
Essai sur la nature de la société par actions

Marcel Lizée*

Au cours du vingtième siècle, la société par actions a acquis une importance déterminante, notamment en contribuant au développement du capitalisme moderne et à l'accroissement de la richesse collective. Elle s'est toutefois éloignée de son concept original, car son fonctionnement a considérablement évolué au fil des ans. L'auteur entreprend donc de réviser les notions servant à définir la nature de la société par actions dans le but de rétablir la cohérence entre le fait et le concept juridique.

Dans un premier temps, l'auteur se demande si la société par actions constitue véritablement une entité distincte reposant sur une fiction juridique et en arrive à la conclusion que cette conception — ayant servi de base à notre raisonnement pendant de nombreuses années — doit maintenant être remise en question. En effet, il croit que la société par actions est beaucoup plus qu'une simple fiction ; elle possède une existence réelle et distincte des personnes sur qui elle repose.

Dans un second temps, l'auteur s'interroge sur le fondement de la société par actions. Il remet en doute l'approche traditionnelle voulant que celle-ci repose sur une société contractuelle d'actionnaires et propose plutôt d'adopter la thèse institutionnelle. Selon lui, la société par actions n'est qu'une forme juridique recouvrant une entreprise et son rôle social ne se limite pas à veiller aux intérêts des seuls actionnaires, mais également à ceux d'autres intervenants — par exemple, les employés — jouant un rôle de plus en plus important. Bref, l'auteur est d'avis que le capital humain deviendra l'instrument-clé de la société par actions. Il conclut en affirmant que ce changement nous conduira à reconnaître le principe du «partenariat» corporatif de l'employé.

The twentieth century has seen the corporation become an increasingly prominent entity, in particular because of its contribution to the development of modern capitalism and to the growth of the collective wealth. Since the operation of the corporation has evolved considerably over the years, it has thus grown beyond its conceptual origins. The author therefore reviews the concepts which define the nature of the corporation, with the goal of reconciling fact with legal theory.

At the outset, the author poses the question of whether the corporation constitutes a distinct entity based on a legal fiction and concludes that this concept — a fundamental premise of our approach to date — should now be re-examined. He proposes that the corporation is, in reality, more than a simple legal fiction as it possesses a real and separate existence distinct from its constituent members.

Next, the author explores the foundation of the corporation. He challenges the traditional notion that it is based on a contractual partnership of shareholders and proposes, in the alternative, to adopt an institutional approach. Accordingly, the corporation is seen as a juridical construct overlying an enterprise, whose social role is not limited to serving the interests of its shareholders, but which equally serves the interests of others, *i.e.* employees, who are integral to its functioning. In summary, the author submits that human capital will become the keystone of the corporation. The article concludes by asserting that this change in approach will lead us to recognize a principle of corporate partnership for the employee.

* LL.D. Membre du Barreau du Québec pendant plus de 35 ans, l'auteur occupa également les postes de directeur général de la Fiducie du Québec, puis de la Fédération de Montréal des Caisses Desjardins. Il est, depuis 1981, professeur en sciences administratives à l'Université du Québec à Montréal. Il détient un doctorat en droit de l'Université de Montréal (1991).

Sommaire

Introduction

- I. Le phénomène de l'entité distincte à la base de la société par actions**
 - A. *L'approche juridique***
 - 1. Le postulat de l'entité distincte
 - 2. La technique de la fiction
 - 3. La personne morale
 - B. *L'approche ontologique***
 - 1. L'approche sociologique
 - 2. La théorie des systèmes

- II. L'assise de la société par actions**
 - A. *La théorie du groupement d'actionnaires***
 - B. *La théorie de l'institution***
 - C. *La théorie de l'entreprise***
 - D. *La théorie des partenaires corporatifs***
 - E. *La théorie de la technique d'organisation***

Conclusion

* * *

Introduction

La société par actions est devenue l'institution-clé du vingtième siècle. Certains vont jusqu'à dire que notre système corporatif marquera cette époque, tout comme la féodalité a caractérisé le Moyen Âge¹. D'aucuns considèrent que nous lui devons le développement du capitalisme moderne et la réalisation du haut niveau de vie des pays industrialisés.

C'est l'État qui a rendu possible le recours à cet instrument en lui octroyant la personnalité juridique, en faisant de lui un sujet de droits et d'obligations. Les lois générales d'incorporation, adoptées par plusieurs pays au début du siècle dernier, ont rendu très accessible cette forme d'organisation et certaines réformes récentes du droit corporatif en ont davantage facilité l'accès.

Il faut dire que le fonctionnement de la société par actions a considérablement évolué au cours du présent siècle, au point où l'idée que l'on se faisait de cette forme d'entreprise se doit d'être profondément révisée. Cette révision est

¹A.A. Berle et G.C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York. Harcourt, Brace & World, 1968 à la p. 3.

d'autant plus impérieuse que la méthode juridique a tendance à se référer, comme technique d'interprétation, aux concepts d'autrefois. Toute recherche du sens ancien est parfois un contresens, fait remarquer Henri Lévy-Bruhl ; le droit, dit-il, ne reste vivant «que dans la mesure où il a pu s'adapter aux besoins nouveaux»². Heuri Batiffol ajoute même que le droit «n'a de valeur et de durée que dans la mesure où il consacre ce que le fait social exprime»³.

Le présent article cherche donc à vérifier le concept de la société par actions à la lumière de «ce que le fait social exprime» présentement. C'est ce que Gérard Farjat appelle «l'analyse substantielle»⁴. Dans un droit en aussi rapide évolution que le droit corporatif, l'analyse substantielle s'avère importante pour rétablir la cohérence entre le fait et le concept juridique ou, exprimé autrement, pour éviter le déphasage entre le concept juridique et la réalité sociale de l'institution corporative.

Cette étude sera abordée en deux étapes. Nous vérifierons d'abord le **concept d'entité distincte**. Pour plusieurs, ce concept procède d'une fiction. Il faut, à notre avis, remettre complètement en question cette vision d'autrefois. Nous scruterons ensuite le fondement ou l'assise de la société par actions. Faut-il persister à dire qu'elle repose uniquement sur une «société contractuelle d'actionnaires» et que c'est là sa raison d'être ?

Cet article vise surtout à démontrer que c'est l'entreprise qui forme le fondement de la société par actions, ce qui a pour effet de donner à cette dernière un caractère institutionnel, la plaçant au service de divers bénéficiaires, au lieu d'en faire, comme le veut la tradition, une chose appartenant aux actionnaires.

Nous utiliserons, dans cette étude, l'approche du droit comparé. C'est la seule méthode valable, croyons-nous, pour donner une idée juste du concept de la société par actions et surtout de son évolution. D'aucuns reconnaîtront d'ailleurs l'influence qu'exercent réciproquement les diverses législations sur le droit corporatif et la tendance vers une certaine uniformisation qui se manifeste de plus en plus⁵. Nous utiliserons le terme «société par actions» pour désigner la société à capital-actions. Notre article a toutefois une portée plus vaste et peut généralement s'appliquer à toute entreprise incorporée, soit la société par actions, la coopérative et même, dans certains cas, la corporation sans but lucratif⁶.

I. Le phénomène de l'entité distincte à la base de la société par actions

Tout le développement de la société par actions repose sur le principe selon lequel elle constitue une entité distincte de ses membres. C'est cette prémisse

²*Sociologie du droit*, 4^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1981 à la p. 72.

³*La philosophie du droit*, 4^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1970 à la p. 43.

⁴«L'importance d'une analyse substantielle en droit économique» (1986) *Rev. I.D.E.* 9.

⁵C'est, à tout événement, le cas de la Communauté économique européenne. Voir C.M. Schmitt-hoff, dir., *The Harmonisation of European Company Law*, Londres, United Kingdom Committee of Comparative Law, 1973.

⁶La corporation sans but lucratif peut parfois avoir pour objet une entreprise, car ce n'est pas la corporation qui est sans but lucratif mais plutôt ses membres.

qui a permis au droit de lui reconnaître la capacité de contracter. Cette question de l'entité distincte s'avère donc fondamentale pour l'étude de notre sujet.

Il nous faudra ici éviter le piège épistémologique d'aborder la question uniquement sous son aspect juridique, car lorsqu'il y a un débat sur la nature des choses, le droit devrait faire appel aux recherches des autres sciences, mieux équipées pour décrire la réalité factuelle. Nous ne partageons pas l'avis de certains juristes qui considèrent que le droit prime les autres sciences sur cette question et notamment celle du professeur Jean Foyer qui soutient que le droit a démenti les conclusions des autres sciences sur la nature de l'entité corporative⁷. Le droit n'est pas une science autonome et hermétique, se suffisant à elle-même, mais plutôt une science tournée vers l'extérieur qui doit s'appuyer sur la réalité⁸.

Nous vérifierons d'abord comment le droit a tenté de résoudre ce problème, et nous verrons par la suite l'éclairage que d'autres sciences peuvent apporter à la question.

A. *L'approche juridique*

Sur le plan juridique, le phénomène de l'entité distincte de la société par actions est étroitement relié à la reconnaissance par le droit de sa personnalité juridique. Il s'agit toutefois de deux sujets distincts. Néanmoins, le droit ne peut logiquement reconnaître une personnalité juridique aux sociétés par actions s'il n'admet pas au départ qu'elles forment une entité distincte de leurs membres. Ce n'est qu'une fois le principe de l'entité corporative distincte établi que le droit peut alors faire de cette entité un sujet de droits et d'obligations. Il peut par ailleurs refuser de lui reconnaître cette capacité, ce qui n'annihile pas pour autant le fait de l'entité distincte, mais l'ampute tout de même de la prérogative de se comporter comme telle en regard de la loi. La présente section a pour objet d'approfondir ces deux questions.

1. Le postulat de l'entité distincte

Voilà des siècles que le droit a réalisé que, pour des raisons pratiques, il fallait postuler le principe de l'entité réelle et distincte de la société par actions⁹.

⁷«Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français» dans *La personnalité morale et ses limites*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, 113 à la p. 117. Voir contra J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Paris, Sirey, 1935.

⁸Batiffol, *supra* note 3 à la p. 44.

⁹H.W. Robinson, *Corporate Personality in Ancient Israel*, Philadelphia, Fortress Press, 1964 ; M. Radin, *The Legislation of the Greeks and Romans on Corporations*, New York, Columbia University Press, 1931 ; B. Eliachevitch, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, Sirey, 1942 ; P. Gillet, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique*, Malines (Belgique), W. Godenne, 1927 ; M. Vauthier, *Études sur les personnes morales dans le droit romain et dans le droit français*, Paris, Pedone Lauriel, 1887 ; M.A. Pickering, «The Company as a Separate Legal Entity» (1968) 31 *Modern L. Rev.* 481 ; R.W. Hamilton, «The Corporate Entity» (1970-71) 49 *Texas L. Rev.* 979 ; M. Cantin Cumyn, «Les personnes morales dans le droit privé du Québec» (1990) 31 *C. de D.* 1021. Voir également les rapports déposés au XIII^e Congrès international de droit comparé, Académie internationale de droit comparé, *Rapports généraux : XIII^e Congrès International de Droit Comparé*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1990.

Toute notre société industrielle est aujourd'hui tributaire du système corporatif et tout ce système repose essentiellement sur le fait que le droit accepte de considérer la société par actions comme une entité réelle, distincte de ses membres¹⁰. C'est ce qui lui permet d'accéder à la personnalité juridique et, ainsi, de posséder un patrimoine et d'assumer des engagements en son nom personnel sans pour autant engager la responsabilité de ses membres¹¹. Si le droit n'avait pas accepté de considérer la société par actions comme une entité distincte, capable de contracter et de posséder des biens, le phénomène corporatif serait aujourd'hui étouffé et les entreprises n'auraient pas connu le développement qui les caractérise.

Mais dire que la société par actions forme réellement une entité paraît, de prime abord, une affirmation douteuse, sinon contraire à la raison. Un être, semble-t-il, c'est quelque chose de tangible, qui se voit, qui se touche ; or les sociétés par actions sont intangibles, «they [have] no pants to kick or soul to damn» déplorait un juge anglais¹². Ce sont des considérations pratiques¹³ qui ont alors amené le droit à faire comme si la société par actions était une entité, malgré la difficulté à y apporter une explication scientifique ; on estimait donc recourir à une fiction. Ainsi, M. le juge Marshall de la Cour suprême des États-Unis fait remarquer, dans un jugement rendu en 1819¹⁴, que la société par actions n'a aucune existence tangible, qu'elle n'est qu'un être artificiel qui existe uniquement en regard de la loi. Il s'appuie alors sur un autre jugement, rendu cette fois en Angleterre en 1612, dans lequel il est écrit : «[A] corporate aggregate of many is invisible, immortal and rests only in intendment and consideration of the law [...]»¹⁵. Le *Code civil du Bas-Canada* mentionnait à l'article 352 : «Toute corporation légalement constituée forme une personne fictive ou morale [...]»¹⁶.

Voilà des siècles que cette situation dure, car les Romains, en gens pratiques, posaient eux aussi le principe de l'entité distincte : «[S]i quid universitas debetur, singulis non debetur ; nec quod debet universitas singuli debent»¹⁷.

¹⁰Pothier disait : «Ces corps sont des êtres intellectuels, différents et distincts de toutes les personnes qui les composent» (M. Bugnet, dir., *Œuvres de Pothier*, t. 9, 3^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1890 à la p. 78).

¹¹Le principe de la responsabilité limitée découle précisément du fait que l'on considère que les engagements et dettes de la société par actions sont ceux de la corporation, entité distincte, et non ceux des personnes qui la composent. R.B. Bell, «Limited Liability for Corporate Shareholders: Myth or Matter-Of-Fact» (1974-75) 63 *Kentucky L.J.* 23.

¹²Lord Thurlow, cité par T. Donaldson, *Corporations and Morality*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice-Hall, 1982 à la p. 1.

¹³En effet, sans ce postulat de l'entité distincte, le droit peut difficilement lui reconnaître la personnalité juridique.

¹⁴*Trustees of Dartmouth College c. Woodward*, 17 U.S. 518 à la p. 636 (1819) [ci-après *Dartmouth College*].

¹⁵*Sutton's Hospital Case* (1611), 10 Co. Rep. 23a, 77 E.R. 960 (K.B.).

¹⁶Ce chapitre du *Code civil du Bas-Canada* a récemment été remplacé par une nouvelle version qui ne fait pas référence à la théorie de la fiction. Voir le titre cinquième du *Code civil du Québec*.

¹⁷Voir Ulpian, *Digeste*, 3,4,7,1, cité par P.W. Duff, *Personality in Roman Private Law*, Londres, Cambridge University Press, 1938 à la p. 37. Voir également les ouvrages cités *supra* note 9.

Si la nécessité de supposer un fait nous amène à en présumer l'existence, c'est l'indice qu'il correspond à la nature profonde des choses¹⁸. Toute la science physique est basée sur cette technique. On ne voit pas l'atome, mais on en perçoit les effets, ce qui permet d'en postuler l'existence. Il en est de même en matière corporative ; tout le système corporatif postule pour son fonctionnement le principe de l'entité réelle et distincte de la société par actions, et ce postulat est à l'origine de tout cet ensemble de sociétés commerciales qui marquent notre époque. Il paraît difficile, dit Georges Ripert, «de considérer fictive une personnalité qui se manifeste avec une telle puissance»¹⁹.

2. La technique de la fiction

Comme toute science, le droit a ses propres techniques, dont celle de la fiction²⁰. Celle-ci sert à deux fins, soit affirmer l'existence d'une chose qui nous paraît absolument fausse et inexistante (fiction authentique), soit reconnaître un phénomène qui se constate, mais que l'on ne saurait expliquer scientifiquement (fiction explicative). La fiction authentique doit être utilisée avec parcimonie, car ce n'est pas le rôle du droit de créer des choses ; il constate les faits, les présume ou les suppose, mais il ne les crée pas. C'est pourquoi la technique de la fiction lui sert le plus souvent à poser un postulat qui s'impose, mais qu'on ne saurait expliquer scientifiquement. Jean Dabin fait remarquer que

les jurisconsultes de Rome ont dégagé bien des solutions qu'ils croyaient imprégnées de fiction et qui n'étaient, au vrai, que l'expression inconsciente de vérités naturelles : la raison juridique remédiait chez eux aux déficiences de la raison scientifique²¹.

