

vennoot van een vennootschap onder firma en van een beheerend vennoot van een gewone commanditaire vennootschap en, anderzijds, andere gevallen waar vennoten onbeperkt en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap zonder koopman te zijn.

De hoedanigheid van koopman van een vennoot van een vennootschap onder firma en van een beheerend vennoot van een gewone commanditaire vennootschap berust niet louter op de onbeperkte aansprakelijkheid van deze vennoten voor de schulden van de vennootschap.

Aangezien de aangevoerde ongelijke behandeling berust op onjuiste juridische uitgangspunten, kan zij geen aanleiding geven tot het stellen van een prejudiciële vraag.

#### *Tweede middel*

(...)

#### *Dictum*

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

Verklaart dit arrest bindend voor de tot bindendverklaring opgeroepen partijen.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent over aan de feitenrechter.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Gent.

(...)

### Note

#### *Faut-il remettre en cause la solution traditionnelle qui attribue la qualité de commerçant aux associés d'une SNC et au(x) commandité(s) d'une SCS?*

*Michel Coipel*<sup>1</sup>

#### INTRODUCTION À LA QUESTION

1. L'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 2008 concernait deux questions distinctes faisant chacune l'objet d'un moyen. Le texte de l'arrêt reproduit ci-dessus et la présente note se rapportent seulement au premier de ces moyens.

Bien que la question posée à la Cour de cassation par ce moyen portait sur la qualité de commerçant du commandité dans une commandite simple, l'arrêt annoté traite avant tout des associés en nom collectif. En effet, c'est la qualité de commerçant de ceux-ci qui entraîne, par voie de conséquence, celle du ou des commandités puisque, relève la Cour, l'article 205 du Code des sociétés (ancien art. 20 LCSC) prévoit que lorsqu'il y a plusieurs commandités, la société est en nom collectif à leur égard.

2. La société en nom collectif est la plus ancienne société du droit commercial et son régime remonte aux cités commerçantes italiennes du Moyen Âge. Il s'agissait d'une société de commerçants et elle a été progressivement dotée d'une autonomie qui la rapprochait d'une personne morale<sup>2</sup>. Ainsi fut-il admis que "par la mise en commun des apports, est constitué un fonds social autonome (...) sur lequel les créanciers sociaux exercent un droit de préférence"<sup>3</sup>. Ce qui a conduit à l'attribution de la personnalité morale de façon implicite dans le Code de commerce de 1807, puis explicitement dans la loi du 18 mai 1873 (art. 2)<sup>4</sup>.

Malgré cette personnalité morale, la doctrine et la jurisprudence ont été unanimes, depuis le 19<sup>ème</sup> siècle et jusqu'il y a quelques années, pour conserver l'image de la SNC comme société de commerçants<sup>5</sup>. Avec la conséquence que les asso-

<sup>1</sup>. Professeur ordinaire émérite des Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix.

<sup>2</sup>. L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, T. IV, Gand, Feycher, 1950, n° 167, pp. 282-283; P. NAMUR, *Le Code de commerce belge*, 2<sup>ème</sup> éd., T. II, 1884, n° 864, p. 64; Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 5<sup>ème</sup> éd. avec la collaboration de A. AMIAUD, T. II, 1<sup>ère</sup> Partie, LGDJ, Paris, 1926, n° 165, pp. 187-188.

<sup>3</sup>. L. FRÉDÉRICQ, *idem*, p. 283.

<sup>4</sup>. J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales en Belgique*, Bruxelles, Bruylant-Christophe et C<sup>ie</sup>, 1878, Introduction, p. XIV.

<sup>5</sup>. Plusieurs références apparaîtront dans la suite de cette note. Relevons déjà ici: E. PIRMEZ, Rapport fait au nom de la commission de la Chambre le 9 février 1866 in J. GUILLERY, *o.c.*, p. 106; *Pand.b.*, v° *Société en nom collectif*, nos 42 à 64 avec de nombreuses références jurisprudentielles; G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit commercial belge*, 2<sup>ème</sup> éd. mise à jour par É. MECHELYNCK, T. II, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, n° 23, p. 205; *Les Nouvelles, Droit commercial*, T. III, *Les sociétés commerciales* par F. PASSELECQ, n° 482 et les références; *Traité pratique de droit commercial*, T. 4, sous la direction de C. JASSOGNE, Titre II, *La société en nom collectif*, par Ch. MATRAY et F. RINGELHEIM, Kluwer, 1998, n° 98, pp. 82 à 85.

ciés commerçants peuvent être mis en faillite consécutive-ment à la faillite de la société. Les contours précis de cette conséquence ont cependant fait l'objet de vives controverses pendant des dizaines d'années et c'est l'arrêt de cassation du 15 décembre 1938<sup>6</sup>, dont il sera plusieurs fois question dans la suite de cette note, qui y a mis fin. L'arrêt a notamment clairement établi que la faillite de la société suffit à établir l'état de cessation de paiement et l'ébranlement du crédit dans le chef des associés commerçants<sup>7</sup> (*infra*, n° 6).

3. Depuis une quinzaine d'années, toutefois, plusieurs auteurs<sup>8</sup> ont remis en cause la qualité de commerçant des associés en nom et, partant, du ou des commandités pour la raison principale qu'il n'existe pas de base juridique sérieuse permettant de ne pas donner à la personnalité morale des SNC et des SCS la même signification et les mêmes conséquences que dans les autres formes sociétaires (*infra*, n° 15). Mais l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 15 février 2007<sup>9</sup> qui s'était rangé à cette opinion a été cassé par l'arrêt annoté.

#### ANALYSE CRITIQUE DES PRINCIPALES JUSTIFICATIONS AVANCÉES POUR EXPLIQUER LA QUALITÉ DE COMMERÇANT DES ASSOCIÉS EN NOM COLLECTIF

4. Chose assez remarquable, la doctrine s'est efforcée, dès le début du 20<sup>ème</sup> siècle, d'expliquer pourquoi les associés en nom acquéraient la qualité de commerçants et ne s'est donc pas bornée à faire référence aux origines historiques de la SNC qui avait été, pendant des siècles, une société de commerçants. Puisque la loi du 18 mai 1873 (art. 2) reconnaissait explicitement que la SNC, comme les autres sociétés reconnues par cette loi, constituait "une individualité juridique distincte de celle des associés", il convenait de justifier pourquoi les associés acquéraient malgré cela la qualité de commerçants.

