

**75° ANNIVERSAIRE DU CODE
DE COMMERCE LIBANAIS
(1942 – 2017)**

Faculté de Droit

- 22 -

**75^e ANNIVERSAIRE DU CODE
DE COMMERCE LIBANAIS
(1942 – 2017)**

Actes du Colloque international

28 et 29 mars 2017

Coordination scientifique par
Gaby Chahine



Presses de l'Université
Saint-Esprit de Kaslik

75^e anniversaire du code de commerce libanais (1942-2017) : actes du Colloque international, 28 et 29 mars 2017 / [organisé par la Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik] ; Coordination scientifique par Gaby Chahine. – Kaslik: PUSEK, impr. 2018. – 1 vol. (97- 78 p.) ; 24 cm. – (Faculté de Droit; 22).

Textes en français et en arabe. – ISBN 978-614-473-103-1.

1- Droit commercial – Liban – Congrès. 2- Droit des affaires – Liban – Congrès. I- Université Saint-Esprit de Kaslik. Faculté de Droit. Colloque (2017 ; Kaslik). II- Chahine, Gaby. Ed. III- Série.

Cdd23 346.569207

Organisé par :

Le Centre de Recherche Juridique de la Faculté de Droit
en collaboration avec D^r Gaby Chahine

Comité scientifique :

D^r Céline Baaklini, M^{me} Reine Daou, D^r Béchara Karam

ISBN 978-614-473-103-1

ISBN 978-614-473-104-8 (eBook)

© **PUSEK, Kaslik, 2018**

Tous droits réservés

Université Saint-Esprit de Kaslik

B. P. 446 Jounieh, Liban

Tél. : +961 9 600 275

Fax : +961 9 600 273

Mél. : pusek@usek.edu.lb

usek.edu.lb

Sommaire

P. Talal HACHEM	
Allocution d'ouverture	7
Salim JREISSATI	
Allocution d'ouverture	9
Abdo GHOSSOUB	
قانون التجارة اللبناني في مراحلہ التاريخية	٧
Aline NEHMÉ	
Les sources de la codification commerciale de 1942 et des textes législatifs intégrés au Code de commerce : hommage aux Professeurs Charles Fabia et Pierre Safa	13
Elias NASSIF	
المشاريع التجارية بين الأمس واليوم في ظلّ المادة ٦ من قانون التجارة	٢١
Tala ZEIN	
Entreprise en société : rigidités et scléroses du droit de l'entreprise sociale	23
Max HUFFMAN et Valia CHARO	
Not so common : commercial law in a common law jurisdiction	41

Alexandre NAJJAR

De la direction à la gouvernance de la société anonyme libanaise 57

Gaby CHAHINEFantasmes de juristes v/s réalités de l'entreprise :
un match (vraiment) nul. L'exemple des clauses léonines 71**Melhem EL KIK**Le rôle de l'assurance dans la couverture des financements
du commerce 91**Joseph AJACA**

إعادة صياغة أو كتابة نظام الإفلاس في لبنان ٣٩

Samih SFEIR

مداخلة ٧٧

Allocution d'ouverture

P. Talal HACHEM

*Vice-Recteur aux affaires administratives
à l'Université Saint-Esprit de Kaslik*

C'est un grand plaisir et un grand honneur pour l'USEK et sa Faculté de Droit de célébrer le 75^e anniversaire du Code de commerce libanais en la présence de son excellence, le Ministre Salim Jreissati, éminent juriste, ainsi que l'un des plus remarquables experts en la matière.

En 1926, un énorme chantier de codification fut initié au Liban : la législation foncière, le Code des obligations et des contrats, le Code pénal... un corpus juridique nouveau fut ainsi mis en place, marqué par le sceau de la modernité, un esprit didactique et un libéralisme tout à fait humain.

Le Code de commerce qui célèbre aujourd'hui ses 75 ans a toutefois besoin d'un petit *lifting* ou d'une légère cure de jouvence.

En effet nous sommes réunis aujourd'hui afin de dresser un bilan de la situation du droit libanais en la matière.

Le droit commercial libanais est nécessairement mal adapté aux besoins des activités commerciales en général et sociétaires en particulier.

Les évolutions du monde économique ont bouleversé l'organisation des entreprises. Désormais, les dirigeants, les actionnaires, les marchés et

plus largement l'ensemble des acteurs économiques exigent des structures managériales plus souples, plus réactives, plus transparentes et plus sûres.

Il serait grand temps au Liban – pour le législateur, les juristes et les praticiens – de réfléchir ensemble afin de moderniser ce droit dont les répercussions se feront nécessairement sentir au niveau de l'économie nationale. Alors sans trop tarder mettons-nous au travail.

Je vous souhaite à toutes et à tous un excellent colloque !

Allocution d'ouverture

Salim JREISSATI
Ministre de la Justice libanais

Révérend Père Dr. Georges Hobeika, Recteur de l'Université Saint-Esprit de Kaslik,

Révérend Père Talal Hachem, Vice-Recteur aux affaires administratives,

Mesdames et messieurs

Chers amis,

À peine éteints les derniers feux du 80^e anniversaire du Code des obligations et des contrats, voici que le Code de commerce est appelé aujourd'hui, aux bons soins de l'Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), pour recevoir un hommage, à l'occasion de son 75^e anniversaire.

Le droit commercial est avant tout un droit issu de la pratique des affaires. Si les commerçants se sont forgé un droit sur mesure, c'est parce que le droit civil classique, trop formaliste, ne répondait plus à leurs besoins et exigences. C'est pour cette raison que la preuve est plus facile à établir en matière commerciale, de même que la négociation des contrats, leur exécution, la transmission des créances commerciales, etc.

Quelques éléments d'histoire :

- En 1942, le Liban s'est doté d'un Code de commerce.

- Avant cette date, était en vigueur, l'ancien Code de commerce ottoman qui n'était que la reproduction du Code de commerce français de 1807.
- De multiples réformes législatives sont intervenues surtout depuis 1963, plusieurs textes ont été remaniés ou introduits par règlements : la représentation commerciale (1967), le fonds de commerce (1967), les sociétés à responsabilité limitée (1967), la *holding* et l'*offshore* (1983), les obligations convertibles en actions (1977), l'attribution à la femme mariée de la liberté d'exercice du commerce, l'interdiction de l'émission des actions au porteur, la création des marchés financiers...

La législation bancaire s'est développée en parallèle à partir de 1967, et ce grâce à un pouvoir accordé au Gouverneur de la Banque du Liban pour réglementer ce secteur.

Nonobstant ce toilettage, le Code de commerce est demeuré, depuis sa promulgation, et dans son ensemble, pratiquement inchangé.

Et c'est ici que résident le grand intérêt et l'objectif de ce colloque, qui est loin d'être un simple anniversaire de bienséance.

Si le Code a pu résister au temps, c'est grâce à une jurisprudence subtile qui a su adapter ses textes aux besoins de la pratique des affaires. D'ailleurs, les juges ne peuvent, à peine de déni de justice, refuser de juger sous prétexte de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi (comme par exemple l'interprétation de l'article 768 du Code des obligations et des contrats et son application en matière commerciale).

Mais, la jurisprudence a aussi ses limites, les juges n'ont pas le droit de créer des règles juridiques (à noter par exemple la jurisprudence libanaise en matière d'arbitrabilité des litiges se rapportant à la représentation commerciale qui a fait couler beaucoup d'encre et a divisé et divise encore les juristes).

Dès lors, une intervention législative a été nécessaire pour incorporer, dans notre ordonnancement juridique, les sujets suivants :

- a. Les nouveaux biens notamment incorporels tels que les droits de la propriété intellectuelle et les instruments financiers...

- b. Les nouvelles technologies : multiplication des opérations dématérialisées, développement du commerce électronique et opérations réalisées via internet, la signature électronique, le fonds de commerce électronique et la monnaie électronique.
- c. Les nouveaux modes d'exercice de l'activité commerciale : la distribution et les réseaux, les groupements de sociétés...
- d. Les nouveaux intérêts : on ne se limite plus à l'intérêt des seuls commerçants, mais on s'attache de plus en plus à la protection de plusieurs groupes de personnes identifiées : les consommateurs (loi de 2005 amendée en 2014), les investisseurs (par exemple le recours à l'arbitrage, les accords bilatéraux, etc.), les actionnaires minoritaires, les fournisseurs, etc.
- e. Les règles de gouvernement des entreprises (*corporate governance*), et la prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés et notamment les sociétés anonymes, qu'elles soient cotées ou non.
- f. Les formes modernes de contrats qui nous viennent du droit anglo-saxon dont les noms ont été francisés et arabisés, telles que le *leasing* ou crédit-bail¹ (1999) le *franchising* ou contrat de franchise, le *factoring* ou l'affacturage... et qui ont trouvé leur place à côté des contrats traditionnels en raison de leur importance dans la vie pratique des affaires.

Ceci sans oublier que l'évolution du droit commercial sur de nouvelles bases est en train de se faire aussi à partir de nombreux projets de réformes du Code de commerce qui sont en cours d'examen auprès des commissions parlementaires compétentes. Le changement de l'infrastructure économique exige forcément le changement de la superstructure juridique pour que celle-ci ne devienne pas un obstacle au progrès (par exemple les projets de lois pour amender le Code de commerce dans ses dispositions concernant la faillite, la société à responsabilité limitée, la société anonyme, la société unipersonnelle, etc.).

L'ambition est donc de bâtir un projet qui puisse répondre aux besoins des divers acteurs économiques. La tâche n'est pas modeste.

1. عقد الإيجار التمويلي.

Toutefois, il faut garder à l'esprit la spécificité du droit commercial et les grands principes érigés et codifiés dans notre Code de commerce de 1942 qui restera un « tronc », et il faut impérativement éviter que les nouvelles réformes en cours ne s'attaquent aux acquis du Code et aux grands principes qu'il contient.

Pour conclure, je ne fais que citer Portalis :

« Tout prévoir est un but impossible d'atteindre. Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer la raison naturelle dans les affaires de la vie, les besoins de la société sont si variés, les intérêts des hommes si multiples, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout, une foule de détails lui échapperait [notamment en droit commercial car trop mobile pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi]. Comment enchaîner l'action du temps ?

Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ?

Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat... une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat pénétré de l'esprit général des lois, d'en diriger l'application.

C'est à l'expérience de combler successivement les vides que nous laissons ».

Ce constat demeure lucide et actuel. Il est donc évident que le rôle du législateur, éclairé par des colloques comme le vôtre, soit ainsi que celui du juge, un élément incontournable de l'éternelle jeunesse de notre Code de commerce.

Les sources de la codification commerciale de 1942 et des textes législatifs intégrés au Code de commerce : hommage aux Professeurs Charles Fabia et Pierre Safa

Aline NEHMÉ

Professeur des Universités libanaises

Permettez-moi tout d'abord, de remercier la Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik pour son invitation à ce colloque du 75^e anniversaire du Code de commerce libanais, et de la tâche que je vais essayer de remplir durant mon intervention.

Le décès des Professeurs Fabia et Safa a emporté la disparition de la génération des ingénieurs du droit commercial libanais. Ils ont imprégné leur génération et les générations futures par une méthodologie de pensée et de technicité du droit. Ils ont tenu le droit libanais par la main, comme les parents soucieux de l'avenir de leur enfant, pour passer du droit ottoman au droit commercial libanais. Le talentueux magistrat Pierre Safa démissionne de la plus prestigieuse des carrières afin de se plonger dans la recherche dans l'objectif de faire évoluer la législation. Avec son complice Charles Fabia, ils commentent le Code de commerce libanais en deux volumes et dans les deux langues arabe et française. Un ouvrage qu'aucun juriste n'a osé imiter jusqu'à présent.

Les sources de la codification commerciale de 1942 et des textes législatifs intégrés au Code de commerce libanais ne sont pas seulement les sources classiques enseignées par les professeurs de droit commercial. La distinction majeure au niveau de ces sources n'est pas celle des sources

écrites et des sources non écrites. Pourtant, le droit commercial libanais reste un droit écrit à sources classiques (paragraphe 1), contenant des règles issues du droit spontané en qui réside un remède favorable à revivifier les codifications futures (paragraphe 2).

Les nouvelles générations portant le cachet des deux feus Professeurs, optent pour une nouvelle génération de sources du droit commercial donnant plus de liberté aux commerçants dans leurs relations contractuelles tout en maintenant un cadre juridique ferme.

Nous vivons l'ère de la « *décodification* » en droit commercial au Liban, surtout que les textes législatifs relatifs au commerce demeurent en dehors du Code. Ceci met la lumière sur la carcasse vide, le Code de commerce libanais, qui malgré l'insertion de quelques lois telles que le décret-loi numéro 35 du 5 août 1967 relatif à la société à responsabilité limitée, reste un bidon ayant besoin d'être rempli.

Paragraphe 1. Le droit commercial libanais : un droit écrit à sources classiques

Les sources classiques de ce droit ont mené vers une transition en douceur du droit commercial ottoman inspiré du droit écrit français vers le droit commercial libanais. Ces sources sont bien entendu la législation, les conventions internationales et la jurisprudence.

A. La législation

Le Code des obligations et des contrats reste la première source de la codification du droit commercial et des textes législatifs intégrés. C'est l'article 2 du Code de 1942 qui affirme cela en se référant au droit commun : « *Dans le silence du présent Code sont applicables au droit commercial les dispositions du droit commun tant qu'elles ne sont pas inconciliables avec le principe du droit commercial* ».

Cette source du Code de commerce libanais a été un stade de passage pour ce dernier, comme par exemple pour la question de l'intérêt sur l'argent.

« *Fukh al mouaamalat* », le droit des transactions en charia islamique, prohibe l'intérêt sur l'argent prêté, emprunté ou déposé, c'est du *riba al-nasi'a*, se basant sur plusieurs sourates et versets du Coran tels que la sourate *Al-Amran* versets 130 et 131 :

« Ô vous qui croyez, ne dévorez pas l'usure, en doublant et en redoublant, et observez votre devoir envers Allah, afin de pouvoir connaître le succès. Et protégez-vous contre le feu qui a été préparé pour les croyants ».

Et la sourate *Al-Bakara* versets 278 et 279 :

« Ô vous qui croyez, observez votre devoir envers Allah et renoncez ce qui reste (dû) de l'usure, si vous êtes croyants.

Mais si vous ne (le) faites pas, alors soyez prévenus de la guerre de la part d'Allah et de son messager ; et si vous vous repentez, alors vous aurez votre capital. Ne faites pas de tort, et l'on ne vous fera pas de tort ».

Sourate *Al-Bakara* verset 275 :

« Ceux qui avalent l'usure ne peuvent pas se lever sinon comme se lève celui que le démon prosterne par son toucher. C'est parce qu'ils disent, le commerce n'est qu'une forme d'usure. Et Allah a permis le commerce et interdit l'usure ».

Ayant comme source d'inspiration le droit français, le droit ottoman fixe le taux légal d'intérêt sur l'argent à 9 % au règlement du 9 rajab 1304 (3 avril 1887). Nous pouvons affirmer que la législation libanaise dans l'article 257 du Code de commerce est venue faire une transition en douceur à ce stade en acceptant les revenus des intérêts sur l'argent avec un plafond de 9 %.

Le Code de commerce libanais de 1942 a abrogé le Code de commerce ottoman et a puisé ses dispositions dans le Code de commerce français de 1807, qui à son tour est source d'inspiration du Code de commerce ottoman.

Les législations commerciales italiennes, portugaises et polonaises ont aussi beaucoup influencé le droit commercial libanais.

B. Les conventions internationales

Le caractère international du droit commercial a porté l'État libanais à adhérer aux traités internationaux unifiant le droit commercial

international. Ces traités, conventions et règles internationaux ont une primauté sur les textes législatifs libanais et parfois nous les trouvons intégrés dans la législation libanaise comme c'est le cas des Règles et usances uniformes (RUU) relatives aux crédits documentaires publiées par la Chambre de commerce internationale (CCI), à Vienne en 1933, révisées à plusieurs reprises : la dernière révision porte le numéro 600, date de 2007 et est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007.

C. La jurisprudence

Tous les jugements et arrêts judiciaires ne sont pas des jurisprudences. Ces dernières sont dites des décisions judiciaires contentieuses, motivées et tranchant une question de droit non claire ou obscure.

Bien que nous considérons la jurisprudence comme source moderne du droit commercial, le Code de 1942 l'estime telle une source classique pour les magistrats. L'article 3 du Code de commerce donne aux précédents jurisprudentiels le statut de source classique du droit commercial et ouvre la voie aux magistrats pour s'inspirer de ces précédents à défaut de disposition légale applicable. Les Professeurs Fabia et Safa affirment cela sous l'article 3 dans leur Code annoté¹.

La jurisprudence n'est pas une source obligatoirement appliquée par les magistrats mais une source d'inspiration surtout en matière d'équité.

Nous ne pouvons jamais nier l'importance des sources écrites classiques du droit commercial libanais. Cependant le recours aux sources anciennes du droit commercial telles que la tradition et les habitudes, demeure incontestable afin d'engendrer une certaine compatibilité entre le droit et la pratique.

Paragraphe 2. La règle spontanée : un remède à revivifier

Il est vraisemblable de dire que la loi, les règlements, la jurisprudence, la coutume sont les sources du droit commercial. Pourtant, le droit spontané des affaires est la source du droit commercial la plus proche des pratiques commerciales. Il s'est imposé au cours des transactions

1. Ch. FABIA et P. SAFA, *Code de commerce libanais annoté*, éditions du Béryl, 2^e éd., 2004, art. 3.

commerciales dépassant les frontières d'un pays. Il est le produit de la volonté des particuliers qui s'éloignent parfois de celle du législateur, tels que : la coutume et l'usage, etc².

En effet, l'évolution économique et commerciale mondiale justifie l'extension croissante du droit commercial. Toutes les transactions internationales s'effectuent en ligne et d'un seul clic sur l'écran, ce qui justifie la recherche d'un droit commercial plus souple et adaptable dans l'espace et dans le temps.

Les règles du droit spontané ont été rédigées dans les législations, les conventions, les traités internationaux relatifs au commerce international, de façon à devenir des normes de principes, de véritables règles professionnelles et juridiques. Ainsi, nous retenons la classification de Géný au niveau de ces règles : les usages de fait et les usages de droit.

A. Les usages de fait

La coutume est une source du droit positif et du droit islamique. Le *urf* correspond à ce que les gens sont accoutumés à faire au cours de leur vie quotidienne. D'après François Terré, « *on emploie parfois le terme coutume dans un sens large pour désigner toutes les règles de droit qui se dégagent des faits et des pratiques dans un milieu social en dehors de l'intervention du législateur*³ ».

Réellement, l'usage n'est qu'une réponse apportée par deux parties à une difficulté rencontrée lors de la conclusion ou de l'exécution d'une transaction donnée et répétée à nouveau dans leurs rapports ultérieurs. Parce qu'elle s'avère appropriée à la résolution du problème posé, cette réponse est proposée aux tiers par qui elle peut se répandre dans toute ville ou une profession précise⁴.

L'usage de fait ne constitue pas un usage impératif, c'est un usage local, spécial, propre à un secteur d'activité. Il tire sa force de la volonté présumée des parties à un contrat. Ainsi, par exemple, lorsque le prix est mentionné dans un échange entre commerçants, il est d'usage de le

2. A. BAMDÉ, « La norme spontanée », 14 août 2016, <<https://aurelienbamde.com/2016/08/14/la-norme-spontanee/>>, consulté le 4 mars 2017.

3. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 9^e éd., 2012, p. 317, n° 385.

4. M. PÉDAMON, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *RTD com.* 1959, p. 335, n° 13.

considérer comme le prix hors-taxe. Dans certains secteurs, il s'agit de payer quatre-vingt-dix jours après réception, dans d'autres l'usage est de payer après trente jours.