Comme le dit le juriste allemand von Jhering, la fiction constitue une technique provisoire. Elle est posée en attendant que la science parvienne à expliquer le phénomène que perçoit le droit. «Toute fiction, dit-il, à cause de son imperfection même, avertit la science d'avoir à chercher le plus rapidement possible un moyen plus parfait»²². Il n'appartient pas au droit, mais à la science, dit Jean Dabin, de déterminer si la supposition posée par la technique juridique de la fiction est plausible²³. La fiction, dit Raymond Saleilles, remplace «l'explication de certaines réalités»²⁴. Le caractère fictif réside en ce que le droit admet le fait, même si on ne peut le démontrer ou l'expliquer scientifiquement.

Le danger de la technique de la fiction en matière corporative, fait remarquer ce même auteur, est qu'elle conduise à une méprise sur le sens du mot

¹⁸H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. 2, 7^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983 à la p. 322, n. 4.

¹⁹*Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951 à la p. 52.

²⁰F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, Paris, Sirey, 1921 ; L.L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford, Stanford University Press, 1967 ; S. Timberg, «Corporate Fictions» (1946) 46 *Colum. L. Rev.* 533.

²¹*Supra* note 7 aux pp. 312-13.

²²R. von Jhering, *Études complémentaires de l'Esprit du droit romain*, t. 3, 3^e éd., trad. par O. de Meulenaere, Paris, Forni Editore Bologna, 1969 à la p. 297.

²³*Supra* note 7 à la p. 302.

²⁴*De la personnalité juridique*, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1922 à la p. 355.

fiction, de telle sorte qu'on en vienne à croire que c'est le phénomène de l'entité distincte qui est fictif, plutôt que la démonstration scientifique de sa réalité²⁵. Plusieurs juristes n'ayant pas fait cette distinction ont perçu le fait de l'entité distincte comme une pure invention juridique, la percevant comme une fiction authentique. Nous croyons qu'il s'agit là d'une erreur, car ce n'est pas le phénomène qui est fictif, mais son explication ou plutôt l'absence d'une explication qui lui soit satisfaisante.

Ceux qui considèrent que l'entité corporative procède d'une fiction authentique estiment que le droit simule l'existence d'une chose qui n'existe pas²⁶. Mais si on considère que l'entité distincte n'existe pas, qu'est-ce qui justifie alors le droit de poser un tel postulat, sinon la nécessité pratique ? C'est le fait de l'entité distincte qui permet au droit de lui reconnaître la personnalité juridique. Or si on constate cette nécessité pratique, on admet alors la présence d'un phénomène quelconque qui postule et fait présumer l'existence factuelle de cette entité. Un autre problème surgit lorsque la technique de la fiction est utilisée : il y a souvent un manque de cohérence dans l'application des conclusions qui en découlent. Le danger est d'utiliser la fiction pour en arriver à une conclusion et, ensuite, de l'écartier pour en repousser d'autres, alléguant alors le caractère fictif du point de départ. Cette méthode a pour effet de rendre le raisonnement juridique incohérent. Si on a recours à la technique de la fiction, il faut, une fois celle-ci posée, en suivre toute la logique et en respecter toutes les implications. Ainsi, à titre d'exemple, on reconnaît à la société par actions la capacité de contracter, se basant sur la fiction de l'entité distincte, mais, par ailleurs, on a refusé pendant longtemps de lui reconnaître la capacité d'être pénalement responsable, alléguant qu'un être fictif ne pouvait encourir de responsabilité criminelle ou pénale²⁷.

La même incohérence se manifeste à l'égard de la théorie de la concession. Il y a d'abord ambiguïté sur la notion même de concession ; qu'est-ce qui est concédé ou créé par le droit : est-ce le fait de l'entité distincte ou la personnalité juridique ? Il semble que M. le juge Marshall de la Cour suprême des États-Unis se réfère à l'entité distincte lorsqu'il déclare dans l'arrêt *Dartmouth College* : «A corporation is an artificial being [...] existing only in contemplation of law. [It is] the mere creature of law [...]»²⁸. En somme, le phénomène de l'entité distincte n'existerait que par l'effet de la loi. Cette vision conduira cette Cour et d'autres tribunaux²⁹ à conclure que :

[A] corporation can have no existence out of the boundaries of the sovereignty by which it is created. It exists only in contemplation of law, and by force of

²⁵*Ibid.*

²⁶Voir notamment l'énoncé de M. le juge Marshall de la Cour suprême des États-Unis dans le texte correspondant à la note 28.

²⁷Voir L.H.-Leigh, «The Criminal Liability of Corporations and Other Groups» (1977) 9 *Ottawa L. Rev.* 247.

²⁸*Supra* note 14 à la p. 634.

²⁹À remarquer que la Belgique en était arrivée à la même conclusion sous l'influence des écrits de F. Laurent, *Droit civil international*, t. 4, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1881 au n° 119, p. 231. Voir *Assur. Gén. de Paris c. Ruelens*, [1849] 1^{re} partie, *Pasicrisie Belge* 221 (Cass.).

law; and where that law ceases to operate, [...] the corporation can have no existence³⁰.

C'était pousser la théorie de la fiction jusqu'à son extrême limite. On rapporte que M. le juge Marshall réalisa par la suite les implications malheureuses de cette perception et exprima à plusieurs reprises son regret quant à certaines conclusions auxquelles lui et d'autres juges en étaient arrivés dans ces arrêts³¹.

La technique de la fiction doit servir uniquement à postuler l'existence d'un fait, c'est sa fonction. En matière corporative, cette technique permet au droit de supposer que la corporation est en fait une entité réelle et, une fois ce postulat juridiquement posé, le droit doit se comporter comme s'il s'agissait d'une entité réelle et non d'une création juridique. C'est ce que fait remarquer M. le juge Holmes de la Cour suprême des États-Unis : «[I]t leads nowhere to call a corporation a fiction. If it is a fiction it is a fiction created by law with intent that it should be acted on as if true»³².

La théorie de la concession fait d'ailleurs assumer par le droit une fonction qui ne lui appartient pas. En ayant recours à la technique de la fiction, le droit veut reconnaître et sanctionner un fait, le phénomène de l'entité corporative, et non le créer. Un auteur écrit :

All that the law can do is to recognize, or refuse to recognize, the existence of this entity. The law can no more create such an entity than it can create a house [...].

Hence, it follows that in recognizing the existence of a corporation as an entity, the law is merely recognizing an objective fact [...].

To confound legal recognition of existing facts with creation of facts is an error [...]»³³.

Le droit se détache d'ailleurs de plus en plus de la théorie de la concession, ramenant ainsi la technique de la fiction vers sa véritable perspective. En France, dans un arrêt de la Cour de cassation, on peut lire : «[I]l résulte de la nature même des choses que toute société constituée, par voie d'abstraction, un être distinct»³⁴. On reconnaît donc ici que ce phénomène résulte de la nature des choses et non de la loi. Le droit anglais chemine dans le même sens ; certains prétendent même que le droit anglais n'a véritablement jamais eu recours à la technique de la fiction corporative³⁵. Lord Halsbury déclare, dans l'arrêt *Salomon* : «[T]he company has a real existence»³⁶. Pour Lord Denning, il paraît clair qu'un syndicat ouvrier est en fait une entité ; la question, dit-il, est de savoir si

³⁰*Bank of Augusta c. Earle*, 38 U.S. 519 à la p. 588 (1839). Signalons que c'est la personnalité civile qui pose problème en dehors des frontières nationales et non le fait qu'il existe une entité.

³¹*Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, vol. 1, éd. rév., Chicago, Callaghan, 1983 à la p. 304, n. 37 [ci-après *Fletcher*] : «Mr. Justice Wayne states that Chief Justice Marshall 'repeatedly expressed regret that' the decision had been made».

³²*Klein c. Board of Tax Supervisors of Jefferson County*, 282 U.S. 19 à la p. 24 (1930).

³³A.W. Machen Jr., «Corporate Personality» (1910-11) 24 Harv. L. Rev. 253 aux pp. 260-61.

³⁴Cass. civ., 8 novembre 1836, S.1836.1.815, cité par F. Delhay, *La nature juridique de l'indivision*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968 à la p. 365, n. 50.

³⁵F. Pollock, «Has the Common Law Received the Fiction Theory of Corporations?» (1911) 27 L.Q. Rev. 219.

³⁶*Salomon c. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 aux pp. 33-34 (H.L.) [ci-après *Salomon*].

ce caractère lui est reconnu par le droit³⁷, faisant ainsi la distinction entre le phénomène de l'entité distincte et celui de la reconnaissance par le droit de sa capacité juridique. Un éminent juriste anglais, A.V. Dicey, va jusqu'à dire que tout groupement organisé forme naturellement une entité distincte :

When a body of twenty or two thousand or two hundred thousand men bind themselves together to act in a particular way for some common purpose, they create a body which, by no fiction of law but by the very nature of things, differs from the individuals of whom it is constituted³⁸.

Là où le droit a toutefois à intervenir, c'est pour reconnaître ou refuser la capacité juridique à cette entité distincte et en réglementer le fonctionnement, ce qui nous mène à la question de la personnalité juridique de l'entité corporative.

3. La personne morale

La fonction du droit consiste surtout à reconnaître ou refuser la capacité juridique de la société par actions³⁹. La difficulté d'une telle reconnaissance provient du fait que le droit perçoit la capacité juridique comme l'apanage de la personne humaine. Pour celui-ci, il n'existe que trois sortes d'entités : les choses, les animaux et les personnes humaines. Seules ces dernières jouissent de la capacité juridique. À quelle catégorie appartient l'entité corporative ? Pour étendre la capacité juridique à l'entité corporative, le droit a dû considérer celle-ci comme une personne⁴⁰ ; «là où la personne manquait, on l'a créée», écrivent les frères Mazeaud⁴¹. Ainsi, le droit a fait de la société par actions une personne morale. Là est la véritable fiction juridique, car la société par actions apparaît plutôt comme une entité impersonnelle ; elle est une entité, mais non une personne⁴². Selon A.W. Machen, c'est la personnalité et non l'entité qui est fictive : «But although corporate personality is a fiction, the entity which is personified is no fiction»⁴³.

Le droit n'avait en somme que deux choix : reconnaître ou refuser la capacité juridique à l'entité corporative. Or, s'il a postulé le fait de l'entité corporative

³⁷*Bonsor c. Musicians' Union*, [1954] 1 All E.R. 822, [1954] Chitty 479 à la p. 507 (C.A.). Voir au Canada l'arrêt *Society Brand Clothes Ltd. c. Amalgamated Clothing Workers of America*, [1931] R.C.S. 321 à la p. 328 [1931] 3 D.L.R. 361 [ci-après *Society Brand* avec renvois aux R.C.S.].

³⁸«The Combination Laws as Illustrating the Relation between Law and Opinion in England during the Nineteenth Century» (1903-1904) 17 Harv. L. Rev. 511 à la p. 513.

³⁹La question de l'entité distincte est un problème ontologique, alors que celle de la personnalité juridique est avant tout une question juridique. Voir Saleilles, *supra* note 24 à la p. 573.

⁴⁰«Personnaliser un groupement, écrit Madeleine Cantin Cumyn, c'est, en effet, lui attribuer un patrimoine propre, reconnaître sa capacité d'acquiescer et de s'obliger de façon autonome et la qualité suffisante pour ester en justice sans l'intervention de ses membres» («Les personnes morales dans le droit privé de la province de Québec», XIII^e Congrès international de droit comparé, Montréal, 1990 à la p. 10 [non publiée]).

⁴¹H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil : Introduction à l'étude du droit*, t. 1, vol. 1, 10^e éd. par F. Chabas, Paris, Montchrestien, 1991 à la p. 404.

⁴²«The [corporation] [...] is actually an impersonal entity ; by a legal fiction or metaphor, that impersonal entity is regarded as a person» (Machen, *supra* note 33 à la p. 348).

⁴³*Ibid.* à la p. 266.

distincte par la technique de la fiction, c'était en vue de lui reconnaître cette capacité. Il lui fallait alors considérer la société par actions comme une personne — solution pour laquelle il a opté — ou reconnaître que des entités autres que des personnes puissent jouir de la capacité juridique.

Or la deuxième solution aurait été possible. «*Pourquoi admettre qu'il n'y a pas d'universalité juridique possible sans une personne ?*» [italiques dans l'original], se demandent les frères Mazeaud⁴⁴. C'est la théorie du patrimoine d'affectation selon laquelle le droit comprendrait deux sortes d'entités juridiquement capables : les «entités humaines» et les «entités fonctions»⁴⁵. On sait que dans la conception d'Aubry et Rau, le patrimoine est la conséquence de la personnalité juridique⁴⁶. «Or, c'est le contraire qui est vrai, disent les frères Mazeaud, ce n'est pas la personnalité qui appelle le patrimoine, mais le patrimoine la personnalité»⁴⁷. Le principe de la capacité juridique du patrimoine est accepté par la doctrine allemande qui conçoit le patrimoine comme un ensemble de biens et d'obligations constituant une entité juridique⁴⁸. Certains considèrent qu'il faut la présence jumelée d'un but et d'une organisation affectée à la réalisation de ce but pour constituer un patrimoine d'affectation⁴⁹. Pierre Lepaulle fait appel à cette théorie pour expliquer le *trust* anglais et se demande si elle ne constitue pas également le fondement des sociétés par actions et de toutes les sociétés commerciales⁵⁰. N'est-il pas plus logique de considérer la société par actions comme étant formée d'un patrimoine distinct affecté à une mission quelconque, plutôt que de l'élever au niveau de la personne⁵¹ ?

Cependant, le droit a, en général, plutôt retenu la première solution, soit celle de la personne, la désignant de «**personne morale**», pour la distinguer de la personne physique. Les Romains utilisaient le terme de *persona incertæ* pour manifester la distinction⁵². Rappelons la remarque de Pothier : «Les corps et communautés [...] sont considérés [...] comme *tenant lieu* de personnes» [nos italiques]⁵³. Il s'agit donc d'une analogie.

⁴⁴*Supra* note 41 à la p. 397.

⁴⁵Nous ne sommes peut-être pas loin de cette approche lorsque l'on reconnaît la capacité juridique d'une idole, comme on le fait en Inde. Voir P.W. Duff, «The Personality of an Idol» (1927-29) 3 Cambridge L.J. 42.

⁴⁶C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 9, 7^e éd., Paris, Librairies techniques, 1973.

⁴⁷*Supra* note 41 à la p. 398.

⁴⁸F.H. Speth, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957 à la p. 21 ; P. Charbonneau, «Les patrimoines d'affectation : Vers un nouveau paradigme en droit québécois du patrimoine» (1982-83) 85 R. du N. 491 à la p. 508.

⁴⁹S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976 aux pp. 336-37. Un auteur allemand (M. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, cité par Vauthier, *supra* note 9 à la p. 275) soumet que le patrimoine fonction «n'existe qu'en vue d'un but. Il n'est pas à *quelqu'un*, il est là *pour quelque chose*». Voir à la p. 519, ci-dessous.

⁵⁰«An Outsider's View Point of the Nature of Trust» (1928-29) 14 Cornell L.Q. 52 à la p. 56.

⁵¹Le *Code civil du Québec* introduit la technique du patrimoine d'affectation qui peut prendre la forme d'une fondation ou d'une fiducie. L'article 1256 C.c.Q. prévoit que la fondation ne peut avoir pour objet essentiel la réalisation d'un bénéfice ni l'exploitation d'une entreprise.

⁵²Saleilles, *supra* note 24 à la p. 107.