5. Il semble que la première tentative d'explication a consisté à voir dans la responsabilité illimitée et solidaire de l'associé à raison des dettes commerciales de la société un cautionnement qui devient un acte de commerce "lorsque la caution a un intérêt personnel dans l'acte commercial auquel elle est intervenue"<sup>10</sup>. Et puisque l'associé garantit "tous les actes de la société qui fait le commerce", le cautionnement commercial devient sa "profession habituelle"<sup>11</sup> et les conditions sont donc remplies pour considérer l'associé comme commerçant<sup>12</sup>.

Cette explication a été critiquée, notamment parce que les associés ne font que subir la responsabilité illimitée et solidaire découlant de la loi et de leur adhésion aux statuts sans aucune intervention active de leur part<sup>13</sup>. Plus récemment, Valérie Simonart a souligné qu'une telle thèse conduirait à reconnaître la qualité de commerçant aux administrateurs et gérants de SA et de SPRL qui se portent cautions solidaires des engagements de leur société. Or, un tel cautionnement ne répond pas, selon cet auteur, aux critères du cautionnement commercial et il en va de même pour la garantie légale qui pèse sur les associés en nom et le(s) commandité(s)<sup>14</sup>.

6. L'important arrêt de cassation du 15 décembre 1938<sup>15</sup> a conforté une autre explication. Celle-ci s'est imposée au fil des ans en doctrine et en jurisprudence et elle continue, de nos jours, à avoir des adeptes.

Cet arrêt a mis fin à une longue controverse, déjà évoquée (*supra*, n° 2 et note 7), qui portait sur une conséquence majeure de la qualité de commerçant des associés en nom et des commandités: la possibilité de les déclarer en faillite. Il s'agissait notamment de savoir si les associés pouvaient être mis en faillite plus de six mois après la dissolution de la SNC. Non, répondaient les partisans de l'explication par le

6. *Jur.comm.Brux.* 1939, p. 153, obs. R. PIRET, *Rev.prat.soc.* 1946, p. 198, suivi d'une étude critique de F. PASSELECQ intitulée "La notion de société en nom collectif selon l'arrêt de cassation du 15 décembre 1938 et selon les articles 2 et 189 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales", pp. 199 à 204.

7. Cette automaticité avait été contestée sur base de l'art. 122 de la loi de 1873, devenu l'art. 189 des LCSC et prévoyant une condamnation préalable de la société. Ce point de vue avait même été avalisé par un arrêt de cassation du 9 octobre 1913 (*Pas.* 1919, I, p. 424).

8. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant, 1995, n° 473, pp. 411-413 et n°s 499 et 500, pp. 439 à 442; H. DE WULF, "Onbeperkte aansprakelijkheid van vennoten impliceert geen toerekening van handelaarshoedanigheid" (note sous Comm. Tongres 13 janvier 2003), *TRV* 2003, pp. 679 à 686; "Commentaar", sous Anvers 14 février 2007, cette revue, 2007/4, pp. 371 à 373; M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, coll. GUJE, Kluwer, Livre 11.1, n° 620, texte repris dans *Droit des sociétés commerciales*, 3<sup>ème</sup> éd., Waterloo, Kluwer, 2006, T. I, Livre 2, p. 118; "Le sort étrange des associés d'une SNC à objet commercial" (obs. sous Anvers 10 mai 1999), *JDSC* 2001, pp. 22-23; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, T. I, Kluwer, 1996, n°s 350 et 351, p. 278 et n° 435, p. 344. A noter que dans son *Manuel de la faillite et du concordat* (éd. 2003, Kluwer, n° 355, p. 247), I. Verougstraete écrit: "Il convient toutefois de poser la question si la thèse de la commercialité du commandité ne doit pas être purement et simplement abandonnée." A noter encore que dans la préface élogieuse qu'il a rédigée pour l'ouvrage de V. SIMONART (*précité*), P. Van Ommeslaghe juge convaincantes (XII) les critiques formulées par l'auteure à l'encontre de la solution traditionnelle qui déclare commerçants les associés en nom collectif.

9. Cette revue, 2007/4, et note de H. DE WULF, *JDSC* 2008, n° 814, p. 37, obs. M. COIPEL.

10. L. FRÉDÉRICQ, *o.c.*, n° 175, p. 294.

11. *Ibid.* A noter que L. Frédéricq présente cette explication mais sans y adhérer.

12. En faveur de cette analyse, voy. not.: F. PASSELECQ, étude précitée, *Rev.prat.soc.* 1946, pp. 332-333.

13. L. FRÉDÉRICQ, *o.c.*, *l.c.*; R. PIRET, obs. précitées, n° 3, p. 159.

14. *O.c.*, n° 499, pp. 439-440.

15. *Précité*.

cautionnement commercial<sup>16</sup>: après la dissolution, il n'y a plus de nouvelles dettes à cautionner<sup>17</sup>. Oui, rétorquaient d'autres auteurs pour qui la commercialité des associés était liée à celle de la SNC: or, tant que les opérations de liquidation sont en cours, la société garde sa personnalité morale et reste commerçante.

La Cour de cassation a consacré cette seconde thèse et, à cette occasion, elle a fait valoir la justification suivante: "Attendu que la société en nom collectif se compose exclusivement d'associés indéfiniment et solidairement responsables et faisant le commerce sous une raison sociale; qu'en vertu de la nature même de cette société, dont la personnalité se confond pratiquement avec celle des associés, la déclaration de faillite d'une société en nom collectif implique constatation de la cessation de paiement et de l'ébranlement de crédit de tous les associés."

