéressant de tracer d'ores et déjà des pistes d'analyse prospectives.

§ 4. Question choisie sur l'apport du droit belge dans l'application de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales : la cession entre vifs de parts sociales de S.A.R.L.

13. Les critères du choix. – Il nous a été nécessaire d'opérer un tri dans les 920 articles composant l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. Notre choix, évidemment arbitraire, s'est porté sur la société à responsabilité limitée (S.A.R.L.), qui trouve en Belgique son équivalent dans la société privée à responsabilité limitée (SPRL). Notre démarche est évidemment guidée par le fait que la compétence du Professeur Coipel est unanimement saluée en la matière[45]. Compte tenu de l'espace imparti pour cette étude, il nous revenait de sélectionner un aspect particulier, et les praticiens du droit belge reconnaîtront sans peine que les cessions de parts sociales de SPRL constituent une source remarquable de jurisprudence.

Sur le plan pratique, nous envisagerons successivement divers points qui nous paraissent exemplatifs des différences entre l'Acte uniforme de l'OHADA sur les sociétés commerciales et le Code belge des sociétés et des éventuels apports qui peuvent s'opérer du droit belge au profit du droit OHADA.

14. Le formalisme de la conclusion du contrat de cession de parts sociales. – L'article 317, alinéa 1er, de l'Acte uniforme dispose que *« la cession de parts sociales entre vifs doit être constatée par écrit »*. Il s'agit d'une règle de forme essentielle, qui doit par ailleurs s'apprécier au regard du caractère d'ordre public de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales[46]. Compte tenu de la formulation de cette disposition, il faut en conclure qu'en l'absence d'écrit, il serait interdit de faire reconnaître par d'autres voies la réalité d'un échange de consentements quant à une cession de parts sociales[47], alors qu'en Belgique une cession de parts peut être prouvée par témoins[48].

En revanche, en droit belge, la conclusion du contrat de cession de parts sociales de SPRL n'est soumise à aucun formalisme, la cession étant soumise au droit commun et le simple consentement des parties la rendant parfaite[49].

---

45. Voir à cet égard M. Coipel, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *Rép. not.*, T. XII, Livre IV, Bruxelles, Larcier, 1997.
46. Article 2 de l'Acte uniforme.
47. Paul-Gérard Pougoue, François Anoukaha et Josette Nguebou, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, Yaoundé, Presses Universitaires d'Afrique, 1998, n° 364, p. 165.
48. Anvers, 12 mars 1996, *J.D.S.C.*, 2003, n° 484, obs., *T.R.V.*, 2002, p. 526.
49. Voir par exemple M. Coipel, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, n° 227, →

La différence entre les deux régimes ne masquera cependant pas le fait que l'article 317 n'interdit pas que la conclusion du contrat de cession de parts sociales soit constatée par plusieurs écrits, ou par des écrits ne revêtant pas la forme traditionnelle des conventions de cessions de parts sociales. La jurisprudence OHADA éclairera ces hypothèses particulières.

15. Le formalisme de l'opposabilité de la cession de parts sociales. – L'Acte uniforme organise un traitement différencié de l'opposabilité, selon qu'elle concerne la société ou les tiers.

15.A. Le formalisme de l'opposabilité à la société de la cession de parts sociales. – L'opposabilité à la société de la cession de parts sociales est envisagée à l'article 317, alinéa 2, de l'Acte uniforme, qui laisse le choix entre trois formalités : la signification de la cession à la société par acte extrajudiciaire, l'acceptation de la cession par acte authentique ou encore le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de dépôt[50].

En Belgique, le Code des sociétés organise l'opposabilité de la cession par le biais de l'inscription dans le registre des parts, et ce en vertu de l'article 250.

Les deux ordres juridiques ont ainsi adopté des solutions différentes, et, compte tenu du caractère d'ordre public de l'article 317, alinéa 2, de l'Acte uniforme, l'on sera bien en peine de pouvoir aménager contractuellement le formalisme de l'opposabilité à la société de la cession de parts sociales.

15.B. Le formalisme de l'opposabilité aux tiers de la cession de parts sociales. – Selon l'article 317, alinéa 3, de l'Acte uniforme, *« la cession n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de l'une des formalités ci-dessus et modification des statuts et publicité au registre de commerce et du crédit mobilier »*. L'on est évidemment surpris par la rigueur d'une telle disposition, qui, dans les faits, entraîne donc l'obligation de réunir une assemblée générale en cas de modification de la structure du capital. Ceci étant, la nécessité d'une sécurisation du contexte commercial en Afrique justifie que des mesures rigoureuses aient été prises[51].

En droit belge, il n'y a pas de distinction entre les processus d'opposabilité de

---

→ p. 210 ; Van Ryn et Heenen, *Principes de droit commercial*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1957, p. 25, n° 919 ; Mons, 14 févr. 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 375, obs., *J.T.*, 2000, p. 468, Bruxelles, 19 avril 1994, *J.D.S.C.*, 2000, n° 144, obs. B. Voglet ; *R.D.C.*, 1994, p. 1025.

50. Ces formalités étant envisagées au regard du prescrit de l'article 1690 du Code civil français relatif à la cession de créances. Sur ce, voir Josette Nguebou Toukam, « La société à risque limité », *OHADA – Sociétés commerciales et G.I.E.*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 769, p. 371 ; Paul-Gérard Pougoue, François Anoukaha et Josette Nguebou, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, *op. cit.*, n° 364, p. 165.

51. En ce sens, Philippe Tiger, *Le droit des affaires en Afrique*, *op.cit.*, p. 79.

la cession à la société et aux tiers, si bien que l'inscription dans le registre des parts suffit à rendre opposable aux tiers la cession des parts sociales[52].

Dès lors, la comparaison des deux systèmes aboutit à une remarque identique à celle formulée au regard de l'opposabilité à la société de la cession de parts sociales.

15.C. Peut-on importer le mécanisme belge de l'opposabilité « à géométrie variable » des cessions de parts sociales de SPRL ? – Ceci étant, se pose la question de savoir si, au regard du texte clair de l'article 317 de l'Acte uniforme, l'on pourrait importer les applications jurisprudentielles belges découlant de cessions de parts dont les conditions d'opposabilité ne sont pas remplies[53].

Pour rappel, il s'agit, le plus fréquemment, de l'autorisation donnée au curateur de postuler – à son choix, compte tenu de l'absence de réalisation des conditions d'opposabilité de la cession de parts – le paiement de la part non libérée du capital auprès du cédant ou auprès du cessionnaire[54]. Dans cette hypothèse, il est vain, pour le cessionnaire éventuellement attaqué, d'invoquer l'absence de réalisation des formalités d'opposabilité et d'arguer que la cession n'est pas opposable au curateur.

La solution donnée en droit belge, se déduit, notamment, de la nature particulière des formalités destinées à rendre la cession opposable[55]. À ce sujet, il est fréquemment fait référence au Professeur Coipel en ce qu'il considère, à juste titre, que ces formalités *« constituent des mesures de protection au profit de la société et des tiers (en ce compris les coassociés). Ils peuvent renoncer tacitement ou expressément à cette protection légale »*[56]. Cette renonciation est

52. Article 251 du Code des sociétés.

53. Si des hypothèses similaires de transferts d'engagements personnels d'un cédant vers un cessionnaire restent parfaitement envisageables, l'aspect particulier de l'action en libération de capital devrait, théoriquement, être inexistant en droit de l'OHADA, en raison de l'exigence de libération totale des parts sociales de S.A.R.L L'article 313 de l'Acte uniforme prévoit en effet que *« les fonds provenant de la libération des parts sociales font l'objet d'un dépôt immédiat par le fondateur en banque, contre récépissé, dans un compte ouvert au nom de la société en formation, ou en l'étude du notaire »*, ce qui exclut une libération partielle lors de la constitution de la S.A.R.L. Selon Josette NGUEBOU TOUKAM, *in* « La société à risque limité », *OHADA – Sociétés commerciales et G.I.E.*, *op. cit.*, n° 823, p. 393, il en va de même en ce qui concerne une augmentation de capital, l'article 361 de l'Acte uniforme prévoyant un dépôt en banque immédiat des fonds provenant de la souscription.

54. Voir notamment Cass., 5 déc. 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 342, *Rev. prat. soc.*, 1960, p. 133 ; Comm. Gand, 26 mai 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 376, obs., *T.G.R.*, 2000, p. 255 ; Bruxelles, 21 oct. 1999, *J.D.S.C.*, 2002, n° 374, obs., *A.J.T.*, 2000-2001, p. 99, *R.D.C.*, 2000, p. 631, *Rev. prat. soc.*, 2000, p. 357 ; Liège, 19 juin 1997, *J.D.S.C.*, 2000, n°142, obs., *Rev. prat. soc.*, 1998, p. 222, note W. DERIJCKE, « Action en libération du solde du capital souscrit lorsque les parts d'une société privée à responsabilité limitée ont fait l'objet d'une cession qui n'a pas été inscrite dans le registre des associés » et *J.L.M.B.*, 1998, p. 1063.

55. Rappelons qu'en l'espèce, les formalités visées résident dans l'inscription de la cession dans le registre des parts.

56. M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, n° 230, p. 211.

d'autant plus acceptable que la disposition commentée n'est pas, en droit belge, d'ordre public[57].

Cette appréciation peut-elle être transposée en droit de l'OHADA ? En comparaison avec le mécanisme belge, le processus d'opposabilité prévu dans l'Acte uniforme est assurément plus lourd, et renforce ainsi la protection accordée au profit de la société et des tiers, en sorte telle que nous estimons qu'au regard de cette protection, le caractère d'ordre public de l'Acte uniforme empêche toute diminution de la protection de la société et des tiers, sans pour autant leur interdire de se prévaloir d'une cession « non opposable »[58].

16. Les modalités de la cession de parts sociales à des associés. – Les modalités de la cession de parts de S.A.R.L. entre associés sont envisagées à l'article 318 de l'Acte uniforme, qui dispose que *« les statuts organisent librement les modalités de transmission des parts sociales entre associés »*. A défaut de modalités prévues dans les statuts, *« la transmission des parts entre associés est libre »*. L'article 318 de l'Acte uniforme établit ainsi le principe de la liberté contractuelle quant à la cession de parts entre associés, et la limpidité de cette disposition n'entraîne pas de commentaires particuliers[59].

Le Code des sociétés envisage la question sous un angle similaire, les cessions de parts entre associés de SPRL étant également caractérisées par la liberté laissée aux parties[60].

17. Les modalités de la cession de parts sociales à des tiers. – Nous envisagerons successivement les modalités en tant que telles, et ensuite la problématique du refus d'agrément.

17.A. Les modalités de la cession de parts sociales à des tiers. – Les modalités de la cession de parts de S.A.R.L. à des tiers sont envisagées dans l'article 319, alinéa 1er, de l'Acte uniforme, qui prévoit que *« les statuts organisent librement les modalités de transmission des parts sociales à titre onéreux à des tiers étrangers à la société. A défaut, la transmission ne sera possible qu'avec le consentement de la majorité des associés non cédants représentant les trois quarts des parts sociales déduction faite des parts de l'associé cédant »*.

57. W. Derijke, « Action en libération du solde du capital souscrit lorsque les parts d'une société privée à responsabilité limitée ont fait l'objet d'une cession qui n'a pas été inscrite dans le registre des associés », *op. cit.*, p. 227.
58. Dans cette optique, il ne fait nul doute que la solution belge s'impose, tant elle rejoint cette protection des tiers, avancée comme étant une des idées principales de la réforme par Paul-Gérard Pougoue, « Introduction générale », *OHADA – Sociétés commerciales et G.I.E.*, *op. cit.*, n° 42, p. 26.
59. La doctrine s'abstenant d'ailleurs de commenter plus amplement un texte aussi clair. Voir notamment Josette Nguebou Toukam, « La société à responsabilité limitée », *OHADA – Sociétés commerciales et G.I.E.*, *op. cit.*, n° 770 *in fine*, p. 371.
60. Article 249, alinéa 2, du Code des sociétés.

L'on remarquera que la S.A.R.L. de droit OHADA peut se concevoir comme une société moins verrouillée que la SPRL, dès lors que l'on permet que les statuts organisent des modalités de transmission des parts moins rigoureuses que le prescrit légal supplétif. En fait, la liberté contractuelle est totale, car il est par ailleurs reconnu que les statuts peuvent se montrer encore plus rigides que le prescrit légal[61].

En Belgique, le Code des sociétés opère de manière diamétralement opposée, et c'est en son article 249 qu'il énonce le principe de la cessibilité limitée des parts : *« Sauf disposition plus restrictive des statuts, les parts d'un associé ne peuvent, à peine de nullité, être cédées entre vifs ou transmises pour cause de mort qu'avec l'agrément de la moitié au moins des associés, possédant les trois quarts au moins du capital, déduction faite des droits dont la cession est proposée »*. Dès lors, les dérogations à l'article 249 du Code des sociétés ne sont permises que dans un sens renforçant les restrictions à la cessibilité des parts[62].

Si, sur ces principes, la différence de traitement entre les deux ordres juridiques est claire, il est possible de les rapprocher dans leurs traitements des règlements des conflits suscités par les refus d'agréation du tiers cessionnaire.

17.B. La problématique du refus d'agrément du tiers. – Après avoir envisagé l'agrément des associés, la législation OHADA prévoit que *« le projet de cession doit être notifié par l'associé cédant à la société et à chacun des autres associés »*[63].

L'Acte uniforme évoque ensuite la question du consentement à la cession dans le chef, exclusif, de la société[64]. A première vue, cette rédaction paraît curieuse, car le premier alinéa de l'article 319 évoque clairement le fait que les associés non cédants doivent donner leur consentement. On considérera donc que l'Acte uniforme prévoit *de facto* deux types de consentements, celui des associés non cédants, réglé par le seul alinéa premier de l'article 319, et celui de la société, réglé par les autres alinéas de l'article 319.

À ce stade, un premier apport du droit belge peut d'ores et déjà être envisagé, car le Code des sociétés ne prévoit pas de consentement dans le chef de la société, mais uniquement un agrément provenant des associés non cédants. C'est au sujet de ce seul agrément que le Code des sociétés organise, en son article 251[65], une procédure détaillée de résolution des conflits suscités par le

61. Josette NGUEBOU TOUKAM, « La société à responsabilité limitée », *OHADA – Sociétés commerciales et G.I.E.*, *op. cit.*, n° 771 *in fine*, p. 372.