⁵³*Supra* note 10 à la p. 78.

Une autre façon de voir les choses est de considérer l'incorporation comme le processus par lequel on forme un patrimoine distinct en l'élevant à la personnalité juridique⁵⁴. Ce serait donc un patrimoine, plutôt qu'un groupement de personnes, qui deviendrait ainsi la base de la personnalité juridique. Cette vision a des implications sur la question de l'assise de l'entité corporative, sujet de notre prochaine section.

L'utilisation de la technique de la «personne morale» comporte certains dangers. En effet, elle porte à nous faire oublier la distinction entre la personne humaine et la personne morale. La première a des droits naturels, alors qu'à notre avis la seconde n'a que des pouvoirs concédés en vue d'atteindre sa finalité⁵⁵.

Le droit a d'ailleurs utilisé la technique de la personne morale sans trop de conviction, car il désirait éviter de reconnaître une autre catégorie d'entité. C'est pourquoi il a généralement considéré que cette personnalité morale ne pouvait provenir que d'une concession et d'une intervention directe de sa part⁵⁶. Il appartient effectivement au droit de déterminer à qui il reconnaît la capacité juridique et à quelles conditions⁵⁷.

Le droit français semble toutefois faire de la capacité juridique un attribut naturel de tout groupement formellement constitué. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la Cour de cassation déclarant :

[L]a personnalité civile n'est pas une création de la loi ; [...] elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés [...]»⁵⁸.

Remarquons que cet arrêt reconnaît tout de même la nécessité d'un processus pour que soit juridiquement reconnue cette personnalité. Il y a effectivement en France, comme dans les autres pays, un processus formel à suivre pour faire reconnaître par l'État la capacité juridique de toute entité corporative constituée. D'ailleurs, la nécessité de recourir à l'État pour que soit reconnue la capacité juridique de l'entité corporative remonte aux Romains⁵⁹.

⁵⁴Madeleine Cantin Cumyn dit que le *Code civil du Québec* devrait «consacrer la reconnaissance de la personnalité morale comme une technique générale du droit civil à laquelle il convient de recourir dès lors qu'il est utile de constituer en sujet de droit un ensemble de biens et obligations» («Les personnes morales dans le droit privé du Québec» (1990) 31 C. de D. 1021 à la p. 1048).

⁵⁵Il s'agit là d'un postulat exigeant de plus amples développements que nous nous proposons d'aborder dans un prochain article.

⁵⁶M. le juge Cannon, de la Cour suprême du Canada, dira, en parlant d'une association de personnes non incorporée : «[T]hey have no legal existence ; they are not endowed with any distinct personality ; they have no corporate entity ; they constitute merely collectivities of persons» (*Society Brand, supra* note 37 à la p. 328).

⁵⁷On sait qu'il la refusait autrefois aux esclaves, qui pourtant étaient des personnes humaines.

⁵⁸Cass. civ., 28 janvier 1954, D.1954.Jur.217.

⁵⁹Ce recours à l'État remonte à la *Lex Julia de Collegii*, qui date de l'an 27 avant J.-C., et ce recours fut maintenu par la suite. Voir J.P. Waltzing, *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains*, vol. 1, New York, Georg Olms Verlag, 1967 à la p. 115. Chez les Romains, le recours à l'État avait surtout un objectif de contrôle.

B. *L'approche ontologique*

Nous avons signalé plus haut que notre recherche sur le phénomène de l'entité distincte ne doit pas se confiner au plan juridique, car ceux qui nient la réalité de l'entité corporative allèguent précisément que cette entité n'existe qu'en regard et que par l'effet de la loi. Ils en font une création purement juridique, estimant qu'elle n'a aucun fondement réel. Or, il revient aux autres sciences de scruter, à la lumière des techniques qui leur sont propres, la pertinence de l'hypothèse de l'entité distincte⁶⁰. La science doit étudier le phénomène en ce qu'il est ; elle vérifie le donné, alors que le droit doit se contenter de le percevoir et de le régler en ce qu'il agit.

Cette seconde section vise à vérifier l'état de la recherche effectuée par d'autres sciences intéressées à la question du phénomène d'entité distincte. Deux sciences sont concernées : la sociologie et la science de la gestion des organisations. Nous étudierons successivement le point de vue de la sociologie, puis l'approche de la théorie des systèmes proposée en science organisationnelle.

1. *L'approche sociologique*

La question de l'entité distincte intéresse les sociologues qui voient une manifestation de cette entité dans le phénomène du comportement des groupes. La question soulève chez eux la même controverse que celle suscitée chez les juristes. Pour certains, le groupe forme une entité réelle objective, alors que pour d'autres, il ne s'agit que d'un concept visant à désigner un rassemblement d'individus. Qui a déjà vu un groupe ? Tout ce que l'on voit, disent-ils, c'est un ensemble de personnes. Il faut éviter, selon eux, de réifier le groupe, c'est-à-dire de le considérer comme une entité réelle et distincte⁶¹.

Malgré cette controverse, de nombreux auteurs persistent à envisager les groupes et les organisations comme des entités réelles. Ramener la grande entreprise à un simple rassemblement d'individus leur paraît une approche trop étroite⁶². Ils sont d'avis que l'entreprise a une existence propre, dépassant le comportement des individus qui la composent. Les groupes sont réels, disent-ils, et les organisations également⁶³.

Enfin, plusieurs estiment qu'il faut tout simplement laisser tomber le débat et faire comme si les groupes et les organisations constituaient des entités

⁶⁰La question de savoir si «une entité autre que l'individu humain est susceptible d'exister comme personne : c'est affaire de science, plus précisément de science psychologique et sociale» (Dabin, *supra* note 7 à la p. 33). Nous estimons que l'auteur aurait dû ici employer l'expression «comme entité» et non «comme personne».

⁶¹H.A. Simon, «On the Concept of Organizational Goal» (1964-65) 9 *Adm. Sc. Q.* 1 ; M. Weber, *The Theory of Social and Economic Organization*, New York, Free Press, 1964 à la p. 103 ; P.L. Berger et T. Luckmann, *The Social Construction of Reality*, Markham (Ont.), Penguin Books, 1981.

⁶²R.H. Hall, *Organizations, Structure and Process*, 2^e éd., Englewood Cliffs (N.J.), Prentice-Hall, 1977 à la p. 26.

⁶³C.K. Warriner, «Groups are Real» (1956) 21 *Am. Soc. Rev.* 549 ; L. Haworth, «Do Organizations Act ?» (1959-60) 70 *Ethics* 59.

distinctes⁶⁴. Cela s'impose même pour ceux qui croient que c'est là recourir à une fiction. Le procédé se justifie, disent-ils, par les résultats pratiques qui en découlent ; il conduit à une recherche fructueuse qui ne pourrait se réaliser autrement, et il produit le seul modèle qui concorde avec les manifestations du phénomène⁶⁵.

L'hésitation à accepter le principe de l'entité distincte provient de la tendance à considérer qu'une entité doit être substantielle, qu'elle doit avoir une enveloppe bien tangible, aux frontières externes nettement définies. Le sociologue Émile Durkheim repousse cette vision ; selon lui, est chose « tout ce qui est donné, tout ce qui s'offre ou, plutôt, s'impose à l'observation »⁶⁶. Si leur extériorité n'est qu'apparente, « l'illusion se dissipera à mesure que la science avancera et l'on verra, pour ainsi dire, le dehors rentrer dans le dedans »⁶⁷. Mais il faut, ajoute Durkheim, continuer à rechercher la cause efficiente du phénomène, car elle seule peut en expliquer le fondement. Il écrit :

Le besoin que nous avons des choses ne peut faire qu'elles soient telles ou telles et, par conséquent, ce n'est pas ce besoin qui peut les tirer du néant et leur conférer l'être. C'est des causes d'un autre genre qu'elles tiennent leur existence⁶⁸.

Il en établit une loi, qu'il énonce comme suit : « Quand donc on entreprend d'expliquer un phénomène social, il faut rechercher séparément la cause efficiente qui le produit et la fonction qu'il remplit »⁶⁹.

Cette règle rappelle le commentaire de von Jhering voulant que l'on doive, en présence d'une fiction juridique — qui est en somme l'explication d'un phénomène par la fonction qu'il remplit —, s'empresse d'en rechercher la cause efficiente⁷⁰. Durkheim fait également remarquer que le phénomène provient d'une constatation des effets. Or l'effet ne peut exister sans cause, mais la cause, quant à elle, provoque son effet⁷¹. Ceci nous amène à imaginer l'impasse dans laquelle nous nous trouverions si le droit décidait tout à coup d'écarter le principe de l'entité corporative distincte ; ce serait tenter d'étouffer l'effet, sans pour autant atteindre la cause, mesure qui s'avérerait à la fois néfaste et irréaliste puisque le phénomène ne cesserait pas d'exister pour autant⁷². Enfin, l'auteur termine par cette remarque : « [S]i l'utilité du fait n'est pas ce qui le fait être, il faut généralement qu'il soit utile pour pouvoir se maintenir »⁷³. Cet énoncé fait ressortir la pertinence du postulat de l'entité corporative distincte puisque, après deux mille ans d'histoire corporative, il demeure encore utile et nécessaire, malgré la difficulté à lui trouver une explication rationnelle.

⁶⁴Warriner, *ibid.* à la p. 554.

⁶⁵*Ibid.*

⁶⁶É. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 15^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1963 à la p. 27.

⁶⁷*Ibid.* à la p. 28.

⁶⁸*Ibid.* à la p. 90.

⁶⁹*Ibid.* à la p. 95.

⁷⁰Voir *supra* note 22 à la p. 51.

⁷¹*Supra* note 66 à la p. 95.

⁷²La difficulté proviendrait de la perte de la personnalité juridique, ce qui n'affecterait pas cependant le phénomène de l'entité distincte (aux pp. 505-506, ci-dessus).

⁷³*Supra* note 66 à la p. 96.

2. La théorie des systèmes

L'explication rationnelle tant recherchée, ce sont les chercheurs en science organisationnelle, semble-t-il, qui sont venus la fournir. Il s'agit de la **théorie des systèmes** qui retient aujourd'hui l'attention de toutes les sciences. Cette théorie cherche à cerner davantage le phénomène de l'entité distincte, soit le phénomène des relations du tout par rapport à ses parties⁷⁴.

Comment expliquer qu'un ensemble de choses puisse, en certaines circonstances, constituer une entité distincte des choses ou parties qui le composent ? On sait que ce n'est pas toujours le cas. Le tas de pierres ne constitue qu'un amoncellement, mais la situation est différente lorsqu'on est en présence de la molécule d'eau qui, elle aussi, est composée de particules, à savoir d'atomes d'oxygène et d'hydrogène qui, pourtant, en tant que molécule, manifeste des caractéristiques tout à fait différentes et en apparence étrangères aux particules qui la composent, au point de pouvoir dire qu'elle constitue une entité distincte. Il apparaît donc que le phénomène d'entité résulte de l'organisation des parties et peut s'inférer de la manifestation, par le tout, d'effets qui dépassent la somme de l'apport individuel des parties composantes. Tout ensemble qui n'est pas réductible à ses parties formerait une entité.

Aristote s'était interrogé sur ce phénomène du tout et de ses parties et avait émis l'idée que le tout est plus que la somme de ses parties⁷⁵. Déjà cette idée énonçait discrètement la notion d'entité distincte, car si le tout est plus que la somme de ses parties, c'est qu'il en est différent. Il a fallu cependant attendre plusieurs siècles avant que s'élabore une théorie articulée sur le sujet, honneur qui revient à l'allemand Ludwig von Bertalanffy qui proposa, au cours des années 1930, sa théorie générale des systèmes⁷⁶.

On signale que tout notre univers est formé d'une multitude de systèmes imbriqués les uns sur les autres, chaque système formant à son tour la base des composants du système suivant et ainsi de suite⁷⁷. L'atome est un système composé d'un noyau et d'électrons ; la molécule est un système composé de divers arrangements d'atomes ; la cellule résulte de l'agencement complexe de supermolécules. Toute cette complexité s'est effectuée, au cours des âges, en diverses étapes. Il y eut d'abord une première phase qui a donné, avec l'atome, un grain de matière. Puis, dans un deuxième temps, ces grains de matière se sont agencés sous forme de systèmes de plus en plus complexes de molécules et de supermolécules pour aboutir finalement à la cellule et donner naissance à un grain de vie. Enfin, en troisième lieu, ces grains de vie se sont développés en systèmes encore plus complexes de vie végétale et animale pour aboutir finalement, avec

⁷⁴N.J.T.A. Kramer et J. de Smit, *Systems Thinking*, Leiden (N.Y.), Martinus Nijhoff Social Sciences Division, 1977 ; C. Martzloff, *Découvrir les systèmes*, Paris, Éditions d'organisation, 1975.

⁷⁵*La métaphysique*, t. 1, éd. par J. Tricot, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1962 à la p. 312.

⁷⁶*Théorie générale des systèmes*, trad. par J.-B. Chabrol, Paris, Dunod, 1973. Son premier ouvrage sur le sujet fut publié en Allemagne en 1928 (*Kritische Theorie der Formbildung*, Berlin, Borntraeger, 1928).

⁷⁷E. Laszlo, *The Systems View of the World*, New York, George Braziller, 1972.

l'homme, à la naissance d'un grain de pensée. Nous serions présentement entrés dans la quatrième phase pendant laquelle s'élaborent des systèmes sociaux-organiques de plus en plus complexes⁷⁸.

Lorsqu'on examine ces ensembles, on constate que chaque système démontre des caractéristiques particulières, différentes de celles de ses parties composantes⁷⁹. C'est une nouvelle entité, et cette entité résulte de l'interaction des parties, de l'organisation qui focalise les forces individuelles de façon à susciter une unité, un nouveau tout. L'organisation transforme une diversité séparée en un tout global unifié. Elle donne forme à une nouvelle réalité. Comme le dit un auteur : «L'atome est organisation ; la molécule est organisation ; l'astre est organisation ; la vie est organisation ; la société est organisation»⁸⁰.

La difficulté à comprendre tout système, c'est qu'il demeure à la fois **un** et **plusieurs**. Pour qu'il y ait système, il faut une pluralité de composantes. Ce premier trait est tellement essentiel que son absence serait la négation du système. Ainsi, un seul n'est pas un groupement, il faut une multitude, une pluralité⁸¹. Le deuxième trait que nous retrouvons dans tout système, et il n'est pas moins essentiel, c'est l'unité. On pourrait rassembler une très grande quantité d'humains, mais on n'aurait pas nécessairement un groupe s'il leur manquait l'unité. C'est le rôle de l'organisation d'unifier cette diversité, de réaliser la convergence de la divergence. Cependant, il ne s'agit pas d'une unité de fusion, mais plutôt d'une unité de convergence, car l'unité de fusion fait disparaître la multiplicité. Pour qu'il y ait multiplicité, il faut que les composantes demeurent distinctes du système qu'elles constituent. Donc, tout système est à la fois **un** et **plusieurs**. Pour celui qui l'observe, le système est un ou plusieurs, selon la perspective où il se place. C'est le niveau ou l'échelle d'observation qui constitue, en quelque sorte, le phénomène⁸².

Cette théorie des systèmes est présentement utilisée pour l'étude des phénomènes sociaux⁸³ et organisationnels⁸⁴. Ceux qui considèrent l'entreprise et notamment la société par actions comme étant des systèmes sociaux utilisent souvent l'analogie organique pour faire ressortir les points de ressemblance avec les êtres vivants⁸⁵. En dépit des protestations de certains auteurs qui

⁷⁸Voir les trois ouvrages suivants de P. Teilhard de Chardin, *Le phénomène humain*, Paris, Seuil, 1955 ; *Vision du passé*, Paris, Seuil, 1957 ; *L'avenir de l'homme*, Paris, Seuil, 1959. Voir également K.E. Boulding, *Ecodynamics*, Beverly Hills (Calif.), Sage, 1978.

⁷⁹E. Laszlo, *Introduction to Systems Philosophy*, New York, Gordon & Breach, 1972.