Deux bouts de phrase sont très importants dans cet attendu. Un: les associés en nom *font le commerce* sous une raison sociale. Deux: la personnalité de la SNC *se confond pratiquement avec celle de ses associés*.

7. Une telle vision se situe dans la ligne de ce que révèle un des écrits posthumes de Eudore Pirmez à propos de ce qu'il considérait comme "la véritable définition" de la SNC. Voici un passage significatif: "*La société en nom collectif a un caractère fondamental qui lui assure une existence propre: c'est d'être la réunion de personnes faisant collectivement des actes de commerce, en sorte que la société qui agit représente en un corps tous les membres qui la composent. En d'autres termes, il y a société en nom collectif partout où l'on rencontre les personnalités des associés se fondant en une personnalité sociale, qui réunit en elle toutes les garanties de ces personnalités individuelles (...)*"<sup>18</sup>.

Les deux phrases de l'arrêt de 1938, (*supra*, n° 6) ou, par-

fois, une seule des deux, se sont retrouvées sous la plume de nombreux auteurs tels que René Piret<sup>19</sup>, Louis Frédéricq<sup>20</sup>, Jean Van Ryn<sup>21</sup> ou Jan Ronse. Ce dernier écrivait: "*De hoofdelijke vennoten zijn als zodanig handelaars; zij drijven immers handel voor eigen rekening, onder gemeenschappelijke naam.*"<sup>22</sup>. Ces propos sont repris par Werner Derijcke dans une note récente et l'auteur avance que ce raisonnement peut "convaincre pour une société en nom collectif ou pour un associé commandité" car "pour ce type de société, la structure sociétaire est limitée à sa plus simple expression"<sup>23</sup>. Cet auteur estime, toutefois, que le raisonnement ne peut être transposé à la SCRI qui "dispose d'une structure élaborée et spécifique" et où on ne retrouve pas "l'osmose entre l'activité sociale et celle des associés en nom ou commandités" qui "est une des caractéristiques essentielles de la société en nom collectif ou de la société en commandite simple"<sup>24</sup>.

8. L'arrêt de cassation du 15 décembre 1938 a contribué à la systématisation par Jan Ronse d'une distinction entre personnes morales complètes et incomplètes. Selon l'éminent auteur, la personnalité des SNC et des SCS a ce caractère incomplet puisque ce sont les associés en nom et les commandités qui font le commerce sous le couvert de la société. Cette distinction continue à être couramment utilisée par la plupart des juristes de l'école de Leuven<sup>25</sup>, disciples de Ronse. Et plusieurs d'entre eux estiment que la SCRI (apparus en 1991, après le décès de Ronse)<sup>26</sup> est également une personne morale incomplète où les associés ont la qualité de commerçant<sup>27</sup>. Comme nous le verrons (*infra*, n° 13), cette solution est toutefois très controversée.

Observons encore que Jean Van Ryn avait brièvement esquissé dans son traité de 1954 l'idée que les SNC et les SCS avaient une personnalité morale incomplète<sup>28</sup> mais son propos restait un peu hésitant<sup>29</sup> et l'excellent auteur rejettera

<sup>16</sup>. A ce propos: F. PASSELECQ, *o.c.*, pp. 233-234; R. PIRET, *obs. précitées*, p. 157.

<sup>17</sup>. On faisait aussi valoir qu'en décidant la dissolution, les associés manifestaient leur volonté de ne plus poser des actes de commerce. A ce propos: J. CORBIAU, "Des effets de la dissolution d'une société commerciale relativement à la qualité de commerçant et à la possibilité de mise en faillite tant de la société que de ses membres", *Rev.prat.soc.* 1903, pp. 311 à 316; R. PIRET, *ibid.*

<sup>18</sup>. "Un écrit posthume de M. Eudore Pirmez - De la définition légale et des caractères essentiels de la société en nom collectif", *Rev.prat.soc.* 1895, pp. 101-102.

<sup>19</sup>. *Obs. précitées*, pp. 159-161.

<sup>20</sup>. *O.c.*, p. 295.

<sup>21</sup>. *Principes de droit commercial*, T. I, 1<sup>ère</sup> éd., Bruylant, 1954, n° 407, p. 288.

<sup>22</sup>. *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Louvain, Acco, 1975, p. 284.

<sup>23</sup>. "Le coopérateur à responsabilité illimitée et solidaire: un commerçant par interpolation?" (*obs. sous Liège 18 décembre 2000*), *Rev.prat.soc.* 2001, p. 305, n° 4.

<sup>24</sup>. *Idem*, p. 306.

<sup>25</sup>. Comme le relève H. De Wulf dans son étude précitée (*TRV* 2003, p. 683).

<sup>26</sup>. Dans son analyse de l'*Algemeen deel*, citée ci-dessus à la note 22, J. Ronse, n'envisageait, à propos de la coopérative, que la coopérative à responsabilité limitée: c'était normal puisque, avant la réforme de 1991, la quasi-totalité des coopératives limitaient la responsabilité des associés par une clause statutaire devenue de style.

<sup>27</sup>. Notamment: K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1992-1998)", *TPR* 2000, n° 466, p. 475.

<sup>28</sup>. *O.c.*, n° 354, pp. 249-250: "On peut se demander cependant si la personnalité morale complète doit être reconnue à toutes les sociétés commerciales sans exception. Elle s'impose, certes, pour les sociétés dont le personnel social est variable (sociétés de capitaux et sociétés coopératives) (...) mais elle convient mal aux sociétés de personnes, dans lesquelles ce sont les associés (ou certains parmi eux) qui font le commerce sous la raison sociale."

<sup>29</sup>. Comme le montre l'extrait repris à la note précédente et ce que l'auteur écrit ensuite à propos de la SA (*idem*, n° 461, p. 320): "Seules, parmi les sociétés commerciales, les sociétés anonymes ont une personnalité juridique complète, nettement indépendante de celle des associés."

la notion de personne morale incomplète<sup>30</sup> lorsque Jan Ronse s'appuiera sur elle pour tenter de s'opposer à la jurisprudence "*Dulière*" et à la théorie des cadres légaux obligatoires (*infra*, n° 9).