62. Pour un exposé exhaustif du régime légal des cessions et transmissions, des dérogations et des clauses statutaires possibles, voir M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, n^{os} 200 et s.

63. Article 319, alinéa 2, de l'Acte uniforme.

64. L'article 319, alinéa 3, de l'Acte uniforme dispose en effet que *« si la société n'a pas fait connaître sa décision dans le délai de trois mois à compter de la dernière des notifications prévues à l'alinéa ci-dessus, le consentement à la cession est réputé acquis »*.

65. C'est ainsi que l'article 251, alinéa 1er, du Code des sociétés dispose que *« sauf dispositions* →

refus d'agrément. L'on est frappé par le fait que l'Acte uniforme n'a prévu aucune procédure de résolution de ce type de conflit, pour se focaliser exclusivement sur les conflits qui peuvent résulter de l'accord de la société. Suite à ce constat, nous pourrions préconiser que, faisant usage de la possibilité qui leur est donnée à l'article 319, alinéa 1er de l'Acte uniforme[66], les rédacteurs de statut de S.A.R.L. insèrent une clause de résolution de litige entre associés, qui, au vu du texte belge, pourrait être similaire à la formulation du texte de l'article 251 du Code des sociétés[67].

Par ailleurs, les articles 319, alinéas 3 et 4, de l'Acte uniforme envisagent ensuite la résolution des conflits qui pourraient naître du fait de l'inertie de la société dans le consentement à la cession[68], ou de son refus de consentir à la cession[69]. C'est ici que l'on est confronté à ce qui, d'un point de vue belge, constitue une originalité de l'Acte uniforme : l'opposition de la société entraîne l'obligation, pour les associés restants d'acquérir les parts du cédant *« à un prix qui, à défaut d'accord entre les parties, est fixé par un expert nommé par le président de la juridiction compétente, à la requête de la partie la plus diligente »*[70].

Alors qu'il nous semble incontestable que le premier alinéa de l'article 319 de l'Acte uniforme puisse être considéré comme une disposition supplétive[71], nous ne pourrions être aussi catégorique en ce qui concerne les alinéas suivant, introduits par une disposition imposant un comportement déterminé, étant la notification du projet de cession par l'associé cédant tant aux autres associés

---

→ spéciales des statuts, le refus d'agrément d'une cession entre vifs pourra donner lieu à recours du ou des intéressés devant le tribunal compétent siégeant en référé, les opposants dûment assignés ». Pour le surplus, l'alinéa 3 établit que *« si le refus est jugé arbitraire, les associés opposants ont trois mois à dater de l'ordonnance pour trouver acheteurs aux prix et conditions fixés dans les statuts. À défaut de clause statutaire, le prix et les modalités seront, sauf accord des intéressés, fixés par le tribunal compétent, à la requête de la partie la plus diligente, l'autre partie étant régulièrement assignée (...) »*. Enfin, le dernier alinéa stipule que *« si le rachat n'a pas été effectué dans le délai de trois mois prévu ci-dessus, le cédant pourra exiger la dissolution de la société, mais il devra exercer ce droit dans les quarante jours qui suivront l'expiration de ce délai de trois mois »*.

66. Rappelons que cette disposition octroie une liberté statutaire dans la rédaction des modalités de la cession à des tiers.
67. Sous réserve, bien entendu, de la conformité de cette clause avec l'Acte uniforme.
68. Le texte de l'article 319, alinéa 3, de l'Acte uniforme est repris en note de bas de page (64).
69. L'article 319, alinéa 4, de l'Acte uniforme est rédigé comme suit : *« Si la société refuse de consentir à la cession, les associés sont indéfiniment et solidairement tenus dans le délai de trois mois qui suit la notification du refus à l'associé cédant d'acquérir les parts à un prix qui, à défaut d'accord entre les parties, est fixé par un expert (...) »*.
70. Article 319, alinéa 4, de l'Acte uniforme.
71. Le caractère supplétif de l'article 319, alinéa 1er, se déduit de son texte, qui prévoit que (c'est nous qui soulignons) « Les statuts organisent ***librement*** les modalités de transmission des parts sociales à titre onéreux à des tiers étrangers à la société. ***À défaut***, la transmission ne sera possible qu'avec le consentement de la majorité des associés non cédants représentant les trois quarts des parts sociales déduction faite des parts de l'associé cédant ».

qu'à la société elle-même[72]. Dans ce contexte, seule la fixation du prix de rachat par les associés restants serait laissée à la liberté des parties, l'expert étant déterminé *« faute d'accord »*.

Par ailleurs, quelles solutions pourraient se déduire, au profit d'un cas pratique soumis à l'Acte uniforme, du mécanisme de l'article 251 du Code des sociétés ? À notre sens, une lacune de l'Acte uniforme réside dans le fait qu'aucun régime particulier n'encadre le refus arbitraire de la société d'accepter la cession de parts projetée et que la « sanction » du refus de la société réside dans une obligation de rachat pesant sur les associés.

Dans une perspective comparatiste, l'on relève que le refus arbitraire de consentement est appréhendé en Belgique de manière telle qu'il peut donner lieu à un recours en vue d'enjoindre les associés ayant refusé arbitrairement la cession, à trouver acheteur, formulation plus large qui nous paraît plus heureuse[73]. *Mutatis mutandis*, il nous semble que dans l'hypothèse d'un refus de projet de cession, considéré comme arbitraire dans le chef de la société, cas non expressément prévu dans l'Acte uniforme, le cédant pourrait tenter de revendiquer le caractère arbitraire du refus pour postuler une solution similaire à celle prévue en droit belge.

§ 5. Conclusions

18. Constat final. – Au terme de ce bref parcours, joignant sur un aspect ponctuel et dans un but prospectif le droit belge et le droit OHADA des sociétés, nous constatons qu'il existe indubitablement des points de rencontre entre ces deux ordonnancements. Dans le cas d'espèce, l'on aura pu constater que malgré le caractère d'ordre public de la majorité des dispositions de l'Acte uniforme, il subsiste des aspects laissant la liberté aux parties et, partant, favorisant une implémentation de solutions retenues en Belgique pour des problèmes similaires. Par ailleurs, l'évolution de la jurisprudence OHADA permettra de constater dans quelle mesure ce droit sera perméable aux solutions qui lui seront proposées et inspirées par le droit belge. C'est ainsi qu'il nous paraît justifié de développer une démarche comparatiste entre le droit belge et le droit de l'OHADA.

---

72. L'article 319, alinéa 2, de l'Acte uniforme prévoit en effet que (c'est nous qui soulignons) *« le projet de cession **doit** être notifié à la société et à chacun des autres associés »*. L'on remarque également qu'une éminente doctrine (Josette Nguebou Toukam, « La société à responsabilité limitée », *OHADA – Sociétés commerciales et G.I.E.*, n^os^ 771 et 772, p. 372) opère une distinction entre l'étape de l'agrément en tant que tel (n° 771) et l'étape de la notification du projet de cession et du consentement de la société (n° 772), ce qui rejoint l'idée d'une distinction claire en ce qui concerne le caractère supplétif de ces régimes.
73. Article 251, alinéa 3, du Code des sociétés.

19. Un dernier mot ... – Oserions-nous l'évoquer ? Nous ne sommes certainement pas le seul à penser qu'à l'heure où le premier destinataire de cette étude met un terme à sa carrière académique, fourmillent déjà dans son esprit divers champs d'études pour les prochaines années. Grâce à l'OHADA, de nombreux pays africains bénéficient d'une structure juridique forte, dont l'impact promet de dépasser le seul domaine du droit, pour s'étendre sur des aspects économiques, voire culturels. Dans ce contexte, nous formulons l'espoir que ces quelques pages sauront attiser son intérêt et son envie de se pencher sur l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

Quelques réflexions sur la Societas Europaea (SE)

Eddy WYMEERSCH
Professeur à l'Université de Gand

1. Pourquoi une Société européenne ?

L'opportunité d'adopter le statut de SE[1] a fait l'objet de quelques discussions en Belgique. Sur le plan politique, la SE ne constitue pas une grande priorité, et l'on n'y a consacré que peu d'attention. Par ailleurs, la création d'un tel statut ne soulève pas de questions majeures, si ce n'est en matière de co-gestion.

Les milieux académiques se sont penchés sur le sujet, et la plupart des opinions vont de la position favorable à une critique modérée[2]. Les aspects

1. Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) *J.O.*, L 294 du 10 novembre 2001, p. 1-21 ; 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, *J.O.*, L 294 du 10 novembre 2001, pp. 22-32.

2. Les articles et études consacrés à la Société européenne sont innombrables. On ne citera ici que quelques études récentes : M. A. ARLT, C. BERVOETS, K. GRECHENIG, S. KALSS, *The Societas Europaea in Relation to the Public Corporation of Five Members States* (France, Italy, Netherlands, Spain, Austria), 3 EBOR, 733-764 (2002) ; J.W. BELLINGWOUT, « Verplaatsing van een Europese vennootschap (SE) », *T.V.V.S.* 2001, 12, pp. 356-361 ; F. BLANQUET, « Der Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea 'SE' ») – Ein Gemeinschaftsinstrument für die grenzübergreifende Zusammenarbeit im Dienste der Unternehmen, *Z.G.R.* 2002, pp. 20-66 ; F. BOUCKAERT, « Eerste kennismaking met de Societas Europaea naar aanleiding van een recente studiedag aan de K.U.Leuven », *T.Not.* 2002, pp. 75-86 ; J. BOUCOURECHLIEV et P. HOMMELHOFF (eds.), *Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft*, Cologne, Schmidt, 1999 ; J. COLOMBANI, M. FAVERO, *Societas Europaea*, Joly, 2002 ; H. J. DE KLUIVER, S.H.M.A. DUMOULIN, P.A.M. WITTEVEEN et J.W. BELLINGWOUT, *De Europese Vennootschap*, Vereniging handelsrecht, Deventer, Kluwer, 2004 ; S. DE VENDEUIL et F. PUEL, « La Société européenne – Risque de tempête procédurale ? », *La Semaine Juridique (entreprise et affaires)* 2001, pp. 1612-1616 ; P. DEJMEK, « Das künftige Europa und die Europäische Privatgesellschaft », *N.Z.G.* 2001, pp. 878-884 ; P. DEJMEK, « Neue Dynamik im Europäischen Gesellschaftsrecht – eine Europäische Privatgesellschaft als Ergänzung zur Europäischen Aktiengesellschaft ? », *GmbHRundschau* 2002, pp. 107-109 ; M. HEINZE, « Die Europäische Aktiengesellschaft », *Z.G.R.* 2002, pp. 66-95 ; P. HOMMELHOFF et C. TEICHMANN, « Die Europäische Aktiengesellschaft – das Flagschiff läuft vom Stapel », *Schweitzerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, pp. 1-12 ; K.J. HOPT, « Europäische Aktiengesellschaft – per aspera ad astra », *EuZW* 2002, p. 1 ; K.J. HOPT, M. MENJUCQ et E. WYMEERSCH (eds.), *La société européenne*, Paris, Dalloz, 2003 ; J.-L. JORIS, « Will the European Company work ? », *International Financial Law Review* 2002, p. 23 ; S. KORTS, « Die Europäische Aktiengesellschaft », *Recht und Wirtschaft*, Heidelberg 2003 ; J. LUKE, « Die Europäische Aktiengesellschaft- Societas Europaea », *N.W.B.*, 2004, →

transfrontaliers sont considérés comme étant intéressants, tandis que la pluralité des branches du droit concernées (droit des sociétés, droit du travail, conflits de lois, droit européen, et peut-être droit fiscal) constitue un défi, tant pour les rédacteurs de la loi que pour ses interprètes.

Parmi les entreprises belges, quelques-unes se sont montrées intéressées. Il s'agit de grands groupes « binationaux », nés de fusions de groupes actifs principalement dans la banque et l'assurance. L'utilisation de la SE contribuerait à leur image de « sociétés européennes », sans ancrage dans la culture économique ou juridique d'aucun des États dans lesquels elles ont été constituées[3]. Dans les groupes de ce type, la nationalité de la société faîtière s'est souvent avérée source de rivalités, menant parfois à l'échec de négociations en vue d'une fusion[4]. Bien que sur le plan technique, le statut de SE n'apporte pas de solution à ce problème, il dissipe quelque peu les craintes que suscite l'allégeance à un système juridique spécifique.

Certaines grandes sociétés industrielles ont affirmé qu'elles pourraient être intéressées, à la condition bien claire, toutefois, qu'il puisse y avoir des avantages fiscaux. La mise en place d'un traitement fiscal plus favorable aux SE qu'à d'autres formes de sociétés similaires risque de poser des problèmes en matière d'égalité de traitement ; une telle éventualité pourrait donc être contestée sous l'angle de sa compatibilité avec la constitution belge[5].

L'adoption ou non du statut de SE par les sociétés fondatrices dépendra dans une large mesure de l'analyse coût-bénéfice à laquelle elles ne manqueront pas de procéder. Du côté des avantages, l'on a cité la possibilité pour la SE d'opérer dans l'ensemble de l'Union européenne sous une même forme. Pas besoin de

---

→ 4047. M. LUTTER, « Europäische Aktiengesellschaft – Rechtsfigur mit Zukunft ? », *Betriebsberater* 2002, pp. 1-3 ; P. NICAISE, « La société européenne, une société de type européen », *J.T.* 2002, pp. 481-490 ; B. PEETERS, « De Europese vennootschap : fiscale aspecten », *Fisc.I.* 2001, n° 217, pp. 4-6 ; J. RICKFORD (ed.), *The European Company*, Anvers, Intersentia, 2003 ; C. Ph. SCHINDLER, *Die Europäische Aktiengesellschaft*, LexisNexis, Vienne, 2003 ; A. SCHULTZ et K. EICKER, « The European Company Statute – the German View », *Intertax* 2001, p. 332-341 ; C. TEICHMANN, « Corporate Governance in Europa », *Z.G.R.* 2001, p. 645-679 ; C. TEICHMANN, « Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE », *Z.G.R.* 2003, pp. 367-401 ; F. K. VORLAT, J. SWINNEN et C. MICHIELS, « De Europese vennootschap », *DA/OR Actualiteit* 2001-2002, p. 3-6 ; J.W. WINTER, « De Europese vennootschap : besturen en toezicht houden in rangen en standen », *T.V.V.S.* 2001, p. 195-199.

