

LA REDITE LÉGISLATIVE EN DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Par

Emmanuel PUTMAN

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

Breuvage deux fois bu, la redite n'est-elle qu'un superflu qu'il faut expulser du discours, ou bien, reliquat d'une pensée magique, nous renvoie-t-elle aux âges où il fallait redire le réel pour l'incanter ? Lorsque le re-disant est auteur de norme, il serait hâtif de voir dans la redite une simple défaillance de l'acte de langage législatif. La redite dit quelque chose de plus que ce qu'elle redit. Quel supplément d'acte accomplit donc le législateur qui se répète, quel supplément de sens s'ajoute à la parole législative deux fois dite ? Nul droit mieux que le droit des sociétés commerciales ne nous renseigne sur ce que la redite législative entend nous laisser savoir, car en nul autre lieu du droit on ne rencontre un législateur pareillement saisi du démon de la répétition. Lorsque la redite devient à ce point une conduite législative, seul quelque pédant peut encore, s'y trompant, accueillir d'une moue ce qui lui semble une inélégance dans l'art de dire. Autrement profonde fut l'intuition de Kierkegaard : "si Dieu lui-même n'avait pas voulu la répétition, le monde n'aurait jamais existé". Pareillement la répétition est une manière d'être du droit, et la redite législative est une façon de faire advenir la réalité juridique. Une manière, une façon, mais quelles ? Le dire serait tout un programme, en vue duquel, ici, on ne veut que proposer, sur quelques exemples, de brèves réflexions.

Si notre droit des sociétés commerciales fourmille de redites, elles sont au moins de deux sortes, qui nous paraissent porteuses de deux sens antagonistes et complémentaires. Au sein de la loi du 24 juillet 1966, opère une redite que nous appellerons "intra-textuelle". La redite circule alors d'un modèle de société commerciale à l'autre, et elle est signifiante précisément là où elle s'arrête : puisque, d'un type sociétaire à l'autre, seuls certains traits se répètent, ce sont les différences qui s'accusent. La redite intra-textuelle signale le refus du législateur de 1966 d'établir, entre les diverses sociétés commerciales, un droit commun.

En revanche, entre la loi du 24 juillet 1966 et la loi du 4 janvier 1978, il se produit un phénomène de redite "inter-textuelle", qui, lui, est un procédé de décantation, visant à obtenir un précipité de règles, où le modèle de la loi de 1966 se retrouve tantôt pur, tantôt transformé, tantôt reproduit tel quel, tantôt ramené à ses caractères génériques par un processus abstracteur. Du creuset de la redite inter-textuelle, le législateur de 1978 fait ainsi sortir le beau métal du droit commun.

I - LA REDITE INTRA-TEXTUELLE OU LE REFUS DU DROIT COMMUN

Il est tout à fait banal d'observer que la loi du 24 juillet 1966 repose sur une pluralité de modèles sociétaires. Le style du texte reflète ce parti pris de pluralisme. D'un type de société à l'autre, on retrouve des dispositions qui emploient (à l'identique, ou en les modifiant) certains modèles d'organisation (rapports de la société avec les tiers, pouvoirs "internes" des organes dirigeants...). Or, si ce phénomène de redite est fréquent, on en découvre deux variantes qui sont, quantitativement, d'inégale importance. Il est relativement rare que l'utilisation d'un modèle s'accompagne d'un simple renvoi des textes régissant un type de société, aux textes en régissant un autre, renvoi signalé par une formule telle que : "comme il est dit aux dispositions de l'article tant...". Au contraire les situations où l'utilisation du modèle se fait sans renvoi explicite sont relativement nombreuses. Le législateur préfère alors la technique de la répétition de tout ou partie d'un texte, mot pour mot ou avec des termes analogues.

A - Le renvoi

Trois exemples de renvois explicites peuvent être choisis : les articles 17-3 et 66 de la loi du 24 juillet 1966 qui, en matière de SNC et de SARL, renvoient aux règles concernant le commissaire aux comptes des SA, l'article 49 alinéa 4 qui, pour les pouvoirs du gérant de SARL, renvoie partiellement à l'article 13 relatif à la SNC, et les articles 24 et 251 alinéa 2 qui, pour les commandites, renvoient respectivement aux SNC et aux SA.