9. Les conséquences précises de l'"osmose" entre la SNC et ses associés ou du caractère incomplet de cette forme de société baignent dans un certain flou ainsi que l'a révélé la jurisprudence "*Dulière*"<sup>31</sup>, inaugurée par un arrêt de la Cour de cassation rendu en chambre plénière le 17 mai 1968<sup>32</sup> et confirmée par un arrêt du 28 juin 1968<sup>33</sup> puis par plusieurs autres arrêts. Ils ont consacré la théorie des cadres légaux obligatoires et généré une importante jurisprudence sur les SNC irrégulières<sup>34</sup>.

Pour tenter de s'opposer à cette jurisprudence, Jan Ronse avait mis en évidence que les commerçants associés dans une SNC irrégulière devaient, par application du caractère incomplet de ce type de société et de l'idée que les associés en nom font eux-mêmes du commerce sous le couvert de la société – ce qu'avait déclaré l'arrêt de cassation du 15 décembre 1938 (*supra*, n° 6) – être considérés non seulement comme codébiteurs des dettes sociales mais aussi comme cocréanciers des engagements sociaux. Dès lors, s'ils réclamaient eux-mêmes le paiement des dettes sociales, leur action ne devait pas être considérée comme non fondée<sup>35</sup>. Mais l'arrêt *Dulière* et ceux qui ont suivi<sup>36</sup> ont rejeté cette idée: les débiteurs assignés à titre personnel par les associés en nom peuvent soutenir qu'ils ont traité avec une SNC dotée de la personnalité morale et non avec ses associés.

Jan Ronse a souligné que cette solution allait à l'encontre de l'arrêt du 15 décembre 1938 et méconnaissait le caractère incomplet de la personnalité morale de la SNC. Ce qui est en quelque sorte confirmé par les conclusions de M. Ganshof

van der Meersch précédant l'arrêt "*Dulière*" du 17 mai 1968. L'éminent magistrat présente clairement la thèse de Ronse mais estime qu'elle ne peut être suivie<sup>37</sup>: "*La notion de société à personnalité juridique incomplète me paraît bien incertaine*", écrit-il.

La jurisprudence "*Dulière*" implique-t-elle un rejet par la Cour de cassation de l'explication donnée par son arrêt de 1938 à propos de la qualité de commerçant des associés en nom? La Cour est-elle toujours d'avis que ces associés font le commerce sous une raison sociale et que la personnalité de la SNC se confond pratiquement avec celle de ses associés? Nous verrons que l'arrêt annoté ne permet pas de répondre à cette question (*infra*, n° 14).

Quoi qu'il en soit, Jan Ronse semble être le seul à avoir mis en évidence une contradiction entre l'arrêt du 15 décembre 1938 et ceux qui ont, à partir du 17 mai 1968, consacré la théorie des cadres légaux obligatoires<sup>38</sup>. Au contraire, par exemple, Jean Van Ryn et Pierre Van Ommeslaghe ont approuvé la jurisprudence "*Dulière*" et le rejet de la tentative de Jan Ronse de s'y opposer avec la notion de personne morale incomplète<sup>39</sup>. Mais, dans le même examen de jurisprudence, ils répètent, à propos des associés en nom qu'ils "font le commerce 'sous le couvert' de la société en collectif" et se réfèrent à l'arrêt de 1938<sup>40</sup>.

Faut-il comprendre que, même s'ils faisaient du commerce sous une raison sociale, les associés en nom n'entraient en contact avec les cocontractants que par le biais (ce que traduiraient les mots "sous couvert") de l'être moral collectif qu'est la SNC, laquelle les représentait, comme l'écrivait Eudore Pirmez (*supra*, n° 7)?

10. En tout cas, force est de constater que l'idée d'une "osmose" entre l'activité sociale et celle des associés en nom reste nimbée d'un flou certain.

30. Il me semble que dans son excellente étude au *TRV* 2003, H. De Wulf exagère (pp. 683 à 685) l'adhésion de J. Van Ryn à la distinction entre personnes morales complètes et incomplètes. D'autre part, il signale (p. 683) que je m'étais rallié à cette distinction dans mes "*Dispositions communes...*" (*Rép.not.*, T. XII, L. II, 1<sup>ère</sup> partie) de 1982 (n° 220, p. 152). J'avais effectivement fait ce choix car les écrits de l'extraordinaire Jan Ronse (principalement: *De vennootschapswetgeving 1973*, les chroniques *TPR* et, bien sûr, l'*Algemeen deel*, lu et relu) ont constitué ma principale source d'inspiration tout au long de la rédaction de ce traité. J'ai toutefois changé d'avis par la suite, surtout après la lecture de la remarquable thèse de doctorat de Valérie Simonart (précitée) mais je n'ai eu, jusqu'à présent, l'occasion de faire état de ce changement d'avis que de façon incidente, lorsque je me suis prononcé contre l'attribution de la qualité de commerçant aux associés en nom et au(x) commandité(s).

31. Le premier arrêt, du 17 mai 1968, est intervenu dans une affaire où les frères Jean et Antoine Dulière qui faisaient ensemble du commerce sous une raison sociale ont été considérés comme les associés d'une SNC dotée de la personnalité morale mais irrégulière faute d'avoir été constituée selon les exigences de forme et de publicité du droit des sociétés.

32. *Pas.* 1968, I, p. 107, *RCJB* 1970, p. 217 et note de A. LIMPENS, *Rev.prat.soc.* 1968, p. 144 suivi des conclusions de M. Ganshof van der Meersch.

33. *Pas.* 1968, I, p. 1235, *RW* 1968-69, col. 299 suivi des conclusions de M. Ganshof van der Meersch, *Rev.prat.soc.* 1969, p. 247.

34. Pour une synthèse à propos de cette théorie et de cette jurisprudence: M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, précité, n° 560.