⁸⁰E. Morin, *La nature de la nature : La méthode*, t. 1, Paris, Seuil, 1977 à la p. 94.

⁸¹Ceci soulève problème dans le cas de la société à actionnaire unique. Nous traiterons plus loin de la nature de ce nouveau type de société (voir à la p. 522, ci-dessous).

⁸²A. Carrel, *Réflexions sur la conduite de la vie*, Paris, Plon, 1971 à la p. 44.

⁸³W. Buckley, *Sociology and Modern Systems Theory*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice-Hall, 1967.

⁸⁴A.W. Smith, «Toward a Systems Theory of the Firm» (1971) *J. Systems Management* 10 ; F.E. Kast et J.E. Rosenzweig, «General Systems Theory: Applications for Organization and Management» (1972) 15 *Academy of Management J.* 447.

⁸⁵J.-G. March et H.-A. Simon, *Les organisations*, 2^e ed., trad. par J.-C. Rouchy et G. Prunier, Paris, Dunod, 1991 à la p. 4 : «Les organisations sont composées d'êtres humains en état d'interaction et elles sont les plus grands organismes de notre société possédant l'équivalent d'un système nerveux [...]».

condamnent cette «métaphore»⁸⁶, on la retrouve de plus en plus dans la littérature traitant des organisations⁸⁷ et on la voit même dans certains ouvrages juridiques⁸⁸. À ceux qui n'admettent pas cette analogie, von Bertalanffy répond qu'il est évident que ceux qui l'utilisent savent que le groupe social est quelque chose de différent de l'organisme biologique et que ce serait sous-estimer leur intelligence que de supposer qu'ils n'ont pas su discerner la différence⁸⁹. Si, contrairement aux scrupules de certains, plusieurs chercheurs continuent à utiliser l'analogie organique, c'est qu'ils constatent que les deux systèmes, biologique et sociologique, semblent obéir à des règles communes. Teilhard de Chardin dit à ce propos :

[I]l reste que les analogies, d'un système à l'autre, sont tellement nombreuses, tellement urgentes, que l'esprit se refuse à ne voir dans ce parallélisme qu'une simple convergence extérieure ou un simple accident⁹⁰.

Une telle ressemblance provient du fait que les deux ordres procèdent du même processus naturel. Certains philosophes hésitent toutefois à rapprocher ces deux ordres et à admettre qu'ils s'inscrivent dans un même ordre naturel, alléguant que les entreprises ne sont que des constructions de l'homme⁹¹. Teilhard de Chardin rétorque que celles-ci ne cessent pas d'être naturelles parce que faites par l'homme. L'être humain continue «tout bonnement, sur un plan supérieur et avec d'autres moyens, le travail ininterrompu» de la nature⁹².

Ce sont ces considérations qui amènent plusieurs chercheurs à conclure que les membres d'une organisation, ce qui comprend la société par actions comme nous le verrons ci-après⁹³, créent un système social qui a en tout temps une réalité supérieure à la somme de ses composantes⁹⁴. Nous paraît donc fondée la remarque du sociologue E.W. Bakke selon laquelle les groupements humains organisés forment des entités ayant une réalité distincte, tout comme les organismes, les cellules, les molécules, les atomes, qui forment un tout supérieur à la somme des particules dont ils sont composés⁹⁵.

Rappelons que ceux qui repoussent le principe de l'entité réelle distincte de la société par actions le font parce qu'elle ne leur paraît pas constituer un tout **substantiellement** différent⁹⁶. Or la théorie des systèmes reconnaît que le tout

⁸⁶Voir *supra* note 61.

⁸⁷M. Haire, «Biological Models and Empirical Histories of the Growth of Organizations» dans M. Haire, dir., *Modern Organization Theory*, New York, Wiley, 1959 à la p. 272.

⁸⁸H. Rottleuthner, «Les métaphores biologiques dans la pensée juridique» (1986) 31 Arch. phil. dr. 215.

⁸⁹*Supra* note 76 à la p. 121 et s.

⁹⁰*L'avenir de l'homme*, *supra* note 78 à la p. 214.

⁹¹H.A. Simon, *Models of Man*, New York, Wiley, 1957 à la p. 199, qui prétend que les organisations sont les moins naturelles et les plus rationnellement construites des associations humaines.

⁹²*La vision du passé*, *supra* note 78 à la p. 88.

⁹³Voir à la p. 527 et s., ci-dessous.

⁹⁴E.W. Bakke, *Bonds of Organization*, Hamden (Conn.), Archon Books, 1966 à la p. 200 ; D. McGregor, *Leadership and Motivation*, Cambridge (Mass.), M.I.T. Press, 1966 à la p. 238.

⁹⁵Buckley, *supra* note 83 à la p. 42.

⁹⁶Ainsi, M. le juge Marshall fait remarquer dans l'arrêt *Dartmouth College* que la société par actions n'a aucune existence tangible (*supra* note 14 et texte correspondant). Voir également *supra* note 61 où les auteurs signalent que le groupe n'est qu'un rassemblement d'individus.

n'est pas substantiellement différent de ses parties, car sa substance est exactement et uniquement constituée des parties qui la composent⁹⁷. C'est dans ses effets que le tout se manifeste comme entité et qu'il se révèle différent de ses composantes. Ces effets, c'est le tout qui les manifeste, car les parties agissant individuellement sont incapables de le faire. Dès que l'ensemble se désagrège, les effets disparaissent. Ce n'est que par le tout que les parties peuvent ensemble produire de tels effets⁹⁸.

Ce qui précède nous permet de conclure que le tout a une existence réelle, une identité propre, non pas une identité substantiellement différente, mais une identité **phénoménalement** différente, en ce qu'il manifeste des effets qui lui sont propres et qui ne sont pas réductibles aux parties qui le composent⁹⁹.

Cette théorie des systèmes vient donc apporter une certaine explication au phénomène de l'entité corporative et rend même témoignage à la technique juridique qui a su reconnaître l'entité distincte de la société par actions, en se basant uniquement sur les effets manifestés et malgré l'absence d'un substrat substantiel.

* * *

Alexis Carrel écrit que l'homme a tendance à considérer que l'inexplicable n'existe pas¹⁰⁰, ce qui nous fait comprendre l'inclination de certaines personnes à repousser le principe de l'entité corporative distincte. Il nous semble, toutefois, que la théorie des systèmes fournit une explication logique qui, même si certains considèrent qu'elle n'est pas absolument prouvée, rend le principe de l'entité distincte vraisemblable au point d'écarter toute possibilité d'affirmer péremptoirement que l'entité corporative constitue une fiction authentique.

Le principe de l'entité distincte n'explique pas cependant toute la nature de l'entité corporative. Il postule que le tout est différent et distinct des parties, mais reste à savoir **quelles sont les parties qui le composent**. Il importe donc de tenter maintenant de déterminer quels sont les éléments qui constituent l'entité corporative appelée «société par actions». C'est là l'objet de la seconde section de cette recherche.

II. L'assise de la société par actions

De quoi est constituée la société par actions ? Quelle est sa véritable assise ? Elle constitue une entité distincte de ses membres, avons-nous dit ; alors qui en sont les membres ? Quelles sont les personnes qui forment cette entité ? En effet, il faut que des personnes composent l'entité corporative, sans quoi son essence consisterait en un simple patrimoine d'affectation. Cette question, qui

⁹⁷Examinée sous un futur microscope ultrapuissant, la molécule d'eau ne laissera probablement voir qu'un ensemble d'atomes. C'est l'échelle d'observation qui fait le phénomène.

⁹⁸Laszlo, *supra* note 79.

⁹⁹Rappelons la remarque de Durkheim selon laquelle le phénomène est une constatation qui part des effets. Voir le texte correspondant aux notes 66-69.

¹⁰⁰*L'homme, cet inconnu*, Paris, Plon, 1935 à la p. 74.

paraissait évidente au début du siècle dernier, soulève aujourd'hui de plus en plus de controverse.

Selon la vision traditionnelle, la société par actions repose uniquement sur un groupement d'actionnaires associés et a pour base le contrat intervenu entre ces derniers. Une autre interprétation a cependant été soulevée, assignant à la société par actions un caractère institutionnel, la plaçant même au service de partenaires corporatifs comprenant non seulement les actionnaires, mais aussi les employés et les clients. Plusieurs juristes croient aujourd'hui que toute société incorporée n'est qu'une forme juridique recouvrant une entreprise ; en ce cas, l'incorporation n'est en définitive qu'un accessoire, une technique organisationnelle, donnant forme juridique à une réalité plus fondamentale : l'entreprise. Conséquemment, la nature de toute société à caractère commercial et dûment incorporée doit être révisée à la lumière de la notion d'entreprise.

Nous étudierons donc successivement ces diverses théories, soit celles du groupement d'actionnaires, de l'institution, de l'entreprise, des partenaires corporatifs et de la forme organisationnelle.

A. *La théorie du groupement d'actionnaires*

La doctrine et la jurisprudence ont pendant longtemps considéré que la société par actions reposait uniquement sur un groupement contractuel d'associés. Les premières lois corporatives ont été effectivement élaborées en partant de l'idée que la société par actions consistait en une société d'actionnaires à qui on accordait le statut corporatif.

Ceci ressort nettement de la société anonyme introduite en France par le *Code de commerce français* de 1807 et également de la *Joint Stock Companies Act* de 1844¹⁰¹. On percevait alors la société par actions comme étant la « chose » des actionnaires. Les Romains ont également entretenu pendant longtemps une vision similaire basée sur l'appartenance aux membres, approche qui fut cependant modifiée à l'époque du Bas-Empire sous l'influence des chrétiens. Ceux-ci firent un large usage de la formule corporative, surtout après l'*Édit de Milan*, mais ils étaient toutefois mal à l'aise avec le concept romain faisant de la « corporation » la chose de ses membres, ce qui permettait à ces derniers d'en modifier la destination. Ils percevaient plutôt l'entité corporative comme la personnalisation d'un **but que l'on poursuit, d'une œuvre que l'on réalise**¹⁰². Ils assignaient donc à l'entité corporative un caractère institutionnel¹⁰³, la rapprochant de la notion de **fondation**¹⁰⁴. Selon la perception de l'Église, le patrimoine corporatif n'était pas la chose d'un groupement de personnes, mais était uniquement au service de « l'œuvre qu'il alimente »¹⁰⁵,

¹⁰¹ *An Act for the Registration, Incorporation, and Regulation of Joint Stock Companies, 1844* (R.-U.), 7 & 8 Vict., c. 110.

¹⁰² Gillet, *supra* note 9.

¹⁰³ La notion sera étudiée à la section B de la partie II, ci-dessous.

¹⁰⁴ Les Romains distinguaient entre l'« *universitas personarum* » et l'« *universitas bonorum* ».

¹⁰⁵ Vauthier, *supra* note 9 à la p. 76. Voir aussi B.F. Brown, *The Canonical Juristic Personality with Special Reference to its Status in the United States of America*, Washington, Catholic University of America Press, 1927 aux pp. 18-20.

rejoignant ainsi la notion de patrimoine d'affectation évoquée précédemment¹⁰⁶.

Cette approche acceptée à l'époque du Bas-Empire romain transforme le concept de la «corporation» et notamment la notion traditionnelle de «membres», ces derniers cessant d'être des «copropriétaires» pour être plutôt considérés comme des «bénéficiaires» de l'œuvre corporative¹⁰⁷. C'est ainsi qu'aujourd'hui on conçoit qu'une «chambre de commerce» n'appartient pas à ses membres, mais est plutôt vouée à sa mission institutionnelle.

Cette vision de la nature de la «corporation» comme étant une entité au service d'une œuvre ou de personnes et non leur propriété, nous paraît convenir également à la société par actions des temps modernes¹⁰⁸, et ce même si elle s'oppose à l'idéologie traditionnelle qui perçoit cette dernière comme étant plutôt formée d'un groupement d'actionnaires propriétaires¹⁰⁹, gérant ensemble un patrimoine qui leur appartient. Un auteur français écrit :

L'écran de la personnalité morale ne dissimule pas l'associé. [...] Derrière le voile de la personnalité morale, la société demeure la chose des associés, le bien de la société demeure le bien des associés [...]¹¹⁰.

Or cette façon de concevoir la société par actions nous paraît complètement dépassée. Premièrement, elle ne concorde pas avec la jurisprudence ni avec la législation moderne. Deuxièmement, elle vient en contradiction avec la règle de la responsabilité limitée. Troisièmement, elle considère faussement les actionnaires comme des associés et, quatrièmement, elle assigne erronément à la société par actions une nature contractuelle. Reprenons chacun de ces arguments.

Tout d'abord, cette approche ne cadre pas avec la jurisprudence. Les tribunaux furent appelés au cours des années à préciser le concept de la société par actions. En Angleterre, M. le juge Cotton dira dans l'affaire *Flitcroft* que la compagnie «is not a mere aggregate of shareholders»¹¹¹ ; M. le juge Evershed précisera dans l'arrêt *Short* que les «[s]hareholders are not [...] part owners of the undertaking»¹¹², et M. le juge Buckley ajoutera même dans l'affaire *Gramophone* que les «directors are not [...] agents appointed [...] to serve shareholders as their principals»¹¹³. Tous ces énoncés concordent avec le principe posé par la Chambre des Lords dans l'arrêt *Salomon* : «The company is at law a different

¹⁰⁶Voir à la p. 511 et s., ci-dessus.

¹⁰⁷Saleilles, *supra* note 24 à la p. 88 et s. Cette approche est probablement à l'origine du concept moderne de la corporation sans but lucratif, sauf que notre droit permet, advenant dissolution, le partage des biens entre les membres.

¹⁰⁸Voir notre étude sur la théorie des partenaires (à la p. 530 et s., ci-dessous).

¹⁰⁹L'énoncé suivant résume très bien cette pensée : «A corporation is really an association of persons, and no judicial dictum or legislative enactment can alter this fact» (Morawetz, *Private Corporations* à la p. 227, cité dans *Fletcher*, *supra* note 31 à la p. 326).

¹¹⁰Foyer, *supra* note 7 aux pp. 119, 131.

¹¹¹*Re Exchange Banking Co.*, dit *Flitcroft's Case* (1882), 21 Ch.D. 519 à la p. 536 (C.A.).

¹¹²*Short c. Treasury Commissioners* (1947). [1948] 1 K.B. 116 à la p. 122 (C.A.), cont. par [1948] A.C. 534 (H.L.).

¹¹³*Gramophone and Typewriter. Limited c. Stanley*, [1908] 2 K.B. 89 aux pp. 105-106 (C.A.).

person altogether from the subscribers [...] [;] the company is not in law the agent of the subscribers or trustee for them»¹¹⁴.

La jurisprudence, tant anglaise que française¹¹⁵, québécoise, canadienne et américaine, établira que les administrateurs ont mission d'agir dans le meilleur intérêt du patrimoine corporatif confié à leur gestion¹¹⁶. Ce principe énoncé par la jurisprudence est maintenant consacré par la loi de plusieurs pays, comme le Royaume-Uni¹¹⁷, le Canada¹¹⁸, les États-Unis¹¹⁹ et la République fédérale allemande¹²⁰, confirmant que la société par actions poursuit, comme entité distincte, une finalité institutionnelle qui lui est propre¹²¹.

L'approche des associés-proprétaires vient également en contradiction avec la règle de la responsabilité limitée qui attribue à la fois la propriété des biens et la responsabilité à l'entité corporative et non pas à ses membres¹²². On a toujours considéré cette règle, depuis les Romains jusqu'à nos jours, comme étant un élément de base du système corporatif. Nous avons signalé plus haut la règle romaine «*si quid universitas debetur, singulis non debetur* [...]»¹²³; Pothier disait : «[L]es choses qui appartiennent à un corps, n'appartiennent aucunement pour aucune part à chacun des particuliers dont le corps est composé [...]»¹²⁴. Or toute la logique de cette règle postule le principe de l'entité distincte et c'est ce principe que reconnaît et sanctionne l'arrêt anglais *Salomon*¹²⁵.