A la lumière de ces dispositions, il apparaît que le renvoi de texte à texte est utilisé dans la loi de 1966 pour opérer ce que l'on peut qualifier, en s'autorisant une métaphore médicale, de "clonage". Ainsi la commandite simple est-elle, sur beaucoup de points, un "clone" de la SNC, la commandite par actions, de la SA. A tout le moins y-a-t-il un procédé de démarquage - le commissaire aux comptes de la SA sert de "patron" sur lequel le commissaire aux comptes de la SNC et de la SARL, formes sociétaires convenant à des entreprises moins importantes, peut être calqué. De même, la pratique du "clonage" n'exclut-elle pas quelques mutations génétiques. Pour les commandites, les renvois à la SNC ou à la SA ne sont que partiels, et de surcroît pour la commandite par actions, le renvoi n'est opéré qu'à une liste limitative de dispositions concernant la SA. Par rapport à cette dernière, la commandite par actions est -usons jusqu'au bout de la métaphore- un "mutant".

On constate que le procédé du renvoi de texte à texte se prête à des utilisations assez variées. Il possède une certaine souplesse et ne se borne pas à éviter une répétition qui serait fastidieuse. C'est, malgré tout, principalement lorsqu'un modèle sociétaire est réutilisé à l'identique ou presque, que la technique du renvoi s'avère la plus commode, la plus "économique" pour ainsi dire.

B - La répétition

Lorsque l'utilisation d'un modèle sociétaire se fait sans renvoi, le législateur de 1966 préfère répéter tout ou partie d'un texte. Par exemple, l'article 98 alinéas 1 à 3 de la loi du 24 juillet 1966 (pouvoirs du conseil d'administration de la SA) se retrouve mot pour mot à l'article 124 alinéas 1 à 3 (pouvoir du directoire). Les articles 101 à 106 (conventions entre la SA et ses administrateurs ou directeurs généraux) sont identiques aux articles 143 à 148 (conventions entre la SA et les membres de son directoire ou de son conseil de surveillance)... La répétition est une forme particulière de législation par référence qui, dans de tels cas, a une fonction de

guide pour la comparaison des modèles de sociétés commerciales. La répétition se produit chaque fois qu'un même modèle circule entre des types de sociétés considérées par le législateur comme, malgré tout, différents. C'est alors autre chose qu'un souci de concision (comme lorsqu'il y a renvoi) qui anime les rédacteurs du texte, autre chose qu'une recherche de clarté formelle. En dépit des apparences, la fonction de la répétition va au-delà de la simple réutilisation d'un modèle. Ce sont, en vérité, les parties du modèle qui ne sont pas reproduites, qui sont révélatrices du dessein du législateur. Ce que la répétition dit de plus que ce qu'elle répète, c'est justement ce qu'elle ne dit pas... Dans les silences de la répétition se dissimule un refus du droit commun.

En d'autres termes, si le législateur prend la peine de se répéter, c'est parce qu'il entend qu'il y ait, entre la SNC, la SARL et la SA, de même qu'entre la SA "classique" et la SA "à directoire", des points communs plutôt qu'un droit commun. Ainsi l'existence de dispositions très voisines sur la responsabilité des dirigeants dans les SARL (L. 4 juill. 1966, art. 52 et 53) et les SA (art. 244 à 247), ou encore l'étroite ressemblance des dispositions sur les conventions entre la SARL et ses gérants ou associés (L. 1966, art. 50 et 51) et les dispositions homologues applicables aux SA, ne permettent-elles pas d'élaborer un droit commun des sociétés commerciales sur ces questions, faute de dispositions équivalentes pour les SNC. On ne saurait non plus parler d'un véritable droit commun en ce qui concerne les pouvoirs des dirigeants. Les alinéas 4 et 5 de l'article 49 de la loi du 24 juillet 1966, au sujet du gérant de SARL, fournissent d'ailleurs un bel exemple de "collage" d'éléments en provenance de deux modèles différents, celui du gérant de SNC (L. 1966, art. 49 al. 4, renvoyant à l'art. 13) et celui du conseil d'administration de SA (art. 49 al. 5, répétant en partie les termes de l'art. 98 al. 2). Il n'est pas sans intérêt de constater que, dans ce cas précis, le procédé de renvoi et celui de la répétition sont utilisés tout à tour. N'est-il pas classique de voir dans la SARL une société qui, comme dit le poète n'est "ni tout à fait la même, ni tout à fait une autre" que la SNC et la SA, ni un clone ou un mutant de l'une d'elles mais un hybride des deux ?