3. C'est le cas, par exemple, des groupes Fortis et Dexia. Le premier repose sur deux sociétés mères, l'une aux Pays-Bas, l'autre en Belgique. Ses actions ont été unifiées selon une technique de jumelage des titres. Le groupe Dexia est basé sur une compagnie financière située en Belgique et détentrice des filiales françaises et belges du groupe. Du point de vue prudentiel, cette structure pose des problèmes spécifiques : pour un aperçu, voy. le rapport annuel 2001-2002 de la Commission bancaire et financière, p. 43-47, p. 120-121 et p. 179-180.
4. Pour une analyse de quelques uns de ces cas, voy. K. BYTTEBIER and A. VERROKEN, *Structuring International Co-Operation Between Enterprises*, London, Graham and Trotman, 1995.
5. Et plus spécialement avec l'article 10 et 11 de la Constitution, tel qu'appliqués par la Cour d'arbitrage, Aff. 21/89 et 22/89, du 13 juillet 1989 (Biorim).

créer des entités juridiques distinctes, comme l'ont fait la plupart des grands groupes. De ce fait, en regroupant l'activité sous un même toit et soumise à une juridiction unique, l'on élimine la nécessité d'avoir des structures juridiques distinctes, des conseils d'administration multiples – avec tous les problèmes de direction intégrée qui s'ensuivent –, des règles comptables différentes, des obligations distinctes en matière d'audit et de comptes annuels, etc. Les économies ainsi réalisées seraient considérables, et bien qu'il soit difficile d'établir des estimations précises, certains ont cité le chiffre – sans doute exagéré – de 3 à 5% de leur chiffre d'affaires.

Les sociétés voient également dans le statut de SE un avantage sur le plan de leur réputation et de leur image de marque. L'entreprise qui serait la première à se présenter comme une « société européenne » pourrait attirer beaucoup d'attention dans la presse internationale et sur les marchés financiers. Elle pourrait se profiler comme un acteur dynamique et puissamment géré.

Un des avantages les plus importants du nouveau statut serait la faculté qu'il offrirait de procéder à des fusions transfrontalières et de transférer le siège de la société vers un autre État. Si certaines juridictions considéreront ces règles comme des innovations cruciales dans leur système juridique, les juristes belges auront une attitude plutôt détendue : la pratique et la jurisprudence belges ont accepté l'idée qu'une société puisse transférer son siège, et les fusions transfrontalières sont une réalité depuis plusieurs années, même si la question de leur validité juridique n'a pas fait l'objet d'un débat explicite. Le côté plus réservé des milieux d'affaires belges tient principalement aux sentiments mêlés – tant du côté syndical que dans le monde patronal – quant à la co-gestion. Les dirigeants de sociétés belges, bien qu'ayant établi une solide tradition de concertation sociale, n'ont pas été habitués à des procédures de cogestion. Une participation plus importante au niveau du conseil d'administration n'est pas considérée comme étant particulièrement utile. Certains dirigeants belges qui siègent dans des sociétés françaises, néerlandaises ou allemandes font état de leurs expériences plutôt négatives et expriment leur doute quant à l'utilité d'une telle expérimentation en Belgique.

De leur côté, les syndicats se sont traditionnellement opposés à la co-gestion, estimant que cela les amènerait à prendre des responsabilités dans le fonctionnement du système économique et dans des entreprises individuelles. L'intérêt pour ces matières, très vif dans les années septante et suscitant des réactions de principe assez virulentes, s'est dissipé. Il faut noter que plusieurs propositions de loi en faveur de l'une ou l'autre forme de cogestion ont été déposées au parlement. Ayant été introduites par des personnages politiques du centre ou de la droite, elles n'ont recueilli, dans le meilleur des cas, que peu de faveur de la part des syndicats.

En guise de conclusion, le thème de la cogestion ne fait pas grand bruit en Belgique.

2. Gains en efficacité : succursale ou filiale ?

La question de savoir si le recours au statut de SE permettrait de réaliser des économies considérables grâce à la faculté de s'établir directement dans l'ensemble des pays de l'Union, sans devoir créer des filiales dans chacun des États, comme c'est souvent le cas actuellement, mérite que l'on s'y attarde. À première vue, l'argument a de quoi séduire. En effet, le système juridique américain n'a-t-il pas mis au point une structure similaire qui permet aux entreprises d'opérer dans l'ensemble des états membres de la Fédération, à partir d'une entité juridique unique, bien qu'exigeant souvent un agrément local motivé surtout par des raisons d'ordre fiscal ? A cet effet, il ne faut pas perdre de vue que les États-Unis disposent d'un système fiscal fédéral, alors qu'en Europe, et en dépit de certains efforts la fiscalité reste le domaine réservé aux États.

L'argument ne convainc pas tout à fait. Les entreprises ont déjà la faculté de s'établir dans tous les États membres sans aucune discrimination. Une jurisprudence récente de la CJE a rappelé sans équivoque l'importance de la liberté d'établissement pour les sociétés[6]. La question n'est plus de savoir si les sociétés peuvent profiter de cette facilité, mais pourquoi si peu le font.

D'aucuns pointeront du doigt les obstacles persistants à l'établissement d'une succursale à l'étranger. Bien que sur le plan théorique, cela ne devrait pas poser plus de difficultés que la constitution d'une succursale sur le territoire national, la pratique montre que l'application transfrontalière pose encore des exigences complémentaires substantielles. Celles-ci ne sont pas toujours visibles : l'obligation d'introduire un dossier auprès de chacune des juridictions locales, et qui toutes ne sont pas habituées aux langues étrangères, la nécessité de faire appel à un traducteur juré, la publication obligatoire des statuts après traduction, les délais d'attente, ne sont que quelques-uns des obstacles pratiques qui pourraient facilement disparaître. La Communauté a bien adopté une directive sur l'établissement de succursales[7], mais celle-ci impose encore des formalités considérables et des exigences administratives dépassées. Le groupe de travail SLIM a proposé de simplifier la directive et de créer un système de publication dans l'État d'origine, moyennant l'accès à cette documentation par voie électronique[8]. Une traduction dans les langues des États où l'entreprise a établi des

6. Voy. les arrêts *Centros Ltd* et *Erhvervs-og Selskabsstryrelsen*, Jugement du 9 mars 1999, C 212/97, I-1459 ; *Überseering BV* et *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* (NCC), Jugement du 5 novembre 2002, 208/00, I-09919 ; et *Inspire Art Ltd*, Jugement du 30 septembre 2003, 167/01, *J.O.* C 275/10, see http ://curia.eu.int/nl/content/juris/index.htm

7. Onzième directive 89/666/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre État, *J.O.* n° L 395 du 30 décembre 1989, p. 36-39.

8. SLIM (Simpler Legislation for the Internal Market) (http ://europa.eu.int/comm/internal_*market*en/*update*/*slim*/*slim4en.pdf*) ; C. De Vos, « Het SLIM IV Project van de Europese Commissie Harmonisatie door Deregulering van het Europees Vennootschapsrecht », *T.B.H.* 2000, p. 608-613 ; voy. aussi : E. Wymeersch, « Company Law in Europe and European Company Law », 1st →

succursales devrait être ajoutée. Cette proposition n'a toutefois pas recueilli l'aval de la Commission dans le contexte de son Plan d'action en matière de droit des sociétés[9]. Pourquoi cette réticence des sociétés à profiter de la liberté d'établir des succursales ? Les raisons sont nombreuses. Celles d'ordre fiscal peuvent sembler les plus évidentes : cependant, quel que soit le système, il ne devrait pas y avoir de différence importante entre le régime fiscal d'une filiale et celui imposé à l'activité d'une succursale, les revenus locaux étant considérés comme attribués à une unité distincte sur le plan fiscal

D'autres motivations sont plus convaincantes : les relations sociales, souvent influen-cées par les règles et traditions locales, sont fréquemment citées. Les entreprises aiment se présenter comme des « citoyens » locaux, afin d'être plus facilement acceptées par les clients locaux ou par les autorités publiques du lieu d'établissement. Ainsi, dans les relations avec les pouvoirs publics locaux, il est intéressant de pouvoir prendre la couleur locale : les sociétés font appel à des administrateurs locaux, engagent pour leurs relations publiques des gens du cru, etc. La présence d'actionnaires minoritaires constitue une raison juridique d'organiser la société sous la forme d'une filiale : cela se fait pendant les premières années qui suivent la reprise. L'ancien actionnaire reste au conseil d'administration. Mais à plus long terme, cette entreprise deviendra elle aussi une filiale. En fait dans la plupart des filiales de grands groupes, il n'y a pas ou peu d'actionnaires minoritaires. Mentionnons également la plus grande facilité qu'il y a à vendre la société à un tiers s'il s'agit d'une filiale : une cession de titres s'opère plus aisément qu'un transfert d'actifs.

3. La SE n'instaure pas de système juridique uniforme (article 9)

Nombreux sont ceux, notamment dans la littérature juridique, qui regrettent que le statut de SE n'ait pas débouché sur une Société européenne dans le sens littéral du mot, soumise uniquement au droit européen et, partant, à la juridiction exclusive de la Cour de justice européenne. À en croire cette vue quelque peu romantique, la SE aurait été régie par un régime juridique exclusivement européen, introduisant un régime pleinement homogène à travers l'Europe. Le fait de la soustraire au droit national lui aurait conféré son caractère spécifi-

---

→ European Jurists Forum, Nomos Verlagsgesellschaft, Nürnberg 2001, p. 85-163 ; E. WYMEERSCH : « European Company Law : The (SLIM) - Initiative of the EU Commission », *Nordisk Tidsskrift*, novembre 2000/2, 126-134 ; voy. pour une analyse critique : J.N. SCHUTTE-VEENSTRA and E.E.G. GEPKEN-JAGER, « New Directions In European Company Law », *Ondernemingsrecht* 1999, 271.

9. *Communication* du 21 mai 2003 de la Commission au Conseil et au Parlement européen : http ://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/index.htm#communication

quement européen et supranational. Le projet initial de société européenne était fondé sur cette ambition[10]. Il traitait certains problèmes qui, à l'époque, n'avaient jamais été abordés en droit national des sociétés : règles détaillées en matière de capital obligatoire, co-gestion et groupes de sociétés, pour n'en citer que trois.

Cette approche a été diluée au fil des propositions successives, pour en arriver aujourd'hui dans l'article 9 du Règlement, à un statut de société fermement ancré dans le droit national.

La critique n'est que partiellement justifiée[11]. D'une part, il aurait été impossible de créer un système complet de droit des sociétés dépourvu de toute référence à d'autres branches du droit, en ce compris le droit commun. Il aurait en tout état de cause fallu se référer, à titre supplétif, au droit national. La coexistence des deux ordres juridiques se serait de toute façon imposée. Dès lors, les difficultés auxquelles risque de devoir faire face la SE n'auraient été qu'atténuées, mais non éliminées. Le droit national aurait eu son mot à dire, mais cela uniquement en dernier ressort, au niveau de la CJE, ce qui n'aurait pas nécessairement facilité la résolution des questions d'ordre juridique.

Le statut de société européenne crée, à l'évidence, un régime juridique mixte. Il y a lieu de nuancer cette idée. Le régime juridique de la SE relève en premier lieu du droit européen : toutes les règles applicables à la SE doivent pouvoir être reliées à l'une des techniques de référence énumérées à l'article 9. Le droit national ne devient pas applicable de plein droit : il ne trouve à s'appliquer que dans la mesure où il peut se rattacher à l'une des techniques de référence prévues par l'article 9. Le Règlement est conçu comme contenant la règle de référence exclusive, rendant le droit national applicable, mais uniquement dans la mesure déterminée par le Règlement, et moyennant les restrictions y établies. Sur le plan conceptuel, à tout le moins, le statut de SE peut ainsi s'analyser comme étant de nature véritablement européenne. Cela ne empêche pas qu'il aboutit à importer une large part de droit national, tandis que le choix entre les juridictions nationales dépend du lieu du siège statutaire, ce qui constitue toutefois un facteur de rattachement typiquement européen[12].

Ce choix plutôt original opéré par le statut de la SE présente des avantages indéniables par rapport au projet initial, plus exclusivement européen. En important une part importante de droit national des sociétés, le Règlement a voulu atteindre un ratio coût-bénéfice optimal. Si l'on ne s'était référé qu'au

10. Proposition de Règlement du Conseil relatif au statut de la société européenne (30 juin 1970), *J.O.*, C 124, 10 octobre 1970.

11. On comparera avec : L. ENRIQUES, *Silence is Golden : The European Company Statute as a Catalyst for Company Law Arbitrage*, SSRN Paper nr. 07/2003.

12. En vertu de l'article 48 du Traité instituant la Communauté européenne, *J.O.*, n° C 325 du 24 décembre 2002 (version consolidée) ; toutefois les autres critères de rattachement - à savoir leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté - n'ont pas été retenus.

droit européen, il aurait fallu des efforts considérables pour déterminer la doctrine juridique applicable à chaque conflit soumis à la Cour. Impossible de dire comment la Cour aurait procédé pour définir un principe ou une règle de droit européen des sociétés. Cela aurait vraisemblablement requis un recours intensif à la méthode comparative. Par ailleurs, chaque action judiciaire aurait dû être soumise à la CJE : ce n'est pas nécessairement la voie la plus efficace, ni la moins coûteuse. En se référant au droit national des sociétés, les entreprises voient plus clairement quelles peuvent être les conséquences juridiques du choix qu'elles opèrent au moment de leur constitution, et les avis juridiques peuvent s'inspirer de la jurisprudence existante suffisamment développée dans la plupart des États membres. Les actions judiciaires peuvent s'intenter devant les tribunaux locaux, ce qui devrait en réduire la durée et le coût. Enfin, il devrait s'ensuivre une certaine forme de concurrence entre les différentes instances réglementaires : il se pourrait que tant le législateur que les tribunaux[13] ne restent pas insensibles à ce facteur d'encouragement, et s'attachent dès lors à élaborer des règles de plus haute qualité, plus efficaces et plus flexibles[14].