Est également inacceptable la thèse voulant que la société par actions repose fondamentalement sur une société d'actionnaires, comme on l'a cru pendant un certain temps. On percevait alors les actionnaires comme de véritables entrepreneurs associés, gérant ensemble une affaire, et on les considérait reliés par l'*affectio societatis*, élément essentiel pour constituer une société de

¹¹⁴*Supra* note 36 à la p. 51.

¹¹⁵Paris, 22 mai 1965, *Société Fruehauf-Corporation c. Massardy*, D.1968.Jur.147, J.C.P. 1965.II.14274 bis (Concl. Nepveu) [ci-après *Société Fruehauf*] ; R. Contin, «L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés» D.1968.Chron.45 au n° VI.

¹¹⁶*Allen c. Gold Reefs of West Africa, Limited*, [1900] 1 Ch.D. 656 à la p. 671 (C.A.). Au Canada, voir *Bergeron c. Ringuet*, [1958] B.R. 222 à la p. 236, conf. par [1960] R.C.S. 672 ; en France, voir *Société Fruehauf, ibid.* Sur cette question voir notre article «Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droit anglais et comparé» (1989) 34 R.D. McGill 653 [ci-après «Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale»].

¹¹⁷*Companies Act* (R.-U.), 1985, c. 6, art. 309.

¹¹⁸*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 122(1)(a).

¹¹⁹*Revised Model Business Corporation Act* § 8.30(a) (1984).

¹²⁰F.A. Mann, «The New German Company Law and Its Background» (1937) 19 J. Comp. Leg. & Int'l L. (3^e) 220 ; D.F. Vagts, «Reforming the 'Modern' Corporation: Perspectives from the German» (1966) 80 Harv. L. Rev. 23.

¹²¹Voir «Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale», *supra* note 116.

¹²²Bell, *supra* note 11.

¹²³Voir, ci-dessus, à la p. 506.

¹²⁴*Supra* note 10 à la p. 78.

¹²⁵*Supra* note 36. Certains auteurs tentent d'expliquer le principe de la responsabilité limitée en disant qu'il repose tout simplement sur un contrat tacite avec les créanciers selon lequel ceux-ci renoncent à leurs recours contre les actionnaires. Voir R. Hessen, «A New Concept of Corporations: A Contractual and Private Property Model» (1979) 30 Hastings L.J. 1327 à la p. 1332 : «Limited liability actually derives from an implied contract between the corporate owners and their creditors». Rien ne justifie, à notre avis, un tel énoncé. Il s'agit là du genre d'efforts que font certains pour donner à la société par actions une assise purement contractuelle.

personnes¹²⁶. Toutefois, cette théorie ne tient plus. La société à actionnaire unique, maintenant reconnue au Canada¹²⁷, écarte l'idée que la société par actions repose essentiellement sur un groupement d'associés¹²⁸ et fait plutôt appel à la notion de patrimoine distinct.

L'idée d'entrepreneurs associés ne convient plus également à la grande société publique, comprenant une masse d'actionnaires qui ne sont en définitive que de simples investisseurs. Leur manque d'implication a été fort bien signalé par les auteurs Berle et Means¹²⁹ au début des années trente et il ne s'est pas démenti depuis, malgré tous les efforts tentés pour les amener à assister aux assemblées et à jouer le rôle qu'on leur assignait théoriquement¹³⁰.

Dans les grandes sociétés modernes, les actionnaires ne sont que de simples investisseurs et certains vont jusqu'à dire de simples créanciers¹³¹, bénéficiaires d'un droit de contrôle et de participation aux bénéfices¹³². Pour Georges Ripert, la société par actions est en définitive «une société de capitaux et non de personnes»¹³³. Le juriste anglais L.C.B. Gower formule la même remarque : «[T]he modern shareholder has ceased to be a quasi-partner and has become instead simply a supplier of capital»¹³⁴. Le postulat faisant des actionnaires des associés «n'est que du vent», ajoute Léon Mazeaud¹³⁵. Il leur manque, dit-il,

¹²⁶Le principe d'*affectio societatis* forme la base du contrat de la société civile. Le droit français a pendant longtemps appliqué ce concept à la société anonyme ; on ne réalisa que plus tard que ces deux formes de sociétés avaient des assises distinctes. Le même cheminement s'est produit en droit anglais ; la jurisprudence anglaise a dû continuellement rappeler que l'incorporation produisait un changement de substance. Voir L.C.B. Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1992 à la p. 282. Voir notre article «Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale», *supra* note 116 à la p. 659.

¹²⁷Loi sur les sociétés par actions, *supra* note 118, art. 5.1.

¹²⁸B. Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1991 à la p. 73 : «The reforms of the 70s and 80s fundamentally rejected the contractarian model in nearly every Canadian jurisdiction».

¹²⁹Berle et Means, *supra* note 1.

¹³⁰B. Manning, Compte rendu : *The American Stockholder* par J.A. Livingston (1958) 67 Yale L.J. 1477 aux pp. 1485, 1487 : «[After] twenty-five years of reforms [...] shareholders remain stubbornly uninterested in exerting control». La raison, à son avis, est que «we have been trying to design remedies for a make-believe world rather than a real one» (*ibid.* à la p. 1489). Georges Ripert remarque que c'est bien en vain qu'on pousse les actionnaires à se défendre, à s'organiser, à assister aux assemblées (*supra* note 19 à la p. 104).

¹³¹Voir J.-P. Berdah, *Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions*, Paris, Sirey, 1974 à la p. 120 ; J.-P. Gastaud, *Personnalité morale et droit subjectif*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977 à la p. 65 ; J. Carbonnier, *Droit civil/les personnes : Personnalités, incapacités, personnes morales*, 18^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1992 à la p. 340 ; M. Deschamps, «L'action de compagnie et les droits qui y sont rattachés» (1969) 4 R.J.T. 45 à la p. 57 : «En réalité, personne n'est propriétaire de la compagnie [...]».

¹³²«Shareholding is no longer ownership, but a form of passive absentee profit sharing contract» (P.R. Adams, *The Law and Practice relating to Company Directors in Australia*, Sydney, Butterworths, 1965 à la p. 40, cité par M.A. Lewi, «Some Aspects of Modern Company Structure: A Comment» (1965-66) 7 U. West. Aust. L. Rev. 329 à la p. 333).

¹³³*Supra* note 19 à la p. 94.

¹³⁴*Supra* note 126 à la p. 9. Lord Macnaghten dira dans l'affaire *Welton c. Saffery*, [1897] A.C. 299 à la p. 325 (H.L.) [ci-après *Welton*] : «[S]hareholders are not partners [...]».

¹³⁵«La souveraineté de fait dans les sociétés anonymes en droit français» dans *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, t. XV, Paris, Librairie Dalloz, 1963, 330.

l'*affectio societatis*, «cette volonté de collaborer à l'entreprise commune, [...] élément essentiel du contrat de société»¹³⁶.

Seule la société dite «fermée», comprenant un nombre restreint d'actionnaires, peut encore avoir comme assise un groupement d'associés et reposer sur une intention d'*affectio societatis*. Cependant, ceci n'implique pas que la société par actions acquiert en ce cas une nature contractuelle ; celle-ci ne change pas de nature en fonction du nombre d'actionnaires¹³⁷.

Est également erronée l'idée que la société par actions repose essentiellement sur un contrat. Nous convenons qu'il puisse y avoir un contrat à l'origine de sa fondation¹³⁸, mais l'essence de l'entité corporative n'est pas contractuelle¹³⁹. «Il nous faut détruire cette grande illusion, dit Georges Ripert, qu'une société par actions se crée et se vit par le jeu du contrat»¹⁴⁰. «Toute l'évolution de la conception de la société anonyme consiste dans l'abandon progressif de la thèse contractuelle», remarque P.R. Rossét¹⁴¹. Cette théorie ne cadre plus avec la réalité du phénomène corporatif¹⁴² et a été réfutée de façon éclatante par la théorie de l'institution que nous allons maintenant examiner.

B. La théorie de l'institution

C'est en réaction à l'approche contractuelle¹⁴³ et afin d'en arriver à une explication qui concorde plus avec la réalité qu'on a élaboré la théorie de

¹³⁶*Ibid.* à la p. 331. Voir aussi C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962 au n° 21.

¹³⁷Il y a un lien contractuel entre les actionnaires d'une société fermée, mais ceci n'affecte pas la nature de la société par actions. Voir à la p. 526, ci-dessous.

¹³⁸Voir en droit anglais, l'affaire *Hickman c. Kent & Romney Marsh Sheep Breeders' Association* (1914), [1915] 1 Ch. 881 à la p. 897, dans laquelle M. le juge Astbury considère que la compagnie est partie au contrat relatif à sa fondation. Cette thèse nous paraît difficilement acceptable.

¹³⁹*Welton, supra* note 134 à la p. 324 (Lord Macnaghten) : «These companies are the creature of statute, and by the statute to which they owe their being they must be bound [...]».

¹⁴⁰*Supra* note 19 à la p. 93.

¹⁴¹*Les tendances du nouveau droit suisse des sociétés*, Paris, 1939 aux pp. 22-23, cité par F.M. Sami, *La souscription d'actions dans la société anonyme (notamment dans la procédure de fondation successive)*, Genève, Rousseau, 1968 à la p. 44.

¹⁴²P.F. Drucker, *The New Society: The Anatomy of the Industrial Order*, New York, Harper & Brothers, 1950 mentionnait, à la p. 340, que l'actionnaire des grandes sociétés a indiqué de façon non équivoque qu'il n'est pas intéressé à être propriétaire. L'auteur soumet que le droit devrait prendre acte de cet état de fait et modifier ses lois en conséquence. Le rapport Sudreau, en France, est dans la même ligne de pensée :

Ce modèle juridique, on le sait, est devenu aujourd'hui souvent fictif, du moins dans les grandes entreprises dont le capital est largement dispersé. Les assemblées générales constituent fréquemment une formalité vide de sens. Rares sont les actionnaires qui ont acheté leurs titres avec la volonté d'entreprendre ; en fait, ils recherchent un placement et non l'exercice d'un pouvoir [...] (P. Sudreau, *La réforme de l'entreprise*, Paris, Union générale d'éditions, 1975 à la p. 23).

Voir également M. Giguère, *Les devoirs des dirigeants de sociétés par actions*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1967 à la p. 4.

¹⁴³J. Portemer, «Du contrat à l'institution» J.C.P. 1947.I.586 : «Il faut faire violence aux faits pour [...] réduire [la société] aux règles du droit civil».

l'institution¹⁴⁴. Celle-ci tente d'expliquer la société par actions comme un phénomène de volonté collective et non contractuelle¹⁴⁵.

Le mot institution est entendu ici dans son sens sociologique. Il est également usité en droit, où on entend par là «un ensemble de règles de Droit, formant un tout organique régissant les diverses sortes de relations découlant d'un fait fondamental»¹⁴⁶. Sur le plan sociologique, le terme institution exprime plutôt l'idée d'une **technique sociale utilisée pour régler les conflits sociaux et coordonner l'action d'un ensemble de personnes en vue d'une fin sociale**¹⁴⁷. Ainsi le mariage et la famille sont des institutions sociales, comme l'est également l'entreprise. Sans doute, l'institution sociale donne naissance à un ensemble de règles de droit, comme par exemple le droit du mariage ou encore le droit corporatif¹⁴⁸. C'est par ailleurs la bonne compréhension des caractères fondamentaux d'une institution sociale qui permet au droit de mieux adapter ses règles au fonctionnement naturel de l'institution en question.

Les adeptes de la nature institutionnelle de la société par actions conçoivent cette dernière comme une institution du corps social. Ils rejoignent la théorie du contrat pour reconnaître que la société par actions repose sur un groupement de personnes, mais considèrent toutefois que ce groupement ne se limite pas seulement aux actionnaires. Ces personnes sont reliées entre elles non par la force du contrat, mais par la recherche d'un intérêt commun, appelé **intérêt social**, qui agrège les membres et assure leur cohésion. C'est cet intérêt social qui devient la raison d'être du groupement, provoque la convergence des volontés et suscite une **organisation** ayant pour objet d'orienter et d'agencer la collaboration des membres vers la réalisation de la finalité commune¹⁴⁹; il subordonne en conséquence l'intérêt individuel à l'intérêt collectif¹⁵⁰. La grande

¹⁴⁴Cette notion d'institution fut introduite par M. Hauriou, «L'institution et le droit statutaire», [1906] Rec. Acad. lég. Toulouse 134 (cité par J.A. Broderick, «La notion d'institution' de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français» (1968) 13 Arch. phil. dr. 143 à la p. 155) et fut reprise en 1930 par G. Renard, *La théorie de l'institution : Essai d'ontologie juridique*, vol. 1, Paris, Sirey, 1930.

¹⁴⁵G. Roujou De Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961.

¹⁴⁶M. Bonnacase, *Introduction à l'étude du droit*, 2^e éd., 1931 au n° 45 et s., cité par A. Legal et J. Brethe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey, 1938 à la p. 27, n. 8.

¹⁴⁷Les économistes utilisent beaucoup le concept d'institution que J.R. Commons définit «as Collective Action in Control of Individual Action» (*Institutional Economics*, New York, Macmillan, 1934 à la p. 69, cité par W.C. Neale, «Institutions» dans M.R. Tool, dir., *Evolutionary Economics*, vol. 1, New York, M.E. Sharpe, 1988, 227 à la p. 228, n. 3). Pour Walton Hamilton, «[i]nstitutions fix the confines of and impose form upon the activities of human beings» («Institution» dans E.R.A. Seligman et A. Johnson, dir., *Encyclopædia of the Social Sciences*, vol. 8, New York, Macmillan, 1962, 84 à la p. 84).

¹⁴⁸Legal et Brethe de la Gressaye, *supra* note 146 à la p. 27.

¹⁴⁹A. Piot, «Observations sur l'objet des sociétés commerciales, du point de vue de la théorie de l'institution» (1930) 50 Rev. critique de législation et de jurisprudence 451; Legal et Brethe de la Gressaye, *ibid.* à la p. 29.

¹⁵⁰A. Viandier, *La notion d'associé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978 à la p. 101, défend la notion d'associé, mais reconnaît que «[l]a personne morale a des intérêts propres, distincts des intérêts des associés [...]. [L]es prérogatives attachées à la qualité d'associé sont exercées dans l'intérêt de la personne morale, pour le fonctionnement de celle-ci, et ne doivent pas être détournées de leur but».

caractéristique de l'institution consiste précisément à coordonner l'activité individuelle vers le bien commun ; c'est ce qui la distingue de la technique du contrat.

René Savatier s'est employé à faire ressortir les grandes caractéristiques qui distinguent le concept d'institution de celui du contrat¹⁵¹. L'institution se plie à la voix de la majorité en vue de faire prévaloir l'intérêt collectif¹⁵². Ceci lui permet de s'adapter aux circonstances en évoluant en fonction du bien commun. Le contrat, par contre, est rigide ; toute modification exige l'accord unanime des parties, l'intérêt collectif étant prisonnier des caprices individuels.

L'institution échappe à ses fondateurs ; elle est faite pour durer¹⁵³, fonctionner et demeurer la même malgré le changement de membres, car l'intérêt collectif est fixé de façon impersonnelle et n'est pas uniquement relié aux membres présents¹⁵⁴. Le contrat, quant à lui, s'attache à la personne, il est soumis à la personnalité et à la volonté individuelle des contractants ; un changement de membre provoque novation.

De plus, l'institution est organisée¹⁵⁵. Son fonctionnement repose sur un partage organique¹⁵⁶ du pouvoir, lequel provient d'un effort collectif ayant pour objectif le bien commun¹⁵⁷ ; les personnes faisant équipe deviennent des organes de décision et de production¹⁵⁸, alors que dans le contrat, le pouvoir procède plutôt d'un droit de propriété et d'une délégation¹⁵⁹.