Quant au refus d'élaborer un droit commun des sociétés commerciales, il est éventuellement susceptible d'un jugement de valeur péjoratif, auquel cas la technique de la répétition apparaîtrait comme une mauvaise méthode législative. On peut, notamment, regretter le pointillisme qui en résulte, fustiger le manque de cohérence interne de la loi du 24 juillet 1966, son défaut de vision d'ensemble... Mais ce serait sous-estimer l'importance d'un choix législatif global, qui a été de favoriser à travers la loi du 4 janvier 1978, l'avènement non pas d'un droit commun des sociétés commerciales, mais d'un droit commun des sociétés, forcément situé à un autre niveau de généralité. Il faut accepter que cette médaille ait son revers. Plus on élève le niveau de généralité du droit commun des sociétés, plus chaque droit spécial des sociétés, commerciales et civiles, descend jusqu'à un luxe de détails qui finit par altérer son harmonie propre. En manière de boutade, on pourrait dire que la maison du droit des sociétés n'est pas dotée des commodités du droit commun à tous les étages, mais seulement dans les combles... ce qui est regrettable !

Quoi qu'il en soit, la redite "inter-textuelle" -entre les lois de 1966 et de 1978- participe à l'avènement de ce droit commun.

II - LA REDITE INTER-TEXTUELLE ET L'AVÈNEMENT DU DROIT COMMUN

Même si le droit commun des sociétés a, en quelque sorte, "élu domicile" dans le Code civil où sont rassemblées les dispositions de la loi du 4 janvier 1978, cette "civilisation" du droit des sociétés a quelque chose d'un peu forcé. Il faudra bien que soit dénoncé un jour le fétichisme avec lequel on s'efforce de maintenir le Code Napoléon dans sa situation de "code matrice" alors qu'un véritable "nettoyage" de ce Code serait aujourd'hui nécessaire et qu'il serait opportun de se résigner à admettre que la codification du droit commun ne peut plus être, autre chose que le droit commun lui-même. Si le Code civil était un code résiduel, comme le droit commun est un droit résiduel, les codifications "spéciales" y gagneraient une cohérence propre qui leur est trop souvent refusée, et au lieu de faire figurer le droit commun des sociétés dans le Code civil, il aurait été infiniment préférable d'élaborer un véritable Code des sociétés.

On ne saurait nier en tout cas ce que le droit commun des sociétés doit au droit des sociétés commerciales. Les "dispositions générales" des articles 1832 à 1844-17 du Code civil sous le titre "De la société" sont d'inspiration largement "commercialiste", ce qui, quitte à se répéter jusqu'à la provocation, renforce la conviction que le Code civil n'est pas le lieu le plus apte à les accueillir.

En revanche, il est instructif d'observer de quelle façon l'inspiration commercialiste a imprégné lesdites "dispositions générales". Il est des dispositions de la loi du 4 janvier 1978 dont on peut véritablement dire que le modèle exact a été pris dans la loi du 24 juillet 1966. Cela ne saurait surprendre si l'on écoute des voix doctrinales particulièrement autorisées : "en raison de la méthode employée par le législateur, qui a consisté à élaborer les règles générales après les règles spéciales aux sociétés commerciales, le droit commun constitue, pour cette catégorie, un droit résiduel, qui répète souvent inutilement les dispositions spéciales qu'il est censé compléter" (G. Ripert et R. Roblot, "Traité de droit commercial", t. 1, 16^e éd. par M. Germain, n^o 656, p. 507).

Il serait néanmoins injuste de reprocher au législateur de 1978 de s'en être tenu à cette pure et simple reproduction du modèle. Dans un certain nombre de cas, il lui a fallu induire du droit des sociétés commerciales un modèle qui ne s'y trouvait qu'à l'état brut, semblable à un joyau qu'il fallait dégager de sa gangue et dont une taille judicieuse était nécessaire pour faire ressortir l'éclat.

A - Le modèle reproduit

Les exemples les plus caractéristiques de reproduction exacte du modèle commercialiste par la loi du 4 janvier 1978 concernent les engagements des fondateurs au nom de la société en formation, et les nullités de la société. L'article 1843 du Code civil est identique à l'article 5 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966, les articles 1844-10 à 1844-17 du Code civil répètent les dispositions des articles 360 à 370 de la loi du 24 juillet 1966 dans un léger désordre.

Le choix du modèle reproduit ne surprend ni dans un cas ni dans l'autre, puisque la question des engagements des fondateurs est directement liée au choix de politique législative ayant consisté, pour toutes les sociétés, à ne leur accorder la personnalité morale qu'à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés ; quant à la question des nullités, elle est à l'évidence commune à toutes les formes sociales dès lors qu'elle concerne le contrat de société lui-même, et elle exprime également un choix de politique législative bien connu, celui de la prophylaxie des causes de nullité. La redite inter-textuelle n'est que le reflet de ces

choix témoignant de conceptions de fond du droit des sociétés. Au sein d'une codification de ce droit dans son ensemble, ces règles pourraient sans peine n'être énoncées au titre des dispositions générales, pour ne plus être évoquées aux titres des sociétés civiles et commerciales que par des renvois.