En fin de compte, peut-être le choix d'un mélange entre un rôle substantiel, mais réduit du droit européen et un rôle plus large à attribuer au droit national des sociétés s'est-il révélé à l'avantage des sociétés, en tant que premier choix sous l'angle du ratio coût-bénéfice. Pour les milieux d'affaires, c'est certainement le meilleur choix, comparé à une approche fondée exclusivement sur le droit européen. Dès lors, puisqu'il peut contribuer à une meilleure réalisation de l'objectif ultime du législateur européen, à savoir l'utilisation maximale de la SE, le choix opéré dans le Règlement ne devrait pas nous désoler ; on devrait plutôt s'en réjouir.

4. Analyse de quelques dispositions du Règlement

4. 1. Le siège réel comme critère de rattachement

L'article 7 du Règlement requiert que le siège statutaire soit situé à l'intérieur de la Communauté, dans le même État membre que celui où se trouve son administration centrale. Par ailleurs, les États membres peuvent *imposer* que l'administration centrale de la SE soit située au même endroit où se trouve le siège statutaire. Cette règle est visiblement considérée comme étant particuliè-

13. Il n'est pas inutile de rappeler que, bien que sa législation ait été largement imitée par d'autres États, le Delaware doit sa compétitivité non pas tellement à des frais de constitution moins élevés ou à des règles plus souples en matière de droit des sociétés, mais à son niveau élevé de compétence, tant sur le plan judiciaire qu'en ce qui concerne le Barreau. La concurrence est à la base de ce phénomène.

14. Les documents parlementaires notamment français font explicitement référence à l'utilisation de la concurrence : chaque État essaie d'attirer à lui une part de ce marché.

rement importante car les sanctions en cas de non-respect sont singulièrement strictes et incisives : la société serait dissoute et mise en liquidation à l'issue, heureusement, d'une période de grâce[15].

L'on ne voit pas très bien pourquoi ce régime si strict a été introduit dans le Règlement. Le droit européen connaît plusieurs autres cas où cette exigence a été formellement imposée : il s'agit chaque fois des cas où elle s'imposait pour des raisons liées à « l'intérêt général ». Dans le cas de la SE, une telle exigence ne s'impose pas : c'est uniquement en raison de la nature de l'activité – souvent financière – que les directives exigent que le contrôle exercé sur le société ne soit pas scindé entre siège social et administration centrale. L'on peut supposer que le choix opéré dans le Règlement a un rapport avec la volonté d'adhérer à la doctrine du « siège réel » qui semble avoir prévalu lors de la rédaction du Règlement. En effet, en imposant, à l'article 7, que le « siège statutaire » soit situé dans l'État où a eu lieu l'enregistrement, le Règlement a opté pour une technique qui se rapproche très fort de la doctrine du siège réel. Partant, et pour les besoins de l'application de l'article 9, la « lex societatis » sera désignée selon ce critère.

La question se pose de savoir si l'article 7 est encore compatible avec l'interprétation que la Cour européenne de Justice a donné des articles 43 et 48 relatifs à la liberté d'établissement. Il s'agit des fameux arrêts Centros, Überseering et Inspire Art[16]. Dans l'affaire Überseering, la Cour a décidé en substance que les sociétés constituées conformément à la législation d'un des États membres avaient le droit de s'établir en n'importe quel lieu de la Communauté sans être soumises à des restrictions supplémentaires autres que celles qui peuvent se fonder sur « l'intérêt général »[17]. Les sociétés qui ont été constituées dans un État membre de la Communauté et qui y ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement - les trois critères de l'article 48 étant mis sur un pied d'égalité – ne peuvent se voir interdire de développer leurs activités dans d'autres États, que ce soit par voie de succursale, d'installation de leur principal établissement, ou de quelque autre façon (en ce compris la prise de participation dans d'autres sociétés). Sauf dans les cas fondés sur l'« intérêt général », une société qui se verrait empêchée d'établir son « administration

15. L'on pourrait se demander si la même sanction s'applique à l'exigence nationale (article 7, 2e phrase), étant donné qu'il ne s'agit pas d'une « obligation de l'article 7 » mais d'une exigence posée en vertu de l'article 7.
16. Les innombrables commentaires consacrés à ces arrêts ne seront pas mentionnés ici.
17. Quelques directives sectorielles contiennent toutefois cette exigence de manière explicite, notamment pour des raisons prudentielles : Directive 85/611/EEC du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), *J.O.*, L 375 du 31 décembre 1985, pp. 3-18, modifiée par les Directives 2001/107/EC et 2001/108/EC, *J.O.* L 41, 13 février 2002 ; Règlement (CEE) No 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE), *J.O.*, n° L 199 du 31 juillet 1985, pp. 1-9.

centrale » dans un État autre que celui de son siège statutaire pourrait le contester en se fondant sur le Traité. Dans la mesure où l'article 7 du Règlement impose un choix déterminé, et élimine ainsi la possibilité de situer le principal établissement dans un État différent de celui où se situe le siège social, cette disposition peut être considérée comme incompatible avec le Traité[18].

L'on a objecté que la SE n'était pas une société « constituée conformément à la législation d'un État membre » mais qu'elle était ancrée dans le droit européen, dans le Règlement. Bien que cet argument puisse sembler convaincant sur le plan technique, il faudrait également prendre en compte les objectifs globaux du Traité, et plus spécialement l'article 3, paragraphe 1er, (c), selon lequel la Communauté agit en vue de créer « un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux ».

Au regard de ce principe de nature politique, il serait curieux de voir la Communauté restreindre la mobilité des sociétés dont elle a elle-même la responsabilité.

Les États membres sont libres de décider s'ils accepteront ou non qu'une société constituée conformément à la législation d'un des États membres et disposant de son siège statutaire dans cet État, mais ayant son administration centrale en dehors de la Communauté, prenne part à une SE à la condition d'avoir « un lien effectif et continu avec l'économie d'un État membre »[19]. L'on peut se demander si les États ne sont pas tenus par le Traité d'accepter les sociétés qui ne présentent pas ledit lien en considérant qu'elles sont pleinement en droit d'invoquer la liberté d'établissement. L'article 48 du Traité ne requiert pas de lien supplémentaire avec l'économie de l'État membre. Il suffit que la société ait été constituée conformément à la législation d'un État membre et qu'elle ait son siège statutaire dans cet État membre. Les trois critères prévus à l'article 48 ont été considérés équivalents par la jurisprudence : dès qu'une société répond à un de ces critères, elle doit être admise sur le territoire des autres États sans exigences supplémentaires.

4.2. Règles sur le transfert du siège – article 8

L'article 8 du Règlement permet aux SE de transférer leur siège social d'un État membre vers un autre : selon l'alinéa 1er, « ce transfert ne donne lieu ni à

18. E. WYMEERSCH, « The transfer of the company's seat in European company law », *C.M.L.R.* 2003, p. 661 ; pour une synthèse, voy. *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004 ; C. Ph. SCHINDLER, « Überseering und Societas Europaea : vereinbar oder nicht vereinbar, das ist die Frage », *RdW* 3/2003, 122-125 ; mais comparez : F. BLANQUET, « La société européenne n'est plus un mythe », *Rev. Dr. Int. Comp.* 2001, 155, qui évoque le problème des sociétés boîte à lettres ; G. KEUTGEN and Chr. DARVILLE-FINET, « La société européenne. Les règles de fonctionnement », *Actualités du Droit* 2003, 129.
19. Article 2, paragraphe 5.

dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle ». Il s'agit d'une innovation importante par rapport aux ordres juridiques nationaux, plusieurs refusant tout transfert ou le rendant pratiquement impossible. Selon certains, il s'agit là d'un des aspects les plus attrayants de la SE. L'article 8 élabore une procédure assez compliquée inspirée par un avant- projet officieux, préparée en 1997 par les services de la Commission[20]. Toutefois, contrairement à cette proposition, le Règlement semble impliquer que le transfert du « siège statutaire » vers une autre juridiction entraîne une modification du régime légal applicable. En effet conformé-ment au choix du règlement pour le régime du siège statutaire, le transfert de ce siège impliquera application du régime juridique de l'État vers lequel le siège est transféré. Dès lors, un transfert du siège statutaire entraîne à titre supplétif l'application des règles de l'autre État. En outre, selon l'article 7 si le siège statutaire est transféré vers un autre État son administration centrale doit suivre[21]. Par ailleurs, le transfert n'entraîne aucune discontinuité : il ne donne lieu ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle, déclare l'article 8, paragraphe 1[er]. Le texte est toutefois muet quant aux conséquences fiscales, qui constituent habituellement le principal frein à l'émigration[22]. La « continuité » ne saurait être interprétée comme ayant une influence sur le statut fiscal de ces sociétés.

Le transfert du siège statutaire constituera une innovation importante dans de nombreux systèmes juridiques. Ainsi, au Royaume-Uni, par exemple, où sous le régime du « registered office » il ne peut pas y avoir de transfert de ce type, on peut se demander quel sera l'effet d'une décision de transfert du siège alors que le « registered office » restera au Royaume-Uni, et par conséquent que le droit anglais restera applicable. Dans les systèmes fondés sur le siège réel, le transfert du siège viendra donc à être réglementé pour la SE, alors que dans certains États membres, un tel transfert était pratiquement impossible pour les propres sociétés[23]. Ces États devront-ils dès lors ouvrir le droit d'émigrer à toutes leurs sociétés ?

Pour le droit belge, ce sujet a moins d'importance. La jurisprudence avait déjà accepté depuis longtemps l'idée qu'une société pouvait immigrer en Belgique

20. Voyez pour le texte de cet avant-projet officieux dont le statut juridique n'est pas très clair : « Anhang : Vorentwurf eines Richtlinienvorschlags zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU », *Z.G.R.* 1999, 157-164. Début 2004, la Commission a lancé une nouvelle initiative, visant à faciliter le transfert du siège social.
21. À condition, bien entendu, que l'article soit considéré comme étant compatible avec le Traité.
22. Voy. CEJ, The Queen v. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust, Aff. 81/87 (1988), Rec. 5483 ; cette décision restreignant fortement l'émigration, semble avoir été modifiée par CEJ, Hughes de Lasteyrie du Saillant c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, 11 mars 2004, Aff. G9/02, non encore publiée.
23. Tel est le cas en France, où il faut un traité pour pouvoir transférer le siège d'une société. Aucun traité de ce type n'a été conclu, si ce n'est entre la France et l'Ethiopie.

tout en maintenant sa personnalité juridique[24]. Le même principe a été adopté, bien que de manière moins claire, pour la relation inverse[25]. En pratique, les sociétés belges semblent pouvoir émigrer et immigrer fort aisément. Le droit belge instaurera dès lors quelques dispositions pratiques utiles sur la manière dont la mobilité peut techniquement être réalisée.

4.3. Nature juridique de la SE et application des dispositions pénales

La question se pose dans quelle mesure les règles nationales applicables aux sociétés anonymes seront également applicables aux SE. La SE est-elle une SA ? Cette interrogation est loin d'être purement théorique. Si la SE était considérée comme étant une SA en droit national, cela signifierait que serait applicable toute règle de droit national applicable aux sociétés anonymes, même si cette règle ne pourrait pas être rattachée au Règlement. Dès lors, les règles pénales qui font souvent partie des Codes des sociétés, mais également les règles générales permettant de sanctionner pénalement des personnes morales, trouveraient à s'appliquer.

Le règlement contient plusieurs points de rattachement. Selon l'article 1er, alinéa 1er « Une société peut être constituée sur le territoire de la Communauté sous la forme d'une société anonyme européenne (Societas Europaea, ci-après dénommée 'SE') dans les conditions et selon les modalités prévues par le présent règlement ». Il s'agit donc bien d'une société anonyme, mais de nature européenne. On ne peut en déduire que les règles nationales notamment pénales seraient applicables.

Le doute est renforcé par l'article 3, selon lequel la SE « est considérée *comme* une société anonyme », ce qui pourrait laisser entendre que la SE ne constitue pas une véritable SA, mais doit seulement y être assimilée.

Un raisonnement semblable peut être dérivé de l'article 9 du Règlement. Selon cet article « les dispositions de loi des États membres qui s'appliqueraient à une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire » sont applicables « pour les matières non réglées par le présent règlement ou, lorsqu'une matière l'est partiellement, pour les aspects non couverts par le présent règlement ». On peut analyser l'article 9 comme n'étant applicable qu'aux seules règles nationales de droit des sociétés, aux règles relatives à la constitution ou au fonctionnement de l'entité juridique et non aux autres dispositions telles que les règles pénales. De plus, le Règlement est fondé sur les pouvoirs communautaires – en l'occurrence, la disposition générale de l'article 308 du Traité – mais ceux-ci ne s'étendent normalement pas

24. Cass., 12 nov. 1965 (Lamot), *Pas.* 1966, I, 336, *R.W.* 1965-1966, 911 et *R.C.J.B.* 1966, 392, annoté par J. Van Ryn ; voy. aussi : E. Wymeersch, nt. 18
25. Conseil d'État, 29 juin 1987, n° 28.267, *T.R.V.* 1989, 110, annoté par K. Lenaerts.

aux matières pénales, pour lesquelles la Communauté n'est pas considérée comme étant compétente. La question se pose dès lors de savoir si les législateurs nationaux pourraient déclarer que leurs règles complémentaires sont applicables à la SE soumise à leur juridiction. Il est difficile de dire si l'article 9 le permettrait, la SE étant, comme il a été dit plus haut, fondamentalement ancrée dans le droit européen. Les États ne peuvent déclarer applicables aux SE des règles supplémentaires que dans les limites du Règlement. Il n'est pas évident que ce raisonnement peut être étendu aux dispositions pénales.

Conclusion

L'introduction de la Société européenne constitue l'aboutissement d'un effort considérable. Il faut s'en réjouir. L'utilité du nouvel instrument n'étant pas patente, le temps prouvera si la nouvelle forme constitue un avantage suffisamment important pour inciter les groupes européens à prendre le risque d'un encadrement juridique initialement peu connu. Enfin, des zones d'ombre restent dans le Règlement lui-même.