35. J. RONSE, "Vennootschappen. Overzicht van de rechtspraak (1964-1967)", *TPR* 1967, n°s 70 à 72, pp. 70-72.

36. Notamment l'arrêt du 17 mars 1972, *Pas.* 1972, I, p. 665 où les demandeurs en cassation faisaient valoir qu'ils étaient aussi créanciers des engagements de la société en nom collectif irrégulière (ce qui était la thèse de Ronse) mais n'ont pas été suivis par la Cour qui a décidé que "les créances litigieuses n'appartenaient qu'au patrimoine de la société".

37. Conclusions reprises dans *Rev.prat.soc.* 1968, spéc. pp. 148-149.

38. J. RONSE et K. VAN HULLE avec la collaboration de J.-M. NELISSEN et B. VAN BRUYSTEGEM, "Overzicht van de rechtspraak. Vennootschappen (1968-1977)", *TPR* 1981, n° 42, p. 715.

39. "Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1972-1978)", *RCJB* 1981, n° 38 p. 290 (où les auteurs se réfèrent à l'arrêt de cassation du 17 mars 1972 dont il a été question *supra*, à la note 36).

40. *Idem*, n° 43, p. 297.

Toutefois, ce n'est pas son principal défaut.

Le plus important est qu'elle ne repose sur *aucun fondement légal*.

Il en va de même, d'ailleurs, pour la fameuse distinction entre personnalité morale complète et incomplète.

J'y reviendrai (*infra*, n° 15).

11. Au préalable, il reste encore à examiner l'argument qui repose sur le texte de l'article 33 § 3 de la loi du 16 janvier 2003 sur la Banque-Carrefour des Entreprises: texte qui reprend tel quel l'ancien article 5 des lois coordonnées du 20 juillet 1964 sur le registre du commerce et stipule que "les associés en nom et les associés commandités ne doivent pas, bien que commerçants, être enregistrés" (dans la BCE) "de façon distincte".

Ce texte ne peut être retenu comme base légale pour la solution de la commercialité des associés en nom et des commandités.

Voici pourquoi.

En premier lieu, il s'agit d'un bout de texte *inutile* car on n'avait pas besoin de lui pour dispenser les associés commerçants d'une inscription distincte. En effet, cette dispense a été introduite par la loi du 3 juillet 1956 (reprise ensuite dans les lois coordonnées de 1964) qui a réformé en profondeur la première loi sur le registre du commerce datant du 30 mai 1924<sup>41</sup>. Bien que non prévue par cette loi, la dispense d'inscription distincte était admise par la doctrine tout comme l'était, d'ailleurs, la dispense des exigences comptables pesant sur les commerçants<sup>42</sup>. Cette seconde dispense reste d'application bien qu'elle ne soit toujours point prévue par un texte légal. La première, au contraire, a été inscrite

dans la loi en 1956. En fait, les travaux préparatoires de cette loi révèlent un souci d'être plus précis et contraignant qu'en 1924<sup>43</sup>. Ce qui peut expliquer le zèle intempestif du législateur: la qualité de commerçant des associés en nom et des commandités était à l'époque unanimement admise (*supra*, n° 2); on a cru bon de consacrer la solution doctrinale d'une dispense d'inscription. Mais si le législateur ne l'avait pas fait, cette solution aurait continué à s'appliquer, sans l'appui de la loi, comme c'est le cas pour les obligations comptables.

En second lieu, il faut insister, avec Hans De Wulf<sup>44</sup>, sur le fait qu'il n'appartient nullement à la loi sur le registre du commerce de définir qui est commerçant mais seulement de donner des suites à la qualité de commerçant qui *s'établit ailleurs*: à l'article 1 du Code de commerce ou, éventuellement, dans le droit des sociétés.

L'allusion à la qualité de commerçant dans les textes sur le registre du commerce puis sur la BCE (en 2003) doit donc être considérée comme une sorte d'*obiter dictum* du législateur<sup>45</sup> *sans portée normative*.

Elle ne peut servir de fondement à la solution examinée.

12. Il est intéressant d'observer que la situation est tout autre en droit français. Depuis la réforme de 1966, les textes du Code de commerce sur la SNC et la SCS énoncent clairement que "les associés en nom collectif ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales" (art. L 210-1) et que "les associés commandités ont le statut d'associés en nom collectif" (art. L 222-1)<sup>46</sup>. Une telle solution correspond à un choix politique et son opportunité ne peut être discutée ici, d'autant que cela supposerait de prendre en compte les spécificités du droit français des sociétés et de la faillite (règlement judiciaire).

## LA POSITION RETENUE PAR L'ARRÊT ANNOTÉ ET SA PORTÉE

13. L'arrêt annoté avance deux propositions à propos de la question qui nous occupe.

Un: "*Personen die handel drijven onder firma worden geacht koopman te zijn. Zij ontlenen die hoedanigheid aan hun lidmaatschap van de vennootschap.*"

Deux: "*De hoedanigheid van koopman van een vennoot van een vennootschap onder firma en van een beherend vennoot van een gewone commanditaire vennootschap berust niet*

*louter op de onbeperkte aansprakelijkheid van deze vennoten voor de schulden van de vennootschap.*"

Cette deuxième proposition permet à la Cour de refuser la demande d'une question préjudicielle devant la Cour constitutionnelle qui aurait porté sur une discrimination entre les associés légalement tenus de façon illimitée et solidaire des dettes sociales: commerçants – et donc exposés à la faillite – dans les SNC et SCS mais non dans les SCA, les SCRI ou les GIE.

<sup>41</sup> *Pasin*. 1927, p. 166.

<sup>42</sup> L. FRÉDÉRICQ, *o.c.*, n° 175, p. 296. L'éminent auteur note qu'il "y aurait double emploi puisque la société a sa comptabilité et est immatriculée". Dans le même sens: *RPDB*, v° *Société en nom collectif*, n° 21, p. 879.

<sup>43</sup> Voir le rapport de la Commission des affaires économiques fait au Sénat en sa séance du 22 octobre 1953, *Pasin*. 1956, pp. 501-502.

<sup>44</sup> Étude précitée, *TRV* 2003, p. 682.