Il faut donc être iconoclaste, et se demander si on n'aurait pas réalisé une "économie de textes" en codifiant ces règles hors du sacré-saint Code civil où elles font figure de "doublons" fastidieux des dispositions correspondantes de loi du 24 juillet 1966, et si le Code civil, de son côté, ne gagnerait pas en harmonie à partir du moment où l'on cesserait de lui agréger, par excès de révérence, des corps de règles qui n'ont, tout bien considéré, rien à y faire... A l'approche du XXI^e siècle le Code civil ne peut plus prétendre demeurer "la véritable constitution de la France" (J. Carbonnier, Droit civil, Introduction, 24^e éd., n^o 112, p. 185) ou même de son droit privé, et tandis que le bloc de constitutionnalité ne cesse de grossir -au risque d'ailleurs d'être hypertrophié à son tour- il est vraisemblablement temps de faire subir au Code civil une cure d'amaigrissement. Un Code civil pour notre temps devrait être un Code civil court, dépouillé jusqu'à l'essentiel, débarrassé des branches adventices.

Pour autant, dans les dispositions des articles 1832 et suivants de l'actuel Code civil, le législateur de 1978 ne s'est pas toujours contenté d'une reproduction servile du modèle que lui fournissait la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Il s'est aussi efforcé d'œuvrer comme un "abstracteur de quintessence" et d'induire du texte antérieur un modèle qui n'y figurait pas sous sa forme achevée.

B - Le modèle induit

Deux illustrations de ce processus montrent que le travail du législateur de 1978 a été poussé plus ou moins loin selon les cas.

Il s'est quelquefois contenté de fabriquer ce que l'on se permettra d'appeler un "produit de synthèse". C'est ainsi qu'il a regroupé, en une disposition unique, l'article 1844-4 du Code civil, relatif à l'absorption, la fusion et la scission, des éléments empruntés aux articles 371 et 372 de la loi du 24 juillet 1966 où ils s'accompagnent de diverses précisions que la loi du 4 janvier 1978 a abandonnées au passage. Reste, après synthèse, un précipité de règles permettant ces opérations à des sociétés de formes différentes, admettant une société en liquidation aux opérations de fusion, prévoyant que les opérations peuvent être décidées aux conditions prévues pour les modifications statutaires, et évoquant les conséquences de la création de sociétés nouvelles à l'issue des opérations. Le modèle de droit commun des règles gouvernant les fusions et scissions a été assez aisément obtenu en retranchant ce qui, dans la loi de 1966, était superflu de ce point de vue.

Il est cependant arrivé que la loi du 4 janvier 1978 compose véritablement un modèle plus ramassé que les dispositions de la loi de 1966, et préférable à celles-ci parce qu'à la fois plus clair et plus complet. L'article 1844-8 du Code civil est un exemple d'une telle réussite. Quatre alinéas suffisent pour présenter l'ensemble du régime de la liquidation de la société, y compris le statut du liquidateur et les conditions de clôture de la liquidation. Evidemment beaucoup plus détaillés les articles 390 à 418 de la loi de 1966, en particulier l'article 391 dont le législateur de 1978 s'est plus directement inspiré, diluent les règles que l'article 1844-8 du Code civil permet d'embrasser d'un seul coup d'oeil. Il y a certes redite par rapport à l'article 391 de la loi de 1966, sur les effets de la liquidation à l'égard des tiers et sur la survie de la personnalité morale jusqu'à la publication de la clôture des opérations. En revanche les alinéas 2 et 4 de l'article 1844-8 sur le statut du liquidateur et les conditions de la liquidation, sont au regard de l'article 391 des

dispositions originales qui se suffisent à elles-mêmes. Le législateur de 1978 ne s'est pas contenté de dire à nouveau ce que le législateur de 1966 avait précisé. Il a aussi dit du nouveau en enrichissant le modèle.

Ainsi la redite législative est-elle, dans une certaine mesure, créatrice. Ce n'est pas une répétition source d'uniformité, d'une "unité qui ne planerait que sur la mort" pour paraphraser Hegel, mais une méthode qui n'a pas moins d'utilité qu'une autre, et qui participe, à sa manière, à la vie du droit.