Au niveau du droit des sociétés commerciales, nous trouvons une rigidité formant un obstacle devant le besoin du marché et de la rapidité des transactions. Le droit commercial a imposé les formes de sociétés et leurs gouvernances aux commerçants, fermant la porte devant toute création ou application d'un usage de fait. Les commerçants ont trouvé des palliatifs allant jusqu'à la collaboration avec des sociétés commerciales étrangères ou bien l'immatriculation de leurs sociétés à l'étranger faute de forme juridique adaptable en droit libanais.

La brèche majeure du droit des sociétés libanais revient à la rigidité des textes due au travail législatif lent et insouciant de la vie juridique et économique, deux volants du commerce indissociables. Les textes législatifs libanais actuels, en matière commerciale, demeurent très anciens et loin des pratiques commerciales.

Des pratiques commerciales non-conformes à la loi libanaise s'imposent sur le marché libanais, comme la vente en ligne, les sociétés commerciales unipersonnelles, etc. Le droit libanais impose dans son article 844 du Code des obligations et des contrats le nombre minimal d'associés ou de sociétaires dans une société. Ce texte est adopté par le Code de commerce et les législations suivantes relatives aux sociétés commerciales, puisque nous ne trouvons pas la forme de la société unipersonnelle. Alors qu'en pratique nous trouvons des sociétés unipersonnelles au Liban formées frauduleusement, un père de famille peut instaurer une société commerciale avec comme associés ses enfants encore mineurs et sa femme. Dans ce cas, le contrôle effectif de la société reste entre les mains d'une seule personne. Ces usages de fait doivent être insérés dans des textes législatifs afin de rendre la pratique commerciale conforme aux législations. La vente en ligne de marchandises ne doit-elle pas être légiférée afin d'accepter au moins la preuve et la signature électronique en matière commerciale dans l'objectif de la protection juridique du consommateur et de l'investisseur commerçant ?

L'article 4 du Code de commerce a tranché la discussion doctrinale de l'époque relative au caractère obligatoire de l'usage. Il dispose : « *Le juge applique les usages sauf s'il apparait que les parties ont voulu y déroger*

et à moins que les usages aillent à l'encontre des dispositions impératives ». Cet article a classé les usages de fait au rang du droit objectif, en leur donnant une primauté sur les règles de droit supplétives.

Des usages ont été intégrés dans la législation et sont devenus obligatoires par la force de la loi, ce sont les usages de droit.

B. Les coutumes : des usages de droit

Tanaka a affirmé que « le législateur n'est pas toujours un créateur de normes mais il les constate et peut-être les fixe ; il veut seulement respecter la coutume commerciale, qui existait depuis quelque temps et paraît utile sans interférence de sa part ; il la met dans le code législatif pour le bien et la sécurité du commerce... il n'agit que comme technicien législatif⁵ ».

Certes certains usages et coutumes ont été instaurés dans le Code de commerce de 1942, nous citons : la coutume fixant la rémunération du courtier en matière commerciale à 2.5 % ; la coutume bancaire de la capitalisation des intérêts au-delà des termes prévus par l'article 768 du Code des obligations et des contrats.

Lorsque l'usage est consacré par la jurisprudence, cela implique que les magistrats lui ont donné force de loi. Tant que l'usage est perçu par les juridictions et les particuliers comme obligatoire, il devient une règle même impérative. Tel est le cas par exemple de la coutume « *secundum legem* » : une coutume qui complète la loi et la loi elle-même renvoie à ces usages qui la complètent. Dans le décret du 30 septembre 1953 sur les baux commerciaux, on trouve des dispositions qui renvoient aux coutumes.

En revanche, la coutume « *praeter legem*⁶ » est souvent en matière de droit commercial ce qui relève de la *lex mercatoria*. Les règles énoncées par la *lex mercatoria* sont indépendantes de la législation interne d'un pays, pour cela les arbitres tranchant leur litige par le biais de l'arbitrage absolu se réfèrent impérativement à la *lex mercatoria* en matière commerciale.

5. K. TANAKA, « Fonction de la coutume en droit commercial », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 3 : *Les sources des diverses branches du droit*, Sirey, 1934, p. 247 et s., spéc. p. 252.

6. Coutume en dehors de la loi, autonome par rapport à la loi.

Aussi, les tribunaux se réfèrent à la *lex mercatoria* dans les procès commerciaux, surtout en cas de concurrence déloyale : aucun texte législatif n'existe, les décisions des tribunaux libanais et français se fondent sur le principe de la responsabilité civile⁷ et la *lex mercatoria*.

La coutume « *contra legem*⁸ » indique les règles coutumières dérogoatoires. En matière commerciale, il existe des dispositions coutumières ajoutées au Code de commerce qui contredisent les dispositions du droit civil, telle que la question de la solidarité présumée entre débiteurs en matière commerciale (article 256 du Code de commerce libanais) alors qu'elle ne l'est pas en matière civile (article 24 alinéa 1 du Code des obligations et des contrats libanais ayant comme similaire l'article 1310 du Code civil français). Cette coutume du droit commercial français a été intégrée dans l'article 24 alinéa 2 du Code des obligations et des contrats libanais pour que la coutume devienne texte de loi.

Les coutumes et usages commerciaux tendent à perdre de leur importance au niveau interne avec la légifération.

« Néanmoins, dans les relations du commerce international, les usages continuent de jouer un rôle certain. On assiste même à une renaissance de la lex mercatoria, ou "droit des marchands", qui permet aux opérateurs de soumettre leurs contrats à un droit autant que possible dégagé des contraintes que les législations font peser sur les relations commerciales internes. Cette lex mercatoria présente l'avantage de la souplesse, mais son contenu manque de précision⁹ ».

En effet, la *lex mercatoria* constituée par les clauses contractuelles répétées, les usages commerciaux et les principes généraux du droit constitue en quelque sorte un usage de droit. Les Incoterms sont ces usages commerciaux relatifs aux ventes internationales, rédigés et adoptés par la Chambre de commerce internationale, relatifs au commerce international. Les contractants d'un contrat de vente international désignent dans leur contrat le lieu de livraison des marchandises, les obligations respectives

7. Art. 1240 et 1241 du Code civil français (anciens art. 1382 et 1383) ; art. 122 et 123 du Code des obligations et des contrats libanais.

8. Coutume contre la loi.

9. Y. GUYON, « Commercial Droit », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/droit-commercial/>>, consulté le 26 févr. 2017.

depuis l'expédition des marchandises, les coûts et la prise en charge des risques.

La *lex mercatoria* et les Incoterms forment une concrétisation de la transformation des usages de fait en usages de droit par leur intégration dans les conventions de vente internationales telle que la Convention de Vienne des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980.

Vu l'importance de ces règles coutumières il est bien temps de penser à un droit spontané des affaires, voire souple. Pour cela, nous avançons la thèse qui vise à revivifier le droit spontané et à prendre du droit souple une source du droit commercial. Les textes législatifs ne doivent régir que les cadres des contrats commerciaux. Nous avons besoin d'un « *droit commercial souple* » voire des dispositions formelles non obligatoires, protectrices de l'investisseur et du consommateur. La réforme que nous proposons a pour finalité de créer un droit procédural simple pour les transactions commerciales, de tracer le cadre juridique dans lequel les commerçants, qu'ils soient des particuliers ou des sociétés, vont exercer leur métier ouvrant une porte vers la liberté contractuelle, tout en maintenant un cadre rigide servant de carapace de défense contre tout abus.

Le Conseil d'État français dans sa définition du droit souple impose pour la qualification d'une règle de droit souple la présence des trois conditions cumulatives suivantes¹⁰ :

1. que la règle ait pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de ses destinataires ;
2. que la règle ne crée pas par elle-même des droits ou des obligations pour ses destinataires ;
3. que la règle présente, « *par son contenu et son mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui l'apparente aux règles de droit* ».

Entre le droit souple et le droit dur, une zone de rapprochement existe au niveau de leurs fonctions représentant une technique d'action sur les comportements de leurs destinataires. Pourtant, ces deux droits se

10. Conseil d'État français, *Le droit souple*, EDCE, 2013.

distinguent au niveau de leurs pouvoirs coercitifs, la règle du droit souple ne peut créer ni droit ni obligation.

Si les Professeurs Fabia et Safa, avaient vécu jusqu'à ce moment, ils auraient accueilli les nouvelles sources du droit commercial dans leurs enseignements et dans la lettre de la loi. Qui sait ?

Je me permets enfin de répéter avec Monsieur le Professeur Chibli Mallat « *les sommités juridiques sont rares, et le temps aura bien du mal à leur trouver des remplaçants*¹¹ ».

11. Ch. MALLAT, « La disparition du Professeur Pierre Safa : double mort d'un monde juridique », *L'Orient-le Jour*, 6 janv. 2009, <https://www.lorientlejour.com/article/606565/La_disparition_du_professeur_Pierre_Safa+%3Adouble_mort_d%27un_monde_juridique.html>.

Entreprise en société : rigidités et scléroses du droit de l'entreprise sociale

Tala ZEIN

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Arabe de Beyrouth

« ... Les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois...¹ »

Depuis longtemps, l'entreprise est familière aux économistes qui la considèrent comme une entité économique fondamentale². Pour eux, l'entreprise n'est qu'un organisme dont la fonction consiste dans la production, la transformation ou la distribution de biens ou de services. L'accomplissement de ces fonctions exige la combinaison de deux types d'éléments : matériels et humains. Les divers rôles des personnes sont d'apporter les biens matériels à l'entreprise, de réaliser par leur travail l'objet de l'entreprise et de combiner les facteurs de production par l'administration des biens de l'entreprise et par la direction de son personnel. Cette multitude de personnes explique la divergence des intérêts dans une même communauté³, et elle peut également expliquer

-
1. J.-E.-M. PORTALIS, extrait du *Discours préliminaire sur le projet du Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse an IX.
 2. J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, t. 18, p. 65.
 3. S. SCHMIDT, *Les conflits des intérêts dans la société anonyme*, Joly, 2000, p. 1 et s. ; C. LAPEYRE, « La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques », *Bull. Joly Soc.* 2004, n° 1, p. 21.

comment cette cellule économique donne naissance à une cellule sociale rendant ainsi la réalité sociale de l'entreprise incontestable.

En raison de sa nature, une organisation juridique de cet organisme économique semble s'imposer. On peut ainsi évoquer deux modalités essentielles d'organisation juridique de l'entreprise : la forme individuelle et la forme collective de l'exploitation de l'entreprise⁴.

Lorsqu'elle est organisée sous forme individuelle, l'entreprise n'a d'existence juridique qu'à travers la personnalité juridique de l'entrepreneur physique. Ce dernier est le propriétaire des biens, et le détenteur du pouvoir qu'il exerce directement ou indirectement. C'est lui qui exploite l'entreprise : il s'agit donc d'une « *entreprise individuelle*⁵ ».

L'entreprise peut être également organisée en société. Jusqu'à une époque récente, la technique sociétaire constituait une réponse à une sorte de mystique collective fondée sur l'idée suivante : l'union fait la force⁶.

En se mettant à plusieurs, on peut ainsi réunir un capital plus important et donc conduire une activité économique de plus grande envergure, sans parler du risque reporté sur la société. Sans perdre sa nature d'association lucrative à caractère communautaire⁷, la technique sociétaire est aujourd'hui complètement instrumentalisée et devient simplement une technique d'organisation de l'entreprise⁸. Toute entreprise peut être ainsi appelée à fonctionner dans le cadre d'une société, civile ou commerciale, car la technique sociétaire est en mesure de répondre à une large marge d'activités économiques⁹.

4. S. MOUGHARBEL, « EIRL - Étude Comparative », *Al-Adl* 2012, n° 2, p. 1234.

5. J. PAILLUSSEAU, « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *LPA*, 19 juin 1996, n° 74, p. 17.

6. G. BLANC, *Les nouveautés en droit des sociétés en France*, titre évoqué dans la Conférence « Actualité du droit des sociétés », organisée à l'Université Arabe de Beyrouth, 24 mars 2017.

7. F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé », *Rev. Soc.* 2016, p. 85.

8. J. PAILLUSSEAU, « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », p. 18.

9. On peut adresser à cette conception fonctionnelle de la société quelques objections sérieuses. Certains voient qu'il est contesté et contestable que la notion juridique de société structure celle plus économique d'entreprise. Il existe des cas où chacune des deux notions a un domaine propre qui ne coïncide pas avec l'autre ; il existe des sociétés qui n'ont aucune entreprise à gérer, par exemple les holdings n'ont d'autre activité que la bonne gestion des titres qu'elles possèdent.

La société se révèle ainsi comme la structure d'accueil de l'entreprise et des personnes qui s'associent ; plus précisément, c'est la personne morale à travers laquelle l'entreprise fonctionne. La société est propriétaire des biens de production, ou détient les droits personnels ou réels qui lui permettent d'en jouir et de les exploiter ; et le pouvoir est exercé par ses organes. Néanmoins, la référence à la société sans l'entreprise n'est qu'une tradition linguistique. En effet, la société pour accomplir son but ultime, qui est de faire des bénéfices ou réaliser une économie, exerce une activité économique (c'est son objet social) pour laquelle elle doit disposer d'actifs (par apports ou autrement) et engager un personnel.

Par ailleurs, tous les problèmes qui sont considérés comme propres à l'entreprise se posent bien dans le cadre de la société, tel est le cas du management des divers intérêts au sein de la société. En tout état de cause, l'intérêt de la référence à la notion d'entreprise, c'est de mettre en relief son existence séparée de sa forme juridique. Dans ce contexte, il s'agit de l'entrepreneur collectif ou entreprise collective.

Il est important de noter qu'il n'y a d'entreprise et de société que s'il y a *une activité vivante et rentable* ; c'est-à-dire, une activité qui attire les clients, et qui est, donc, adéquate au marché en question¹⁰.

La lecture de cette relation entre l'entreprise et la société, présume que la société doit présenter une certaine plasticité permettant de répondre de manière adaptée aux nouvelles exigences de l'exploitation de l'entreprise¹¹. Au Liban, les formes sociales n'offrent pas cette diversité, plusieurs facteurs ont contribué à rendre ce droit rigide et non attractif aux opérateurs économiques (non compétitif).

On évoquera dans un premier temps, le principe d'unité du patrimoine facteur décourageant des investisseurs (paragraphe 1). Ces derniers se trouvent parfois obligés de recourir à des voies illégales afin de protéger leur patrimoine personnel en constituant, par exemple, une société fictive. Dans un deuxième temps, on mettra en relief les points de faiblesse des textes libanais régissant les sociétés, textes qui ne sont plus adaptés aux besoins d'ordres pratique et économique (paragraphe 2). Notre étude se

10. J. PAILLUSSEAU, « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », p. 23.

11. F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé », p. 85.

fera à la lumière de l'évolution constatée du droit des sociétés français qui a longtemps inspiré le droit libanais.

Paragraphe 1. Le principe de l'unité du patrimoine

Le patrimoine est l'ensemble des biens appréciables en argent ayant pour sujet actif ou passif une même personne ; il est traditionnellement analysé comme une universalité juridique. Il en résulte que l'intégralité de l'actif répond de l'intégralité du passif actuel et futur¹².

Traditionnellement, le droit civil comme le droit commercial étaient gouvernés par la théorie de l'unité du patrimoine. Cette théorie, instaurée par les auteurs Aubry et Rau¹³, repose sur un triple postulat : seules les personnes ont un patrimoine, toutes les personnes ont un patrimoine, une personne ne peut avoir qu'un patrimoine¹⁴. Toute personne dispose ainsi d'un patrimoine unique et affecté tant à sa vie personnelle qu'à sa vie professionnelle. Ce principe s'étend aux commerçants sachant qu'il n'y a pas de disposition spéciale qui déroge à cette règle de droit commun. Quels sont les textes qui ont consacré ce principe ? N'existe-t-il pas des exceptions annonçant les prémices de la consécration de « *patrimoine d'affectation*¹⁵ » ?

A. L'état actuel du droit libanais

La lecture des dispositions du droit commun et de celles régissant les sociétés montre que le principe de l'unité du patrimoine est consacré par le biais du « *droit de gage général des créanciers* » sachant qu'aucune disposition spéciale des commerçants ne leur attribue une situation particulière. Les

12. NB : le droit libanais ne donne pas de définition du *patrimoine* ; I. GHANEM, *Essai critique sur la notion du patrimoine en droit français et en droit égyptien*, Imprimerie Nationale, 1957, p. 11, n° 6.

13. Charles Aubry (1803-1883) et Charles Rau (1803-1877) furent tous deux professeurs à la Faculté de Droit de Strasbourg et conseillers à la Cour de cassation. Ils sont célèbres pour avoir, reprenant le plan d'un auteur allemand Zacchariae, élaboré le premier traité de droit civil français. Tandis que leurs prédécesseurs se livraient en effet aux « *commentaires de code* », Aubry et Rau s'écartèrent du plan du Code et établirent un système doctrinal indépendant de celui du Code civil. La première édition de leur traité fut publiée de 1838 à 1844 ; elle comportait 8 volumes.

14. D. HOUTCIEFF, *Droit commercial*, Sirey, 4^e éd., 2016, p. 205.

15. *Ibid.*, p. 215.

investisseurs ne peuvent toujours pas affecter une partie de leur patrimoine pour leur activité, et cela est renforcé par la rédaction de l'article 844 du Code des obligations et des contrats.

1. La consécration de l'unité du patrimoine par le droit commun

Le droit libanais a consacré le principe de l'unité du patrimoine par le biais de l'article 268 du Code des obligations et des contrats. Cet article traite du droit de gage général des créanciers ; le patrimoine du débiteur, dans sa généralité, est le gage commun de ses créanciers¹⁶. Cette disposition déroge à la possibilité offerte à la personne, physique et morale, de consacrer une partie de son patrimoine à son activité professionnelle réduisant ainsi l'assiette des créanciers.

Ceci a formé un obstacle à la consécration du patrimoine d'affectation qui donne au patrimoine un aspect matériel et dépersonnalisé en dénonçant le fait que le patrimoine doit obligatoirement être attribué à une personne.

Le rejet de l'affectation du patrimoine a formé un obstacle à la constitution de la forme unipersonnelle de la société¹⁷ et, a interdit à l'entrepreneur individuel de délimiter l'assiette de ses créanciers aux actifs consacrés (patrimoine affecté) à son activité.

De nombreux juristes ont voulu dépasser la théorie traditionnelle en ce qu'elle se base sur la fusion du patrimoine avec la personnalité¹⁸. Ainsi, le refus de la société unipersonnelle par la majorité des pays arabes, Liban inclus, n'est que la conséquence de l'attachement à ce principe et le rejet de l'idée de l'affectation du patrimoine qui figure parmi les bases théoriques de la société unipersonnelle¹⁹.

Le législateur français a été amené à contrevenir aux principes directeurs de cette théorie traditionnelle du patrimoine et cela pour

16. N. ASWAD, *Droit civil, Introduction et biens*, Publications de l'Université Libanaise, 1986, p. 514 et s.

17. V. Projet de modification du Code de commerce libanais élaboré par Messieurs M. Maamari, S. Mansour, et I. Najjar.

18. H. ALHAYDARI, *La société unipersonnelle à responsabilité limitée - Étude comparative*, Al Halabi, 1^{re} éd., 2010, p. 211.

19. La loi fédérale n° 2 est entrée en vigueur en 2015 portant réforme du droit des sociétés commerciales des Émirats arabes unis. Un des apports de cette loi est la consécration de la forme unipersonnelle de la société.

des considérations d'ordre pratique et plus particulièrement, d'ordre économique. En effet, les critiques les plus acerbes de la théorie de l'unicité du patrimoine se sont situées sous l'angle purement économique : frein à la liberté d'entreprendre, le dogme de l'unicité interdirait au commerçant de cantonner son passif entrepreneurial à ses seuls actifs professionnels et donc de soustraire ses actifs personnels aux poursuites de ses créanciers. L'engagement de la totalité du patrimoine de l'entrepreneur se révèle ainsi être un frein à la création de l'entreprise²⁰ ; un élément qui décourage les investisseurs libanais et étrangers.