<sup>45</sup> Dans le même sens, H. DE WULF, *ibid*.

<sup>46</sup> Cette formulation est meilleure que celle du Code de commerce de 1807, toujours maintenue en droit belge (voy. art. 205 C.soc.) et qui disait qu'en cas de pluralité de commandités, la société est en nom collectif à leur égard. "*Cette formule qui prêtait à équivoque, en laissant entendre qu'il y a deux sociétés là où, en réalité il n'y en a qu'une, n'a pas manqué de tromper certains rédacteurs de statuts*" écrivent J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, dans leur traité *Sociétés commerciales*, T. 1, Dalloz, 1972, n° 324, p. 329.

Contrairement à ce que laissait entendre l'avocat général Van Ingelgem dans ses conclusions<sup>47</sup>, la responsabilité illimitée et solidaire ne peut, à elle seule, justifier l'acquisition de la qualité de commerçant ainsi que l'a montré clairement Hans De Wulf<sup>48</sup>: le fait d'être personnellement tenu de toutes les dettes sociales n'implique pas que soit transférée à l'associé la commercialité qui caractérise ces dettes.

A l'inverse, toutefois, il ne se concevrait pas qu'un associé soit considéré comme commerçant s'il n'avait pas de responsabilité illimitée. C'est pourquoi les justifications de la qualité de commerçant – caution commerciale (*supra*, n° 5) ou osmose entre la personnalité de la société et celle des associés (*supra*, n° 6) – se réfèrent inévitablement à la responsabilité illimitée et solidaire que la loi impose aux associés en nom et aux commandités (art. 201 et 202 C.soc.).

On peut donc raisonnablement déduire de la seconde proposition de l'arrêt annoté un *rejet* de la solution préconisée par certains, en doctrine et en jurisprudence, et selon laquelle les associés d'une SCRI sont également commerçants. Cette question a fait ces dernières années l'objet d'une controverse<sup>49</sup> qui me semble réglée.

14. Cela dit, le renvoi préjudiciel qui aurait amené la Cour constitutionnelle à intervenir dans le débat est écarté par l'arrêt annoté d'une manière qui n'est pas du tout satisfaisante. En effet, il existe bel et bien une différence de traitement entre les associés en nom et les commandités et les associés tenus de façon illimitée dans d'autres formes socié-

taires. Et cette différence n'est acceptable que si elle repose sur une justification sérieuse.

Or, le moins qu'on puisse dire c'est que la première proposition de l'arrêt annoté est particulièrement lacunaire et repose sur une affirmation dépourvue de la moindre justification. La qualité de commerçant découle de la qualité d'associé d'une SNC nous dit, en substance, la Cour. Aucune motivation n'accompagne cette affirmation. Et si on isole cette phrase du contexte de l'arrêt, on devrait considérer que les associés sont commerçants même si la SNC a un objet *civil*: l'arrêt omet de préciser, en effet, que la solution affirmée suppose que la société ait un objet commercial.

Certes, il faut se réjouir que la Cour ne se base pas sur l'article 33 § 3 de la loi BCE (*supra*, n° 11) comme le proposaient le pourvoi et les conclusions de l'avocat général parmi leurs arguments.

Pour le reste, le contraste avec l'arrêt du 15 décembre 1938 (*supra*, n° 6) est flagrant: ici, la Cour *justifiait* la qualité de commerçant des associés en nom dans le cadre de la solution qu'elle retenait à propos de leur mise en faillite.

On ne retrouve, en 2008, nulle trace de la justification de 1938. Est-ce que la Cour a été consciente d'une certaine contradiction entre cet arrêt de 1938 et ceux qui, à partir de 1968, ont consacré la théorie des cadres légaux obligatoires (*supra*, n° 9)?

Mystère!

## POUR LE REJET DE L'ATTRIBUTION DE LA QUALITÉ DE COMMERÇANT AUX ASSOCIÉS ET AU(X) COMMANDITÉ(S) DES SNC ET SCS

### A. L'absence de base légale

15. Rien dans le Code de commerce de 1807, dans la loi du 18 mai 1873, dans les lois ultérieures ni dans le Code des sociétés ne permet d'attribuer la qualité de commerçant aux associés en nom et au(x) commandité(s) des SNC et des SCS ni ne justifie que, dans ces deux formes sociétaires, la personnalité morale ait une signification particulière en se confondant pratiquement avec la personnalité des associés<sup>50</sup>.

Bien que défendue par d'excellents auteurs (*supra*, n° 8), la distinction entre personnes morales complètes et incomplètes, selon qu'elles connaissent ou non une responsabilité illimitée des associés ou de certains d'entre eux, est une construction doctrinale tout aussi dépourvue de base légale<sup>51</sup> et

qui manque de rigueur<sup>52</sup>. De plus, une de ses conséquences – à savoir la qualité de commerçant des associés d'une SCRI – est remise en cause par l'arrêt annoté (*supra*, n° 13). Enfin, cette conception est contraire à la notion même de personnalité morale comme l'a si bien démontré Valérie Simonart dans sa thèse de doctorat<sup>53</sup>. La garantie imposée par la loi aux associés dans certaines formes sociétaires constitue une rupture légale de la responsabilité limitée qui, pas plus que les ruptures volontaires – cautionnement solidaire au profit de certains créanciers – ne remet en cause l'unité du concept de personnalité morale.

Quant à l'idée de l'"osmose" (*supra*, n° 7) entre l'activité sociale et celle des associés, elle renvoie à la SNC de l'ancien droit qui était une société de commerçants. En droit

47. Disponibles sur le site juridat avec le texte de l'arrêt: <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

48. Étude précitée, *TRV* 2003, pp. 680-681.

49. Voir le "commentaar" de H. DE WULF, sous Anvers 15 février 2007, cette revue, 2007/4, pp. 371 à 373 où l'auteur dresse un inventaire fort complet des opinions en présence dans la doctrine et la jurisprudence.