¹⁵¹Les *métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1948 aux pp. 64-72. Voir également Broderick, *supra* note 144.

¹⁵²Roujou De Boubée, *supra* note 145 à la p. 15 : «[Il est] impossible de qualifier de contrat des accords de volonté qui ne nécessitent aucune transaction étant donné que les volontés en présence, loin de s'opposer, offrent toutes au contraire le même contenu. [...] [Ce sont] des concours entre des volontés qui ont toutes le même contenu, et qui tendent toutes vers la réalisation d'un même but». Voir aussi *ibid.* à la p. 17, où il dit : «L'acte collectif [...] procède d'un incontestable 'esprit d'équipe' : ceux qui y participent entendent réaliser par leur collaboration une œuvre commune pour laquelle ils consentent à un certain oubli d'eux-mêmes».

¹⁵³Broderick, *supra* note 144 à la p. 151, soutient que chaque fois qu'un contrat est à long terme et qu'il intéresse des collectivités, il se transforme en institution. Sur les effets institutionnels du long terme, voir P.P. Harbrecht, «The New Economy» (1960-61) 38 U. Det. L.J. 615 à la p. 616.

¹⁵⁴Legal et Brethe de la Gressaye, *supra* note 146 à la p. 27 : «Ce qui prouve enfin que la collectivité est un être distinct des individus qui la composent, c'est qu'elle reste identique à elle-même en dépit de tous les changements de personnes qui se produisent dans son sein [...] De là le nom d'«institution», employé par Hauriou [...]».

¹⁵⁵*Ibid.* à la p. 33 : «Un être organisé est celui qui dispose d'un ensemble de moyens pour atteindre sa fin». Voir aussi à la p. 34 : «L'organisation est donc nécessaire pour qu'une société humaine prenne figure d'institution. [...] [E]lle doit être conçue de façon à pouvoir subsister à travers tous les changements de personnes, aussi longtemps que l'œuvre à réaliser ne sera pas achevée».

¹⁵⁶*Ibid.* à la p. 35 : «[L]es organes qui exercent le pouvoir n'agissent pas dans leur propre intérêt, mais dans l'intérêt commun, ne commandent pas de leur chef, en leur nom personnel, mais au nom de l'idée de l'institution qui est [...] le fondement de l'autorité».

¹⁵⁷J. Zumstein, *Du caractère institutionnel de la société anonyme*, Lausanne, H. Jaunin, 1954 à la p. 37 : «[L]e pouvoir institutionnel [...] est attaché à la fonction elle-même et non à l'individu qui l'exerce [...]».

¹⁵⁸Savatier, *supra* note 151 à la p. 72.

¹⁵⁹On a longtemps considéré que les pouvoirs des dirigeants corporatifs provenaient d'un mandat des actionnaires, théorie rejetée aujourd'hui, leurs pouvoirs étant plutôt de nature institutionnelle et émanant de la loi.

Enfin, l'institution a une fonction sociale et non individuelle, puisqu'elle s'exerce pour le bien du groupement. Au contraire, le contrat est égocentrique et se réduit plutôt aux intérêts individuels des contractants. En somme, tout ce qui précède pourrait se résumer en ces mots : **l'institution, c'est l'emprise du tout sur les parties, alors que le contrat procède à l'inverse**¹⁶⁰.

Il est indéniable que ce concept d'institution décrit très bien la réalité corporative et rend évidente l'insuffisance de l'explication contractuelle. Il corrobore la théorie des systèmes et fait mieux comprendre ce qui provoque le phénomène d'entité et de finalité distinctes du tout par rapport aux membres qui le composent. Ce phénomène résulte de la conjonction de l'intérêt social et de l'organisation du groupement qui polarise les énergies vers un but commun, suscitant ainsi un tout supérieur à la somme des éléments qui le composent. Les institutions, ce sont «des êtres, dit le professeur Delos, [n]on pas des êtres substantiels, comme l'individu humain, mais des corps dont les membres sont unis par de mutuelles relations»¹⁶¹. C'est en somme une entité impersonnelle, et la raison pour laquelle cette entité est distincte de l'ensemble des membres qui la composent, c'est que même si ces derniers changent, l'entité demeure. «Ce qui subsiste, ce qui demeure, dit Maurice Vauthier, c'est le corps, l'universalité, c'est l'être distinct, dont la vie ne se confond pas avec l'existence de ceux qui le composent»¹⁶². En somme, l'institution est un corps social dépassant les volontés individuelles¹⁶³.

La théorie institutionnelle ne nie pas que la société par actions puisse avoir des relations contractuelles avec ses membres. Elle pose tout simplement comme principe que le fondement de l'entité corporative et son fonctionnement ne sont pas de nature contractuelle. Ce principe semble présentement faire l'objet d'un consensus chez les juristes¹⁶⁴, même s'il ne fait pas l'unanimité. Certains économistes tentent, par ailleurs, de raviver la vogue de la thèse contractuelle, prétendant qu'elle peut expliquer tout le fonctionnement de la société par actions, au point où les principes de l'entité distincte et de la personne morale deviendraient superflus¹⁶⁵. Un juriste américain, R.C. Clark, s'est employé dans un article à faire ressortir toutes les faiblesses de cette approche qui jette

¹⁶⁰J.-T. Delos, «La théorie de l'institution» (1931) 1-2 Arch. phil. dr. 97 à la p. 104.

¹⁶¹*Ibid.* à la p. 111.

¹⁶²*Supra* note 9 à la p. 21.

¹⁶³Zumstein, *supra* note 157 à la p. 35 et s.

¹⁶⁴Au Canada, voir les commentaires d'un des auteurs du rapport Dickerson, John L. Howard : «A corporation law [...] connotes a statutory institution that does not depend on contract and agency doctrine» («The Proposals for a New Business Corporations Act for Canada: Concept and Policies» dans Law Society of Upper Canada, *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada (1972): Corporate and Securities Law*, Toronto, Richard de Boo, 1972, 17 à la p. 32). Sur la façon américaine de voir l'approche institutionnelle, voir R. Eells et C.C. Walton, *Conceptual Foundations of Business*, 3^e éd., Homewood (Ill.), Richard D. Irwin, 1974 à la p. 160 et s.

¹⁶⁵Voir notamment Hessen, *supra* note 125 ; E.F. Fama, «Agency Problems and the Theory of the Firm» (1980) 88 J. Pol. Econ. 288 ; M.C. Jensen et W.J. Meckling, «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure» (1976) 3 J. Fin. Econ. 305 ; S.N. Cheung, «The Contractual Nature of the Firm» (1983) 26 J.L. & Econ. 1 ; A. Couret, «Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés» (1984) 102 Rev. des sociétés 243.

par-dessus bord pratiquement toutes les bases juridiques de la société par actions¹⁶⁶.

Tout en souscrivant à cette notion institutionnelle, nous devons signaler qu'elle ne peut s'appliquer à la société à actionnaire unique — pas plus que ne le peut d'ailleurs la théorie des systèmes — lorsque ce type de société ne comprend qu'un seul employé : son actionnaire. Ces deux théories impliquent la présence d'un groupement de personnes, voire même d'une communauté de travail ; elles évoquent donc la notion d'entreprise, alors que dans le cas soulevé, nous sommes en présence d'une seule personne. Une telle société nous paraît, en ces circonstances, uniquement fondée sur la création juridique d'un patrimoine distinct. Il convient d'ajouter qu'il s'agit là, le plus souvent, d'une situation transitoire, en attendant un volume d'affaires justifiant l'arrivée d'autres employés. Nous sommes ainsi en présence d'une entreprise en formation.

Il semble donc que la notion d'institution soit étroitement reliée à celle d'entreprise, ce qui nous amène à vérifier la thèse voulant que la société par actions ne soit en définitive qu'une forme juridique d'entreprise.

C. La théorie de l'entreprise

Le droit a, pendant longtemps, ignoré la notion d'entreprise et hésite encore à l'intégrer en son sein. «Notre arsenal juridique est suffisamment compliqué, s'exclame un juriste, sans lui ajouter encore une nouvelle catégorie»¹⁶⁷. Néanmoins, malgré cette résistance, la notion s'infiltré de partout¹⁶⁸ ; elle constitue l'objet de la science de la gestion¹⁶⁹, elle fait déjà partie du droit fiscal et du droit ouvrier¹⁷⁰ et les juristes lui ont consacré plusieurs ouvrages au cours des dernières années¹⁷¹. Le nouveau *Code civil du Québec* en donne même une définition, soit l'exercice d'une activité économique consistant en la production, la réalisation, l'administration ou l'aliénation de biens, ou dans la prestation de services¹⁷².

La notion d'entreprise exprime l'idée d'une unité organisationnelle et d'un patrimoine qui lui est relié, tous deux consacrés à la fabrication ou à la

¹⁶⁶«Agency Costs versus Fiduciary Duties» dans J.W. Pratt et R.J. Zeckhauser, dir., *Principals and Agents: The Structure of Business*, Boston, Harvard Business School Press, 1984, 55.

¹⁶⁷L. Julliot de la Morandière dans *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. III, Paris, Librairie Dalloz, 1947 aux pp. 156-157, cité par M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957 à la p. 2.

¹⁶⁸N.N. Antaki, «Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges : Le droit des entreprises» (1980) 21 C. de D. 231.

¹⁶⁹On la désigne souvent sous le vocable «d'organisation». Voir M. Lizée, «Le contrôle des organisations» dans R. Miller, dir., *La direction des entreprises*, 2^e éd., Montréal, McGraw-Hill, 1989, 393.

¹⁷⁰En droit ouvrier, voir J. Daigle, «L'entreprise, un concept à définir» (1978) 38 R. du B. 795 ; J. Hamel, «Droit de l'entreprise et droit social» (1954) 6 R.I.D.C. 554 ; N. Catala, *L'entreprise*, Paris, Dalloz, 1980.

¹⁷¹Despax, *supra* note 167 ; Ripert, *supra* note 19 ; F. Bloch-Lainé, *Pour une réforme de l'entreprise*, Paris, Seuil, 1963 ; J.M. Mousseron et B. Teyssié, dir., *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Librairies Techniques, 1978 ; C. Champaud et J. Paillusseau, dir., *L'entreprise et le droit commercial*, Paris, Armand Colin, 1970.

¹⁷²Art. 1525 C.c.Q.

distribution de biens ou de services¹⁷³. Toute entreprise regroupe généralement quatre éléments. Elle comporte d'abord un **élément humain**, soit une communauté de travail œuvrant à la réalisation de la finalité organisationnelle, ce qui en fait une **institution**. On y retrouve ensuite un **élément matériel**, soit une universalité de biens constituant le patrimoine distinct évoqué plus haut¹⁷⁴ et servant de moyen à la réalisation de la fin visée. Ces deux éléments fonctionnent sous le couvert d'une **organisation**, le troisième élément assurant l'unité d'action dans la poursuite de la finalité. Cette **finalité**¹⁷⁵ constitue enfin le quatrième élément, soit la production ou la distribution de biens et de services répondant aux besoins de la collectivité.

On retrouve ces éléments dans pratiquement toutes les sociétés incorporées, sous réserve du cas soulevé plus haut de la société comprenant une seule personne, qui repose en quelque sorte sur une entreprise en formation, ce qui nous permet de dire que, en principe, celles-ci ont fondamentalement pour objet une entreprise quelconque. La notion d'entreprise vient donc compléter celle de la société par actions et lui apporte un nouvel éclairage¹⁷⁶, au point, dit un juriste, que ces nouvelles notions «vont bouleverser certaines de nos idées» et que notre vision de la société par actions ne sera plus la même¹⁷⁷. On peut dire qu'en principe l'entreprise est une sorte d'institution¹⁷⁸ et nous démontrerons ci-après que la société par actions est en définitive une forme juridique d'entreprise.

Le droit a, jusqu'à ce jour, peu utilisé cette notion d'entreprise, car il concevait le patrimoine comme l'accessoire de la personne et l'entreprise, comme étant confondue dans la personne de l'entrepreneur. Or la montée du concept d'entreprise résulte de la dissociation de plus en plus poussée des notions d'**entrepreneur** et d'**entreprise**.

Cette dissociation peut provenir de la loi seule — comme c'est le cas de la société à actionnaire unique —, mais elle est le plus souvent la conséquence

¹⁷³Sur les éléments nécessaires à l'existence d'une entreprise, voir L. Ducharme, *De l'acte de commerce en droit québécois*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 1976 à la p. 72 et s. [non publiée].

¹⁷⁴Il y a ici «patrimoine d'affectation», car celui-ci est affecté au but de l'organisation. Toutefois, cette entreprise devra être incorporée pour que ce patrimoine soit juridiquement considéré distinct et il le sera en ce qu'il deviendra le patrimoine de la personne morale. Voir, ci-dessus, à la p. 511 et s.

¹⁷⁵«Est entreprise, pour Truchy, 'toute organisation dont l'objet est de pourvoir à la production, l'échange ou à la circulation des biens ou des services. C'est l'unité économique dans laquelle sont groupés et coordonnés les facteurs humains et matériels de l'activité économique'» (*Cours d'économie politique*, t. 1 à la p. 147, cité par É. Delataille, *Où va l'entreprise*, Paris, Dunod, 1968 aux pp. 1-2).

¹⁷⁶Berdah, *supra* note 131 à la p. 11 : «La notion d'entreprise a apporté au concept de société un nouvel éclairage [...]».

¹⁷⁷Hamel, *supra* note 170 à la p. 557 : «Les notions nouvelles sur l'entreprise vont bouleverser certaines de nos idées ; notamment la société ne sera plus ce qu'elle est aujourd'hui [...]».

¹⁷⁸J. Pailusseau, *La société anonyme : Technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1967. L'auteur écrit à la p. 26 : «[L]a conception institutionnelle s'adresse beaucoup plus à l'entreprise qu'à la société». L'auteur signale qu'Hauriou (*supra* note 144) définissait l'institution comme «une idée d'œuvre ou d'entreprise [...] car l'entreprise a pour objet de réaliser l'idée».

de la force organisationnelle. Lorsqu'une universalité¹⁷⁹ fait l'objet d'une organisation suffisamment poussée, elle devient force de cohésion organique au point de former un tout et de pouvoir assumer sa propre autonomie¹⁸⁰. Nous sommes alors en présence d'un **entrepreneur collectif** et non d'une collectivité d'entrepreneurs. Michel Despax fait remarquer que dans la profession civile, l'organisation joue un rôle secondaire par rapport à la personnalité de l'individu ; dans l'entreprise, au contraire, c'est l'organisation qui constitue l'élément dynamique et qui le fait avec une puissance qui dépasse et domine la faible capacité de personnes agissant individuellement¹⁸¹.

La société par actions a été le moule par excellence dans lequel a pu se façonner cette dissociation entre l'entrepreneur et l'entreprise. Toute l'histoire de la société par actions, depuis le siècle dernier, se présente comme un film où se déroule le processus constant tendant à détacher l'entreprise de l'entrepreneur. La société par actions a d'abord dissocié le patrimoine social de celui de l'actionnaire ; elle a fait de celui-ci, comme nous l'avons vu, non plus un propriétaire, pas même un entrepreneur, mais, dans les faits, un créancier, un investisseur. Comment ne pas voir l'évidence de cette dissociation, alors qu'elle est confirmée par l'attitude même des actionnaires, comme nous l'avons signalé plus haut¹⁸².

L'entreprise ira encore plus loin et fera prévaloir son propre intérêt sur celui des actionnaires, confirmant ainsi le principe «du meilleur intérêt de la société par actions» reconnu par le droit corporatif des pays occidentaux¹⁸³. En somme, l'intérêt de l'entreprise prime sur l'intérêt individuel de ses membres. Dans l'avenir, fait remarquer Léon Juliot de la Morandière, «on sera amené à admettre que l'individu qui affecte une partie de son patrimoine à la création d'une entreprise, cesse d'avoir la maîtrise de ces biens [...]»¹⁸⁴. C'est là, en effet, une des conséquences de la dissociation qui s'opère entre l'entreprise et l'entrepreneur en constituant une société par actions. Le patrimoine corporatif n'est plus celui de l'entrepreneur mais plutôt celui de l'entité corporative.