Le transfert des fondations d'instruction primaire aux communes (1864-1884) : un épisode de la lutte scolaire

Paul WYNANTS
Doyen de la Faculté des Sciences économiques, sociales et de gestion des FUNDP

Michel Coipel a consacré une large part de sa production scientifique aux groupements de personnes et/ou de biens, appréhendés à travers les catégories de la société, de l'association ou de la fondation[1]. Sur cette dernière, Ilse Banmeyer et d'autres juristes ont publié des études stimulantes évoquant la situation belge, avant et après la loi du 2 mai 2002, ainsi que le cadre légal en vigueur dans différents pays[2]. Le propos de cette contribution est étranger aux débats actuels : la virulence des polémiques qui y transparaît explique cependant pourquoi la Belgique a dû attendre 1921 — une période d'apaisement, au cours de laquelle prévalent des solutions transactionnelles — pour se doter d'une loi sur les ASBL.

Les juristes du XIX[e] et du début du XX[e] siècle s'en tiennent à une définition traditionnelle de la fondation. Ils y voient un acte par lequel une personne privée affecte, à titre perpétuel, tout ou partie de son patrimoine à une fin désintéressée : l'établissement d'une œuvre qui présente un caractère d'utilité générale, dont le donateur ou le testateur fixe les règles d'organisation[3]. Dans le champ clos des relations tumultueuses entre l'Église et l'État, quatre types de fondations[4] font l'objet de controverses au cours du demi-siècle qui suit l'accession de la Belgique à l'indépendance : les fondations pieuses[5], les fondations charita-

1. Voir, entre autres, M. COIPEL, « Unité et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé. I : Regards sur un paysage renouvelé », *Le nouveau droit des ASBL et des fondations. La loi du 2 mai 2002*, Bruxelles, Academia-Bruylant, 2002, pp. 5-37.
2. I. BANMEYER et C. TALBOT, « Les fondations : état présent et idées de réforme », *Ann. Dr.*, 1998, pp. 25-77 ; P. NICAISE et I. BANMEYER, « Les fondations », *Le nouveau droit des ASBL ..., op. cit.*, pp. 225-268 ; voir aussi des mêmes auteurs, la contribution « Proposition de statuts types de fondation privée » publiée dans le présent ouvrage.
3. H. DE PAGE, *Traité*, t. I, livre II, n° 528 ; H. VELGE, *Associations et fondations en Belgique. Histoire et théories*, Bruxelles, Bruylant, 1942, pp. 98-99.
4. La distinction entre ces catégories est clairement établie par A. GIRON, *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, t. II, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1896, pp. 84-93.
5. J. GENNART, « Temporel des cultes », *L'initiative publique des communes en Belgique 1795-1940. Actes du 12[e] Colloque International de Spa, 4-7 sept. 1984*, Bruxelles, Crédit Communal de Belgique, 1986, pp. 793-816 ; G. KISSELSTEIN, *Les dons et legs aux fabriques d'église paroissiales en Belgique. Étude juridique*, Louvain, Van Linthout et Paris, Giard et Brière, 1912.

bles[6], les fondations de bourses d'études[7] et les fondations d'enseignement. C'est à cette dernière catégorie que nous nous intéresserons ici : nous évoquerons le transfert des fondations d'instruction primaire aux communes, qui constitue une des principales pommes de discorde entre libéraux et catholiques avant 1884.

1. Rétroactes : confusion et controverses

Les dispositions introduites dans nos régions sous la Révolution et l'Empire sont nettes. D'une part, les particuliers animés de sentiments altruistes ne peuvent disposer de leurs biens, par donation entre vifs ou par testament, qu'en faveur de personnes morales de droit public décidées à accepter ces libéralités, moyennant autorisation préalable du gouvernement. D'autre part, les fondations préexistantes sont nationalisées. Elles sont affectées par l'État à ces mêmes personnes morales de droit public selon un principe de spécialisation : ainsi, les fondations pieuses sont gérées par les fabriques d'église et les séminaires ; les fondations charitables sont administrées par les bureaux de bienfaisance et les hospices civils ; les fondations d'instruction primaire sont attribuées aux communes[8].

Cette répartition des rôles est graduellement brouillée avec l'assentiment tacite des autorités. Ici, on fait valoir que les marguilliers sont habilités à administrer des aumônes et que l'enseignement ressortit aussi à la mission pastorale de l'Église. Là, on rappelle que la bienfaisance publique doit prendre en charge les enfants pauvres, y compris pour leur éducation. Il s'ensuit que le gouvernement autorise non seulement des administrations communales, mais aussi des fabriques d'église, des bureaux de bienfaisance, voire des commissions des hospices civils à recevoir et à gérer des dons et legs affectés à la création ou à l'entretien d'écoles gratuites[9].

Il y a plus. Les autorités du nouvel État belge redoutent un tarissement des libéralités en faveur de l'enseignement si elles appliquent les lois à la lettre : elles s'en écartent de plus en plus. Progressivement, elles rétablissent ainsi *la liberté des fondateurs*, en avalisant les volontés exprimées dans les actes de donation et les testaments. Il en résulte deux conséquences. D'une part, des bienfaiteurs instituent des commissions indépendantes des pouvoirs publics, formées de

6. A. Müller, *La querelle des fondations charitables en Belgique*, Bruxelles, Dewit, 1909.
7. *Recueil des fondations de bourses d'études existantes en Belgique*, Bruxelles, Tarlier, 1873 ; *R.P.D.B.*, v° Fondations (Enseignement-Bourses d'études), t. V, Bruxelles, Bruylant et Paris, Librairie générale de droit, 1985, pp. 778-793 ; J.-M. Yante, « La laïcisation des fondations de bourses d'études (1864) », *Le Choc des Libertés. L'Église en Luxembourg de Pie VII à Léon XIII (1800-1880)*, Bastogne, Musée en Piconrue, 2001, pp. 107-109.
8. *Pand.*, v° Fondations en faveur de l'instruction publique, t. XLV, 2-11.
9. G. Kisselstein, *op. cit.*, p. 316.

titulaires de fonctions civiles ou ecclésiastiques qu'ils désignent[10] : usurpant les prérogatives des communes, ces commissions reçoivent et administrent des libéralités scolaires en dehors de tout contrôle, avec les risques d'abus que l'on devine (négligence, mauvaise gestion, détournements ...). D'autre part, les biens des fondations correspondantes sont affectés non à la création ou à l'entretien d'écoles officielles, mais au soutien matériel d'établissements privés, généralement congréganistes[11]. Avec Henri Pirenne, on peut considérer que l'Église s'en trouve manifestement avantagée : en fin de compte, c'est au clergé et aux congrégations que la plupart des donateurs et testateurs confient le soin d'exécuter leurs volontés[12].

Dès 1846, les libéraux réagissent vivement à cette situation. À leurs yeux, la prolifération des fondations scolaires aux mains des ecclésiastiques entraîne la multiplication des *jésuitières*, ces établissements-éteignoirs grâce auxquels les cléricaux s'emparent de l'éducation de la jeunesse en vue d'asservir le pays. Selon eux, elle favorise l'enrichissement éhonté des couvents, spoliant les familles d'un patrimoine qui leur revient pour reconstituer *l'odieuse mainmorte*. Il faut y mettre fin au plus tôt, en faisant prévaloir une interprétation stricte, puis une application rigoureuse des lois héritées de la période française. Des juristes anticléricaux se mobilisent pour élaborer une doctrine à cet effet[13]. Ils rappellent un principe essentiel : la législation n'autorise aux particuliers que des dons et legs en faveur d'établissements officiels du culte, de la bienfaisance ou de l'instruction. Si les bienfaiteurs ne s'y conforment pas, notamment quant au mode de gestion ou à la destination des biens, il y a lieu d'appliquer l'article 900 du code civil : les clauses impossibles, illicites ou contraires aux mœurs des actes de donation ou des testaments doivent être réputées non écrites. En d'autres termes, poursuivent-ils, l'acceptation de telles libéralités peut être autorisée, mais il convient d'en modifier le mode de gestion ou la destination s'ils s'écartent de la loi. Cette doctrine inspire une circulaire du 10 avril 1849 que trois ministres de la Justice successifs — MM. de Haussy, Tesch et Faider, tous libéraux — appliquent sans tarder. Les catholiques ne décolèrent pas : *on viole les intentions des fondateurs* ; *on gratifie les établissements publics de biens dont*

10. L'exemple de la fondation de Blier, instituée en 1836 à Flémalle-Haute, est révélateur à cet égard. Son objet est la création et l'entretien d'une école de filles desservie par des religieuses. L'évêque de Liège en est le patron et proviseur. Outre le bourgmestre de la localité, quatre ecclésiastiques en sont les administrateurs-collateurs : le vicaire général du diocèse, le président du séminaire épiscopal, le doyen du chapitre cathédral et le curé de la paroisse (*Archives de l'évêché de Liège*, Fonds Van Bommel 485, acte d'institution de la fondation de Blier, 29-4-1836).
11. A. Müller, *op. cit.*, pp. 95-114.
12. H. Pirenne, *Histoire de Belgique*, t. VII, 2e éd., Bruxelles, Lamertin, 1948, p. 184.
13. Le tout premier serait F. Tielemans, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, v° Fondations, t. V, Bruxelles, Weissenbruch, 1846, pp. 367-377.

nul ne voulait les doter[14]. Et d'exiger, avec Mgr Malou, évêque de Bruges, *la liberté de la charité*.

Le débat prend un tour politique. Des projets visant à réformer le régime existant sont élaborés par les deux camps. L'un d'eux — celui d'Alphonse Nothomb, ministre de la Justice du cabinet De Decker, à forte coloration catholique — met le feu aux poudres[15]. Il autoriserait la création de *fondations dues à la charité privée*. À celles-ci, il ouvrirait un champ d'action très large : institution et entretien d'œuvres diverses (hôpitaux, hospices, dispensaires, maisons de refuge, ateliers de charité, écoles gratuites, crèches), distribution d'aumônes et de secours à domicile, etc. La gestion de telles fondations pourrait être confiée à des *administrateurs spéciaux*, choisis par les testateurs et donateurs : il s'agirait de membres de leur famille, à titre héréditaire, ou des titulaires successifs de fonctions civiles ou ecclésiastiques. Ce dernier adjectif ne passe pas inaperçu dans les rangs anticléricaux : ainsi donc Nothomb permettrait qu'à perpétuité, des fondations — notamment scolaires — soient placées sous la direction de l'Église, par l'interposition d'un évêque, de curés ou de supérieurs d'ordres religieux !

Il n'en faut pas davantage pour que les libéraux agitent le spectre d'une *loi des couvents* : derrière les discours lénifiants sur la charité se cachent, disent-ils, les congrégations qui, accédant à la personnalité morale par le détour des fondations privées, *restaureraient la mainmorte pour livrer la propriété des familles à la cupidité cléricale*. À quoi revient le projet Nothomb, sinon à *entretenir fastueusement ces moines et ces nonnes qui passent une vie stérile dans les abstractions d'une prière improductive, dans l'extase oisive de la contemplation et dans les délices du farniente le plus absolu*[16] ? La Gauche soulève le pays. Aux débats parlementaires houleux s'ajoutent des manifestations qui, à Bruxelles et dans d'autres villes, dégénèrent en émeutes. Le chef du gouvernement, Pierre De Decker, n'ose tenter l'épreuve de force. Interprétant la défaite catholique aux élections communales d'octobre 1857 comme un désaveu de sa politique, il démissionne[17]. Un boulevard s'ouvre devant le cabinet Rogier-Frère. La Gauche a les coudées franches pour appliquer son programme de sécularisation : elle ne s'en prive pas en légiférant sur les fondations scolaires[18].

---

14. A. MÜLLER, *op. cit.*, pp. 115-182.
15. P. WYNANTS, « De Decker, Pierre », *Nouvelle Biographie Nationale*, t. VI, Bruxelles, Académie royale des sciences, des lettres et des beaux-arts de Belgique, 2001, col. 101-106.
16. Citation d'un publiciste libéral par J. STENGERS, « L'Église en Belgique : doctrine et pratique », *Histoire de la Laïcité, principalement en Belgique et en France*, Bruxelles, La Renaissance du Livre, 1979, pp. 71-72.
17. G. DENECKERE, *Antiklerikaal straatrumoer in de politieke geschiedenis van België, 1831-1914*, Bruxelles, VUBPress, 1998, pp. 37-61.
18. Signalons qu'une loi antérieure (3 juin 1859) sur la charité rétablit en la matière le monopole des bureaux de bienfaisance et des hospices civils. *Cf.* A. MÜLLER, *op. cit.*, pp. 222-225.

2. La loi du 19 décembre 1864

Annoncé dans le discours du Trône de novembre 1861, le projet de loi[19]. en question est déposé à la Chambre, le 13 novembre 1862, par le ministre de la Justice Victor Tesch. Il réorganise le régime des fondations d'enseignement et celui des fondations de bourses d'études. C'est à son premier volet que nous nous attacherons, en focalisant l'attention sur l'instruction primaire.

L'article 1er du nouveau texte dispose : *Les libéralités en faveur de l'enseignement primaire d'une commune ou d'une section de commune sont réputées faites à la commune ou à la section de commune.* Sauf exceptions, il en est de même pour celles qui ont été établies sans indication de bénéficiaire. Il s'ensuit que ni les bureaux de bienfaisance, ni les commissions des hospices civils, ni les commissions d'administrateurs spéciaux ne sont habilités à recevoir et à gérer des dons ou legs en faveur de l'instruction primaire. De leur côté, les fabriques d'église voient leur capacité réduite aux seules *libéralités au profit de l'enseignement spécial qui se donne dans les églises paroissiales*, soit le catéchisme préparatoire à la première communion ou de persévérance[20]. C'est donc une sorte de monopole communal que le projet Tesch entend restaurer en matière de fondations d'instruction primaire.