50. En ce sens: H. DE WULF, étude citée, *TRV* 2003, p. 683.

51. En ce sens: H. DE WULF, *idem*, p. 685.

52. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, T. I, Kluwer, 1996, n° 350, p. 278.

53. Voy. l'analyse approfondie de Valérie Simonart, *o.c.*, n°s 470 à 509, pp. 407 à 448.

positif, elle ne correspond à rien. En réalité, la notion d'osmose présente un intérêt mais dans l'optique d'une *sociologie* des sociétés. Si on examine la manière dont les sociétés fonctionnent en pratique, il est évident que, dans certaines d'entre elles, le voile qui sépare l'activité des associés et celle de la société est particulièrement transparent. C'est notamment le cas dans les SPRLU, dans les SA ou SPRL quasi-unipersonnelles<sup>54</sup>, dans les sociétés comptant très peu d'associés et aussi, bien sûr, dans la plupart des SNC et SCS. Mais, comme le souligne Hans De Wulf, il ne découle pas de ces différences observées sur le plan sociologique que, du point de vue juridique, il y ait des variations ou des degrés dans la personnalité morale<sup>55</sup>.

## B. Le nouveau visage de la SNC

16. A l'argumentation légaliste qui vient d'être développée, on pourrait objecter qu'une solution appliquée depuis deux siècles et qui a conduit, au fil des ans, à la mise en faillite de centaines d'associés en nom ou de commandités ne peut être abandonnée brusquement par ce qu'on a enfin compris son caractère erroné. Sans aller jusqu'à invoquer le vénérable adage "*error communis facit jus*", on pourrait dire que la solution s'est ancrée dans notre droit par la force de l'habitude.

La raison de ne pas accepter cette attitude conservatrice tient en trois réformes légales qui ont profondément modifié, surtout depuis 1995, l'image de la SNC en sorte que les arguments tirés de la tradition n'ont plus de pertinence.

17. Il y eut tout d'abord la loi du 14 juin 1926 qui a permis aux sociétés à objet civil d'adopter une forme commerciale. La SNC pouvait donc avoir une activité civile. Cette nouveauté est restée longtemps quasi inaperçue car les LCSC continuaient à définir, à l'article 15, la SNC par son objet commercial malgré l'article 212 qui autorisait l'objet civil. Il a fallu attendre la loi du 13 avril 1995 pour que la contradiction soit supprimée grâce à une nouvelle rédaction de l'article 15 stipulant que la SNC peut avoir une activité civile ou commerciale. En pratique, cependant, la SNC à objet civil

20. Les ruptures brutales avec la tradition et une image de la SNC proche de ce qu'elle était dans l'ancien droit (voir *supra*, n° 7, l'écrit de Eudore Pirmez) justifient l'abandon d'une solution qui, jusqu'en 1995 pouvait (si on laisse de côté le coup porté en 1926 avec les activités civiles) trouver une certaine justification, toute discutable qu'elle fût, dans cette image et cette tradition.

21. D'où peut-on attendre un changement?

avait commencé, à partir des années '70, à se manifester de façon plus visible car elle était adoptée par certains titulaires de professions libérales pour l'exercice de leur activité en société.

18. Mais le coup de grâce est venu avec les dispositions de la loi du 13 avril 1995 qui ont aboli la théorie des cadres légaux obligatoires. La SNC a cessé d'être la société de droit commun du droit commercial et, désormais, les commerçants qui s'associaient sans accomplir les démarches permettant d'acquérir la personnalité morale selon une des formes prévues par la loi n'étaient plus en SNC irrégulière mais en société du Code civil à objet commercial (art. 2, al. 2 et 3 des LCSC). Au grand dam de certains commercialistes, la société du Code civil devenait la société de droit commun pour les activités commerciales et civiles.

De façon heureuse, le Code des sociétés a consacré cette nouveauté en reprenant la société du Code civil sous l'appellation de société de droit commun (art. 2 § 4 et 46).

De nos jours, la SNC n'est donc plus celle qui se forme entre des commerçants lorsqu'ils n'ont pas adopté une autre forme sociétaire dotée de la personnalité morale. La SNC est donc *banalisée*: elle n'est qu'une société commerciale comme les autres qu'énumère l'article 2 § 2 du Code des sociétés.

19. Notons enfin un coup supplémentaire qui résulte du Code des sociétés: la SNC est régie par des dispositions communes à toutes les personnes morales régies par ce code, ce qui accentue son caractère de personne morale comme les autres.

Et il faut épingler l'article 65 qui soumet au même régime la dénomination sociale de toutes les sociétés personnes morales. D'autant que, suite à la modification apportée au code par une loi du 23 janvier 2001, soit peu avant l'entrée en vigueur de ce code, le 6 février 2001, la fameuse *raison sociale* qui caractérisait depuis des siècles la SNC – même si elle n'était pas un de ses éléments essentiels – *a disparu* et ne figure donc plus dans la définition de la société en nom collectif (art. 201 du code).

## CONCLUSION

A mon avis, l'arrêt annoté ne justifie pas suffisamment la différence de traitement entre les associés et commandités des SNC et SCS et les associés des autres sociétés à forme commerciale. Il faudrait que cette discrimination puisse être soumise à la censure de la Cour constitutionnelle.

On peut aussi imaginer que le législateur introduise un alinéa à l'article 1 du Code de commerce pour énoncer que le simple fait d'être associé dans une société où la loi prévoit une

<sup>54</sup> A ce propos, un essai de typologie sommaire des SPRL dans: M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, 3<sup>ème</sup> éd., Larcier, 2008, n° 8-2, pp. 131-132.

<sup>55</sup> Étude citée, *TRV* 2003, p. 683, note 31.

responsabilité illimitée<sup>56</sup> ne confère pas la qualité de commerçant. Et, dans la foulée, il faudrait évidemment abroger l'article 33 § 3 qui ne serait plus, comme maintenant, inutile (*supra*, n° 11) mais inexact.

Evidemment, une telle perspective ne réjouirait pas les curateurs de faillite!