C'est la raison pour laquelle on a assisté en France à une évolution permanente qui s'est déroulée de juillet 1985 jusqu'à 2010, commençant par l'EURL pour aboutir à l'EIRL²¹.

Malgré les influences historiques du droit français sur le droit libanais, il n'y a pas eu de modification significative des dispositions du Code de commerce ni de celles du Code des obligations et des contrats traitant des sociétés. On ne peut trouver dans ce cadre que des projets d'harmonisation et de réformes des deux Codes précités mais jusqu'à aujourd'hui rien n'a été réalisé.

2. L'absence de disposition spéciale en droit des sociétés

L'article 844 du Code des obligations et des contrats a repris la définition de la société établie par l'article 1832 du Code civil dans sa rédaction initiale de 1804 comme suit : « *Un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun en vue de partager les bénéfices* ». En effet, la rédaction de cet article ne porte aucune disposition spéciale allant à l'encontre de la lecture traditionnelle du patrimoine. Les dispositions du Code de commerce libanais ne portent pas non plus de

20. H. FADLALLAH, *Le régime de la micro-entreprise, étude comparée*, Sader, 2014, p. 348.

21. D. VIDAL et K. LUCIANO, *Cours de droit général des sociétés*, Gualino, 2^e éd, 2016-2017, p. 107, n° 2 ; E. DUBUISSON, « Entreprise. Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) - Constitution et modification du patrimoine affecté », *J.-CL. Entreprise ind.*, fasc. 952-1, 2011, n° 77, p. 15 ; S. MOUGHARBEL, « EIRL - Étude comparative », p. 1234 ; S. MANSOUR, « La société unipersonnelle en droit libanais », *Al-Adl* 1996, p. 121.

dispositions spéciales exemptant les commerçants du respect du principe de l'unicité de patrimoine²².

En France, la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 a établi une nouvelle rédaction de l'article 1832 du Code civil retenant que « *la société peut être instituée par deux ou plusieurs associés qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie, elle peut être instituée dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne, et les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ». Dans le cadre d'une conception de la société-institution, une telle réforme ne heurte pas la susceptibilité des juristes attachés à la conservation des principes. Le législateur n'a fait, en réalité, qu'ajouter un élément supplémentaire à la liste des cas dans lesquels un acte unilatéral peut être créateur de droits et d'obligations²³.

Depuis cette date, l'entrepreneur individuel peut limiter sa responsabilité en constituant seul une société, sous le nom d'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. La réforme de 1985 fut accueillie très favorablement car perçue comme très opportune.

On observait depuis longtemps que l'entrepreneur disposait de la quasi-totalité des parts sociales et se conduisait en réalité comme un associé-unique. La société avait ainsi été instrumentalisée comme une technique de limitation patrimoniale des risques. Les autres associés n'étaient, finalement, que des prête-noms, membres de la famille ou amis complaisants, sans qu'il y ait dans la société un véritable *affectio societatis*. Leur participation à la vie sociale était nulle. Par la création de l'EURL, le droit a été ainsi aligné sur le fait. Cette introduction de l'EURL a eu enfin l'avantage de continuer à permettre de limiter le risque entrepreneurial.

22. V. art. 94 du C. com. maritime lib. qui présente une exception mais d'application restrictive pour le propriétaire du navire qui peut dans les cas prévus par l'article créer une entité juridique séparée de son patrimoine et épargner sa fortune de la dissipation en cas de destruction du navire.

23. En ce sens, T. ZEIN, *L'exclusion de l'associé : étude comparée du droit français et du droit libanais*, LGDJ, 2013, p. 23 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Lexis Nexis, 25^e éd., 2012, n° 9.

L'EURL a son équivalent en matière agricole : l'EARL, l'entreprise agricole à responsabilité limitée²⁴.

Néanmoins, le législateur français n'a pas osé à l'époque remettre en cause le principe de l'unité du patrimoine. Comme il fallait bien sortir du blocage qui freinait l'esprit d'entreprise, la loi de 1985 a introduit la société d'un seul. Par ce biais le principe de l'unité du patrimoine est sauvegardé en la forme, puisque dans l'EURL, l'entrepreneur, personne physique ou morale, apporte une partie de son patrimoine à l'entreprise créée ; mais cet apport va donner lieu à la création d'une personne morale nouvelle. Il n'y a donc pas de consécration d'un patrimoine d'affectation, comme certains l'auraient souhaité, puisqu'avec la création de l'EURL, l'entreprise et l'entrepreneur continueront chacun de disposer en propre d'un patrimoine et d'un seul²⁵.

La véritable réforme portant la consécration du patrimoine d'affectation réside dans la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 qui a créé l'EIRL, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée²⁶. Par le biais de cette réforme, une même personne peut aujourd'hui scinder son patrimoine en plusieurs masses distinctes, chacune des masses actives ne répondant qu'aux masses passives correspondantes. Il lui suffit de faire une déclaration effectuée sur un registre séparé, tenu au RCS et décrivant le bien affecté et sa valeur. Cette réforme répond ainsi à la même finalité que la création d'une société à risques limités, à savoir éviter d'engager la totalité de son patrimoine pour garantir le passif créé par une activité économique²⁷.

L'étude du développement du droit des sociétés en France met en relief la réaction du législateur français aux besoins des acteurs économiques, et

24. E. DUBUISSON, « Entreprise. Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) - Constitution et modification du patrimoine affecté », p. 22 ; M.-Ch. GLOTIN, « Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) », *J.-CL. Com.*, fasc. 1319, 2013, p. 2, n° 6.

25. G. BLANC, *in* Conférence « Actualité du droit des sociétés ».

26. B. GRANDGUILLOT et F. GRANDGUILLOT, *L'essentiel du droit des sociétés*, Gualino, 2017, p. 77.

27. I. NAJJAR, *Les contrats fiduciaires en droit libanais (loi n° 520/96)*, 1997, p. 64 ; ID., « Chronique de droit privé libanais », *RTD civ.* 1997, p. 261 ; H. FADLALLAH, *Le régime de la micro-entreprise, étude comparée*, p. 304 et s.

visé à inciter le législateur libanais à réagir et à s'adapter. Sa lenteur et son déni vont contribuer à la régression de la situation économique du pays en n'assurant pas aux acteurs économiques des constructions juridiques les poussant à investir. Une des voies encourageantes est la consécration de la forme unipersonnelle de la société, ou le fait de permettre aux entrepreneurs individuels d'affecter une partie de leur patrimoine à leur activité professionnelle, excluant leur patrimoine personnel de tous risques issus de cette activité. Cette révolution nécessite la consécration du concept du « *patrimoine d'affectation* » au moins en droit des sociétés.

L'affectation du patrimoine se révèle ainsi être un espoir économique. Cet espoir nous paraît réalisable puisque le concept du patrimoine affecté n'est pas étranger au droit libanais (B).

B. Exceptions et atténuations à l'unité du patrimoine

Le droit libanais connaît des applications ponctuelles du patrimoine d'affectation que ce soit à travers la suspension de la succession jusqu'à paiement des dettes²⁸, la consécration de la fiducie, l'institution du « *waqf* » en droit musulman²⁹, et la titrisation des actifs établie par la loi n° 705/2005. Ces applications comportent les germes de l'application du « *patrimoine d'affectation* » mais ne permettent pas d'en déduire le renversement du principe « *de l'unité à l'affectation du patrimoine* ».

On peut citer à titre d'exemple, la fiducie, instituée par la loi n° 96/520, qui permet au constituant de transférer la propriété des biens, droits ou sûretés à une ou plusieurs personnes dénommées fiduciaires, à titre de garantie ou pour optimiser la gestion³⁰. Deux types de fiducie sont ainsi établis par la loi : la fiducie-gestion et la fiducie-sûreté.

En ce qui concerne la fiducie-gestion, il s'agit d'un transfert de propriété de biens à un fiduciaire qui s'engage à assurer leur gestion pour le compte du constituant. En effet, l'apport du patrimoine à un fiduciaire donne naissance à un patrimoine autonome ; c'est en ce sens que la fiducie-gestion constitue une dérogation au principe de l'unicité

28. F. NAMMOUR, « La loi libanaise sur la titrisation des actifs : convergences et divergences avec le droit français », *Revue Juridique de l'USEK* 2009, p. 283.

29. N. ASWAD, *Droit civil, Introduction et biens*, p. 521 et s.

30. Inspiré du « *trust* » en droit américain.

du patrimoine puisque le fiduciaire possède un second patrimoine, le patrimoine fiduciaire qui n'est pas doté de la personnalité morale. Les fiduciaires possèdent ainsi deux patrimoines distincts : le patrimoine personnel et la masse patrimoniale transmise qui représente une forme de patrimoine d'affectation³¹.

Néanmoins, ce patrimoine judiciaire ne représente pas une sorte de patrimoine affecté par le constituant. D'une part, le constituant n'est plus le propriétaire du patrimoine fiduciaire et ne possède aucun pouvoir de gestion sur ce patrimoine, ce qui l'empêche d'affecter le patrimoine transmis à une activité professionnelle et de la diriger personnellement. D'autre part, l'article 11 de la loi n° 520/96 précise qu'en cas de faillite du constituant, les avoirs fiduciaires réintégreraient son patrimoine, et donc, la soustraction d'une partie de son patrimoine n'est pas ainsi réalisée. Ceci pousse certains auteurs à qualifier ce mécanisme « *de patrimoine dédié aux risques de l'entrepreneur* » plutôt que de patrimoine d'affectation³².

En ce qui concerne le mécanisme fiducie-sûreté, il consiste à transférer la propriété d'un bien mobilier ou immobilier par un débiteur à son créancier pour assurer la sûreté du remboursement de sa dette. Il s'agit plutôt d'un moyen de sûreté en faveur des créanciers de l'entrepreneur individuel.

La fiducie, en ces deux types, ne permet pas en principe à l'entrepreneur de créer un double patrimoine affectant l'un d'eux à l'exercice d'une activité professionnelle. Ainsi, elles ne constituent pas une dérogation au principe de l'unité du patrimoine mais juste une atténuation à ce principe.

Une consécration plus large de la conception du « *patrimoine d'affectation* » paraît souhaitable, l'ajout d'une disposition spéciale en droit des sociétés permettant à l'investisseur (personne physique ou morale) de limiter le risque de son activité professionnelle au patrimoine affecté à cette activité.

31. M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC.*, déc. 2010, n° 77, p. 75 ; I. NAJJAR, *Les contrats fiduciaires en droit libanais (loi n° 520/96)*, p. 47.

32. F. ROUSSEL *et al.*, « De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) », *JCP E.*, oct. 2008, n° 40, 2199, p. 9.

Il faut noter que certains voient³³, dans l'admission de la société unipersonnelle au Liban, une déformation de la notion traditionnelle de la société : il semble, selon eux, plus convaincant d'adopter le concept de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée comme application de l'affectation du patrimoine. Cette solution permettra de conserver le concept de la société exigeant les éléments constitutifs suivants : apports, contribution aux pertes et aux bénéfices et enfin *affectio societatis*.

La carence des techniques d'organisation des entreprises ne provient pas seulement de l'obstacle du principe de l'unité du patrimoine, mais aussi de la rédaction de l'article 844 COC, de l'incohérence des textes et du silence législatif. Tout ceci rend notre droit des sociétés dépassé et non attractif, influant par la suite sur la situation économique.

Paragraphe 2. Les textes inadaptés à la réalité économique

C'est l'article 844 COC daté 9 mars 1932 qui a défini la société. À cette époque, la société a été perçue comme une société-communauté avec comme acteur le *socius*, « *le compagnon du combat* », mais aujourd'hui la société est plutôt conçue comme un « *contrat d'investissement*³⁴ ». Cette re-conceptualisation n'a pas incité l'intervention du législateur pour adapter la rédaction de l'article 844 qui est resté intact jusqu'à ce jour³⁵.

A. La rédaction de l'article 844

On peut adresser à l'article 844 tel qu'il est rédigé deux critiques essentielles³⁶. L'article 844 du Code des obligations et des contrats ne se réfère pas à la notion de l'entreprise en définissant la société, et cela malgré l'interrelation qui existe³⁷. Il est vrai que l'entreprise n'apparaît qu'à travers la société mais cela ne peut pas justifier son exclusion de la définition de la société.

33. V. l'avis rendu par M^{me} la juge M. Noueiri, durant son intervention au Colloque « *Le 75^e anniversaire du Code de commerce libanais* » de l'Université Saint-Esprit de Kaslik.

34. F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé », n° 10, p. 86.

35. T. ZEIN, *L'exclusion de l'associé : étude comparée du droit français et du droit libanais*, p. 21, n° 10.

36. V. *supra*.

37. J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, p. 65.

Ce n'est pas la seule critique qu'on peut adresser à la définition de l'article 844. L'affirmation de la nature contractuelle de la société et l'exigence de la pluralité des associés sont deux points négatifs qu'on peut également évoquer³⁸.

La société ne présente pas toujours l'aspect contractuel, surtout lorsqu'on est dans le cadre de la société anonyme où la lecture institutionnelle est dominante, en particulier avec l'intervention du législateur dans les différentes étapes de vie de la société³⁹. En outre, la lecture contractuelle, ajoutée à la condition de la pluralité des associés, forme un obstacle à la forme unipersonnelle des sociétés incitant par la suite à la constitution des sociétés fictives. Un entrepreneur individuel, ne pouvant contracter avec soi-même, et qui veut protéger son patrimoine personnel et limiter les risques de pertes de son activité commerciale au patrimoine affecté à cette activité, n'aura la possibilité que de recourir à un associé fictif pour satisfaire aux exigences de la loi.

Cet entrepreneur individuel, contrairement au cas français, ne peut pas affecter à son activité commerciale ou professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, que ce soit individuellement ou en constituant une personne morale⁴⁰.

Cette rédaction de l'article 844 est en concordance avec la théorie de l'unicité du patrimoine consacrée par l'esprit des textes libanais⁴¹.

Une modification de l'article 844 se révèle par conséquent nécessaire et vitale afin d'adapter la technique sociétaire aux nouvelles exigences de l'exploitation de l'entreprise et d'assurer ainsi une meilleure efficacité et attractivité économique⁴². Cette faculté d'adaptation de la technique sociétaire doit se traduire par un double phénomène de multiplication et de

38. I. AL KHAWLI, *Droit commercial libanais, étude comparée*, Dar al nahda al arabiya, 1968, t. 2, p. 394.

39. S. MOUGHARBEL, *Le droit commercial libanais, les sociétés commerciales*, 2013, t. 2, p. 5 et s. ; M. SOUMRANI, *Le contrat de société*, Rapport libanais, 2005, p. 3 et s.

40. H. FADLALLAH, *Le régime de la micro-entreprise, étude comparée*, p. 320.

41. V. *supra*.

42. V. Projet de modification du Code de commerce libanais élaboré par Messieurs M. Maamari, S. Mansour, et I. Najjar.

diversification des sociétés répondant par la suite à toutes les opportunités d'activités économiques.

Ce phénomène a commencé en France depuis une trentaine d'années et a été marqué par une extension technique et conceptuelle des principes sociétaires. La contractualisation, la simplification et la transparence représentent les orientations suivies par le législateur français (contemporain). Dans ce contexte, l'article 1832 du Code civil français peut présenter un exemple (modèle) à suivre pour réformer notre article libanais⁴³.

La relecture de l'article 844 doit être accompagnée d'une mise en cohérence et d'une harmonisation des textes régissant les sociétés. D'un côté, le législateur définit la société comme un contrat, et de l'autre, il délimite la marge de la liberté contractuelle par l'exigence d'un formalisme excessif.

B. Un excessif formalisme

Le droit des sociétés, au Liban, est, dans une large mesure, un droit formaliste⁴⁴. Ce formalisme est plus ou moins rigoureux selon les différents types de sociétés. Il comporte, cependant, un minimum d'exigences communes à toutes les sociétés, tel est le cas de la nécessité de l'écrit et de la publicité. D'une façon générale, la publicité consiste, dans un premier temps, dans le dépôt du contrat de société au greffe et, dans un second temps, dans l'immatriculation au registre de commerce. Le défaut ou l'irrégularité dans l'accomplissement des formalités de dépôt et d'inscription sont principalement sanctionnés par la nullité ou par l'inexistence.

Ce formalisme est prépondérant au niveau de la société anonyme libanaise, que ce soit au stade de la formation ou ultérieurement au cours de la vie sociale ; certains affirment que ces conditions établies par le Code sont en majorité d'ordre public, ce qui rend les dispositions du Code de commerce assez rigides et en retard par rapport aux évolutions des droits étrangers. Une société anonyme ne peut ainsi être constituée que par trois

43. V. *supra*.

44. S. ABDEL SAMAD, *Les rigidités et les faiblesses du droit libanais des sociétés*, Sader, 2015, p. 43 et s.

actionnaires et le capital social ne peut être inférieur à 30 millions. Par ailleurs, sont obligatoires, l'approbation des statuts, l'enregistrement des statuts auprès d'un notaire, et la tenue de l'assemblée constitutive, qui aura à vérifier l'accomplissement des deux précédentes formalités ainsi qu'à désigner les administrateurs et les commissaires de surveillance.

Cette rigidité fait souvent obstacle à l'adoption de structures qui correspondent aux besoins souvent très spécifiques des associés (d'autant plus que 89% des sociétés au Liban sont des entreprises familiales, prenant ainsi la forme de petites et moyennes entreprises)⁴⁵. Certes, la pratique a imaginé des palliatifs. Mais leur efficacité est limitée et leur validité n'est pas toujours indiscutable. Cette situation est regrettable, car elle incite les entreprises à constituer à l'étranger leurs structures de collaboration, afin d'échapper à une législation trop contraignante. À l'heure où le droit comparé gagne en importance et les règles internationales du commerce penchent vers l'intégration, il serait grand temps au Liban pour le législateur, les juristes et les praticiens de surmonter ce handicap juridique.

La réglementation de la société anonyme libanaise n'a pas changé depuis la promulgation de ce Code par le décret-loi n° 304 du 24 décembre 1942⁴⁶ à l'exception de quelques modifications ponctuelles dont la plus récente est datée de 2016. Cette réforme limite le pouvoir de la société anonyme d'émettre des actions nominatives sans les actions aux porteurs ou à l'ordre de quelqu'un⁴⁷. La société anonyme libanaise est régie par des textes à caractère institutionnel et très réglementaire inspirés de la loi française du 24 juillet 1867.

Cette manière de légiférer ne répond plus au besoin de certaines entreprises d'évoluer dans un cadre juridique compétitif. En réponse à ce besoin, le droit français a reconnu la forme simplifiée de la société par actions⁴⁸. L'originalité de la société par actions simplifiée repose sur la souplesse de sa constitution et de son organisation, qu'autorise *l'étendue de la liberté contractuelle* dont elle bénéficie. De plus, cette liberté a été élargie par la loi française de modernisation de l'économie (LME), qui par

45. M. LILIANE, « Proposition pour une modernisation du Code de commerce libanais, la société par actions simplifiée », *Commerce du Levant*, 6 mai 2004 ; Ph. MERLE, *Séminaire de droit des sociétés, thème : La société par actions simplifiée*, avril 2007, p. 1 et s.

46. V. : T. ZEIN, *L'exclusion de l'associé : étude comparée du droit français et du droit libanais*, p. 25.

47. La loi n° 75 du 27/11/2016.

48. J. HONORAT, « La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés », *LPA*, 19 août 1996, n° 100, p. 26 ; J. PAILLUSSEAU, « La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote », *D.* 2008, p. 1563.

exemple, supprime l'exigence d'un capital minimal et accorde aux associés la possibilité de prévoir ce montant par le biais de leurs statuts⁴⁹.