Nous avons vu que, selon l'approche traditionnelle, la société par actions reposait sur un groupement d'entrepreneurs associés. Or il faut reconnaître que, de nos jours, les actionnaires des grandes entreprises ne s'impliquent aucunement dans la gestion de celles-ci et ne jouent plus le rôle d'entrepreneurs. L'entreprise moderne n'est plus l'affaire de quelques entrepreneurs, mais repose plutôt sur une communauté de travail. Elle fait appel à l'effort collectif, conception qui heurte de front le schéma juridique traditionnel et dépassé d'après lequel le

¹⁷⁹R. Gary, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Paris, Sirey, 1932.

¹⁸⁰«[L]’entreprise prenant, peut-on dire, possession de l’entrepreneur», écrit J. Schapira («L’intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme» (1971) 24 Rev. trim. dr. comm. 957 à la p. 959).

¹⁸¹*Supra* note 171 à la p. 28. L’auteur écrit : «Si l’on veut bien nous permettre l’expression, nous dirons, pour schématiser cette opposition, que la profession civile ‘colle’ au professionnel, alors que l’entreprise se détache de l’entrepreneur».

¹⁸²Voir aux pp. 521-23, ci-dessus ; *supra* note 129.

¹⁸³Voir notre article, «Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale», *supra* note 116.

¹⁸⁴A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, 11^e éd. par L. Juliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1947 à la p. 117 ; Despax, *supra* note 167 à la p. 197.

travailleur ne fait pas partie de la société par actions, mais est uniquement à son service.

Sur le plan de la notion de propriété, la comparaison démontre une seconde différence très profonde, une fois poussée plus loin. L'approche traditionnelle fait de l'actionnaire non seulement un entrepreneur, mais également un propriétaire qui exploite son entreprise dans son propre intérêt, comme tout autre objet de propriété¹⁸⁵. Il en perçoit les fruits, considérés comme étant produits par sa chose et non par l'activité humaine. Dans la notion d'entreprise-institution, au contraire, c'est l'idée d'œuvre à réaliser, l'intérêt de l'entreprise, qui devient le guide décisionnel, et même l'entrepreneur y est soumis, ne pouvant user de son autorité à des fins purement égoïstes¹⁸⁶. D'ailleurs, les pouvoirs ne reposent plus sur la prérogative de propriétaire, mais deviennent l'exercice d'une fonction¹⁸⁷; comme le dit Nicole Catala, le «patronat fonction» est substitué au «patronat de propriété»¹⁸⁸. Toutefois, en l'espèce, même le terme patronat ne nous paraît pas approprié.

Il résulte de cette approche une nouvelle façon de concevoir la société par actions. Cette vision avait été proposée dès 1947, par le professeur A.A. Berle Jr.¹⁸⁹. Son approche avait reçu à l'époque un accueil plutôt froid, mais elle prend aujourd'hui de plus en plus d'envergure, notamment sous l'effet des problèmes posés par l'émergence des sociétés multinationales¹⁹⁰. Phillip I. Blumberg, juriste américain, écrit dans un article publié en 1990 : «[T]raditional theories of the corporate personality are being increasingly supplemented by a newer doctrine emphasizing *enterprise over entity*» [nos italiques]¹⁹¹. Un juriste anglais, Clive M. Schmitthoff, va jusqu'à dire : «Company law has thus changed its character. It has developed from company law (*droit des sociétés*) to a law of enterprises (*droit des entreprises*)»¹⁹².

D. La théorie des partenaires corporatifs

La science économique est venue compléter le concept d'entreprise en lui ajoutant une autre dimension qui fut signalée par R.H. Coase dans un article publié en 1937. Il allègue que le marché est le lieu où se transigent l'offre et la

¹⁸⁵En droit civil, la propriété, c'est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue. Voir sur cette question, J. Savatier. «Pouvoir patrimonial et direction des personnes» [1982] *Droit social* 1.

¹⁸⁶Le principe du meilleur intérêt de la société par actions fait prévaloir l'intérêt de l'entreprise sur celui des actionnaires. Voir à la p. 521, ci-dessus.

¹⁸⁷Legal et Brethe de la Gressaye, *supra* note 146; Zumstein, *supra* note 157.

¹⁸⁸*Supra* note 170 à la p. 161; Bloch-Lainé, *supra* note 171 à la p. 49. Techniquement, la propriété ne fonde aucun pouvoir sur les personnes (voir Savatier, *supra* note 185 à la p. 2).

¹⁸⁹«The Theory of Enterprise Entity» (1947) 47 *Colum. L. Rev.* 343.

¹⁹⁰L'entreprise multinationale est formée d'une société mère qui gère ses sociétés filiales comme si l'ensemble ne constituait qu'une seule et unique entreprise, obligeant ainsi ces filiales à contre-carrer le principe juridique de la finalité autonome de chaque entité corporative. Voir notre article «Le droit des multinationales : Une impasse juridique ?» (1985) 2 *R.Q.D.I.* 271.

¹⁹¹«The Corporate Personality in American Law: A Summary Review», XIII^e Congrès international de droit comparé, Montréal, 1990 aux pp. 5-6 [non publiée].

¹⁹²«Social Responsibility in European Company Law» (1979) 30 *Hastings L.J.* 1419 à la p. 1422.

demande, alors que l'entreprise a pour fonction de concilier les attentes des facteurs de production¹⁹³. En somme, l'entreprise n'a pas uniquement pour mission de produire les biens et les services répondant aux attentes des consommateurs, mais elle doit également mettre en œuvre les facteurs de production et concilier les attentes respectives, soit celles du capital, du travail et des divers fournisseurs.

Cette approche écarte donc la vision traditionnelle voulant que la société par actions soit uniquement au service des actionnaires. Déjà, en science de la gestion d'entreprises, maints auteurs proposent l'idée que les membres composant l'entité corporative ne puissent logiquement se limiter aux seuls actionnaires. On est généralement ouvert dans ce domaine à la théorie dite «des partenaires corporatifs» voulant que l'entreprise opère à la fois dans l'intérêt des employés, des actionnaires et des clients¹⁹⁴. C'est, paraît-il, un canadien, W.L. Mackenzie King, qui devint par la suite premier ministre du Canada, qui aurait évoqué le premier cette approche lors d'une causerie prononcée à Toronto en 1919¹⁹⁵. Cette approche correspond plus à la réalité corporative moderne que l'idéologie juridique traditionnelle de l'actionnaire-propriétaire. Cette vision traditionnelle a d'ailleurs été contestée par de nombreux juristes ; «il s'agit là, dit le professeur Marc Giguère, d'un vestige que l'on voudrait d'un autre âge»¹⁹⁶. «A concept of the corporation which draws the boundary of 'membership' thus narrowly is seriously inadequate», écrit le juriste américain Abraham Chayes¹⁹⁷. L.C.B. Gower déplore que la loi «ignore the undoubted fact that the employees are members of the company for which they work to a far greater extent than are the shareholders whom the law persists in regarding as its proprietors»¹⁹⁸.

Il est en effet paradoxal — et L.C.B. Gower qualifie même cette situation «d'anachronique»¹⁹⁹ — que l'employé ne soit pas **membre** de la société par actions pour laquelle il travaille, alors que l'on réserve cet attribut à l'actionnaire, qui, du moins dans les grandes sociétés publiques, ne le réclame pas et refuse même d'en assumer les prérogatives²⁰⁰. L'employé est beaucoup plus intégré à l'entreprise que l'actionnaire et il y est beaucoup plus impliqué que ce dernier. La théorie de l'entreprise repousse donc la vision voulant que la société

¹⁹³«The Nature of the Firm» (1937) 4 *Economica* 386.

¹⁹⁴R.E. Freeman, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Boston, Pitman, 1984 ; T.F. Tuleja, *Beyond the Bottom Line: How Business Leaders are Turning Principles into Profits*, New York, Penguin Books, 1987 ; F.X. Sutton *et al.*, *The American Business Creed*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1956 à la p. 357 ; L. Silk et D. Vogel, *Ethics and Profits: The Crisis of Confidence in American Business*, New York, Simon and Schuster, 1976 à la p. 134 et s. ; C.C. Walton, *Corporate Social Responsibilities*, Belmont (Calif.), Wadsworth, 1967 à la p. 129.

¹⁹⁵Il se référerait à ce qu'il estimait être les quatre partenaires de l'entreprise soit le travail, le capital, la direction et la collectivité. Voir L.C.B. Gower, «Corporate Control: The Battle for the Berkeley» (1954-55) 68 *Harv. L. Rev.* 1176 à la p. 1190.

¹⁹⁶Giguère, *supra* note 142 à la p. 42.

¹⁹⁷«The Modern Corporation and the Rule of Law» dans E.S. Mason, dir., *The Corporation in Modern Society*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1966, 25 à la p. 41.

¹⁹⁸*Supra* note 126 à la p. 10.

¹⁹⁹*Ibid.* à la p. 554.

²⁰⁰Aux pp. 522, 529, ci-dessus.

par actions ne soit vouée uniquement qu'aux intérêts des pourvoyeurs de capitaux. Nicole Catala le signale en ces termes : «De façon de plus en plus manifeste, l'entreprise est regardée comme une cellule socio-économique dont le devenir intéresse les salariés autant que les apporteurs de capitaux»²⁰¹. Jean Savatier fait la même remarque ; il soumet que le concept de l'entreprise-institution incite à reconnaître que les actionnaires ne sont pas les seuls intéressés, et que l'entreprise «doit fonctionner aussi dans l'intérêt des travailleurs et de l'économie nationale»²⁰².

Un mouvement est en cours pour modifier l'ancienne vision juridique qui s'avère dépassée²⁰³. C'est cette réalité qui a conduit le droit anglais à modifier, en 1980, sa loi des compagnies pour reconnaître que la société par actions doit prendre en considération non seulement l'intérêt des actionnaires, mais aussi celui des employés²⁰⁴. Le droit allemand a depuis longtemps sanctionné cette approche²⁰⁵ et reconnaît même aujourd'hui que les employés ont, au même titre que les actionnaires, le droit de désigner les membres du conseil de surveillance²⁰⁶. C'est là l'orientation que la Communauté économique européenne propose à ses membres dans son effort pour uniformiser le droit corporatif²⁰⁷.

Même au Canada, cette nouvelle vision semble faire son chemin, si on se réfère aux commentaires de M. le juge J. Berger, qui, parlant de l'ancienne idéologie, déclare dans l'affaire canadienne *Teck Corporation* : «A classical theory that once was unchallengeable must yield to the facts of modern life»²⁰⁸.

L'évolution s'avère toutefois plus lente chez les juristes américains. L'American Bar Institute a même tenté de mettre fin à cette évolution en proposant de définir la mission de la société par actions comme étant «to engage in activities only with the views to enhance corporate profit and shareholder gain»²⁰⁹. Cette tentative a toutefois soulevé une vive protestation de la part des

²⁰¹*Supra* note 170 à la p. 141.

²⁰²«Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée» dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, 863 à la p. 880.

²⁰³Sur l'évolution du droit comparé sur cette question voir «Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale», *supra* note 116.

²⁰⁴*Supra* note 118. Voir P.L.R. Mitchell, *Directors' Duties and Insider Dealing*, London, Butterworths, 1982 à la p. 39.

²⁰⁵*Supra* note 120.

²⁰⁶M. Gruson et W. Meilicke, «The New Co-Determination Law in Germany» (1977) 32 *Bus. Lawyer* 571 ; W. Scheuerle, «La nouvelle loi sur la participation dans la République fédérale d'Allemagne» (1977) 29 *R.I.D.C.* 339 ; F. Gamillscheg, «La cogestion des travailleurs en droit allemand : Bilan à la lumière du jugement du tribunal constitutionnel fédéral du 1^{er} mars 1979» (1980) 32 *R.I.D.C.* 37.

²⁰⁷CE, Commission, *Participation des travailleurs et structure des sociétés dans la Communauté européenne*, Bulletin des CE (12 septembre 1975), supp. 8/75. S. Simitis, «Workers' Participation in the Enterprise – Transcending Company Law?» (1975) 38 *Modern L. Rev.* 1 ; C.M. Schmitthoff, «Employee Participation and the Theory of Enterprise» [1975] *J. Bus. L.* 265.

²⁰⁸*Teck Corporation c. Millar* (1972), 33 *D.L.R.* (3^e) 288 à la p. 314, [1973] 2 *W.W.R.* 385 (B.C.S.C.).

²⁰⁹Voir le document déposé par l'American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* (Tentative Draft No. 2), Philadelphie, American Law Institute, 13 avril 1984, art. 2.01.

dirigeants corporatifs²¹⁰, à la grande surprise des membres du barreau américain qui réalisaient soudainement l'écart séparant leur conception sur le sujet de celle du monde des affaires²¹¹.

Il faut dire que même les syndicats ouvriers hésitent à adhérer à cette vision moderne, estimant pouvoir retirer plus du présent processus de négociation, alors que l'approche des partenaires les expose, à titre de partenaires, au risque de devoir prendre en considération les intérêts de l'entreprise. Rappelons que la vision institutionnelle place l'intérêt commun au-dessus des intérêts particuliers²¹² et c'est cette vision qui forme le fondement de la règle de droit corporatif²¹³. C'est ce qui amène un dirigeant syndical américain à déclarer : «[W]e believe workers can receive a better share of free enterprise at bargaining tables than in board rooms»²¹⁴. Les syndicats ne semblent donc pas prêts à placer l'intérêt de l'entreprise au-dessus des intérêts des employés. Or, quoiqu'ils aient longtemps partagé ce point de vue, les syndicats britanniques ont finalement conclu que les employés avaient intérêt à réclamer le statut de partenaires²¹⁵.

L'approche institutionnelle repose sur le principe que tous les membres de l'entreprise doivent collaborer à la réalisation de la finalité commune, ce qui la distingue de la technique du contrat où les conflits se règlent par transaction. Un auteur écrit :

[I]ts basic premise is that persons with divergent objectives and training can work in tandem and make decisions in an objective way, even when self-interest may be involved. In contrast, American institutions are generally premised on the deliberate exploitation of divergence and conflict to achieve socially desirable ends²¹⁶.

²¹⁰Business Roundtable, *Statement of the Business Roundtable on the American Law Institute's Proposed «Principles of Corporate Governance and Structure»*, février 1983. Voir notamment *Comments of the Business Roundtable Concerning the American Law Institute's Corporate Government Project*, 4 mai 1984, mémoire non publié mais cité par D.E. Schwartz, «Defining the Corporate Objective: Section 2.01 of the ALI's Principles» (1983-84) 52 *Geo. Wash. L. Rev.* 511 à la p. 520, où le Business Roundtable écrit : «[It] is not at all clear that the overriding objective of all corporations at all times is or will be to engage in activities only with the views to enhance corporate profit and shareholder gain [...]». Le juriste Schwartz est étonné par cet argument qu'il qualifie de «surprising» ; il reconnaît cependant que l'article 2.01 du projet de l'American Law Institute «is mainly a lawyer's construct of a corporation». Il semble, dans son texte, prendre l'attitude que seuls les juristes ont raison lorsqu'il s'agit d'établir la mission de l'entreprise.

²¹¹Voir l'article du juriste Kenneth R. Andrews, «Corporate Governance Eludes the Legal Mind» (1982-83) 37 *U. Miami L. Rev.* 213, dans lequel il critique la vision de ses confrères juristes et écrit à la p. 214 : «[T]he recommendations do not take into account the recent evolution of the large corporation as the dominant institution of our society, with relationships ranging far beyond the corporation's original obligations to shareholders» ; il ajoute à la p. 215 : «[T]he corporation has accumulated responsibilities unrecognized in traditional corporation law and the attempted modernization embodied in the Model Business Corporation Act».

²¹²Aux pp. 519, 525, ci-dessus.