### Addendum

**22.** Depuis que la note ci-dessus a été terminée et envoyée à un des rédacteurs en chef de cette revue fin avril 2009, sont parus trois commentaires de l'arrêt de cassation du 19 décembre 2008 que je voudrais évoquer brièvement avec de simples renvois à ma note et sans entrer dans un véritable débat. Mais cette évocation permettra de mesurer combien la discussion semble loin d'être close.

Les commentaires en question sont l'œuvre de trois excellents auteurs: J. Vananroye, D. Van Gerven et H. De Wulf.

**23.** Joeri Vananroye<sup>57</sup> reste fidèle à la distinction entre personnes morales complètes et incomplètes (*supra*, n° 8) et estime que, dans les sociétés en nom collectif, les associés agissent ensemble avec la société et deviennent ainsi eux-mêmes débiteurs des dettes sociales: celui qui représente la SNC représente aussi les associés personnellement; ceci explique qu'ils deviennent commerçants du simple fait de leur qualité d'associés de la SNC. Et l'auteur poursuit en observant que la seule véritable différence entre la SNC et la société de droit commun réside en ce que l'acquisition de la personnalité morale soumet la SNC au système de publicité du droit des sociétés: dépôt au greffe et publication aux annexes du *Moniteur belge*.

**24.** Dirk Van Gerven<sup>58</sup> rallie le camp de ceux qui s'opposent à la solution retenue par l'arrêt annoté. Il estime que celle-ci entre en conflit avec la personnalité distincte des formes de sociétés commerciales et avec la séparation des patrimoines qui découle de cette personnalité. De plus, l'auteur estime que les travaux préparatoires de la loi du 3 juillet 1956 (reprise ensuite dans les lois coordonnées de 1964) montrent que le législateur a uniquement voulu (à l'art. 5) une dispense d'inscription au registre du commerce des associés en nom et des commandités et qu'on ne peut trouver dans cette dispense une base légale pour leur reconnaître la qualité de commerçant (*supra*, n° 11). Et il fait une observation similaire à propos des travaux préparatoires de la loi du 16 janvier 2003 sur la BCE.

En revanche, elle pourrait, en adoucissant la situation des associés en nom et des commandités, rendre plus d'attrait à deux formes de sociétés commerciales qui, même sans la faillite des associés, peuvent souvent rassurer les créanciers et donner plus de crédit aux projets de ces sociétés.

**25.** Quant à Hans De Wulf<sup>59</sup>, il commence par critiquer sévèrement la Cour de cassation pour l'absence de motivation de son arrêt (*supra*, n° 14). Ensuite, il sème quelque peu le trouble dans les esprits en raisonnant comme suit: certes, sur un plan dogmatique ou académique, la décision de la Cour de cassation est inconséquente et insoutenable au regard du reste du droit belge des sociétés et des personnes morales; cela dit, en quittant les sphères académiques et en adoptant une vision pragmatique, il faut bien constater qu'elle se défend au regard de la pratique.

Et d'indiquer que, depuis toujours et spécialement depuis l'arrêt de cassation de 1938 (*supra*, n° 6) suivi par quantité d'autres arrêts, les créanciers ont compté sur le fait que la faillite d'une SNC entraînait celle des associés; ceci a pour résultat que les créanciers traitant avec une SNC ont toujours eu confiance dans le fait que le crédit des associés de cette société n'était pas ébranlé. Peut-être, écrit Hans De Wulf, la culture de la Cour de cassation ne lui permet-elle pas d'entrer dans ce type de justification? Et l'excellent auteur livre alors des réflexions originales et intéressantes sur le rôle de la Cour et son devoir de motivation.

Sans entrer ici dans le débat, j'observe quand même que la mission constitutionnelle de la Cour de cassation est de dire le droit et non de faire de la sociologie. Evidemment, une solution qui tournerait le dos à une longue tradition heurterait la sécurité juridique mais il en va ainsi pour quantité de jurisprudences ou de lois nouvelles. Enfin, n'exagère-t-on pas les inconvénients pratiques de l'abandon de la solution traditionnelle? Car même s'ils ne pouvaient plus être mis en faillite, les associés en nom garderaient une responsabilité illimitée et solidaire, probablement moins confortable pour les créanciers mais néanmoins plus favorable que la responsabilité limitée contre laquelle ils doivent se protéger dans leurs relations avec un très grand nombre de partenaires qui sont en SPRL ou SPRLU, en SA ou, beaucoup moins fréquemment, en SCRL<sup>60</sup>.

<sup>56.</sup> Je n'ajoute pas "solidaire" car il n'y a pas de solidarité dans le cas d'une SCS avec un seul commandité.

<sup>57.</sup> "Het lot van de (werkende) vennoten bij het faillissement van een VOF of Comm. V.", *RW* 2008-09, p. 1429, spéc. nos 1 à 3.

<sup>58.</sup> "De hoedanigheid van handelaar van de beherende vennoot van een gewone commanditaire vennootschap", *RAGB* 2009/8, pp. 534-536.

<sup>59.</sup> "Het faillissement van onbepakt aansprakelijke vennoten van een VOF en de taak en bevoegdheid van de curator", *TRV* 2009, p. 459, spéc., pp. 459 à 465.

<sup>60.</sup> Il semble impossible de se procurer gratuitement des statistiques exactes portant sur plusieurs années mais les statistiques structurelles sur la démographie des entreprises disponibles sur le site du SPF Économie montrent l'évolution du nombre des assujettis actifs à la TVA (ce qui recouvre un très grand nombre d'entreprises mais pas toutes puisque certaines ne sont pas assujetties) de 1998 à 2006: augmentation très nette des SPRL (SPRLU comprises) qui passent de 143.590 à 207.209; stagnation des SA (de 81.482 à 86.263); baisse des coopératives (sans distinction entre les SCRL et les SCRI) qui chutent de 24.081 à 15.896; triplement des SNC et SCS qui passent de 3.062 à 10.351: [www.statbel.fgov.be/figures/d422\\_fr.asp](http://www.statbel.fgov.be/figures/d422_fr.asp).