Le premier trait d'évolution à travers la création de la société par actions simplifiées consacrée par une loi de 1994 et réformée plusieurs fois va toujours dans le sens d'une plus grande facilité d'accès pour les opérateurs économiques. Comme son nom l'indique, la SAS répond à un besoin de la pratique qui trouvait trop contraignant et trop lourd le régime juridique gouvernant la société anonyme. L'objectif de simplification poursuivi par le législateur français à travers la création de la SAS a été couronné de succès d'autant plus qu'a été autorisée la SASU dans la loi. À l'heure actuelle en France, le nombre de SAS a passé la barre des 200 000. La SAS est manifestement une structure juridique adaptée aux entreprises de taille petite ou moyenne pour lesquelles la lourdeur des règles gouvernant les sociétés anonymes paraît inutile. Sa simplicité de constitution et de fonctionnement attire également aujourd'hui les opérateurs économiques qui se tournaient jusque-là vers la SARL.

Au vu de cet exposé de la société par actions simplifiée ou SASU, il apparaît que l'inclusion de cette forme sociale au Liban offre pour les acteurs économiques une technique convenable à la gestion de leur entreprise. La souplesse de fonctionnement de la SAS peut constituer un attrait très important pour les PME et les sociétés familiales libanaises, mais également pour l'organisation des groupes de sociétés libanaises. Cette structure permet d'échapper aux contraintes de la société anonyme tant au regard de l'administration de la société qu'au regard du fonctionnement des organes délibérants. L'empreinte contractuelle inhérente à la nature de la société libanaise⁵⁰ permet d'expliquer davantage la possibilité d'insérer cette forme sociale au Liban.

La re-contractualisation du droit des sociétés se révèle également comme un besoin pour les praticiens. Ces derniers font pression pour obtenir des assouplissements et des simplifications d'un droit perçu

49. G. BLANC, Conférence « Actualité du droit des sociétés ».

50. T. ZEIN, *L'exclusion de l'associé : étude comparée du droit français et du droit libanais*, p. 25 n° 18 ; V. Projet de modification du Code de commerce libanais élaboré par Messieurs M. Maamari, S. Mansour, et I. Najjar ; la loi fédérale n° 2 est entrée en vigueur en 2015 portant réforme du droit des sociétés commerciales des Émirats arabes unis. Un des apports de cette loi est la consécration de la forme de la société par actions simplifiée.

comme trop rigide. On peut évoquer une application par excellence de l'usage de la liberté contractuelle qui est la coopération momentanée interentreprises pour la réalisation d'un projet particulier (*joint-venture*)⁵¹. Ces groupements utilisent à la fois la forme contractuelle et la forme corporative (*corporate joint-venture*). Au Liban, il n'y a pas de contrat nommé « *groupement momentané d'entreprises* » mais cette technique est souvent pratiquée surtout pour exécuter de grands projets en matière de « *construction* ».

La doctrine de la *corporate governance* d'origine américaine peut elle-même être considérée comme donnant une relative importance au contrat fondateur de la société⁵². À la fin du XX^e siècle, on avait en effet observé un phénomène qui aboutissait, à travers un régime juridique de la société très règlementé, à ce que celle-ci échappe d'une certaine manière à l'emprise du capital et donc à l'emprise des associés. La société-institution, en raison des pouvoirs très étendus reconnus aux organes de direction - on parle d'omnipotence -, fonctionnait en vase clos. L'assemblée générale de la société était devenue, en quelque sorte, une chambre d'enregistrement des décisions prises par les organes de direction de la société⁵³.

Il pouvait en être de même du conseil d'administration au sein des SA, dans la mesure où celui-ci était composé de personnes quasiment cooptées par les organes de direction, même si elles étaient désignées formellement par l'assemblée générale. L'assiduité des administrateurs au conseil d'administration, et plus encore à l'assemblée générale, est en outre souvent aléatoire.

Cette doctrine de la *corporate governance* vise à établir plus de transparence dans le fonctionnement de la société et, à titre principal, à permettre aux associés de renforcer leur pouvoir de contrôle sur la société anonyme. Cela revient en pratique à donner aux détenteurs du capital le pouvoir qu'ils détiennent en raison du contrat de société qu'ils ont conclu. En France, cette doctrine a été consacrée d'une certaine manière par la

51. P. COSSETTE, *Les groupements momentanés d'entreprises (joint-venture) : nature juridique en droit civil et en common law*, thèse de maîtrise (LLM), McGill Université, 1984.

52. G. BLANC, *in* Conférence « Actualité du droit des sociétés ».

53. Intervention de Dr Safaa MOUGHARBEL durant la Conférence « Actualité de droit des sociétés », Université Arabe de Beyrouth.

loi dite NRE du 15 mai 2001 et plus récemment par la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique⁵⁴.

Au Liban, la loi n'a pas consacré cette doctrine. Néanmoins, les textes libanais portent les germes des principes de la bonne gouvernance (articles 155 et 167 : responsabilités du Président du conseil d'administration et des administrateurs des fautes graves de gestion...)⁵⁵. Cela n'est pourtant pas suffisant pour un pays qui poursuit son évolution économique et financière.

En effet, les sociétés cotées libanaises se trouvent face à une urgence, celle d'adopter des normes de qualité dans la gestion des affaires. Ainsi sont-elles en train de s'élargir en général et cherchent-elles constamment de nouvelles sources de financement. Il est donc impératif de développer un système de gouvernance approprié et efficace pour ces entreprises. C'est dans cet esprit qu'on doit intégrer des modifications relatives à la gouvernance d'entreprise pour les sociétés cotées à la Bourse de Beyrouth, afin de guider ces entreprises et de les aider à développer un système solide de gouvernance d'entreprise permettant aux directeurs, administrateurs, actionnaires et parties prenantes d'être motivés à toujours agir dans le meilleur intérêt de l'économie libanaise en général et des sociétés cotées en particulier. Le but ultime de l'introduction d'un système de bonne gouvernance est d'inspirer la confiance aux actionnaires, aux investisseurs et au public libanais et régional.

Par conséquent, la résurgence de la liberté contractuelle en droit des sociétés pourrait constituer un palliatif à ce droit qualifié de rigide et inadapté⁵⁶.

Après avoir exposé une partie des raisons attachées à la rigidité des textes libanais régissant les entreprises en société, il nous semble justifié que le législateur libanais soit invité à reconsidérer le critère économique dans la rédaction des textes. Une intervention législative est ainsi

54. D. PORACCHIA, « Présentation générale, Le droit des sociétés dans la loi Sapin 2 », *Bull. Joly Soc.* 2017, n° 01, p. 64.

55. S. MOUGHARBEL, intervention, Conférence « Actualité de droit des sociétés ».

56. Sans pour autant oublier que législateur libanais a franchi un pas vers la transparence, en excluant la possibilité d'émettre les actions au porteur.

nécessaire afin de répondre aux nouveaux besoins des entreprises, d'assurer une meilleure attractivité aux acteurs économiques et de s'adapter aux exigences régionales et internationales.

Cela ne veut pas dire que le législateur libanais doit reprendre ou traduire les dispositions du droit français ou de n'importe quel autre système juridique, mais qu'il doit moderniser les dispositions régissant les sociétés en fonction des besoins, des personnes qui investissent au Liban, et du marché libanais. Il n'est pas invité à se prononcer sur les détails ou à apporter des solutions aux questionnements présents ou futurs, il serait suffisant, comme le dit Portalis, qu'il intervienne aux « *points de passage* » essentiels de la vie sociale⁵⁷.

57. J.-E.-M. PORTALIS, extrait du *Discours préliminaire sur le Projet du Code Civil*.

Not so common: Commercial Law in a Common Law Jurisdiction

Max HUFFMAN

Professor of Law, IU Robert H. McKinney School of Law

Valia CHARO

LLM graduate, IU Robert H. McKinney School of Law

Introduction

Nous remercions l'Université Saint-Esprit de Kaslik pour avoir organisé ce colloque sur le droit des affaires et aussi tous les autres intervenants pour la qualité de leur discussion. La présentation portera aujourd'hui sur le droit des affaires dans l'optique du droit anglo-saxon.

Il peut paraître peu commun au droit commercial libanais de recevoir en cadeau pour la célébration de son 75^e anniversaire une discussion sur le droit anglo-saxon. Il sera ainsi intéressant d'étudier comment le droit des affaires du *Common law* et le droit commercial du Liban sont en apparence distincts mais sujets à se relier dans le fond.

Les liaisons politiques et économiques entre le Liban et la France¹ ont sûrement contribué à l'influence du droit français sur le droit libanais. Cependant, et au-delà de ce fait, l'exposition des principes de droit des affaires propres au droit anglo-saxon pourra démontrer la nuance avec

1. « Le Code civil français et son influence dans le Bassin méditerranéen, l'Orient et l'Extrême-Orient », *Revue internationale de droit comparé* 1950, vol. 2, n° 4, p. 771-780.

laquelle le droit commercial libanais a aussi pu être imprégné par le système du droit anglo-saxon.

Cette influence n'est pas facile à reconnaître. Elle est ainsi moins évidente à identifier face au poids de l'effet du système du droit romano-germanique sur le droit libanais. Durant cette présentation, des exemples seront donnés pour appuyer notre discussion².

There is an argument that the English language and the common law are inextricably intertwined. Politics and a history of empire-building permitted fundamentals of the common law system to develop around the globe in former British colonies. The remnants of that system drive the development of the commercial law in jurisdictions including the United States. Further to analyze commercial law in a common law system, this essay will focus on three main points. First, we discuss what is common law (paragraph 1). Second, we discuss how common law and commercial law interact, with primary reference to the US system (paragraph 2). Third, we discuss the advantages and disadvantages of common law using specific references to commercial law (paragraph 3).

Paragraph 1. What is “*common law*”?

English common law evolved from necessity. In 1066, during the 11th century, the Norman conquest contributed to this tradition and a unique “*unwritten*” constitution was established. Oral rendered decisions were given from respected judiciary. Focusing on the resolution of specific current issues, English law was developed insulated from the continental reception of Roman law and codification. One direct descendant of this English legal system is the US legal system.

The most significant characteristic of this Anglo-American system is its dependence on the common law process for law discovery. This means that the judges create the law by reference to a social well established custom³ or by applying the precedent rule⁴. At the heart of the common

2. Exemples : principe d'équité et principe du pouvoir d'interprétation du juge libanais.

3. “*The life of the law has not been logic, it has been experience*”, quote by O. W. HOLMES.

4. M. A. GLENDON, P. CAROZZA and C. PICKER, *Comparative legal traditions, text, materials and cases*, American casebook series, 4th ed., 2014.

law system is the doctrine of the *stare decisis*. According to this doctrine, when a court has decided a case in a way, future cases should be decided the same way if the facts are substantially similar to the prior case. This process applies whether law is being discovered in the absence of or in the presence of statutory enactments. According to noted American jurist Benjamin Cardozo, interpreting vague statutes by reference to precedents, following the “*everyday working rule of our law*”, *stare decisis*, is the essence of common law reasoning⁵.

However, the common law process, relying on the judge to develop the rule, is not the only characteristic of the common law. As a matter of fact, the common law can be “*discovered*”. In this case, the common law is a body of substantive law dating at least to the *Magna Carta* in 1215⁶. This second characteristic treats common law “*as customary law, the law of ‘long use’ and ‘custom’*”⁷. English jurists Coke and Blackstone, and later James Wilson, one of the drafters of the US Constitution, define common law as a custom of sufficient age and recurring use as to prove its merit⁸.

Thus, casual usage misses the texture of the phrase “*common law*”. In reality there are two ways to define it. The first definition boasts a greater pedigree, owing its articulation to noted British jurists including Coke and Blackstone. That definition sees common law “*as customary law, the law of ‘long use’ and ‘custom’*”⁹. That definition might be the antithesis of law development and innovation¹⁰. This substantive approach defines

5. B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, p. 16-17.

6. The *Magna Carta* is an important written legal document in the common law as it is considered as one of the first written legal documents in a system that is already established and relies on customs.

7. J. F. STINNEFORD, “The Original Meaning of ‘Unusual’: The Eighth Amendment as a Bar to Cruel Innovation”, *Northwestern University Law Review*, 2008, vol. 102, n° 4, p. 1768 (quoting E. COKE, *The Compleat Copyholder*, 1630, reprinted in *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, (ed. S. SHEPPARD), 2003, vol. II, section 33, p. 563).

8. *Ibid.*, p. 1768-1769 (citing E. COKE, *Institutes of the Lawes of England*, 1608, vol. 1, reprinted in *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, vol. II, section 170, p. 701; W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1; *The Works of James Wilson*, vol. 1, p. 435-436).

9. *Ibid.*, p. 1768 (quoting E. COKE, *The Compleat Copyholder*, p. 563).

10. *Ibid.*, p. 1788-1789 (noting Coke’s and Blackstone’s distrust of innovation).

common law as a custom of sufficient age and recurring use as to prove its merit¹¹. One source convincingly argues that the older definition of common law best informs the use in the US at the time of founding¹². We can call this first definition the common law of Lord Coke.

The second definition is in a sense the opposite of the common law of Lord Coke. Common law as American scholar-jurists from Oliver Wendell Holmes Jr. to Guido Calabresi describe it, is explicitly a vehicle for innovation and change¹³. This second definition might be termed the Holmesian common law.

Holmes argues that “*judges as well as others should openly discuss the legislative principles upon which their decisions must always rest in the end, and should base their judgments upon broad considerations of policy*”¹⁴. Holmes is unwilling to accept that any one ground of policy might be legitimate to the exclusion of others. Holmes even applauds a process by which an ancient legal rule of forgotten provenance receives new life when “*some ground of policy is thought of, which seems to explain it and to reconcile it with the present state of things; and then the rule adapts itself to the new reasons which have been found for it, and enters on a new career*”¹⁵. Holmes’ common law would reject a thought process suggesting that an explanation supports a rule, ergo, a rule is valid only if it possesses that same explanation. Instead, Holmes’ common law recognizes that various justifications for legal rules may exist and the context tells the judge which of them to prefer.

11. J. F. STINNEFORD, “The Original Meaning of ‘Unusual’: The Eighth Amendment as a Bar to Cruel Innovation” p. 1768-1769 (citing E. COKE, *Institutes of the Lawes of England*, vol. 1, p. 701; W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1; The Works of James Wilson, vol. 1, p. 435-436).

12. *Ibid.*, p. 1792-1800.

13. See *infra* parag. 3, A, 1. See also J. F. STINNEFORD, “The Original Meaning of ‘Unusual’: The Eighth Amendment as a Bar to Cruel Innovation”, p. 1768 (“*Today, we tend to see the common law as Oliver Wendell Holmes, Jr., and his contemporaries described it: a body of judge-made law, in which judges - acting within a broad framework of precedent - formulate legal principles that adapt to the changing circumstances of the times*”).

14. O. W. HOLMES, *The Common Law*, p. 57. Holmes applauded changes in the political and legal landscapes that allowed a diversity of thought to inform judicial decisions.

15. *Ibid.*, p. 4.

Long debates were required to determine whether the common law is primarily substance - like the civil law system - or process¹⁶. Ultimately this distinction does not influence our argument here. What is relevant in our essay is to realize that the distribution of the common law system in the territories adopting such system is not made randomly. It is the result of political and social struggles and it was implemented as a solution for reunification between different cultures. And this distribution is very different from the larger implementation of the Roman civil system¹⁷.

Fundamental to the distinction between common law and civil law systems is the ability to discover, develop, and apply the common law even in the absence of a Code or Constitution. The difference between the two systems is deep when the comparison is done to the different legal approaches and “*styles*”. However, if the content of each system is scrutinized, some common law principles are found in the civil law systems. This is especially true in principles governing the business relationship between the persons. Likewise, every modern common law system relies on substantial codification, nowhere more so than in the context of the commercial law.

Paragraph 2. The interaction between common law and commercial law

The pursuit of the common law and the civil law is the same in every transaction related to commerce. It is the notion of exchange and more specifically economic exchange. In the world of affairs to which the legal world is correlated, this is a crucial goal to seek. Economic exchange is a reason by itself to push the two systems of law to be aligned on major points. More importantly economic activity is permitting an open door for the creator of law in both systems to “*take the best*” from each legal system in order to get the most valid body of laws that would facilitate the legal transaction.

16. M. G. FARELL, “Revisiting Roe v. Wade: Substance and Process in the abortion debate”, *Indiana Law Journal* 1993, vol. 68, n° 2, article 1.

17. D. OTO-PERALIAS and D. R. AVILA, “The Distribution of legal traditions around the world: a contribution to the legal origins theory”, *Journal of Law and Economics* 2014, vol. 57, n° 3, p. 561-628.

This is not a new debate for our modern globalized world today and nor a debate that started one century ago with the capitalism. It is much older than this. The *lex mercatoria*¹⁸ and the UNIDROIT¹⁹ principles of international commercial contracts are the most significant proof of this interaction between the two systems of law. It is valuable to understanding the advantages or disadvantages of each system for the world of commerce.

As a matter of fact, the commercial law in the civil legal system ensures order and predictability in affairs. The codifications of the rules provide clarity for the parties. Clarity to understand what will be the law to be applied in case of dispute. The commercial law sacred as well the freedom of the parties²⁰. It enforces the agreements between the parties²¹. Commercial law has also the role of limiting the agreement of the parties in order to protect a party with unequal bargaining power, third parties, or society. This is what is relevant in standard form contract²² when the judge is free to intervene in a case in order to assure some “*equilibrium*” between the parties.

The process of common law - judges “*discovering*” the law, judges reasoning with regard to the law’s development through the system of precedent - may not work well when the topic is specialized. For example, imagine a judge is asked to enforce a contract between two large enterprises. The judge must determine the meaning of the contract. She must also pick from among various common law rules which should be applied. For a judge to do this, the judge must understand business²³. Some argue that judges frequently do not. One leading US commentator has argued that

18. In the medieval Europe, a body of customary mercantile law used in commercial disputes.

19. In 1994, the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) in Rome (Italy) adopted the “*Principles of international commercial contracts*”. Those principles are largely influenced by common law and international trade law.

20. “*The oxen are bound by the horns and the men by the words*” is a quote characterizing the freedom of the parties in the Roman empire.

21. “*The contract is the law of the parties*” is another quote characterizing the freedom of the parties in the Roman empire.

22. Lease agreements and insurance agreements for example.

23. An alternative argument holds that the flexibility of the processes in judicial law-making can overcome concerns for judicial competence, through the introduction of expert opinion in the fact-finding process.

the arguments favoring the common law depend on judges' competence²⁴. Another analysis suggests that the common law's essential purpose is achieved so long as judges reach the right answer with greater than 50 percent likelihood²⁵.

As a result, even in a common law system like the US, it is normal to use a *Code de commerce* for the commercial law. For example, in the US, the primary law governing commerce is the Uniform Commercial Code. It is a single law that is adopted by the individual states in the US. It has 10 primary parts that govern: (1) sales of goods, (2) leases of goods, (3) both large and small financial transactions for making payments, (4) the law governing ownership and transfer of securities, and (5) contracts to lend money secured by collateral. The Uniform Commercial Code was adopted completely in 1952, although parts of it date to 1906, with the adoption of the Uniform Sales Act, a Code originally conceived in 1893. As its name suggests, the UCC is designed to promote uniformity among the laws of adopting jurisdictions.

The UCC is a hybrid Code, a “*recommended*” law that can be adopted or not at the discretion of particular US jurisdictions. Most parts of the UCC have been adopted uniformly across all US jurisdictions, although there are some alterations reflecting regional differences in the US. The UCC is a compromise between the desire for uniformity and the “*federalist*” structure of US law, through which individual states seek autonomy in regulating commerce within their borders.