Les implications du texte sont plus radicales qu'on ne l'imagine à première vue, comme en attestent les travaux préparatoires. Ainsi, les biens reçus et gérés par les administrations communales doivent être affectés à la création ou à l'entretien d'établissements publics d'enseignement. Toute subvention aux écoles privées est exclue. Rapporteur de la section centrale de la Chambre, le Tournaisien Jules Bara — un anticlérical rabique — ne laisse planer aucun doute à cet égard[21] :

> *Quels dangers le pays ne courrait-il pas s'il n'en était ainsi ? Les communes seraient les paravents des corporations religieuses de toute espèce ; les écoles des petits frères et des petites sœurs, les collèges des jésuites (...), les petits séminaires et les universités libres recevraient, par voie de subsides, ce qui ne leur est pas permis de recevoir directement (...). Ce serait le rétablissement de la mainmorte par des moyens détournés, qui aurait pour résultat infaillible de tuer l'enseignement public et de remettre la jeunesse aux mains des corporations religieuses.*

Le projet Tesch consacre la doctrine libérale en transposant dans la loi les dispositions de la circulaire du 10 avril 1849. Ainsi les nouvelles libéralités qui

19. Projet de loi relatif aux fondations en faveur de l'enseignement public ou au profit des boursiers, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1862-1863, pp. 19-35.
20. *Pand.*, v° Fondations en faveur de l'instruction publique, *op. cit.*, 118-122.
21. Rapport fait au nom de la section centrale par M. Bara, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1862-1863, pp. 45-70.

seraient faites en faveur d'établissements privés d'instruction primaire ne seraient pas considérées comme nulles et non avenues. En pareil cas, il conviendrait d'appliquer l'article 900 du code civil : les conditions impossibles, illégales ou immorales seraient réputées non écrites. En d'autres termes, les dons et legs dont il s'agit demeureraient intacts, mais leur administration serait confiée aux communes au profit de l'enseignement public[22].

Le même projet de loi va cependant bien au-delà de la circulaire de 1849 en instaurant une rétroactivité dont on mesurera toutes les conséquences en pleine guerre scolaire de 1879-1884. Les gestionnaires de fondations préexistantes réputés *incapables* devront céder leurs titres ; ceux-ci seront remis aux *administrations compétentes* par arrêté royal pris sur l'avis des bénéficiaires et de la députation permanente ; quant aux biens correspondants, ils seront affectés, conformément à la loi organique de l'instruction primaire, infléchie dans un sens anticlérical depuis 1859[23], au soutien des écoles publiques. Et ce quand bien même l'intention du donateur ou du testateur était de gratifier l'enseignement confessionnel ...

Bref, c'est à un « détournement » massif de fondations instituées au profit d'œuvres scolaires catholiques que le gouvernement serait en droit de procéder. C'est pourquoi la Droite tonne contre le projet Tesch, lors de débats parlementaires extrêmement agités[24]. Elle s'insurge contre *l'accroissement exorbitant* de la puissance des pouvoirs publics en matière d'enseignement. Elle dénonce *les spoliations* dont seront victimes les administrateurs-collateurs désignés par les donateurs et testateurs. Elle stigmatise *la violation des intentions* de maints fondateurs. Elle flétrit la rétroactivité qui prévaudra lors du *rajeunissement des testaments* et autorisera *de véritables vols*. Rien n'y fait : légèrement amendé, le texte est adopté par la Chambre, le 19 mai 1863, par 61 voix contre 36. Le 25 novembre 1864, le vote est beaucoup plus serré au Sénat : 28 oui, 26 non et 3 abstentions. À la grande satisfaction des libéraux, la loi est promulguée le 19 décembre 1864[25].

3. Contre-offensive de l'épiscopat et cinglante réplique libérale

Les évêques belges[26] ressentent le projet Tesch comme une agression délibérée :

22. Rapport de la section centrale, *ibid*, p. 501.
23. J. Lory, *Libéralisme et instruction primaire 1842-1879. Introduction à l'étude de la lutte scolaire en Belgique*, t. I, Louvain, Bibliothèque de l'Université, 1979, pp. 205-256.
24. Ils ont été publiés à destination d'un large public dans les deux premiers volumes de la série *Documents parlementaires et discussions concernant la révision de la législation sur les fondations d'instruction publique*, Bruxelles, De Deltombe, 1865-1867, 3 vol.
25. *M. B.*, 24 déc. 1864, *Pasin.*, pp. 509-537.
26. Sur leur attitude, *cf.* notamment A. Simon, *Réunions des évêques de Belgique 1830-1867. Procès-verbaux*, Louvain-Paris, Nauwelaerts, 1960, pp. 143-148 ; *Id.*, *Le Cardinal Sterckx et son temps (1792-1867)*, t. I, Wetteren, Scaldis, 1950, pp. 587-608 ; A. Erba, *L'esprit laïque en Belgique sous* →

ils décident de réagir, d'autant que d'autres intérêts de l'Église — le financement des études ecclésiastiques et les bourses attachées à l'Université de Louvain — sont menacés par la réforme libérale. Pour empêcher le vote et la sanction de la loi, ils tentent d'influencer le Sénat, puis le Roi, sans résultat. Ils annoncent ensuite leur intention de ne pas concourir à l'exécution des nouvelles dispositions, mais de s'y opposer pacifiquement.

Il n'y a pas unanimité de vues sur les formes que doit prendre l'obstruction annoncée par l'autorité ecclésiastique. Le nonce apostolique estime que les gestionnaires de fondations doivent résister jusque devant les tribunaux. Dans les diocèses de Liège, Namur et Tournai, dont les évêques sont les plus déterminés, des administrateurs envisagent de mener une guérilla judiciaire en première instance, en appel, puis en cassation. De son côté, Mgr Sterckx, primat de Belgique, suivant l'avis de ses conseillers juridiques, recommande de ne pas céder aux demandes du gouvernement, d'attendre la sommation d'huissier, voire la citation à comparaître, pour prouver la contrainte morale, puis de remettre les titres à leurs destinataires : il craint que des procès ne tournent en dénonciations du clergé *provocateur et rebelle*.

Sur les instances de Mgr Dechamps, en charge du diocèse de Namur, les évêques belges publient, le 21 mars 1866, un *Mémoire justificatif sur leur refus de concourir à l'exécution de la loi du 19 décembre 1864*[27]. Ils y dénoncent la réorganisation des fondations comme une mesure *inique* et *funeste* :

> *Elle fait sans nécessité une grave dérogation aux dernières volontés des fondateurs, en destituant les administrateurs et les collateurs établis par les actes de fondation qui ont été reconnus par le gouvernement. Il y a là violation évidente des règles de la justice (...). La loi méconnaît encore d'une autre manière les dernières volontés des fondateurs : elle détourne un grand nombre de leurs libéralités du but principal qu'ils ont eu en vue (...). En vertu de ses neufs premiers articles, tous les dons et legs qui ont été ou qui seront faits à qui que ce soit, à charge de les employer en faveur de l'instruction primaire, sont confisqués au profit des communes (...). Au lieu de considérer ces libéralités comme civilement non avenues, on les attribue arbitrairement à des établissements publics auxquels les donateurs et les testateurs n'ont aucunement entendu les conférer.*

L'évêque de Namur, qui accompagne ce *Mémoire* d'une *Lettre au clergé de*

→ *le gouvernement libéral doctrinaire (1857-1870) d'après les brochures politiques*, Louvain, Bibliothèque de la Revue d'Histoire Ecclésiastique, 1967, pp. 197-205.

27. Mémoire justificatif publié par M. le Cardinal-archevêque et les évêques de la province ecclésiastique de Malines concernant leur refus de concourir à l'exécution de la loi du 19 décembre 1864, *Documents parlementaires et discussions ..., op. cit.*, t. III, pp. 7-11.

son diocèse[28], justifie l'obstruction présente et à venir des gestionnaires de fondations en ces termes, le 4 avril 1866 :

> *Ils remplissent un mandat et gèrent un dépôt légalement constitué par le contrat librement intervenu entre les fondateurs et les pouvoirs publics. Voilà pourquoi leur conscience ne leur permet pas de se dessaisir volontairement des titres dont ils sont les dépositaires ; voilà pourquoi ils se laissent assigner devant les tribunaux, afin qu'il soit constaté juridiquement qu'ils subissent, parce qu'ils sont contraints, les conséquences d'une loi où sont incontestablement méconnus les principes de la justice et les droits acquis.*

Le *Mémoire* des évêques fait grand bruit. La Gauche en est d'autant plus ulcérée que les élections partielles du 12 juin 1866 approchent et qu'elle compte précisément sur ce scrutin pour consolider sa majorité. Sa réplique est cinglante. Elle fait monter en ligne Ghislain Funck, député libéral de Bruxelles, pour interpeller — comme convenu d'avance — Jules Bara, ministre de la Justice depuis novembre 1865, sur la question suivante : *à quel point est arrivée l'exécution de la loi de 1864 sur les fondations ?* Avec ses collaborateurs et son administration, Bara a soigneusement préparé sa réponse, en constituant un épais dossier qu'il livre à la Chambre, lors de débats très vifs tenus du 3 au 16 mai[29]. Dans son discours et ses multiples interventions, le ministre proteste avec véhémence contre les accusations des évêques qu'il retourne à leurs auteurs. Il dresse un réquisitoire impitoyable contre *les abus innombrables* commis jadis par les administrateurs spéciaux de fondations. Négligences, imprudences, mauvaise gestion, irrégularités, malversations, dilapidations, tout y passe :

> *On publie un manifeste épiscopal dans lequel on nous accuse de vol et de spoliation ; du haut de la chaire de vérité, on nous injurie (...). On accuse la loi d'avoir outragé la justice, d'avoir volé le bien des familles et l'on se tairait quand on a la preuve que cette loi n'est qu'une loi de réparation, de justice et de bonne administration (...) ! Nous allons faire devant vous l'histoire des abus des anciennes administrations et vous verrez (...) quels sont ceux qui ont substitué à la volonté des fondateurs leurs désirs et leurs intérêts (...). La vérité est que les administrations spéciales étaient un repaire d'abus, que les administrateurs spéciaux étaient pleins d'incurie et de négligences. Voilà le beau régime qu'on nous reproche d'avoir supprimé (...) : les administrateurs, Messieurs, agissaient le plus souvent comme ils l'entendaient*[30].

Le ministre des Finances, Walthère Frère-Orban, monte à l'assaut, lui aussi[31] :

28. Lettre de M. l'évêque de Namur au clergé de son diocèse, *ibid.*, pp. 12-14.
29. *Ibid*, pp. 17-356.
30. *Ibid*, pp. 24, 28-29, 45, 194.
31. *Ibid*, pp. 62-64.

Notre but était de confisquer, n'est-ce pas ? Mais lorsque vous osez nous lancer cette audacieuse accusation, vous n'avez pas le droit de vous plaindre si nous venons montrer au pays quels sont ceux qui ont méconnu la volonté des testateurs, ceux qui ont détourné les biens de fondation de leur véritable destination, ceux qui les ont laissé dépérir en leurs mains malhabiles, ceux enfin qui les ont fait disparaître en leurs mains malhonnêtes (...). Nous ne volons rien du tout : nous vous montrons où sont les voleurs.

Décontenancés par la brutalité des attaques, les catholiques se ressaisissent et accusent à leur tour. Ainsi, A. Nothomb, qui déclare[32] :

Au lieu de révoquer les mauvais administrateurs, vous avez trouvé plus commode de les abattre tous (...). Vous avez consommé ce grand attentat légal par lequel vous avez confisqué les fondations elles-mêmes. Vous pouviez renforcer et compléter les moyens de contrôle, mais vous avez voulu, dans un intérêt politique, absorber les fondations et, dès lors, vous êtes obligés d'inventer des abus (...). Que vouliez-vous ? À la veille des élections, agiter le pays par le fantôme de la mainmorte et des couvents (...). La scène était préparée : mainmorte, couvents, clergé, tout allait apparaître ; il vous fallait des moines, des religieuses, des prêtres, des jésuites à éreinter.

4. Application de la loi du 19 décembre 1864

La virulence des charges parlementaires pourrait donner l'impression fallacieuse que le pays est à feu et à sang. Il n'en est rien : en réalité, les libéraux sont d'autant plus scandalisés par les philippiques adverses qu'avant 1879, l'exécution de la loi de 1864 sur les fondations bute sur de sérieux obstacles dans l'enseignement primaire.

De 1864 à 1870, en effet, la politique gouvernementale se heurte à l'inertie de maintes administrations communales. Ces dérobades s'expliquent. Tantôt, les fondations correspondantes présentent un caractère mixte, mi-pieux et mi-scolaire : en pareil cas, les édiles préfèrent chercher un compromis honorable avec la fabrique d'église, laissée en possession du legs, parce qu'il est *préférable et plus avantageux de maintenir le statu quo, plutôt que de s'exposer à de grandes difficultés et peut-être à des procès*[33]. Tantôt, la majorité du conseil communal est catholique : elle ne lève pas le petit doigt lorsqu'il s'agit de dépouiller les anciens administrateurs de leurs droits. Tantôt encore, la municipalité, à prépondérance libérale, fait valoir des arguments pertinents pour décliner les offres

32. *Ibid*, pp. 349 et 352.
33. *Archives communales de Saint-Pierre-Capelle*, délibération du conseil communal du 18-3-1870.

de service de la tutelle : les revenus de la libéralité seraient insuffisants pour financer le fonctionnement d'une école tombant à la charge des pouvoirs publics, d'autant que les classes, enchâssées dans des constructions appartenant à d'autres propriétaires, seraient inutilisables s'il fallait se passer des bâtiments adjacents[34]. Et lorsqu'une commune demande à prendre possession d'une fondation, ce qui semble rare, elle n'est pas nécessairement animée par un anticléricalisme virulent : parfois il s'agit de la réaction de mauvaise humeur d'un bourgmestre, écarté indûment de la gestion d'un patrimoine à laquelle il aurait dû être associé[35].

De 1870 à 1878, le retour de la Droite au pouvoir, avec les gouvernements d'Anethan et Malou, freine sensiblement le transfert de fondations d'instruction primaire vers les communes : sans mettre en cause les dispositions de 1864, la nouvelle majorité s'enquiert davantage des intentions des fondateurs[36], au point de laisser sans suite les revendications d'édiles libéraux[37].

Durant les quinze premières années de son existence, la loi de 1864 donne donc des résultats fort limités : ainsi, dans l'arrondissement de Roulers où il existe 22 fondations d'instruction primaire dans 13 localités, une seule fait l'objet d'un arrêté royal de transfert à la commune, lequel n'est pas exécuté[38]. Les cas de résistance acharnée des anciens gestionnaires ne sont pas légion non plus, du moins dans l'enseignement élémentaire[39]. Même l'évêque de Liège, réputé assez intransigeant, se laisse parfois dessaisir de ses titres d'administrateur après un jugement en première instance, sans même interjeter appel, ni se pourvoir en cassation[40].