²¹³Les administrateurs doivent agir dans le meilleur intérêt de l'entité corporative (voir «Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale», *supra* note 116).

²¹⁴Ellenberger, *The Realities of Codetermination*, AFL-CIO Am. Fed., 10 octobre 1977 à la p. 15, cité par C.W. Summers, «Codetermination in the United States: A Projection of Problems and Potentials» (1982) 4 *J. Comp. Corp. L. & Sec. Reg.* 155.

²¹⁵K. Hopt, «Problèmes fondamentaux de la participation en Europe» (1981) *Rev. trim. dr. comm.* 401 à la p. 407 et s.

²¹⁶M.A. Eisenberg, «The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking» (1969) 57 *Calif. L. Rev.* 1 à la p. 21.

Certains chercheurs soutiennent que c'est exactement ce en quoi consistent l'apport et la mission de l'organisation qui permet de réaliser la transcendance de l'intérêt collectif sur les intérêts particuliers. Un sociologue écrit :

[T]he basis for formal [...] organization is not self-interest per se but the need to resolve conflicts in self-interest that would exist without the formal structures. Organizations provide frameworks within which joint action is smoothed by arriving at and retaining solutions to social dilemmas that provide maximal joint outcomes to the participants²¹⁷.

Rappelons que le droit corporatif de la plupart des pays faisant l'objet de notre étude a pour principe que les dirigeants doivent agir dans le **meilleur intérêt de la société par actions**²¹⁸. Or, pour réussir, cette dernière doit parvenir à répondre aux attentes des employés, des actionnaires et des clients, attentes qui sont souvent contraires. En somme, les dirigeants ont pour fonction de concilier les intérêts divergents de ces divers partenaires en vue d'en arriver au point de jonction qui répondra le mieux possible aux attentes des partenaires. En pratique, le meilleur intérêt de l'entreprise conduit au meilleur intérêt de l'ensemble des divers intervenants au processus de fonctionnement de l'entreprise.

E. La théorie de la technique d'organisation

L'émergence de la théorie de l'entreprise suscite, avons-nous dit, une révision de la notion de société par actions²¹⁹. De deux choses l'une : ou la société par actions est en voie de se transformer en entreprise, ou elle a toujours constitué, dans son essence, une notion distincte mais complémentaire de celle d'entreprise.

Nous croyons que l'entreprise forme une notion vraiment distincte de celle de la société par actions²²⁰. Nous en voyons la preuve dans le fait qu'il existe des entreprises qui ne revêtent pas la forme de la société par actions²²¹, comme par exemple la société coopérative ou encore la société sans but lucratif, sans parler de l'entreprise non incorporée qui, elle, se confond dans le patrimoine de l'entrepreneur²²².

²¹⁷L.G. Zucker, «Where do Institutional Patterns Come From? Organizations as Actors in Social Systems» dans L.G. Zucker, dir., *Institutional Patterns and Organizations: Culture and Environment*, Cambridge (Mass.), Ballinger, 1988, 23 à la p. 33.

²¹⁸Voir à ce sujet notre article, «Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale», *supra* note 116.

²¹⁹Schmitthoff, *supra* note 207 à la p. 269 : «The legal structure of the company must be reformed to conform with the theoretical view held on the nature of the enterprise».

²²⁰J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, t. 1, Bruxelles, Émile Bruylant, 1954 à la p. 207, soutient qu'il ne faut pas confondre «la société anonyme — mécanisme permettant la réunion de capitaux — et l'entreprise, institution distincte, dont la société anonyme n'est, en général, qu'un élément» (cité par R. Henrion, «Système économique et statut de l'entreprise» dans *Le droit économique et financier en 1985 : Hommage à Robert Henrion*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1985, 157 à la p. 170).

²²¹B. Oppetit et A. Sayag, *Les structures juridiques de l'entreprise*, 3^e éd., Paris, Librairie Techniques, 1981.

²²²Speth, *supra* note 48. L'entreprise non incorporée est ignorée en droit, car à ses yeux seul l'entrepreneur existe.

Qu'est-ce donc qu'une société par actions, voire même une société coopérative ou une société sans but lucratif ? Ce sont, selon la thèse de Jean Paillusseau²²³, des formes d'organisation juridique de l'entreprise. Ces formes corporatives ne sont donc que des enveloppes juridiques, des *vesta giuridica*, au dire de Ferrara²²⁴. Georges Ripert conçoit la société par actions comme étant «une machine juridique», un instrument²²⁵. P. Durand remarque également que chaque groupement doit «revêtir une certaine forme [et] employer un certain mécanisme juridique»²²⁶. Jean-Pierre Gastaud la considère comme une technique juridique destinée à favoriser une activité économique collective²²⁷. Nous avons déjà signalé que Adolph A. Berle, professeur de l'Université Columbia, avait soulevé cette idée dès 1947²²⁸.

En somme, la société par actions et les autres formes corporatives constituent des techniques permettant à l'entreprise d'accéder à la vie juridique sous le couvert de la personnalité morale dont ces techniques sont dotées. L'entreprise peut donc maintenant agir sans l'entremise de l'entrepreneur. D'ailleurs, c'est vraiment elle qui agit, car elle constitue l'assise organisationnelle, le phénomène suscitant l'entité distincte. La société par actions, quant à elle, n'est que la forme revêtue par l'entreprise, le masque sous lequel cette dernière agit. C'est cette forme juridique qui permet la dissociation entre l'entreprise et l'entrepreneur.

Mais ces formes corporatives n'apportent pas seulement la personnalité morale. Chacune est dotée de caractéristiques particulières. La société par actions se veut ainsi un instrument de cueillette de l'épargne et adopte, par conséquent, la technique du capital-actions²²⁹. Elle offre aux investisseurs de capital de risque un droit de contrôle et de participation aux profits, et même un droit au partage de l'avoir net du patrimoine de l'entreprise advenant la dissolution de la société par actions. La société coopérative, elle, veut se placer au service de ses membres usagers et les servir au moindre coût possible. Elle leur assure un droit de contrôle et la ristourne du trop perçu, mais ne confère aucun droit sur l'avoir propre, car dans son esprit le membre est un usager et non un investisseur. La coopérative de production veut plutôt attribuer ses excédents à ses employés. Dans la société sans but lucratif, le membre n'est qu'un promoteur bénévole, doté du droit de contrôle mais sans aucune part aux profits²³⁰.

Nous avons ici employé le mot membre, comme le fait la loi, mais le terme prête à confusion, laissant entendre que seuls sont membres les partenaires

²²³Supra note 171.

²²⁴*Teoria della persona giuridica*, 2^e éd., 1923 à la p. 368 et s., cité par Simitis, supra note 207 à la p. 14, n. 50.

²²⁵Supra note 19 à la p. 207.

²²⁶«L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé» dans *Mélanges Ripert* à la p. 142, cité par Gastaud, supra note 131 à la p. 32.

²²⁷Ibid. à la p. 83.

²²⁸Supra note 189.

²²⁹Plusieurs considèrent que cette technique fut la plus grande découverte des temps modernes. Voir Ripert, supra note 19 à la p. 109.

²³⁰Remarquons qu'il a droit cependant au partage de l'avoir net, advenant dissolution, à moins qu'on ait renoncé à ce droit aux documents d'incorporation.

corporatifs à qui la forme juridique accorde des privilèges particuliers. On confond ici forme et fond, comme si la forme juridique absorbait le fond qu'elle recouvre. Nous avons fait état plus haut²³¹ que toute l'évolution du droit corporatif consiste en un mouvement tendant à renverser cette situation, à rétablir les choses dans leur véritable perspective, le fond, soit l'entreprise, détenant de plus en plus d'emprise sur la forme, l'accessoire s'adaptant graduellement au principal. Ce n'est pas la société par actions qui constitue la base de l'entité distincte, mais l'entreprise qu'elle recouvre, car c'est l'entreprise qui forme le substrat du système. Or, par ailleurs, cette entité entreprise ne pourrait s'élever à la vie juridique sans revêtir une des formes corporatives. Substance et forme, donnée sociale et construction juridique, sont donc étroitement réunis pour former un tout.

La société par actions, comme toutes les autres formes corporatives, n'est donc qu'une technique juridique, c'est-à-dire un moyen élaboré par le droit pour atteindre un but recherché²³². Ce but de la société par actions, comme forme juridique, paraît être à la fois la cueillette de capital de risque et l'élévation de l'entreprise à la vie juridique, c'est-à-dire l'attribution du statut de sujet de droits et d'obligations.

Ce qu'il importe de réaliser, c'est que la forme juridique ne peut pas et ne doit pas annihiler le fondement qu'elle recouvre et vient compléter. Si la forme organisationnelle que l'entreprise revêt juridiquement accorde des privilèges accessoires et particuliers à une catégorie de membres, les autres membres n'en sont pas pour autant écartés et demeurent des partenaires de l'entreprise, sous réserve des prérogatives particulières qui sont concédées à une catégorie d'entre eux, comme c'est le cas pour les actionnaires. Toutefois, le fait qu'une catégorie particulière de partenaires jouisse d'un statut privilégié, selon la forme juridique utilisée, n'enlève pas pour autant aux autres leur statut de participants et les droits qui en découlent. Il semble que l'évolution du droit corporatif tende de plus en plus à reconnaître cette réalité fondamentale et à rétablir cet esprit de «partenariat»²³³.

Conclusion

Dans cet article, nous avons tenté de préciser la nature de la société par actions à la lumière de ce que le fait social exprime. Nous nous sommes tout particulièrement concentré sur deux aspects, soit le principe de l'entité distincte et le fondement de cette entité.

Malgré l'apparence mystique qui entoure le phénomène de l'entité distincte, le fait social indique clairement que la société par actions constitue une entité ayant une existence réelle et distincte des personnes qui en forment le fondement. Celle-ci n'a évidemment pas d'existence substantielle ; néanmoins, elle se manifeste phénoménalement.

²³¹A la p. 528 et s., ci-dessus.

²³²C'est ainsi que Roger Perrot définit la technique juridique (*De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Paris, Sirey, 1953 à la p. 13).

²³³Voir la théorie des partenaires corporatifs, ci-dessus, à la p. 530 et s.

Le fait social indique également que le fondement de cette entité repose sur une entreprise. La société par actions n'est en définitive qu'une forme juridique recouvrant une entreprise et la dotant de la personnalité juridique. Cette entité a pour fonction de produire les biens et les services répondant aux besoins des consommateurs. C'est là sa mission économique. Elle rend ainsi un double service à la collectivité, en produisant d'abord les susdits biens et services et mettant ensuite en œuvre — comme moyen de production — les divers facteurs de production disponibles dans la communauté. Elle devient ainsi un instrument du corps social, une technique utilisée par ce dernier pour pourvoir aux besoins de la collectivité. On ne peut, en de telles circonstances, la considérer comme étant uniquement et exclusivement vouée aux intérêts des actionnaires.

Le fait social soulève donc un concept de la société par actions qui s'écarte de l'idéologie traditionnelle. Ceci est le résultat de l'évolution historique de cette forme d'organisation, la société par actions ayant effectivement passé par trois phases. Elle fut d'abord utilisée comme moyen pour ériger l'entreprise en patrimoine distinct. L'affaire *Salomon* démontre clairement que c'était l'objectif visé par cet entrepreneur²³⁴. La révolution industrielle ne tarda pas à susciter le besoin pour de plus amples capitaux. La société par actions s'avéra être alors le moyen idéal pour recueillir les fonds requis. Elle devint ainsi l'instrument privilégié du capitalisme. Toutefois, ce recours intensif aux investisseurs transforma rapidement le rôle réel des actionnaires, ceux-ci se considérant pour la plupart comme de simples investisseurs²³⁵. Même les actionnaires-entrepreneurs se trouvèrent rapidement dépassés par l'envergure que prenait leur entreprise, les obligeant ainsi à faire appel à des gestionnaires professionnels. On évolua ainsi vers la troisième phase de la société par actions, celle dite des gestionnaires (*managerialism*), où toute la gestion et le contrôle de l'entreprise fut pris en main par des administrateurs professionnels²³⁶. En fait ceux-ci jouent présentement un rôle plus important que celui des actionnaires dans la destinée de l'entreprise²³⁷.

Cette troisième phase, que nous traversons présentement, nécessite de plus en plus la remise en question ainsi que la révision de la nature et de la finalité de la société par actions ; elle laisse soupçonner le besoin de procéder à une réforme de ses structures. Il faut rappeler, à titre d'exemple, que la technique d'un vote par action avait été adoptée en vue de donner à chaque actionnaire une emprise correspondant à sa mise de fonds ; or cette même technique permet aujourd'hui à un actionnaire détenant peu d'actions de prendre le contrôle et d'exercer une emprise presque totale sur l'entreprise. Les batailles épiques menées aujourd'hui entre équipes de gestion pour la prise de contrôle de sociétés par actions constituent, à notre avis, un détournement de fonction et soulèvent de grandes interrogations²³⁸.

Nous entrons présentement dans une quatrième phase de l'évolution de la société par actions, celle où l'importance est placée sur la dimension «entreprise»

²³⁴*Supra* note 36.

²³⁵À la p. 522, ci-dessus.

²³⁶J. Burnham, *L'ère des organisateurs*, trad. par H. Claireau, Paris, Calmann-Levy, 1947.

²³⁷R.J. Lerner, *Management Control and the Large Corporation*, New York, Dunellen, 1970.

²³⁸P.F. Drucker, «Corporate Takeovers – What Is to be Done?» (1986) 82 *Public Interest* 3.

et qui met par conséquent l'accent sur tous les partenaires et notamment sur les employés du savoir. Presque tous les chercheurs qui se penchent sur ce que sera l'entreprise de demain nous signalent que le capital humain sera l'instrument-clé reléguant au second rang le rôle du capital financier. On parle de l'entreprise post-capitaliste²³⁹ et du rôle prédominant du «savoir humain»²⁴⁰. Cette quatrième phase exercera une pression très forte poussant le droit corporatif de tous les pays à s'adapter au fait social et à reconnaître le principe du partenariat corporatif de l'employé — comme la loi l'a déjà fait au Royaume-Uni²⁴¹ et comme on entend le faire dans la Communauté économique européenne²⁴². Il y a même lieu de penser que cette poussée pourra conduire, dans une phase ultérieure, à un renversement de situation pour accorder au travail du savoir le rôle dominant jadis attribué au capital dans la société par actions²⁴³.

²³⁹Voir le nouveau livre de P.F. Drucker, *Post-Capitalist Society*, New York, Harper Collins, 1993.

²⁴⁰Voir P.F. Drucker, *Les nouvelles réalités : De l'État-providence à la société du savoir*, Paris, InterÉditions, 1989 au c. 12. Au dire de l'auteur, le personnage du capitaliste est devenu presque anachronique ; le centre de gravité s'est déplacé vers le travailleur du savoir. C'est le résultat logique d'une longue évolution qui marque une rupture brutale avec le passé. Le savoir est devenu le véritable capital dans les économies développées. Voir également J. Naisbitt et P. Aburdene, *Megatrends 2000: Ten New Directions for the 1990's*, New York, William Morrow, 1990.

²⁴¹En effet, ce pays a modifié sa loi des compagnies pour prévoir que les dirigeants corporatifs doivent prendre en considération non seulement les intérêts des actionnaires mais aussi ceux des employés. Voir *supra* note 204 et texte correspondant.

²⁴²Celle-ci, par sa cinquième directive, a invité les États membres à transformer éventuellement leur droit corporatif de façon à permettre aux employés de partager le droit des actionnaires de nommer les membres du conseil de surveillance (CE, Commission, *Proposition de cinquième directive sur la structure des sociétés anonymes*, Bulletin des CE (13 décembre 1972), supp. 10/72). Voir également *supra* note 201.

²⁴³Sur l'entreprise du futur, voir J. Naisbitt et P. Aburdene, *Re-Inventing the Corporation: Transforming Your Job and Your Company for the New Information Society*, New York, Warner Books, 1985.