In the US, some codification of the regulation of commercial activity is federal in nature. This includes banking, payment systems, and financial services regulation, all of which is largely federal²⁶. Much consumer law, including consumer payments law, is federal law. US bankruptcy law is

24. E. A. POSNER, “Does Political Bias in the Judiciary Matter?: Implications of Judicial Bias Studies for Legal and Constitutional Reform”, *University of Chicago Law Review* 2008, vol. 75, n° 2, p. 882.

25. G. HURWITZ, “The FTC’s UnCommon Law”, draft, 2015, at <ssrn.com/abstract=2574257>. The competence argument has been raised and appears to have greater vitality in the context of the application of a holistic theory of economically-informed antitrust law. See M. R. BAYE & J. D. WRIGHT, “Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges?”, *Journal of Law and Economics* 2011, vol. 54, n° 1.

26. There are exceptions. See, e.g., Uniform Commercial Code, Articles 3, 4, 4 A, and 5.

federal law. Securities laws are federal, although there are state law analogs to the federal securities laws that govern primarily where an issue is purely local. Antitrust, trademark, unfair competition, copyright, and patent laws are federal laws in the US. Like consumer law and securities laws, there are state law analogs to many of these, used when an issue is local in nature.

The reason for codifying commercial law was that with the industrial revolution and the increased likelihood that commercial activity would cross jurisdictional boundaries, it became important that there be predictability regarding how contracts could be enforced in other jurisdictions. For example, the UK, Canada, and Australia have adopted Codes regulating matters like sales of goods between businesses. There are many other civil Codes in common law countries as well, governing matters including business entity structure, banking, bankruptcy and insolvency.

Major areas of exception exist. There are not comprehensive civil Codes in US law for matters including transactions in real property. In the US, those matters are governed at a local level with a combination of discrete statutory enactments and common law rules. In this way, the civil Codes used in common law jurisdictions to regulate commerce are not comprehensive.

Thus, commercial law and common law overlap, but they are not coincidental. Even the civil Codes that do exist are explicitly designed to allow common law analysis. In the Uniform Commercial Code in the US, “*the principles of law and equity, ... supplement its provisions*”²⁷. This is an instruction to use the common law to understand and to apply the civil Code.

This US approach appears to be a stronger rule than in the case of a traditional civil Code. For example, the Lebanese Commercial Code reads “*common law principles shall apply in commercial matters only in so far as they are reconcilable with the principles proper to the commercial law*”. The language explicitly favors civil law over common law where there is a conflict between the two approaches.

27. UCC 1-103.

In a similar way, consider the civil Codes that govern business structures in the US²⁸. These Codes cannot resolve all topics, including, for example, the duties owed by a manager to the owner of a business - fiduciary duties²⁹. Those are created and applied by common law analysis.

A particularly famous example of statute designed for common law adjudication is the US antitrust laws³⁰. They are very general, prohibiting “*contracts, combinations and conspiracies in restraint of trade*” and designed for common law evolution. Another US federal Code, much more detailed and self-contained than the US antitrust laws, is the US Bankruptcy Code³¹. The Bankruptcy Code occupies an entire “*title*” of the 50-title US Code³². Even the highly specific and prescriptive Bankruptcy Code includes the following section 105(a):

“The court may issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title. No provision of this title providing for the raising of an issue by a party in interest shall be construed to preclude the court from, sua sponte, taking any action or making any determination necessary or appropriate to enforce or implement court orders or rules, or to prevent an abuse of process”.

The subsection explicitly leaves common law decision-making authority to the bankruptcy judge, filling in the gaps in the statutory scheme.

Finally, a civil Code in a common law jurisdiction is applied by judges who are trained in the common law. Therefore, we assume the methods that the judge will use include methods of applying reason, experience, and precedent to understand how to apply the Code. Quoting the French jurist Francois Géný, Cardozo argues that “*courts are to ‘search for light among the social elements of every kind that are the living force behind the facts they deal*

28. E.g., Revised Model Business Corporation Act, 2006.

29. See *Meinhard v. Saloman*, 164 N.E. 545 (N.Y. 1928) (Cardozo, C.J.); *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

30. E.g., Sherman Act, 15 USC 1 *et seq.*

31. 11 USC 101-1532.

32. USC, Title 11.

*with*³³". Cardozo's citation of "*a great school of continental jurists*", including GénY, who are tasked with applying detailed statutes and Codes, illustrates his concern for undue restriction on judicial freedom to develop legal rules through the case method. He favors the case method - Holmesian common law - even where the judge is filling gaps in a constitutional or statutory command³⁴. This is once again not utterly distinct from the experience in a civil law country. The *Code de commerce libanais* explicitly permits reasoning by precedent and "*equity*", both of which are forms of common law analysis.

Paragraph 3. Advantages and disadvantages of common law in commerce

The essay turns in this part to an articulation of advantages and disadvantages of the common law in commerce.

A. Advantages

1. Incremental change

Instead of rewriting a civil Code, courts may adjust common law rules through the litigation process. It is not a significant problem if a decision advances the law in the wrong direction, as it can be corrected. With specific reference to the US system, Judge Guido Calabresi argues that "*statufication*" has changed that legal system and, in many circumstances, not for the good. He refers to the problem of "*legislative deep freeze*³⁵". Calabresi proposes greater judicial involvement with statutes, including judicial sun-setting of statutes that are not useful.

In the absence of its express approval, judicial sun-setting happens *de facto* through "*subterfuge*³⁶". Calabresi gives the hypothetical example of an avowedly anti-torture absolutist judge who, when it becomes clear

33. B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, p. 16 (quoting F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1919, vol. 2, p. 180, translated, Modern Legal Philosophy Series, vol. 9, p. 45).

34. *Ibid.*, p. 14.

35. G. CALABRESI, *Common Law for Statutes*, Ch. I (citing R. Keeton).

36. *Ibid.*, Ch. XII at n° 6.

that torture is required to avoid great social harm, declines to enforce the anti-torture statute rather than to permit that great social harm to occur³⁷. Accepting the argument that under that hypothetical the judicial repeal of the statute is certain to occur, Calabresi terms it subterfuge - a violation of the principal of judicial candor - for a judge to profess the absolutist position only to abjure when the extreme circumstance presents itself³⁸.

Judge Richard Posner is a leading voice for the efficiency of the common law, seeing it as a proxy for market-based law development³⁹. In his *Economic Analysis of the Law*, Posner explains that judge-made rules and the process of decision according to precedent is efficient because of its flexibility, as social change “makes many precedents irrelevant and some erroneous... A rigid rule of adherence to precedent would substantially reduce the efficiency of legal rules in ordering social behavior⁴⁰”. At the same time, common law rules emerge when their “premises have been so validated by repeated testing in litigation that additional expenditures on proof and argument” would be wasteful⁴¹. Thus, rapidly changing social policies support rapid overturn of rules and less rapid change supports adherence to *stare decisis*. The common law permits both.

Elsewhere in *Economic Analysis of the Law*, Posner discusses the relative costs of statutes and common law rules and the decision process when legal pronouncements are vague. Statutory production involves greater costs in terms of transactions among the “hundreds of parties to the transaction” which means “statutes will often be ambiguous” and “more broad than narrow⁴²”. Broader pronouncements of law amount to “standards” rather than “rules” and must be narrowed in application, through a

37. G. CALABRESI, *Common Law for Statutes*, Ch. I (citing Ch. Black).

38. *Ibid.* Calabresi's torture hypothetical bears intriguing similarities to courts' treatment of so-called *per se* rules in antitrust. Calabresi's search for candor invokes the Rawlsian assumption of publicity and transparency in judging. See J. RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971.

39. R. A. POSNER, *Economic Analysis of the Law*, 5th ed., 1998, s. 2.2, p. 25-27. This development process is reminiscent of the natural selection process in biological evolution. See Ch. DARWIN, *On the Origin of Species by Means of Natural Selection*, 1859.

40. *Ibid.*, p., 560.

41. *Ibid.*

42. *Ibid.*, p. 555-556.

“balancing of competing considerations (the legal counterpart to economic cost-benefit analysis)⁴³”.

The common law works by induction in contrast with the approach of *“work[ing] from pre-established truths of universal and inflexible validity to conclusions derived from them deductively⁴⁴”*. Being inductive, common law analysis *“draws its generalizations from particulars”*; it is *“experimental”*; *“the rules and principles of caselaw have never been treated as final truths, but as working hypotheses, continually retested”*; it relies on gradual modification and reformulation rather than *“the attempt to do absolute justice in every single case⁴⁵”*.

2. Community norms

It is easier for the common law to reflect community norms. These discrete communities may be regional in nature or they may reflect different minority communities. The on-the-ground impact of common law rules is felt in rulings from local courts, in cases brought by litigants from the relevant community and decided by jurists whose own experience may parallel those communities. Decisions made by juries will also reflect community norms. In contrast, civil Codes are by design centralized, presenting the risk of being too broad in application to meet needs of disparate communities.

3. Democratic

Common law promises to be more democratic. Small litigants can affect the development of the law just as much as can large moneyed interests. In contrast with the common law, a civil Code may develop in a way that meets the needs of wealthy campaign donors. Judge Posner and others have described this advantage of the common law in terms of efficiency, suggesting that the law effectively develops to reflect the needs of the governed. As it is explained by Holmes, Cardozo, and Calabresi, the common law is a market-based approach to lawmaking that some have

43. R. A. POSNER, *Economic Analysis of the Law*, p. 557-558.

44. B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, p. 22-23.

45. *Ibid.*, p. 23 (quoting M. SMITH, *Jurisprudence*, 1909, p. 21).

argued offers the same efficiencies as do economic marketplaces⁴⁶ (the term “*efficiency*”, as used in the context of the common law, relates to the optimality of legal rules rather than to ability of those rules to produce efficient marketplace outcomes. An efficient legal rule might prefer an economically inefficient result where a social policy other than market economics controlled). According to one source, the efficiency of common law rules is “*a foundational claim of law and economics*⁴⁷”. One notable law and economics scholar attributes that view of the common law to Holmes himself⁴⁸.

B. Disadvantages

Common law is the “*minority*” approach - most of the world follows a civil law or mixed civil law approach. That fact suggests there may be advantages to civil law and disadvantages to common law. This is particularly so in the area of commercial law, where the value of certainty can be measured in financial terms.

1. *Too variable*

Common law may vary too greatly to be “*findable*”. Civil law is predictable. Law is established, recorded, published, application is in theory uniform. The reason for codification in the US system is that cross-border business demanded uniformity in cross-border legal systems. Regional idiosyncracies in the law slowed commerce.

An example of this disadvantage is the experience with the development of the law of antitrust in the United States. Antitrust is one of the sub-fields of commercial law that is primarily developed and enforced at the federal level in the United States. The US antitrust statute is nearly devoid of content - its lead prohibition is comprised of eight operative words⁴⁹ -

46. See Fr. PARTNOY, “Synthetic Common Law”, *University of Kansas Law Review* 2005, vol. 53, p. 339, n° 8 (collecting sources).

47. T. J. ZYWICKI & E. P. STRINGHAM, “Common Law and Economic Efficiency”, in *Encyclopedia of Law & Econ.*, Parisi & Posner eds., 2nd ed., 2010.

48. See K. N. HYLTON, “Efficiency and Labor Law”, *Northwestern University Law Review* 1993, vol. 87, p. 475.

49. Sherman Act, Section 1 prohibits “*contracts, combinations, or conspiracies . . . in restraint of trade*”. 15 USC 1.

and it is designed for common law evolution. The primary prohibitions in antitrust, Sherman Act sections 1 and 2, are vague and, historians have argued, deliberately so⁵⁰. Vague laws leave room for judicial interpretation, which may appropriately be considered “*common-law reasoning*”⁵¹. The result may be that nobody really can know what a particular law or legal scheme actually means. With regard to antitrust law in the US, a series of academic contributions over the course of decades advances theses that all begin “*antitrust is about [X]*”, with X being comprised of a litany of responses⁵². Professor Frank Emmert argues that this variability in US antitrust makes it a mismatch for most countries seeking to develop their own systems of competition policy⁵³.

3. *Litigation drives change*

Change in common law requires issues to come to litigation. Businesses avoid litigation, which is uncertain and costly, with the possible result that the advantages

50. 15 USC 1, 15 USC 2. See L. FRIEDMAN, *A History of American Law*, 2nd ed., 1985, p. 464.

51. The flexibility benefits of vague laws butt up against constitutional due process guarantees. See *Connally v. General Constr. Co.*, 269 U.S. 385, 392-93 (1926) (void for vagueness doctrine). Antitrust courts likewise impose limitations on the reach of vague statutory language.

52. A Westlaw search for the phrase “*antitrust is about,*” in the law journals database, produces 41 hits. In those 41 hits, the blank in our phrase is replaced with words including (in producing the below list we do not include internal quotations or citations):

markets, competition, “*solving modern industrial organization problems*”, consumer welfare, “*the process of competition*”, “*producing competitive markets that give consumers better products at lower prices*”, “*the promotion of social wealth*”, law enforcement, market structure, economic harm, “*preserving a competitive system*”, “*both economic and noneconomic goals*”, “*the economic goal of maximizing efficiency*”, enforcement, “*the abuse of power*”, “*diversity; pluralism; access to markets based on merits, not status; and freedom from coercion and exploitation*”, “*private restraints of trade*”, fostering competition, “*effects, not form*”, “*power abusively exercised*”, “*protecting competition, it is not about protecting competitors*”, “*producing competitive markets that give consumers better products at lower prices*”, law enforcement, “*preserving small business*”, “*much more than economic analysis*”, “*freedom of enterprise*”, “*protecting the competitive process*”, “*consumers’ injury (and its cousin, allocative efficiency)*”, “*‘allocative efficiency’ and has nothing to do with political, social or wealth redistribution concerns*”, “*creat[ing] a level playing field benefitting consumers*”, “*protecting competition, not competitors*”, “*actual market effects, not legal presumptions that rest on formalistic distinctions*”, “*protecting competition rather than protecting competitors*”, “*markets, as is microeconomics, antitrust law should be economics*”, “*protecting consumer choice*”, “*competition - what practices are competitive, what practices impermissibly restrain competition, and how to tell them apart*”, “*economic power*”, “*market relationships*”, “*more than abstract economic theory*”.

53. Fr. EMMERT, “How to and How Not to Introduce Competition Law and Policy in Transitional and Developing Economies”, 2011, available at <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1951609>.

of common law, including incremental change and adjustment to reflect community norms, does not occur.

In contrast with the common law, civil law can change through the political process. Where a perception arises that the law does not achieve the needs of the regulated community, parties need not resort to the courts for changes in the law. They may revert instead to legislative bodies to produce holistic change.

Common law is both a question of substance - what the law is - and process - how the law is made and applied, in particular, by judges rather than by legislators. Common law has given way to civil Codes even in common law systems where community norms are less important than centralized rules. We therefore see a number of civil Codes regulating business activity in all major common law systems. At the same time, we see civil Codes written with explicit permission to use common law methods in their interpretation and application. Arguments exist suggesting the common law is worth preserving. At the same time, civil Codes emerge for a reason. A reasonable conclusion might be that a common law system with a set of civil Codes, or a civil Code system that respects the common law process, is an optimal structure.

De la direction à la gouvernance de la société anonyme libanaise

Alexandre NAJJAR

Avocat à la Cour, Doctorate in Business Administration (DBA), DESS de droit bancaire et financier, Chargé de cours à l'École supérieure des affaires (ESA)

« Le Liban, au sortir de ses années d'épreuve, a besoin d'un droit adapté des sociétés anonymes pour permettre la reconstruction de ses infrastructures, la réorganisation de ses entreprises et le renouveau de ses activités en tant que place financière et bancaire internationale. Or, la société anonyme libanaise est toujours régie par le Code de commerce de 1942, qui régleme avec minutie son organisation et son fonctionnement, en s'inspirant assez largement du droit français. Mais la quasi stabilité des textes n'a pas empêché une évolution des pratiques et de la jurisprudence ».

Ces propos du Professeur Yves Guyon résument bien l'inertie de notre droit des sociétés, à peine compensée par les adaptations de la pratique et par la jurisprudence relative à ce domaine. Car depuis 75 ans le législateur libanais n'a pas pris la peine de réformer notre Code de commerce qui est resté imperméable aux nouveaux concepts, comme celui de la « *corporate governance* » ou gouvernance d'entreprise, concept anglo-saxon dont plusieurs organisations internationales (comme l'OCDE) ou locales font désormais la promotion et qui, un peu partout dans le monde, a contaminé le droit des sociétés. Certes, le Parlement libanais a chargé, en 1996, la Commission d'unification et de modernisation des lois d'émettre des propositions de réforme. La Commission a chargé, à son tour, un

groupe de travail placé sous la présidence du Bâtonnier Marcel Sioufi d'étudier ce qui, dans notre droit des sociétés, mérite d'être modernisé. Le Comité de modernisation des lois au sein du ministère de la Justice a, à son tour, proposé plusieurs modifications, mais ces réformes n'ont jamais vu le jour en raison de la léthargie du Parlement. Seule, la Banque du Liban a procédé, par voie de décisions et de circulaires, à plusieurs réformes importantes dans le domaine de la direction et du contrôle des établissements bancaires, qui vont dans le sens de la gouvernance d'entreprise¹.

De fait, il existe désormais un double décalage : un premier décalage entre le droit libanais et le droit français, beaucoup plus évolué ; et un second décalage entre la direction des sociétés libanaises non bancaires et la gouvernance des banques libanaises qui, grâce à l'action de la Banque du Liban et de l'Association des banques au Liban, ont parfaitement intégré les principes de la gouvernance d'entreprise.

Nous aborderons dans un premier temps l'apport des concepts de la gouvernance d'entreprise à la direction de la société anonyme (paragraphe 1), puis les obstacles qui empêchent encore les sociétés libanaises non bancaires d'intégrer ces concepts (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'apport de la gouvernance d'entreprise à la direction de la société anonyme

Fruit d'un travail collectif de l'American Law Institute achevé en 1993, et d'un Code de bonne conduite (« *Code of Best Practice* ») établi en Grande-Bretagne en 1992 par une commission présidée par Sir Adrian Cadbury, la notion de *corporate governance* a fait couler beaucoup d'encre².

-
1. V. : Alem & Associates et Étude Badri & Salim El Meouchi, *A review of the legal and regulatory framework pertaining to the corporate governance of banks in Lebanon*, IFC/ Association des banques du Liban ; S. CHAHINE et A. SAFIEDDINE, « Is corporate governance different for the Lebanese banking system ? », *J. Manag. Gov.*, 2011, vol. 15, p. 207-226 ; E. CHÉDID et G. SALAMÉ, *Recent enhancements to corporate governance in Lebanese banks*, SNR Denton, 2011.
 2. A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise », *D.* 1995, chron., p. 163 ; D. HURSTEL et T. BIEDER, « Est-il nécessaire de réformer le droit des sociétés au nom de la *corporate governance* ? », *Rev. Soc.* 1995, p. 633 ; N. DION, « *Corporate governance* et sociétés françaises », *Dr. Sociétés* 1995, chr. 8, p. 28 ; Y. GUYON, *Rép. dr. sociétés Dalloz*, V° « Corporate governance », 2000 ; Ph. D'ANCHALD, J.-J. CAUSSAIN et

Cette notion désigne l'aménagement, sous un angle déontologique, de la direction et du contrôle de la société anonyme et recouvre l'ensemble des dispositifs qui permettent de s'assurer que les objectifs poursuivis par les dirigeants sont légitimes et que les moyens mis en œuvre pour les atteindre sont adaptés. La gouvernance d'entreprise vise notamment à combattre l'incurie des dirigeants et à restaurer la confiance des épargnants, et implique une réflexion sur le rôle et les responsabilités des administrateurs.