La situation change du tout au tout à partir de juin 1878, lorsque les libéraux reviennent au gouvernement pour six années : le pays bascule dans la guerre scolaire. Le cabinet Frère-Orban se montre intraitable quant à l'application de la loi du 19 décembre 1864[41] : il y voit le moyen de faire disparaître une foule d'écoles confessionnelles en leur coupant les vivres, de multiplier les établisse-

34. P. WYNANTS, « Les résistances à la loi du 19 décembre 1864 sur les fondations d'enseignement primaire : le cas de Couthuin, 1864-1899 », *Annales du Cercle hutois des Sciences et Beaux-Arts*, 1989, pp. 208-210.
35. *Archives communales de Flémalle-Haute*, délibération du conseil communal du 16-5-1865.
36. A. MÜLLER, *op. cit.*, p. 266-267.
37. P. WYNANTS, « Les résistances ... », *op. cit.*, p. 210.
38. J.-M. LERMYTE, « Een episode uit de schoolstrijd (1879-1885). Zes jaar strijd om de stichting de Pélichy-van Huerne te Izegem », *Biekorf*, 1979, pp. 306-307.
39. On n'en trouve aucune trace à Tourinnes-la-Grosse, par exemple. *Cf. Archives communales de Tourinnes-la-Grosse*, copie de la lettre du collège des bourgmestre et échevins au commissaire d'arrondissement de Nivelles, 30-9-1869.
40. J. COLLIGNON, *La présence des religieux à Flémalle à travers les âges*, Flémalle, chez l'auteur, 1977, p. 25.
41. Un historien bien informé constate : « Geen enkele maatregel woog zwaarder dan de toepassing van de wet van 19 december 1864 op de stichtingen ». *Cf.* J.-M. LERMYTE, *Voor de ziel van het kind. De schoolstrijd in het klerikale arrondissement Roeselaere 1878-1887*, Bruges, Westvlaams Verbond van Kringen voor Heemkunde, 1985, p. 112.

ments communaux d'instruction primaire, jusqu'alors en nombre insuffisant, surtout pour les filles, et de compenser, par la captation de recettes nouvelles, les charges financières énormes que génère sa politique d'expansion du réseau officiel[42].

Rétrospectivement, c'est une vision apocalyptique qu'un polémiste catholique donnera de la situation[43] :

> *Les innombrables arrêtés de confiscation qui annexèrent au patrimoine de l'enseignement officiel des fondations créées en faveur de l'éducation catholique de la jeunesse resteront parmi les mesures les plus vexatoires de la gestion scolaire du cabinet Frère-Orban (...). Des centaines de fondations furent ainsi détournées de leur but (...). M. Bara, ministre de la Justice, se montrait infatigable dans l'accomplissement de cette haute mission. Partout où ses agents lui signalaient une fondation à supprimer, il la confisquait impitoyablement ; il ne s'arrêta que lorsqu'elles eurent toutes disparu (...). Chacune des confiscations de M. Bara était suivie de l'expulsion des occupants (...). Ces expulsions se faisaient d'urgence, avec une brutalité inouïe (...). On confiait à des commissaires spéciaux le soin de mener à bien cette triste besogne.*

Les chiffres et un échantillon de situations locales étudiées de plus près[44]. incitent, à tout le moins, à nuancer ce tableau. Voyons d'abord les statistiques. La *Pasinomie* reprend 123 arrêtés de réorganisation pour 148 fondations d'enseignement élémentaire (écoles dominicales incluses). On est loin des *centaines* de cas évoqués par Verhaegen, à moins que celui-ci ne prenne aussi en compte les fondations de bourses. Néanmoins, comme il appert dans le tableau 1, le retour au pouvoir des libéraux se solde effectivement par une nette augmentation des mesures de ce type. Précisons que les cinq sixièmes des fondations concernées ont été instituées dans les provinces flamandes, ce qui corrobore les

42. C. VREUGDE, « De schoolstrijd in het administratief arrondissement Brugge (1878-1884) », *Handelingen van het Genootschap voor Geschiedenis Brugge*, 1987, p. 178 ; J.-M. LERMYTE, « Het hoogtepunt in het clerico-liberaal conflict : de schoolstrijd in de 19de eeuw », *Ons Heem*, 1989, p. 199.
43. P. VERHAEGEN, *La lutte scolaire en Belgique*, Gand, Siffer, 1906, pp. 213-216.
44. Cet échantillon comprend 32 fondations d'instruction primaire (écoles dominicales incluses) dans 20 localités. Outre P. WYNANTS, « Les résistances ... », *op. cit.*, pp. 211-215, J.-M. LERMYTE, *Om de ziel ...*, *op. cit.*, pp. 112-123, et C. VREUGDE, « De schoolstrijd ... », *op. cit.*, pp. 178-180, on peut consulter à son propos : *Archives communales de Néthen*, délibérations du conseil communal 1878-1884 ; *Archives des Sœurs de la Providence de Champion*, annales de l'institut, t. I-2, p. 262 (Sombreffe) ; D. VERHAEGHE, « Schoolstrijd in het lager onderwijs te Kortrijk (1879-1884) », *De Gidsenkring*, 1990, pp. 8-11 ; M. DELMOTTE, « Om de ziel van het kind. De schoolstrijd in het liberale Sint-Eloois-Vijve (1878-1895) en de klerikale Gaverstreek (1878-1884) », *Jaarboek van de Geschied-en Heemkundige Kring 'De Gaverstreke'*, 1990, pp. 359-367, et 1991, pp. 341-356.

observations recueillies dans la littérature sur la forte concentration de dons et legs scolaires au Nord du pays.

Tableau 1 : Réorganisations de fondations d'enseignement élémentaire

Année	Nombre d'arrêtés	Nombre de fondations concernées
1877	0	0
1878	2	2
1879	3	3
1880	57	76
1881	27	30
1882	16	17
1883	15	17
1884	3	3
1885	0	0
Total	**123**	**148**

La qualité des organes de gestion dessaisis est connue pour 131 fondations. En leur sein, les bureaux de bienfaisance (62,6%) se taillent la part du lion. Viennent ensuite les fabriques d'église (22,1%), les commissions d'administrateurs formées de titulaires de fonctions civiles et/ou ecclésiastiques (6,8%), les commissions des hospices civils (5,3%). Les particuliers (deux évêques et deux supérieures de couvent) forment le solde (3,1%). Sur le terrain de l'instruction primaire, point de prédominance donc des administrateurs spéciaux agissant sans le moindre contrôle : ceux-ci sévissaient probablement davantage dans la gestion de bourses d'études mais, en 1866, les libéraux se gardaient bien de le préciser ...

Voyons à présent ce que nous apprend notre échantillon de situations locales. Sur les vingt communes qui y sont incluses, trois — il s'agit de localités wallonnes contrôlées par les libéraux — coopèrent volontiers à l'exécution de la loi de 1864. Les dix-sept autres, toutes flamandes et dirigées par des catholiques, s'y refusent : une seule d'entre elles finit par s'incliner, après avoir été menacée de l'envoi d'un commissaire spécial, mais seize persévèrent dans leur obstruction[45]. Ces municipalités n'entendent pas revendiquer les fondations scolaires, qu'elles veulent laisser aux anciens administrateurs, en invoquant divers arguments : le respect des intentions des fondateurs, la construction d'une partie des immeubles à l'aide de dons privés, le bien réalisé par les enseignants en place, l'attachement de la population locale au *statu quo* ...

45. Sur la résistance des administrations communales catholiques à la politique scolaire du gouvernement Frère-Orban, *cf.* J. LORY, « La résistance des catholiques belges à la 'loi de malheur' », *Revue du Nord*, 1985, pp. 729-744 ; P. WYNANTS, « Fidélité à l'Église ou loyauté envers l'État ? Les édiles catholiques dans la lutte scolaire en Belgique (1879-1884) », *La loyauté. Mélanges offerts à Étienne Cerexhe*, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 427-447.

Malgré les sommations et les rappels à l'ordre, elles ne consentent nullement à ester en justice contre les anciens gestionnaires récalcitrants, à prendre possession des bâtiments, à y établir une école communale, à y nommer du personnel. Quasi toutes se voient imposer par la tutelle un ou plusieurs commissaires spéciaux, mandatés pour se substituer aux édiles défaillants, alors qu'il s'agit là d'une *mesure extrême* à laquelle on ne devrait avoir recours qu'*exceptionnellement*[46].

Dans treize cas sur vingt, il y a aussi résistance des anciens administrateurs des fondations d'instruction primaire. Devant les tribunaux de première instance, les intéressés contestent la validité des arrêtés royaux de réorganisation et les prétentions des communes (ou celles des commissaires spéciaux qui agissent à leur place). Dans deux cas seulement, les pouvoirs publics n'obtiennent pas gain de cause : à Bruges, la ville s'arrange pour perdre délibérément un procès[47], tandis qu'à Izegem, en raison de fautes de procédure lors de son institution, une fondation est déclarée inexistante, les biens correspondants demeurant la propriété de la famille des donateurs[48]. Partout ailleurs, les anciens gestionnaires sont condamnés à remettre leurs titres et leurs comptes, puis à se dessaisir des immeubles et autres biens constitutifs des fondations. Tous ne s'inclinent pas : il y a au moins, dans notre échantillon, quatre appels interjetés et deux pourvois en cassation. Il n'est pas rare que la guérilla judiciaire s'éternise plusieurs années durant.

Le recours à la force publique pour faire déguerpir les occupants des écoles de fondation, en l'occurrence des religieux ou des religieuses, est avéré dans neuf villes et communes sur vingt. Dans l'arrondissement de Roulers, il donne lieu à des incidents provoqués par la population locale, avec l'une ou l'autre arrestation administrative[49]. Le plus souvent, cependant, le personnel en fonction évacue les lieux spontanément, parfois en cortège, après la signification du jugement ou de l'arrêt rendu par la justice.

Si les constats qui précèdent laissent entrevoir un acharnement libéral réel, mais moins obsessionnel et moins violent que celui dépeint par des polémistes cléricaux, on ne manque pas d'être frappé par la vigueur de la résistance catholique, surtout en Flandre où la guerre scolaire atteint une rare intensité. Dans au moins six communes de notre échantillon, les bâtiments de fondation abandonnés par leurs anciens occupants demeurent vides, pendant des années, faute de personnel laïc disponible sur le marché du travail ou en l'absence de moyens financiers pour procéder aux indispensables réparations. Chez les catholiques, de telles situations accréditent l'idée que l'exécution de la loi de 1864 ne vise pas principalement à renforcer l'enseignement public, mais avant

46. M. VAUTHIER, *Précis de droit administratif de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1928, p. 117.
47. C. VREUGDE, *op. cit.*, p. 178.
48. J.-M. LERMYTE, « Een episode ... », *op. cit.*, pp. 313-315.
49. *Id.*, *Voor de ziel ...*, *op. cit.*, pp. 121-123.

tout à éliminer des écoles confessionnelles[50]. Ici et là, cette lecture des faits ne paraît nullement invraisemblable.

5. Évolution ultérieure (1884-1921)

De 1879 à 1883, on l'a vu, la jurisprudence consacre largement la doctrine libérale : des biens destinés à des écoles confessionnelles sont régulièrement dévolus aux communes, avec affectation des ressources correspondantes à des établissements publics laïcisés[51]. Bien plus, au cours de la même période, la doctrine libérale se radicalise. Jusqu'alors, en effet, elle reposait sur le syllogisme suivant : 1) les clauses des dispositions entre vifs ou testamentaires qui destinent des biens à des écoles privées sont des conditions accessoires illégales, qui doivent être réputées non écrites ; 2) le mobile déterminant des fondateurs est leur volonté de soutenir l'enseignement, non de faire dépendre leurs libéralités de conditions d'affectation ; 3) par conséquent, les dons et legs en faveur des écoles privées ne constituent pas des actes invalides et caducs, mais les biens en question doivent être transmis aux communes. Depuis 1882-1883, la doctrine libérale ne s'embarrasse plus de telles subtilités : elle soutient directement que toute libéralité faite dans un esprit de perpétuité, sous quelque forme que ce soit, en faveur d'écoles privées est une fondation, laquelle doit être *ipso facto* attribuée par arrêté royal aux organes légaux de l'enseignement, c'est-à-dire la commune pour l'instruction primaire[52]. Les juristes catholiques protestent : selon eux, on entend mutiler délibérément la volonté des disposants, en maintenant à tout prix en vigueur des actes juridiques auxquels ils auraient refusé leur consentement[53].

À partir de 1884, les gouvernements catholiques entendent se conformer davantage aux intentions des fondateurs. Ils promeuvent une autre doctrine : seules les clauses vraiment accessoires — au sens le plus strict du terme — d'une libéralité peuvent être réputées non écrites en vertu de l'article 900 du code civil ; quant aux clauses essentielles, parmi lesquelles figurent celles qui ont trait à l'affectation des biens, elles constituent des conditions *sine qua non*, de sorte que leur caractère illégal doit entraîner la nullité de la donation ou du legs[54]. C'est

50. *Ibid.*, p. 123.
51. A. Müller, *op. cit.*, pp. 273-275.
52. *Cf.* notamment H. Lentz, *Des dons et legs en faveur des établissements publics : éléments de droit et de jurisprudence*, t. II, Paris, Durand, 1882, p. 233 et s. ; surtout F. Laurent, *Avant-projet de révision du code civil*, t. III, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1883, p. 252 et s.
53. A. Müller, *op. cit.*, p. 262. Dans le même ordre d'idées, *cf. Pand.*, v° Clause pénale, t. XIX, 239 : « Il faut reconnaître que de pareilles décisions ne se contentent pas de ne tenir aucun compte des volontés nettement exprimées du testateur, mais qu'elles aboutissent, en dernière analyse, à faire vouloir à ce testateur précisément le contraire de ce qu'il a voulu » [en faisant la dévolution de la libéralité à un établissement que le disposant n'a pas voulu favoriser].
54. G. Kisselstein, *op. cit.*, p. 460.

dans le même sens qu'évolue rapidement la jurisprudence, à la suite d'un jugement rendu le 27 décembre 1883 par le tribunal civil de Bruxelles[55].