La gouvernance d'entreprise repose sur les huit piliers suivants :

1. **Leadership** : Le conseil d'administration doit assumer pleinement son rôle et veiller à la planification stratégique de l'entreprise. Aucun dirigeant ne doit détenir entre ses mains un pouvoir exorbitant. En cas de structure moniste, une dissociation des fonctions (Président/directeur général) est préconisée. Un plan de succession ou de transmission doit être prévu pour assurer la pérennité de l'entreprise.
2. **Independence ou indépendance** : Il convient de mettre en place des procédures et des structures visant à minimiser ou supprimer les conflits d'intérêts, et de nommer au sein des conseils d'administration des administrateurs indépendants qui président les comités spécialisés. En outre, l'indépendance de la vérification des comptes doit être assurée.

M. GERMAIN, « Gouvernement d'entreprise », *Dr. Sociétés, Actes pratiques*, mai-juin 1996 ; J.-J. DAIGRE, « Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? », *Dr. et patrim.*, juillet-août 1996, n° 29, p. 888 ; F. PELTIER, « La convergence du droit français avec les principes de la *corporate governance* américaine », *Rev. dr. bancaire*, 1997, p. 49 ; Ph. BISSARA, « Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement d'entreprise », *Rev. Soc.* 1998, p. 5 ; K. GRÉVAIN-LEMERCIER, « Les défis actuels de la gouvernance des sociétés cotées », *Dr. Sociétés*, mai 2013, étude n° 10, p. 17 ; J.-Ph. DOM, « Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation des risques », *Dr. Sociétés*, août-sept. 2012, n° 12, p. 8 ; *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise* (dir. V. MAGNIER), LGDJ, 2010 ; V. MAGNIER et Y. PACLOT, « Le gouvernement d'entreprise en France, vingt ans après » in *Mélanges M. Germain*, LexisNexis, 2015, p. 491 ; P. DURAND-BARTHEZ, *Le guide de la gouvernance des sociétés*, Dalloz, 2016 ; A. JAHLOUK, *Le régime juridique de la gouvernance d'entreprise* (en arabe), Zein, 2011 ; N. SAÏDI, « Corporate governance and business ethics in Lebanon », *RDCL*, 28 avril 2004 ; A. SAFIEDDINE, « Corporate governance in Lebanon : an empirical investigation », *Journal of Corporate Ownership and Control* 2005, vol. 2, n° 3.

3. ***Effectiveness ou efficacité*** : La nomination des membres du conseil d'administration doit obéir à une procédure précise. Les administrateurs doivent être bien formés, recevoir toutes les informations nécessaires et consacrer le temps suffisant pour mener à bien leur mission. Le conseil doit être en mesure d'évaluer ses propres performances, celles des dirigeants et celles des comités spécialisés.
4. ***Accountability ou reddition des comptes*** : Il convient de favoriser l'équilibre des pouvoirs, de définir clairement les responsabilités, et de s'assurer que la direction rend des comptes au conseil d'administration qui rend des comptes à son tour aux actionnaires et aux parties prenantes. Le conseil doit aussi veiller à la bonne gestion des risques et à un contrôle interne efficace, en coordination étroite avec le comité d'audit et les commissaires de surveillance.
5. ***Fairness ou équité*** : Il convient de protéger les droits des actionnaires contre les abus et de traiter les actionnaires minoritaires ou étrangers de manière équitable. Le conseil d'administration doit aussi faire une grande place à la diversité en intégrant les femmes et les salariés.
6. ***Transparency ou transparence*** : La gouvernance est un système de valeurs, incompatible avec un éventuel manque d'éthique de l'administrateur. Une bonne gouvernance va de pair avec une politique de rémunération claire, équitable et transparente : les dirigeants ne doivent pas fixer leur propre rémunération, d'où l'importance d'un comité des nominations et d'un comité des rémunérations présidés par des administrateurs indépendants. L'assemblée générale des actionnaires doit pouvoir se prononcer elle-même sur la question des rémunérations (le « *say on pay* »).
7. ***Communication*** : Il convient d'assurer une diffusion en temps opportun d'informations exactes et sur tous les sujets significatifs qui concernent l'entreprise, notamment la situation financière, les résultats, l'actionnariat et les principes de rémunération des dirigeants. En outre, la société doit intégrer la notion de « *parties prenantes* » et le concept de responsabilité sociale de l'entreprise. Les dirigeants doivent jouer un rôle d'arbitre entre les intérêts

divergents des différentes parties prenantes qui ont une influence sur le fonctionnement de l'entreprise, dans la mesure où elles sont source de contre-pouvoirs. L'entreprise doit écouter et rendre des comptes à tous les acteurs concernés par son activité.

8. ***Flexibility ou flexibilité*** : Les principes de gouvernance sont flexibles. La société peut ne pas les adopter à condition de s'en expliquer (le « *comply or explain* »).

Schématiquement, la *corporate governance* intervient donc à tous les niveaux de la hiérarchie de la S.A.L. :

Au niveau du Président-directeur général

Elle préconise la dissociation des fonctions de Président et de directeur général (quand la loi le permet).

Au niveau du conseil d'administration

Elle préconise :

- Une déontologie renforcée et une meilleure gestion des conflits d'intérêts ;
- Une meilleure circulation de l'information ;
- Le recrutement d'administrateurs indépendants ;
- La formation des administrateurs ;
- La création de comités spécialisés (comité d'audit, des risques, des rémunérations, etc.) ;
- Le renforcement du contrôle interne et amélioration de la gestion des risques ;
- Une planification stratégique ;
- L'évaluation des performances.

Au niveau des actionnaires

Elle vise à assurer un traitement équitable des actionnaires et à instaurer une « *démocratie actionnariale* ».

Elle préconise une meilleure circulation de l'information et un meilleur contrôle de la rémunération des dirigeants (ce qu'on appelle en anglais « *say on pay* »).

De manière générale, la gouvernance d'entreprise préconise :

- D'adopter un guide (ou une charte) de la *corporate governance* ;
- De communiquer avec les parties prenantes (*stakeholders*) internes (dirigeants, actionnaires, salariés) ou externes (clients, sous-traitants, fournisseurs, riverains d'un site, pouvoirs publics, banquiers, ONG, concurrents) ;
- De promouvoir la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) ;
- Et d'établir un plan de succession.

Au Liban, où les entreprises sont souvent familiales ce qui implique une concentration des pouvoirs de décision, et où les sociétés cotées en Bourse sont rares, le législateur, répétons-le, n'a pas encore jugé bon d'apporter des modifications au Code de commerce pour l'adapter aux principes de *corporate governance*, malgré les recommandations de plusieurs institutions telle la *Task force on corporate governance for Lebanon* instituée par la Lebanese Transparency Association qui a publié plusieurs études sur la question comme le *Lebanese Code of corporate governance*. De fait, la plupart des sociétés libanaises non bancaires sont restées étrangères aux concepts de la gouvernance d'entreprise et ne les ont pas intégrées, ce qui a aggravé les dysfonctionnements et les incohérences qu'on peut relever dans la direction de ces sociétés où le pouvoir est souvent confisqué par le Président-directeur général, où le conseil d'administration souffre d'un manque de qualifications et d'information, et où de nombreux abus sont signalés notamment dans la fixation exagérée par les dirigeants de leur propre rémunération qui peut comprendre une part démesurée des bénéfices générés par l'entreprise au détriment des actionnaires minoritaires.

En revanche, le secteur bancaire libanais a été soumis par la Banque du Liban à une série de directives et réglementations conformes aux normes de Bâle II (Basel II), visant à plus de transparence, comme par exemple, la circulaire de base de la BDL n° 106 de 26 juillet 2006 relative au gouvernement d'entreprise au sein des banques ainsi que la circulaire de base n° 112 du 27 septembre 2007 relative au gouvernement d'entreprise dans les banques islamiques.

En janvier 2011, l'Association des banques au Liban a émis des « *Directives relatives à la gouvernance d'entreprise dans les banques opérantes*

au Liban » comportant une série de recommandations relatives à la responsabilité, aux compétences, à l'indépendance et à la rémunération des administrateurs de banques, à la direction générale et à la gestion du risque.

Dans la foulée, une décision intermédiaire de la BDL n° 10708 du 21 avril 2011 (circulaire intermédiaire n° 255) sur la *corporate governance* est venue imposer aux banques libanaises de nouvelles conditions visant à les mettre en conformité avec le document sur « *le renforcement de la gouvernance d'entreprise dans les établissements bancaires* » émis par le Comité de Bâle. Cette décision exige notamment que chaque banque établisse son propre « *Guide de gouvernement d'entreprise* » incluant des informations sur la composition du conseil d'administration, les comités issus du conseil, le mécanisme de communication entre le conseil et la direction, les rémunérations des administrateurs, les plans de succession, etc. La banque qui n'applique pas les dispositions de ce guide serait amenée à expliquer les raisons de sa carence. Il s'agit là du principe « *appliquer ou expliquer* » (« *comply or explain* »)³.

En outre, une décision intermédiaire de la BDL n° 10706 du 21 avril 2011 (circulaire intermédiaire n° 253) est venue exiger la présence d'administrateurs indépendants au sein des conseils d'administration des banques et des comités spécialisés issus du conseil, et a précisé les tâches et les règles de fonctionnement des comités d'audit et des risques. Une décision de base n° 11821 (circulaire de base n° 132) du 6 août 2014 a également institué un comité des rémunérations chargé d'assister le conseil dans la détermination de la politique de rémunération des administrateurs et des directeurs, en vue d'une plus grande transparence et pour éviter les abus. Enfin, le 4 mai 2016, une décision intermédiaire de la BDL n° 12255 (circulaire intermédiaire n° 421) est venue régler le comité appelé AML/CFT afin de suivre l'application des lois relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Suite à cette

3. V. MAGNIER, « Le principe "se conformer ou expliquer", une consécration en trompe-l'œil ? », *JCP E.* 2008, act., p. 280 ; Ch. DONZEL-TABOUCOU, « Le principe 'appliquer ou expliquer' en France ou le droit à l'auto-édiction normative », *Rev. Soc.*, juin 2015, p. 347 ; A.-L. BONCORI et I. CADET, « Le *comply or explain*, un avatar de l'*accountability* », *Revue française de gestion*, n° 237, 2013, p. 35 ; IFA, *Comply or explain, guide pratique de mise en œuvre*, avril 2013, p. 4.

dernière circulaire, trois administrateurs indépendants sont désormais exigés au sein du conseil d'administration de chaque banque.

En dépit des efforts de la BDL, il existe des incompatibilités de principe qui empêchent les sociétés anonymes libanaises, bancaires ou non, d'intégrer entièrement tous les concepts de la gouvernance d'entreprise...

Paragraphe 2. Les obstacles à l'intégration des concepts de la gouvernance d'entreprise par les sociétés anonymes libanaises

En l'état actuel de la législation libanaise, il est difficile en effet d'intégrer tous ces concepts, même dans le cadre bancaire où les circulaires de la Banque du Liban ne peuvent, par application de la hiérarchie des normes, modifier la loi et le Code de commerce. Quatre obstacles peuvent être dégagés.

A. La nécessité d'une intervention législative

Si la gouvernance d'entreprise n'est pas imposée par le législateur, les sociétés libanaises non bancaires seront toujours réticentes à franchir le pas. Même les recommandations non contraignantes (qu'on appelle *soft law*) qui pourraient émaner d'associations professionnelles ou d'ONG ne sauraient contraindre ces sociétés. L'une des raisons de cette réticence est que de nombreuses sociétés anonymes libanaises sont des sociétés familiales (ce qu'on appelle communément le « *family business* ») réfractaires par nature au changement et aux révolutions⁴. Un administrateur indépendant, par exemple, y est perçu comme un « *empêcheur de tourner en rond* », un intrus dans le cercle familial. Car dans les entreprises familiales, le rôle disciplinaire du conseil d'administration est habituellement faible quand la famille du dirigeant domine le capital. L'absence de plan de succession (*succession planning*) explique aussi que le recours à un administrateur externe ne soit pas à l'ordre du jour. Par ailleurs, la perspective d'un encadrement de la fixation de la rémunération des dirigeants n'enchantera guère le Président-directeur général d'une société familiale, habitué à

4. V. : Ch. KARAM, *Le gouvernement d'entreprise familiale au Liban*, thèse, Université de Bordeaux, 2006 ; S. NAKHOUL, « Corporate governance is a must for family business », *Lebanon opportunities*, mai 2016, p. 30.

confondre sa poche avec celle de son entreprise et qui a toujours eu les mains libres pour décider de sa propre rémunération.

B. L'impossibilité actuelle de dissocier la présidence du conseil de la direction générale de la société

On sait que la société anonyme peut être dirigée de trois manières :

- Selon **un système moniste unifié** : elle est administrée par un conseil d'administration qui fixe les orientations de l'activité de la société et contrôle leur mise en œuvre et par un Président-directeur général qui cumule les fonctions de Président du conseil et la direction générale de la société.
- Selon **un système moniste dissocié** : elle est également administrée par un conseil d'administration, mais les fonctions de Président-directeur général sont dissociées : il y a un Président et un directeur général.
- Selon **un système dualiste** dans lequel il existe deux structures : la première s'occupant de la gestion de la société (qu'on appelle le directoire) et la seconde (le conseil de surveillance) dont le rôle est de contrôler le premier et de participer à l'adoption des décisions importantes qui concernent la société (cession ou acquisition d'actifs importants, représentation de la société en justice, etc.).

Au Liban, seule la structure moniste unifiée est prévue par la loi : l'article 153 du Code de commerce dispose en effet que le Président du conseil d'administration exerce les fonctions de directeur général, d'où une indivisibilité légale, au Liban, des fonctions présidentielle et directoriale. En France, la loi NRE a réagi, dans l'esprit de la *corporate governance* anglo-saxonne, en donnant aux conseils d'administration des sociétés anonymes la possibilité de choisir entre la dissociation des fonctions de Président du conseil d'administration et le directeur général de la société, et le maintien du cumul des fonctions entre les mains du Président-directeur général. Aux États-Unis, on distingue aussi depuis longtemps le *Chairman*, qui exerce une fonction de surveillance, du *CEO* (*Chief Executive Officer*) qui, avec les *officers*, assure la direction quotidienne de la société. En l'état actuel de l'article 153, toute dissociation des fonctions préconisée par la gouvernance d'entreprise s'avère impossible.

C. L'impossibilité actuelle de nommer des administrateurs non actionnaires

La société anonyme libanaise est dirigée par un conseil d'administration, composé de membres du conseil ou « *administrateurs* », qui peuvent être des personnes physiques ou morales. Les administrateurs sont élus par l'assemblée générale des actionnaires. Ils doivent nécessairement être actionnaires et détenir un minimum d'actions. Le législateur libanais considère en effet que l'administration et la direction de la société anonyme doivent impérativement être confiées aux propriétaires de la société, en partant de l'idée que l'administrateur actionnaire a tendance, en raison de son intérêt personnel dans la société, à faire preuve d'une diligence plus grande qu'une personne étrangère à celle-ci. D'après l'article 147 du Code de commerce libanais, à la différence des gérants des sociétés de personnes qui peuvent être des tiers étrangers à la société, l'administrateur d'une société anonyme doit avoir, au jour de sa nomination, la qualité d'actionnaire, posséder un nombre minimum d'actions déterminé par les statuts, et déposer ces actions dans la caisse sociale frappées d'un timbre d'inaliénabilité en garantie du bon accomplissement de ses fonctions. Ces actions, appelées « *actions de garantie* » ont fait l'objet de critiques, la doctrine considérant ce système comme « *désuet et inefficace*⁵ ». La garantie offerte par ces actions paraît en effet illusoire : le minimum légal ou statutaire est insignifiant, ce qui enlève à l'institution toute efficacité. De plus, lorsque la responsabilité des administrateurs est mise en jeu, c'est que, généralement, la société est dans une situation proche de la faillite. On voit mal alors quelle valeur réelle peuvent avoir les quelques « *actions de garantie* » exigées. En France, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a supprimé l'obligation faite aux administrateurs de détenir des actions de leur société. Ce sont simplement les statuts qui peuvent imposer que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société qu'ils déterminent (art. L. 225-25, al. 1 modifié). L'avantage de cette mesure serait de permettre à des personnes compétentes et indépendantes d'entrer au conseil sans être propriétaires d'actions, ce qui n'est pas le cas au Liban où, même dans le domaine bancaire, la société désireuse de recruter un administrateur indépendant doit prêter à celui-ci un nombre minimal d'actions pour lui permettre de siéger au conseil d'administration.

5. Mémento Lefèbvre, *Sociétés commerciales*, 1990, n° 1250.

À vrai dire, ce prêt fragilise le statut de l'administrateur indépendant qui se sentira redevable à l'égard de l'actionnaire qui lui aura prêté les actions de garantie. Inversement, les actionnaires se montreront réticents à accueillir un tiers auquel ils devront céder une partie, même minime, de leurs actions pour l'habiliter à être élu au conseil d'administration.

Pourtant, la raison d'être de cet administrateur indépendant⁶, qui est un élément fondamental des chartes d'éthique américaines, réside dans le fait que les sociétés anonymes ont besoin, au sein de leur conseil d'administration et pour présider les comités spécialisés issus du conseil, d'administrateurs compétents et neutres ayant le recul nécessaire pour mieux évaluer les conflits d'intérêts, les risques encourus et l'efficacité de l'audit. Leur indépendance garantirait leur capacité à critiquer le Président-directeur général et à formuler des propositions novatrices. Ils seraient capables d'instaurer un contre-pouvoir au sein du conseil pour contrebalancer la surreprésentation des dirigeants exécutifs, la prépondérance du Président-directeur général et le poids des actionnaires majoritaires. Au niveau externe, la présence d'administrateurs indépendants est de nature à rassurer les investisseurs et les banquiers quant à la bonne gouvernance de la société concernée. En d'autres termes, elle permet de « légitimer » l'entreprise et ses dirigeants vis-à-vis des partenaires extérieurs.

D. Les difficultés inhérentes au say on pay et au contrôle de la rémunération des dirigeants

Au Liban, le Code de commerce libanais n'est pas clair au sujet de l'organe compétent pour décider des rémunérations des administrateurs. En effet, l'article 145 du Code de commerce *in fine*, après avoir énuméré

6. J. DELGA, « Administrateur indépendant et *corporate governance*, comparaison France - États-Unis », *Revue libanaise de gestion et d'économie*, n° 3, 2009 ; A. VIANDIER, « L'administrateur indépendant des sociétés cotées », *RJDA* 2008, n° 6, p. 599 ; E. SCHOLASTIQUE, « L'administrateur indépendant, quelle indépendance ? », *Cab. Dr. Entr.* sept.-oct. 2005, p. 23 ; B. BOULOC, « La place de l'administrateur indépendant dans une société cotée », in *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise*, p. 104 ; P. Le CANNU, « La différenciation des administrateurs de société anonyme », in *Mélanges M. Germain*, p. 423 ; V. aussi notre article : « L'administrateur indépendant », *Al-Adl*, 2016, n° 3, p. 1278 ; *Bull. de l'Association des banques du Liban*, août 2016, n° 7, p. 63.

les différentes formes de rémunérations sans préciser qui les octroie, ajoute que « *les revenus de portefeuille ne peuvent y être compris qu'exceptionnellement et, en vertu d'une décision spéciale, renouvelée chaque année par l'assemblée générale* ». Cet alinéa peut signifier à la fois que c'est l'assemblée ordinaire qui a habituellement compétence pour décider des rémunérations sans avoir besoin de renouveler sa décision chaque année, sauf, en l'occurrence, à titre exceptionnel, quand il s'agit de revenus de portefeuille ; comme il peut signifier implicitement que c'est le conseil qui décide normalement de la rémunération, mais que l'assemblée ne s'en mêle qu'à titre exceptionnel, en cas de revenus de portefeuille, en raison de la gravité de cette forme de rémunération. L'article 153 *in fine* du Code de commerce ne dissipe pas l'ambiguïté. Il dispose en effet que les administrateurs peuvent occuper des postes administratifs dans la société moyennant un salaire « *qui sera fixé par le conseil d'administration* ». Certes, il s'agit là de « *salaire* » et non de rémunération pour les fonctions d'administrateur, mais n'est-ce pas là un indice que le conseil est l'organe compétent pour fixer les émoluments et les salaires ? À l'inverse, on peut arguer avec les militants de la *corporate governance* qu'il n'est pas sain que le conseil décide lui-même de sa propre rémunération. En présence d'administrateurs indépendants, reconnaître au conseil la compétence de fixer la rémunération de ceux-ci, c'est compromettre justement leur indépendance. Pour mieux protéger et informer les actionnaires, il appartient plutôt à l'assemblée de se prononcer en connaissance de cause sur les rémunérations des administrateurs, et au comité des rémunérations, quand il existe, de formuler des avis à cet égard en tenant compte des possibilités de la société et des performances de l'administrateur en question. D'un point de vue logique, si les actionnaires sont appelés à autoriser au préalable les conventions prévues à l'article 158 du Code de commerce afin de prévenir les conflits d'intérêts et les abus, ils devraient aussi pouvoir se prononcer, selon une procédure certes beaucoup plus souple, sur les rémunérations revenant aux administrateurs, sources de conflits d'intérêts et d'abus. Cela dit, en l'absence de compétence exclusive imposée par les textes, il appartient aux statuts de déterminer en toute liberté si la compétence de fixer la rémunération des administrateurs revient au conseil d'administration ou à l'assemblée des actionnaires. Une fois cette compétence fixée par les statuts, il n'est évidemment pas possible de passer outre ou d'y déroger, sous peine de nullité, à moins de les modifier par une assemblée extraordinaire. En cas de silence des statuts, la compétence de l'assemblée chargée de contrôler et d'approuver les comptes doit prévaloir.

Pour éviter ce genre d'abus, le législateur français a apporté des modifications à l'obligation d'information sur les rémunérations versées aux administrateurs dans les sociétés cotées. Plusieurs lois sont venues renforcer la transparence dans ce domaine en imposant leur publication dans le rapport annuel des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché boursier et en soumettant à la procédure des conventions réglementées les éléments de rémunération, les indemnités ou les avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement des fonctions d'un administrateur, ou postérieurement à celles-ci, ce qui vise les « *parachutes dorés* » qui doivent désormais être soumis à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires. Ce rapport annuel devra décrire les éléments fixes, variables et exceptionnels composant les rémunérations et avantages, ainsi que les critères et les motivations qui les justifient. Les versements effectués et les engagements pris en méconnaissance de l'obligation d'information peuvent être annulés. Les commissaires aux comptes doivent attester spécialement l'exactitude et la sincérité des informations relatives à la rémunération et aux avantages accordés aux dirigeants...

Les règles de la *corporate governance* imposent justement que soit explicite la politique de rémunération des dirigeants sociaux. Idéalement, cette rémunération, contrôlée par un comité des rémunérations, doit être soumise au vote des actionnaires, doit assurer à long terme la viabilité de la société et être basée sur les performances. Un dispositif baptisé « *say on pay*⁷ » a été mis en place dans plusieurs pays pour permettre aux actionnaires de se prononcer sur la rémunération des dirigeants et de diminuer les cas où il existerait inadéquation entre cette rémunération et les performances de l'entreprise.

Dans le domaine bancaire au Liban, une décision de base de la BDL n° 9382 du 26 juillet 2006 (circulaire de base n° 106) relative au gouvernement d'entreprise au sein des banques recommande aux conseils d'administration des banques de « *s'assurer que les politiques visant à déterminer et appliquer les rémunérations et compensations sont en harmonie avec la culture d'entreprise de la banque, ses objectifs à long terme, sa stratégie et*

7. G. BRANELLEC et J.-Y. LEE, « Limitation de la rémunération excessive des dirigeants avec le *say on pay* », *La Revue du financier*, 2013, p. 54 ; IFA, *Say on pay, comparaisons internationales et bonnes pratiques*, nov. 2013.

son système de contrôle ». Un comité des rémunérations a été institué à cet effet par la décision de base n° 11821 du 6 août 2014, mais cette mesure ne s'impose pas, hélas, aux sociétés non bancaires...

Le droit libanais des sociétés est devenu poussiéreux. Il est devenu impératif de se pencher sur notre Code de commerce pour y apporter les modifications qui s'imposent, sans pour autant bouleverser toute l'économie de ce Code qui fut l'œuvre d'auteurs éclairés et qui présente certainement de très nombreuses qualités. Moderniser notre Code de commerce est un travail de longue haleine. Indépendamment du cadre de l'administration des sociétés anonymes, il nous paraît essentiel de moderniser d'autres aspects importants de notre législation commerciale, en raison surtout de l'apparition de nouvelles institutions connues à l'étranger et qui n'ont aucun cadre juridique au Liban, ainsi qu'en raison de l'imperfection de certaines dispositions de ce Code qui suscitent de nombreuses controverses doctrinales et jurisprudentielles.

On l'a vu, la notion de gouvernement d'entreprise, déjà largement adoptée dans le domaine bancaire, n'a pas encore été consacrée par le Code de commerce libanais. Bien que ce Code comporte des dispositions relatives aux conflits d'intérêts (articles 117, 158, 159, 160, 177 et 187 C. com), à la rémunération des administrateurs (articles 145, 153-6 et 173 et s. C. com), au contrôle de la direction (172 et 173 C. com) et à l'information des actionnaires (articles 101, 158, 161, 174 et 197 C. com.), il comporte encore de nombreuses lacunes dans ce domaine. Pour les combler, il serait utile de se pencher sur la proposition d'un Code libanais de gouvernement d'entreprise telle que présentée par la Lebanese Transparency Association ou de s'inspirer de la réglementation mise en place par la Banque du Liban pour les sociétés bancaires et des législations étrangères qui ont intégré les concepts de la *corporate governance*. Il est temps d'engager enfin le Liban sur la voie d'une modernisation qui se fait attendre !

Fantasmes de juristes v/s réalités de l'entreprise : **un match (vraiment) nul** L'exemple des clauses léonines

Gaby CHAHINE

Professeur des Universités et Juge judiciaire

Assumer ses fantasmes, les contrôler ou les assouvir ? Nous ne comptons plus les conseils de la psychologie en la matière. Ces désirs, tantôt inconscients et tantôt revendiqués, risquent parfois d'être si décevants une fois comblés. Jacques Lamarche n'avait-il pas raison en affirmant que « croire à l'existence d'un fait imaginaire engendre des chimères, (et) entretenir ses chimères provoquent des utopies¹ ».

Nous aussi, peuple de juristes, avons nos propres chimères. Elles s'appellent *égalité, équité, protection de la partie faible, équilibre contractuel*.

Que de nobles pensées² !

Oui, mais ! Sommes-nous condamnés à nous empêtrer éternellement dans nos utopies ?

Entre le droit positif - (parfois) fruit de nos « fantasmes » - conçu *in vitro* et (parfois) coupé du réel, et la pratique marchande qui s'ordonne

1. J. LAMARCHE, *Confessions d'un enfant d'un demi-siècle*, Montréal, 1922.

2. V., pour une vue d'ensemble sur les idéaux poursuivis par notre droit, W. BARANÈS et M.-A. FRISON-ROCHE, *La Justice, l'obligation impossible*, Autrement, 1995.

sur des intérêts et des rivalités qui opposent *in vivo* des marchands, non des idées, se creuse un fossé, parfois profond.

Faudra-t-il pour autant abandonner toute quête idéale et convenir que « *l'égalité, chimère des vilains, n'existe qu'entre nobles*³ » ? Ou plutôt devons-nous corriger certaines de nos vérités héritées en admettant que le commerce ignore le sacré⁴ et ne se soucie guère que de lucre ? Ceci renvoie certes à notre vision du droit et de son rôle dans l'action humaine en général et économique en particulier. De son rôle en économie : le droit doit-il être le *gourou* du commerce ou, au contraire, son serviteur fidèle ?

Aujourd'hui, les règles du jeu économique international reposent sur deux assises fondamentales : le libre-échange et la concurrence mondiale. La mondialisation économique ne cesse de rénover en profondeur l'environnement légal des entreprises. Par un phénomène d'accélération sans précédent dans l'histoire, elle bouleverse le cadre institutionnel et organisationnel du commerce, notamment international. Dans ce contexte, le marché a fait preuve de maturité et de responsabilité. Le droit, semble-t-il, beaucoup moins !

Des chercheurs d'outre-Atlantique ont dressé un constat alarmant en insistant sur le caractère fictif et inadapté des catégories juridiques allant jusqu'à considérer que « *les normes juridiques reposent sur des suppositions qui n'ont aucun rapport avec l'action sociale et les réalités économiques*⁵ ».

Certaines idées de notre droit sont devenues, par la force de leur pouvoir évocateur, voire fantasmagorique ; par leur répétition, encore et encore, telles les guirlandes d'un sapin de Noël ; par leur rabâchage et leur ancienneté, des concepts classiques, des vérités inébranlables.

3. J. BARBEY D'AUREVILLY, *Les diaboliques*, Folio, 2003.

4. Les références au *sacré* existent pourtant bien dans nos livres de doctrine : les droits de vote, de participation aux décisions collectives, de participation aux résultats économiques de l'entreprise (...) sont tous élevés au rang de droits sacrés de l'associé ! V. par ex. en matière de droit de vote, l'article de Mme. Suzel CASTAGNÉ, « "Vote" en faveur du droit de vote », *Dr. Sociétés*, octobre 2000, n° 10, p. 6-11.

5. V. sur cette question, Th. KIRAT et E. SERVERIN, *Le droit dans l'action économique*, CNRS, 2000.

Parmi ces idées, hautes en couleur, figure la prohibition des clauses léonines.

*« La génisse, la chèvre et leur sœur la brebis,
Avec un fier lion, seigneur du voisinage,
Firent société, dit-on, au temps jadis,
Et mirent en commun le gain et le dommage...⁶ ».*

Nous connaissons tous la fin de la fable. La *societas leonina* s'achève sur une injustice. Le lion, fort de son statut, « *quoniam nominor leo*⁷ », s'attribue tout le gibier sans se soucier du sort de ses associés !

L'histoire⁸ de cette prohibition est ancienne, on la retrouve déjà chez les jurisconsultes romains, chez les auteurs de l'Ancien droit (Domat et Pothier), dans le Code Napoléon (art. 1855), mais aussi dans notre Code des obligations et des contrats dont l'article 895 énonce :

« Lorsque le contrat (de société) attribue à l'un des associés la totalité des gains, la société est nulle.

La clause qui affranchirait l'un des associés de toute contribution aux pertes entraîne la nullité de la société ».

En effet, il est très exceptionnel de rencontrer dans la pratique des clauses aussi franchement léonines que celles de la fable ou de l'article 895 COC. On voit mal, en réalité, un associé voulant s'attribuer la totalité des bénéfices, trouver des coassociés acceptant de se mettre en société avec lui. Il est également plus incommode pour l'esprit que de voir un associé accepter d'assumer seul, sans ses collègues, mais surtout sans raison valable, le risque de l'aventure commerciale⁹.

6. J. DE LA FONTAINE, fable 6, *La génisse, la chèvre et la brebis en société avec le Lion*.

7. PHÈDRE, fabuliste latin du 1^{er} siècle. Son œuvre est majoritairement reprise d'Ésope (esclave grec affranchi, marqué par une exceptionnelle laideur des traits. Auteur de fables qui portent son nom, brefs récits en prose sans prétention littéraire).

8. V., au sujet de l'évolution historique de la prohibition des clauses léonines, P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, Economica, 2011, t. 2, p. 82 et s., n° 86 et s.

9. Les juristes du XIX^e siècle acceptaient déjà certaines figures de clauses léonines quand elles sont assorties de conditions. Par ex., que l'octroi des bénéfices à l'un des associés soit tributaire de l'atteinte d'un seuil prédéterminé ; que l'un des associés assumera seul

L'examen du droit comparé démontre l'existence d'un certain nombre de systèmes juridiques qui ignorent ou qui rejettent cette prohibition des clauses léonines.

Aussi, pour le droit allemand, la société léonine « *ne constitue pas une négation de la société*¹⁰ ». L'exemple classiquement avancé afin d'étayer cette thèse est celui d'un père et de son fils qui entrent en société. Le père, animé par la volonté de procurer à son fils une situation professionnelle et financière renonce, *ab initio*, à toute participation aux bénéfices¹¹.

Après un siècle qualifié de « *léoniste*¹² » (1880 – 1980) tout au long duquel a été excessivement et hasardeusement sollicitée la prohibition des clauses léonines¹³, la jurisprudence française a retrouvé la voie de l'apaisement. Cette interdiction qui ne peut s'expliquer que par l'histoire de la lutte de l'Église catholique d'Occident contre les contrats usuraires¹⁴,

les pertes en cas de faute de gérance de sa part, etc. V. à ce sujet, E. THALLER, *Annales*, p. 297.

10. K. PEGLOW, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés* (préface de J.-B. BLAISE), LGDJ, 2003, p. 204, n° 372.
11. A. HUEK, cité par K. PEGLOW, *ibid*.
12. V. à ce sujet A. COURET, « Groupements de moyen et pactes léonins », *Bull. Joly* 1992, p. 1058, § 343. Certains sénateurs français avaient même eu la tentation de vouloir adopter l'expression de clauses « *léonines* » à la place et lieu de clauses « *abusives* » en droit de la consommation, V. à ce sujet J. THYRAUD, *Journal officiel du sénat*, 19 décembre 1977, p. 4208 et s. ; V. aussi <www.Senat.fr>pdf >1977> t1977>.
13. Ce « *siècle* » commence en France par l'arrêt rendu par la Cour de cassation, chambre des Requêtes, 16 janvier 1867, lequel assigne un domaine extrêmement vaste des clauses léonines : « *La nullité frappe toute stipulation exonérant un associé de toute contribution aux pertes, qu'elle soit contenue dans l'acte de société ou dans un acte séparé, selon qu'elle oblige la société entière ou seulement quelques-uns de ses membres, selon qu'elle est temporaire ou faite pour un temps déterminé* » et s'achève par l'arrêt *Bowater* qui énonce avec force que l'art. 1844 – 1 al. 2 du Code civil ne sanctionne que « *la seule clause qui porte atteinte au pacte social (non) la convention, même entre les associés, dont l'objet n'était autre, sauf fraude, que d'assurer, moyennant un prix librement convenu, la transmission de droits sociaux* », Cass. com., 20 mai 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 618 ; *Dr. Sociétés* 1986, n° 78, obs. M. Germain ; *Rev. Soc.* 1986, p. 587, note D. Randoux ; *Deffrénois* 1987, p. 609, obs. J. Honorat ; *JCP E.* 1986, I, 15846, n° 1, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *D.* 1987, somm., p. 390, obs. J.-Cl. Bousquet ; *RTD com.* 1987, p. 66, obs. C. Champaud, P. Le Floch et p. 205, obs. Y. Reinhard.
14. E. COPPER-ROYER, *Traité des sociétés*, Sirey, 1938, t. 1, p 544 et s.

déguisés sous des formes plus honorables, a été ramenée vers son « *lit nature*¹⁵ ».

Il subsiste toutefois une certaine résistance de la part de la doctrine et la jurisprudence libanaises qui semblent toujours attachées à la vision classique de ces clauses.

Cette prohibition des clauses léonines est, en réalité, incertaine quant à son fondement (paragraphe 1), mais surtout amputée quant à sa portée (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le fondement incertain de la prohibition des clauses léonines

Un flottement semble affecter l'identification du fondement de la prohibition des clauses léonines, tant les thèses avancées sont variées. Quatre principales lectures divergentes ont, au moins, été avancées à cet égard.

A. L'explication de la prohibition des clauses léonines par l'essence de la société

Selon certains auteurs, la prohibition des clauses léonines n'est que l'autre versant de la vocation naturelle des associés au partage des résultats de leur entreprise commerciale¹⁶. Dans ce schéma proposé, les articles 1832 du Code civil et 844 du Code des obligations et des contrats font du partage des bénéfices et pertes la vocation et le dessein même des associés. En d'autres termes, ledit partage se confond avec la finalité de l'entreprise sociale, son objet légal, son essence.

Ainsi, nous pouvons lire sous la plume de Ripert et Roblot¹⁷ que la clause léonine « (...) est *inconciliable avec le dessein que se proposent les parties en contractant* ». Ces deux auteurs observent aussi qu'à ce titre, la clause

15. A. PIETRANCOSTA, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses léonines : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », *RLDA* 2006, p. 67.

16. F. XAVIER-LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes - Clauses léonines », *J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc. 15-30, n° 3.

17. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial* (par M. GERMAIN), LGDJ, 18^e éd., 2002, t. 2, n° 1056-45.

léonine « *aurait dû être condamnée, (même) s'il n'y avait pas eu une interdiction légale (car) elle détruit le contrat de société dans son essence* ». Les jurisprudences française¹⁸ et libanaise semblent avoir adhéré, dans leur majorité, à cette grille de lecture¹⁹, tout en lui adjoignant parfois les impératifs issus du respect de l'égalité entre associés.

En somme, pour ces auteurs, le renvoi à l'essence du contrat de société n'est que la traduction en droit positif d'une règle de droit naturel : la règle de l'équité²⁰ qui doit gouverner toute société commerciale.

Cette lecture, aussi séduisante soit-elle, demeure toutefois contestable. Admettre en fait que le partage des résultats de l'entreprise soit l'essence même du contrat de société, c'est réduire ce dernier à un simple cadre juridique destiné à organiser ledit partage ; c'est aussi assimiler *l'entreprise*, dont le lucre constitue incontestablement l'essence, et *la société commerciale* qui est le véritable moule juridique de l'entreprise économique.

Or, la société est surtout le cadre juridique de gestion (gouvernance) de l'entreprise économique. C'est un contrat tourné vers l'entreprise bien avant qu'il ne soit tourné vers les associés. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer les sociétés unipersonnelles²¹ dans lesquelles la question du partage ne se pose point. Aussi, sans vouloir prendre part au débat relatif à la nature profonde de la société²² : simple contrat ou institution, il nous semble que cette dernière notion n'est pas réductible, dans son essence,

18. Req., 14 juin 1882, *DP*. 1884, 1, p. 222 ; Cass. civ., 2 mars 1931, *S*. 1932, 1, p. 281, note F. Géný.

19. Beyrouth, 1^{re} ch. civ., n° 385, 11 avr. 1996, in *Les sociétés commerciales*, Sader, coll. *بين التشريع والاجتهاد*, sous l'art. 1 du D.L. 35/1967, p. 379, n° 6. Aussi, Mont-Liban, 1^{re} ch. com., n° 9 du 15 févr. 2006, *ibid.*, n° 4.

20. V. à ce sujet F. KENDÉRIAN, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. Soc.* 2002, p. 618.

21. Certes, de telles sociétés ne sont pas (encore) admises en droit libanais. Cependant, elles font légion en droit comparé (France - Italie - Allemagne). D'ailleurs le projet de réforme de notre Code de commerce libanais envisage l'introduction de cette notion dans notre système national.

22. V., pour une lecture moderne du phénomène des groupements en général, J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012. V. aussi, P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du Droit, mélanges F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 635.

à un contrat dont l'objet se bornerait à liquider les résultats financiers de l'entreprise.

Nous faisons à cet égard nôtre, l'affirmation du Professeur Lucas²³ : « *L'essence du contrat de société elle-même, est une notion trop évanescence et fluctuante pour suffire, le temps passant, à constituer le socle de la prohibition des clauses léonines* ».

B. L'explication de la prohibition des clauses léonines par le respect de l'égalité entre les associés

D'autres auteurs voient dans l'attribution à l'un des associés de la part du lion une négation de la société appréhendée comme le *jus fraternitatis* des associés. Cette stipulation léonine emporterait donc rupture de l'égalité²⁴ entre les associés et avantagerait par là-même la partie forte au détriment de la partie faible²⁵. Cette vision distingue intrinsèquement entre les grands investisseurs, souvent détenteurs du contrôle de l'entreprise sociale, et les petits épargnants, réduits à des participations de faible importance, lesquels auraient besoin d'être protégés.