À la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, les mentalités commencent à changer : avec une insistance croissante, la doctrine réclame l'octroi de la personnalité morale aux associations. Avant 1914, rares sont cependant les textes qui l'accordent à certaines d'entre elles, en raison de réticences persistantes dans les milieux parlementaires[56]. L'évolution se précipite après la première guerre mondiale : la Chambre, à une écrasante majorité, et le Sénat, à l'unanimité, votent la loi du 27 juin 1921 sur les ASBL et les établissements d'utilité publique[57]. Ces dispositions permettent aux associations sans but lucratif de créer des écoles privées, d'en assurer la direction, la gestion et le développement, ainsi que de recevoir des libéralités à cette fin. Elles habilitent également les donateurs et testateurs à gratifier l'enseignement libre par le canal de telles ASBL. Certes, les libéralités en question — à la différence des fondations d'enseignement — voient la durée de leurs effets limitée à l'existence de l'œuvre avantagée, mais elles ne sont pas soumises à la surveillance tutélaire du gouvernement[58]. La création et l'évolution des ASBL gérant des écoles primaires devraient être soigneusement étudiées, mais c'est une autre histoire ...

55. *Pand.*, v° Fondations en faveur de l'instruction publique, *op. cit.*, 12, 17 et 68. Cf. aussi *R.P.D.B.*, v° Fondations (Enseignement - Bourses d'études), *op. cit.*, p. 776.
56. K. NEUHOFF et U. PAVEL, *Les Fondations en Europe. Une étude comparative*, Düsseldorf, Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, 1973, p. 38.
57. M. HALLET, *Loi du 27 juin 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique : commentaire législatif et pratique*, Bruxelles, Bruylant, 1921.
58. *R.P.D.B.*, v° Fondations (Enseignement-Bourses d'études), *op. cit.*, p. 776.

Liber amicorum Michel Coipel
Table des matières

Michel Coipel
Sa biographie
Stéphane GILCART ..... pp. VII-XVI

Sa bibliographie ..... pp. XVII-XXIV

Portraits

Prélude à l'envol d'un mentor
Marie Amélie DELVAUX ..... pp. XXVII-XXVIII
La méthode Coipel. Propos recueillis par
Marie Amélie DELVAUX et Jean DONNAY ..... pp. XXIX-XXXVI
Michel Coipel, mon collègue
Charles JAUMOTTE ..... pp. XXXVII-XL

I. Regards croisés sur le droit

« Napoléon et l'élaboration du Code de commerce (1805-1807) »
Bruno COLSON ..... pp. 3-20

« L'encadrement éthique et juridique de l'expérimentation médicale sur l'être humain : histoire d'une collaboration. Autour de la *Déclaration d'Helsinki* »
Marie-Luce DELFOSSE ..... pp. 21-36

« Le droit civil du mandat – une analyse économique »
Ejan MACKAAY ..... pp. 37-52

« Droits de propriété et gestion efficace des ressources naturelles »
Jean-Philippe PLATTEAU et Jean-Marie BALLAND ..... pp. 53-72

II. Sources et méthodologie du droit

« Quelques réflexions à propos de la rédaction de lois dans l'espace communautaire, plus spécialement inspirées par l'avènement de la société européenne »
Isabelle CORBISIER ..... pp. 75-84

« Le traducteur et l'interprète, ou le double sens de la loi »
Pierre-André CÔTÉ . . . . . pp. 85-96

« Exercice de méthodologie juridique sur l'article 1388, alinéa 2 du Code civil »
Paul DELNOY. . . . . pp. 97-116

« L'impact des technologies de l'information sur la formation en droit »
Cécile de TERWANGNE . . . . . pp. 117-130

« L'évaluation des lois : de l'idée à sa concrétisation »
Françoise LEURQUIN-DE VISSCHER . . . . . pp. 131-146

« La Lyre et la Balance. Quand les goûts se disputent au prétoire »
Paul MARTENS. . . . . pp. 147-166

« Technologies de l'information et de la communication et « co-régulation » : une nouvelle approche ? »
Yves POULLET . . . . . pp. 167-188

III. Le droit des obligations et des contrats

« Faillite et règlement collectif de dettes : pour une approche rationnelle des mesures de clémence »
Christine BIQUET-MATHIEU . . . . . pp. 191-212

« Juridictionnalisation de l'arbitrage dans le cadre de la jurisprudence française »
Nathalie COIPEL-CORDONNIER . . . . . pp. 213-232

« L'incidence de la lisibilité de la loi sur la validité des conventions : l'erreur de droit, nouvelle *savonnette à vilains* ? »
Alexandre CRUQUENAIRE . . . . . pp. 233-254

« La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence »
Alexandre de STREEL . . . . . pp. 255-280

« La figure contractuelle dans la formation du lien matrimonial, le divorce et l'établissement de la filiation »
Jacques FIERENS. . . . . pp. 281-300

« Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé »
Marcel FONTAINE ..... pp. 301-314

« Dol par réticence dolosive et erreur inexcusable »
Paul Alain FORIERS ..... pp. 315-324

« La responsabilité civile personnelle des agents de l'administration. Du Code civil à la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques »
Paul LEWALLE ..... pp. 325-346

« Éléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance »
Etienne MONTERO ..... pp. 347-370

« Volmacht en sterkmaking bij oprichting van vennootschappen »
Bernard TILLEMAN ..... pp. 371-428

« Cautionnement et excusabilité du failli : quand le cautionnement survit à l'extinction de la dette garantie »
François T'KINT et Werner DERIJCKE ..... pp. 429-454

« Redécouvrir le commodat : nouvelles applications en gestion publique locale »
Jean-Marie VAN BOL avec la collaboration de V. TANCRE et A. MAZY ..... pp. 455-466

« Les sanctions des clauses illicites envisagées selon la méthode horizontale »
Patrick WÉRY ..... pp. 467-488

IV. Les personnes morales

« Vereffening van vennootschappen : nieuwe bepalingen in het wetboek van vennootschappen en de mogelijkheid om na ontbinding en vereffening, de vereffening onmiddellijk te sluiten »
Herman BRAECKMANS ..... pp. 491-500

« Ordre public sociétaire et arbitrage »
Olivier CAPRASSE ..... pp. 501-514

« Quand l'intérêt social de l 'ASBL et son fonctionnement collégial sont menacés par les intérêts de quelques-uns ... »
Michel DAVAGLE . . . . . pp. 515-526

« Quelques développements relatifs aux responsabilités civile et pénale de l'administrateur personne morale d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL »
Marie Amélie DELVAUX . . . . . pp. 527-560

« Le rôle économique des ASBL : le regard de Michel Coipel face à la méthodologie du 'Grundtypus' »,
Marleen DENEF . . . . . pp. 561-586

« Une fiscalité réaménagée pour les personnes morales sans but lucratif ? – pour une réforme de l'impôt des personnes morales »
Michel DE WOLF . . . . . pp. 587-598

« Een onderwijsleerplan vennootschapsrecht : horizontaal of vertikaal ? »
Koen GEENS . . . . . pp. 599-612

« L'association en formation et l'association de fait : sœurs mais pas jumelles »
Stéphane GILCART . . . . . pp. 613-632

« La réforme des ASBL : convergences et divergences avec le droit des sociétés »
Philippe LAMBRECHT . . . . . pp. 633-650

« La fondation testamentaire, une espèce rare en voie de disparition »
Jean-Luc LEDOUX . . . . . pp. 651-660

« Nouveau régime de mise en oeuvre des règles de concurrence communautaires : suppression de la notification obligatoire et compétence générale des autorités nationales : une fragmentation historique ? »
Jacques MALHERBE . . . . . pp. 661-668

« Le contrôle des faillites »
Christine MATRAY . . . . . pp. 669-678

« Proposition des statuts types de fondation privée ? »
Pierre NICAISE et Ilse BANMEYER ..... pp. 679-694

« La scission partielle : une réalité en droit belge ? Réflexions au sujet d'une disposition légale aux contours incertains »
Éric POTTIER et Delphine HEENEN ..... pp. 695-712

« La théorie de l'organe »
Valérie SIMONART ..... pp. 713-732

« De private stichting en de certificering van aandelen »
Robbie TAS ..... pp. 733-764

« La théorie de l'organe : évolutions récentes »
Pierre VAN OMMESLAGHE ..... pp. 765-786

« Considérations sur l'apport du droit belge à l'application du droit OHADA des sociétés commerciales »
Bisimwa VOGLET ..... pp. 787-804

« Quelques réflexions sur la Societas Europaea (SE) »
Eddy WYMEERSCH ..... pp. 805-816

« Le transfert des fondations d'instruction primaire aux communes (1864–1884) : un épisode de la lutte scolaire »
Paul WYNANTS ..... pp. 817-832

TABLE DES MATIÈRES ..... pp. 833-838

LISTE DES SOUSCRIPTEURS ..... pp. 839-842

Liste des souscripteurs

AFSCHRIFT, Association d'Avocats
ALLEN & OVERY, Avocats
ALTIUS, Association d'Avocats à Bruxelles
Monsieur BALATE Eric, Avocat, Chargé de Cours U.M.H.
BARREAU DE MARCHE-EN-FAMENNE
Monsieur BAUDOIN Jean-Louis, Juge à la Cour d'appel du Québec
Monsieur BRAECKMANS Herman, Gewoon Hoogleraar Universiteit Antwerpen
BUNTIX-BERCKMANS, Avocats
Monsieur CALLENS Peter, Advocaat te Balie Brussel
CDSP SPRL
Monsieur COLLIN Victor, Réviseur d'entreprises
Monsieur COLMANT Alain, Avocat à Mons
Monsieur CONSTANT Cédric, Avocat au Barreau de Bruxelles (Altius)
Monsieur CORNELIS Ludo, Advocaat – Eubelius – Attorneys at Law
COUR DE CASSATION, Bibliothèque, Bruxelles, Belgique
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, bibliothèque (Luxembourg)
Monsieur DAL Georges-Albert, Avocat, Professeur à l'UCL
DE BACKER, Cabinet d'Avocats
Monsieur DELIÈGE Alain, Notaire, Chargé de cours à la Faculté de Droit de l'Ulg
Monsieur DELSAUT Christian, Avocat
Monsieur DE MAREZ Dominique, Assistent U.A., Advocaat te Gent
Monsieur de PATOUL Frédéric, Avocat
Monsieur DERENNE Luc, Juge aux Tribunaux de commerce de Dinant et de Marche-en-Famenne
Monsieur DE WOLF Carlos, Avocat
DE WOLF & PARTNERS, Avocats
DEXIA BANQUE
Monsieur ELOY Maurice, Avocat au Barreau de Bruxelles, Directeur de l'ESSF, Professeur à l'ESSF et aux FUCAM
ELVINGER, HOSS & PRUSSEN, Avocats à La Cour (Luxembourg)
Monsieur FOSSOUL Xavier, Avocat au Barreau de Liège
Madame GEINGER Huguette, Avocat à la Cour de Cassation, Chargé de cours à la V.U.B.
Monsieur GERNAY Olivier, Avocat, Schmitz Jottrand Klees & Gernay
Madame GOEBEL Marianne, Avocat à la Cour (Luxembourg)
Monsieur GONNE René, Avocat, Codert Brothers Coppens Van Ommeslaghe & Faurès LLP

Madame GREGOIRE Marie-Claude, Président du Tribunal de commerce de Mons
GROUPE HERSTAL
Monsieur GUEBEN Paul, Collaborateur scientifique aux FUNDP
HENRY & MERSCH, Avocats
Monsieur HERINCKX Yves, Avocat, Clifford Chance
Madame JACOBS Hilde, Directeur du département juridique de la Fédération Royale du Notariat belge
JANSON, BAUGNIET & ASSOCIES, Association d'Avocats
Monsieur JASSELETTE Yves, Conseiller juridique, Agence pour le commerce extérieur
JONES DAY
Monsieur KILESTE Patrick, Avocat, Médiateur
KPMG TAX ADVISERS LIBRARY
LINKLATERS LOESCH, Avocats (Luxembourg)
LOYENS, Avocats
Monsieur LOUVEAUX Bernard, Association d'Avocats Wéry
Mc GUIREWOODS LLP, Association d'Avocats
KREMER ASSOCIES & CLIFFORD CHANCE, Association d'Avocats, Luxembourg
Monsieur MASSET Adrien, Professeur à l'ULg, Avocat
Monsieur MAUS de ROLEY Jean-Michel, Notaire
Monsieur MICHEL Hubert, Notaire
Madame MOLINE Yolande, Avocat
Monsieur MOULINASSE Bruno, Avocat, Vergote Smeets & Moulinasse
Monsieur NELISSEN GRADE Jean-Marie, Advcaat te Balie Brussel
Monsieur NEUROTH Raoul, Avocat
Monsieur PERILLEUX Jacques, Avocat, Maître de conférences à la Faculté de Droit de l'Université de Liège
Monsieur le PRESIDENT DU TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DE NEUFCHATEAU
Monsieur RENARD Jean-Pierre, Avocat
Monsieur RENTMEISTER Richard, Président du Tribunal de commerce de Dinant
REPERTOIRE NOTARIAL
Monsieur ROLAND Bernard, Avocat
Monsieur SCHILLEWAERT Pierre & Madame GATHOYE Françoise, Avocats
Monsieur Alex SCHMITT, Bonn Schmitt Steichen, Avocats, Luxembourg
SCRL ELEGIS – HANNEQUART & RASIR, Avocats
SIMONT BRAUN, Avocats
Monsieur SPANG Jean-Paul, Avocat au Barreau de Luxembourg
Monsieur SPRUYT Eric, Notaire

J. STORY-SCIENTIA, Librairie scientifique
Monsieur TILQUIN Thierry
UNIVERSITEIT GENT, Faculteit Handelsrecht
UNIVERSITE LIBRE DE BRUXELLES, Bibliothèque de droit
Monsieur VAN BAEL Jan, Notaris te Antwerpen
Monsieur VAN den ABBEELE Michel, Avocat
Madame VORLAT Katrien, Associé STIBBE
Madame WAGNER-CHARTIER Sophie, Arendt & Medernach, Luxembourg
Monsieur WYNANTS Paul, Doyen de la Faculté des sciences économiques, sociales et de gestion, FUNDP, Namur

ISBN 90 6036 876 1