Cette lecture peut, en réalité, être suggérée, par l'étymologie et la référence poétique et mystérieuse des clauses léonines. Un examen approfondi de la question nous montre qu'il n'en est rien. Le droit positif admet très largement les aménagements et autres clauses statutaires d'inégalité de traitement entre associés et se préoccupe très peu d'équité en droit des sociétés²⁶. Cette approche est fort compréhensible dans la mesure où « *l'égalité n'est pas l'âme du contrat de société*²⁷ ». La répartition égalitaire et arithmétique des résultats, héritée du droit romain²⁸ (Ulpien) a cédé la

23. F. XAVIER-LUCAS, « Théorie des bénéfiques et des pertes - Clauses léonines », n° 5.

24. Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, Précis, 10^e éd., 2005, p. 69, n° 42.

25. V. à ce sujet les intéressants développements de J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé) », *Rev. Soc.* 1989, p. 399 et s.

26. V. l'ouvrage remarquable de J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, thèse, Paris V, 1999.

27. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 25^e éd., 2012, n° 135.

28. V., sur l'évolution de cette clé de répartition à travers les siècles, P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, n° 90 et s.

place à une simple clé supplétive qui suggère la proportionnalité entre la participation aux résultats et celle, initiale, au capital de l'entreprise.

Il est, en l'état actuel du droit positif, communément admis qu'il appartient aux associés de rompre, par le biais de pactes statutaires ou d'accords extrastatutaires, le principe de proportionnalité. Ils peuvent ainsi instaurer une clé *autre* de répartition des bénéfices et des pertes²⁹. Non seulement cette clé peut-elle être étrangère à la mise initiale de chacun, mais aussi elle peut être différente quand il s'agit de répartir les bénéfices ou les pertes. Ainsi, un associé ayant participé à la capitalisation de la société à hauteur de 25 % peut bien accepter, en accord avec ses coassociés, de percevoir 50 % des bénéfices et de ne supporter que 10 % des pertes.

C. L'explication de la prohibition des clauses léonines par l'*affectio societatis*

L'*affectio societatis*³⁰ constitue, pour une partie de la doctrine, « le socle juridique des pouvoirs d'intervention de l'associé dans la société³¹ », donc le fondement des droits de l'associé parmi lesquels figurent en bonne place ses droits financiers.

Selon cette thèse, l'*affectio societatis* postule que chaque associé a droit au partage des bénéfices lors de la vie sociale et à la reprise de sa mise de départ lors de la liquidation de la société. Sur le versant des pertes, cette même vision de l'*affectio societatis* qui reflète une volonté de collaborer, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune, justifie l'obligation aux dites pertes. Le Doyen Hamel voit ainsi dans l'*affectio societatis* « la volonté de courir en commun certains risques³² ».

29. E. TYAN, *Droit commercial*, Librairies Antoine, 1968, t. 1, n° 270 et s.; M. MAUBERT, *Les clauses léonines dans les sociétés commerciales*, thèse, Paris I, 1967, p. 148 et s. ; V. aussi dans la jurisprudence, Beyrouth, ch. civ., 4 janvier 1967, *Rev. Jud. Lib.* 1967, p. 373.

30. V., pour une analyse approfondie de la notion d'*affectio societatis*, Y. GUYON, « La fraternité en droit des sociétés », *Rev. Soc.* 1989, p. 439 ; aussi, N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle: l'*affectio societatis* », *Rev. Soc.* 2000, p. 425.

31. A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, Dalloz, 2013, n° 67, p. 79.

32. J. HAMEL, « L'*affectio societatis* », *RTD civ.* 1925, p. 761.

Cette lecture a été à l'origine de la distinction³³, ô combien contestée³⁴, entre deux catégories d'associés. D'une part, ceux habités par l'*affectio*, et d'autre part ceux qui en sont dépourvus et qui seront ainsi réduits à de simples bailleurs de fond. Aussi, seuls les premiers seraient-ils assujettis à la prohibition des clauses léonines sans les seconds³⁵.

Fortement décriée dans son siège, cette catégorisation des associés est d'abord contraire à l'état actuel du droit positif qui ne reconnaît point qu'une seule et même catégorie d'associés³⁶. Elle aboutit ensuite à une déchirure du tissu interne de l'entreprise sociale car, comme l'observe si bien un auteur³⁷, « *pourquoi notre droit devrait-il être plus exigeant envers ceux qui sont vraiment animés par un véritable affectio societatis qu'envers ceux qui n'en ont aucun ?* ».

L'ensemble de ces contestations empêche en toute logique l'adoption de cette notion d'*affectio societatis* comme fondement de la prohibition des clauses léonines. Aussi, les incertitudes et les ambiguïtés qui entourent cette même notion³⁸ mais aussi les divergences profondes dans son acception³⁹ et sa géométrie variable se dressent-ils, à notre opinion, en

33. V. sur cette distinction, F.-X. LUCAS, « Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines - à la recherche d'une cohérence perdue », *JCP E.* 2000, p. 171. ; du même auteur, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur », *Revue de droit bancaire et financier* 2002, p. 216.

34. V. sur cette notion, Y. GUYON et A. MAIROT, « L'affectio societatis », *J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc. 20-10 ; V., parmi les auteurs opposés à cette distinction, A. DALION et A. TADROS, « La catégorisation des actionnaires, un pas de plus ou un pas de trop ? Libres propos sur les perspectives d'évolution du droit des sociétés », *Bull. Joly Bourse* 2009, p. 406.

35. Cette distinction entre associés peut néanmoins être défendue dans certaines situations particulières telles que l'opération de capital-investissement. V. à ce sujet, Cass. com., 16 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 270, note N. Mathey.

36. V. par ex., A. PIETRANCOSTA, « Promesse d'achat de droits sociaux et clauses léonines : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », p. 67.

37. A. COURET, note sous Cass. com., 27 sept. 2005, *JCP E.* 2005, p. 165.

38. Élaborée par Ulpien afin de distinguer entre la société et la communauté de biens.

39. V. sur ces divergences, les développements exhaustifs contenus dans P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, n° 84.

rempart infranchissable, sur la voie de cette thèse, ce qui nous emmène à l'écartier à son tour.

D. L'explication de la prohibition des clauses léonines par l'intérêt social

Les mêmes critiques déjà adressées à la notion *d'affectio societatis* peuvent être aussi, au même titre, adressées à la notion d'intérêt social. Fuyante, indéfinissable, protéiforme et ambiguë⁴⁰, l'intérêt social ne peut servir d'assise sérieuse pour la prohibition des clauses léonines.

Selon la majorité des auteurs, l'intérêt social serait celui de la société-personne morale et qui doit transcender celui des associés-individus. En d'autres termes, l'intérêt social n'est autre que l'intérêt de l'entreprise exploitée en société⁴¹ pour le bien des associés⁴². Aussi, le risque en matière de clauses léonines serait-il que l'associé, bénéficiant par le biais de cette clause d'une forme d'assurance contre les risques sociaux, ne relâche pas sa vigilance⁴³ exposant ainsi l'entreprise et la collectivité des associés à des risques encore plus graves !

Cette lecture est en réalité fortement critiquable. D'une part, elle ne s'applique guère que sur un des deux volets de la prohibition des clauses léonines : celui relatif à l'exemption de toute participation aux pertes. D'autre part, l'hypothèse qu'elle suggère n'est point imaginable que dans les toutes petites structures sociétaires : SNC, SARL, etc. En matière de clause affectant à un associé la totalité des bénéfices, cette même lecture aboutirait au résultat contraire : un renforcement de l'attention de la personne concernée !

Au contraire, *l'intérêt social*, notamment dans sa dimension financière, est devenu « *l'excuse absolutoire au regard de la prohibition des clauses*

40. V. à ce sujet, A. CONSTANTIN, *L'intérêt social : quel intérêt ? in Mélanges B. Mercadal*, Lefebvre, 2002, p. 317 et s.

41. J. SCHAPIRA, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com.* 1971, p. 959 ; D. MARTIN, « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? » in *Mélanges D. Schmidt*, Joly, 2005, p. 359.

42. L'intérêt social connaît un pendant fiscal, il s'agit de « *l'acte anormal de gestion* ». V. sur cette notion, C. BUR, *L'acte anormal de gestion ou le premier risque fiscal de l'entreprise*, EFE, 1999.

43. F. XAVIER-LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes - Clauses léonines », n° 7.

*léonines*⁴⁴ ». Il a été sollicité afin de valider des pratiques initialement jugées comme léonines, notamment en matière de cession de droits sociaux : prix-plancher et portage⁴⁵.

L'ensemble des développements précédents démontre que la prohibition dont il est présentement question ne possède point de fondement solide et certain. Si elle semble conforme à une certaine idée première de la société, très proche de l'acceptation romaine, elle n'en demeure pas moins contestable dans une matière aussi hautement technique que le droit des sociétés commerciales.

Nous allons voir par ailleurs que cette interdiction a été comme érodée, notamment par la jurisprudence. Ce qui nous emmène à envisager sa portée.

Paragraphe 2. La portée amputée de la prohibition des clauses léonines

Limitée aux seules sociétés commerciales sans les autres groupements de nature économique, limitée aux seules stipulations du pacte social sans les autres conventions qui peuvent bien fleurir parallèlement ou à la marge dudit pacte social, la prohibition des clauses léonines semble désormais limitée à un domaine des plus réduits.

Il ne s'agit point de dresser, dans le cadre de cette partie, une liste exhaustive des dérogations légales et jurisprudentielles au principe même de la prohibition des pactes léonins, tant de telles dérogations sont multiples⁴⁶. Notre objectif est d'illustrer, à travers certains exemples,

44. Paris, 17 avr. 1996, *Juris-Data* n° 021103 ; *Dr. Sociétés*, sept. 1996, n° 172, obs. D. Vidal ; *Bull. Joly* 1996, p. 807, § 283, note A. Couret ; *Rev. Soc.* 1996, p. 774, note R. Routier et p. 850, somm., Y. Guyon ; Paris, 18 oct. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 11, note N. Rontchevsky ; *Dr. Sociétés* 1997, p. 21.

45. A. PIETRANCOSTA, « Promesse d'achat de droits sociaux et clauses léonines : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », n° 7.

46. Voici à ce titre quelques illustrations : la clause qui prive l'associé (gérant notamment) de toute participation aux bénéfices en cas de faute de sa part ; les conventions qui interviennent à la dissolution ou qui produisent leurs effets après cette dissolution ; les pactes par lesquels un associé garantit son coassocié contre les pertes en raison de l'avènement de circonstances prédéterminées ; les clauses instaurant une franchise et qui privent l'associé de toute participation aux dividendes tant que ces derniers n'auront

comment la loi et la jurisprudence ont pu encadrer cette prohibition pour l'enfermer dans un cadre extrêmement restreint.

A. La situation de l'associé qui apporte son industrie ou un bien en simple jouissance

La première hypothèse légale incompatible avec la prohibition d'ordre public des pactes léonins est bien celle de l'associé qui apporte son industrie⁴⁷ ou un bien en simple jouissance⁴⁸. Classiquement, l'on admet qu'un tel associé participe aux pertes sociales par la perte des fruits de son travail ou de son bien⁴⁹.

Or, en effet, toute perte, quelque négligeable soit-elle, voire un simple résultat neutre de l'entreprise sociale à sa dissolution, engloutirait la totalité de l'apport en industrie ou en jouissance d'un bien⁵⁰. Pour pareil associé, le risque de subir seul les pertes de l'entreprise est donc bien réel : drôle de situation franchement léonine jamais décriée ni au nom de l'idéal d'égalité ni au nom de « *l'esprit de société* » !

pas atteint un certain seuil ; la clause tontinière qui donne la totalité des bénéfices au seul associé survivant ; la clause qui détermine pour un associé en particulier un plafond de participation aux pertes au-delà duquel il n'en contribue point ; l'ensemble des techniques d'assurances qui permettent à un associé de gérer l'aléa commercial auquel il s'expose au sein de l'entreprise sociale ; et de façon plus générale, l'ensemble des accords étrangers au pacte social lui-même... V. à ce sujet J. HAMEL et G. LAGARDE, *Droit commercial*, 1^{re} éd., t. 1, n° 405.

47. Sur les spécificités de tels apports, V. notamment R. BAILLOD, *L'apport en industrie*, thèse (dactyl.), Toulouse, 1981.

48. V. sur cette notion, N. PETERKA, « Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance », *Bull. Joly* 2000, p. 361.

49. Beyrouth, 18 juin 1946, *Rev. Jud. Lib.* 1946, n° 18947.2.55. ; Cass. req., 31 janv. 1917, *Gaz. Pal.* 1916-1917, p. 886. Toutefois, cette vision est vivement critiquable car elle semble confondre entre simples pertes comptables et véritables pertes juridiques consolidées en fin de vie de l'entreprise sociale. V. en ce sens Cass. com., 3 mars 1975, *Rev. Soc.* 1975, p. 454, note D. Randoux ; Cass. com., 24 févr. 1998, *RTD com.* 1998, p. 610, obs. C. Champaud et D. Danet. « *Ce n'est en effet qu'à la liquidation de la société que l'on est en mesure de constater si le capital est entamé, donc si la société a, ou non, subi des pertes. Ce n'est qu'à ce moment-là que les pertes comptables et les pertes juridiques au sens des articles 1832 et 1844-1 se superposent* », F. XAVIER-LUCAS, « Théorie des bénéfiques et des pertes - Clauses léonines », n° 20.

50. E. TYAN, *Droit commercial*, p. 267, n° 270.

B. La clause d'intérêt fixe en droit libanais

Contrairement au droit français⁵¹ qui condamne la clause d'intérêt fixe⁵², le droit libanais accueille favorablement cette pratique⁵³. Ainsi, l'article 109 du Code de commerce, relatif aux sociétés anonymes, admet sous certaines conditions⁵⁴, la stipulation d'une clause d'intérêt fixe en faveur d'un associé en particulier. Cette même tolérance est généralement admise en matière de société en commandite simple en faveur de l'associé commanditaire⁵⁵.

La clause léonine confère à celui qui en bénéficie le droit « *ferme de percevoir des dividendes, en forme d'intérêts, à tel taux déterminé, de leur mise, et cela à tout évènement, même en cas d'inexistence de bénéfices nets, et qui seraient alors prélevés sur le capital ou ce qui lui est assimilé, les réserves légales ou statutaires (...) ces dividendes (...) font apparaître l'actionnaire comme un prêteur d'argent plutôt qu'un associé*⁵⁶ ».

Cette solution est classiquement défendue par l'idée selon laquelle elle « *apparaît indispensable dans le cas où une société se constitue, ou augmente son capital, sans perspectives de bénéfices durant quelques exercices*⁵⁷ ».

Or, en présence de résultats financiers modestes, la clause d'intérêt fixe est franchement léonine car elle garantit à l'associé le versement de sa rémunération prédéterminée au détriment des autres associés qui se verront ainsi privés de toute participation aux dividendes : il y a bien monopolisation des bénéfices. Il en est de même quand le résultat financier de l'entreprise est déficitaire. Dans pareilles situations la clause d'intérêt fixe aboutit à prémunir son bénéficiaire de toute participation aux pertes.

51. Aux termes de l'art. L. 232-15 du Code de commerce, il est interdit de stipuler un intérêt fixe ou intercalaire au profit des associés. V. à ce sujet J. DERRUPPÉ, « La clause d'intérêt fixe », in *Mélanges Hamel*, Dalloz, 1961, p. 179.

52. Sauf en matière de sociétés civiles.

53. E. TYAN, *Droit commercial*, p. 269 et 270, n° 271.

54. Publicité légale, durée déterminée ne dépassant pas les 5 ans, taux égal ou inférieur à 4 %.

55. E. TYAN, *Droit commercial*, p. 468, n° 427.

56. *Ibid.*, p. 620 et 621, n° 550.

57. Ch. FABIA et P. SAFA, *Code de commerce libanais annoté*, éditions juridiques Sader, 3^e éd., 1988, t. 3, sous l'art. 109, n° 2.

Le Professeur Lucas voit même entre la prohibition des clauses d'intérêt fixe (en droit français) et la prohibition des clauses léonines une « *consanguinité évidente*⁵⁸ ». Autre exemple de situation manifestement léonine qui, semble-t-il, ne perturbe pas l'essence du contrat de société ou l'égalité entre associés !

C. Les hypothèses de cession de droits sociaux

La prohibition des clauses léonines possède, à l'occasion des différents montages destinés à faciliter la cession des droits sociaux, une dimension toute particulière. Or, c'est justement dans pareilles circonstances que la jurisprudence française a fait preuve de courage et d'innovation⁵⁹. En empruntant différentes voies juridiques, parfois critiquables⁶⁰, elle tente de consolider juridiquement ces opérations si utiles.

Dans un premier temps, c'est par une double référence à la géographie mais aussi à l'objet du pacte que la Haute Cour a pu écarter la sanction de l'article 1844-1 du Code civil. Plusieurs arrêts de principe ont été ainsi rendus dans ce sens.

Le bal a été ouvert par l'arrêt Bowater, désormais célèbre. Cet arrêt, maintes fois annoté⁶¹, explique avec force que l'article 1844-1 du Code civil ne sanctionne que « *la seule clause qui porte atteinte au pacte social (non) la convention, même entre les associés, dont l'objet n'était autre, sauf fraude, que d'assurer, moyennant un prix librement convenu, la transmission de droits*

58. F.-X. LUCAS, « Les promesses d'achat de droits sociaux à l'épreuve de la prohibition des clauses léonines (suite du feuilleton) et de la prohibition des clauses d'intérêt intercalaire (premier et dernier épisode) », *RDC* 2005, p. 443, spéc. p. 448.

59. V., pour une liste de clauses et pratiques plébiscitées par la pratique et validées par la jurisprudence, Y. GUYON, « Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés », in *Traité des contrats* (sous la direction de J. GHESTIN), LGDJ, 5^e éd., 2002, p. 358-393, n° 237 et s. ; M. HENRY, et Gh. BOUILLET-CORDONNIER, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, EFE, p. 166 et s., n° 342 et s. ; F.-D. POITRINAL, *La révolution contractuelle du droit des sociétés, dynamique et paradoxes*, Revue Banque édition, 2003, p. 62 et s., n° 88 et s.

60. Explorées et évaluées par A. PIETRANCOSTA, « Promesse d'achat de droits sociaux et clauses léonines : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil ».

61. V. par ex. A. VIANDIER, « Théorie des bénéfices et des pertes », *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 17, 1988 ; F. KENDERIAN, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. Soc.* 2002, p. 617.

*sociaux*⁶² ». Ainsi, un coup a été porté à l'argument classique du cessionnaire récalcitrant et souvent de mauvaise foi. La jurisprudence a ainsi négligé le critère de l'effet des conventions pour ne plus retenir que leur seul objet. Nous ne pouvons que rapprocher cette situation de la théorie militaire des *dommages collatéraux* : que le pacte ait pour conséquence d'établir une situation léonine, certes ! Toutefois, ceci n'étant point son objet initial, sa validité ne doit donc pas souffrir de doutes.

Le principe a, depuis lors, été maintes fois rappelé⁶³, malgré l'opposition de la première chambre civile⁶⁴.

Quelques années plus tard, c'est l'arrêt *Jallet* qui vient consolider le revirement de 1986 :

« Selon l'article 1855 ancien du Code civil, seule est prohibée la clause qui porte atteinte au pacte social dans les termes de cette disposition légale ; qu'en l'espèce, ayant constaté que la stipulation litigieuse constituait une promesse d'achat d'actions de la société Stop-circuit à un cours déterminé, qu'elle était donc étrangère au pacte social et sans incidence sur l'attribution des bénéfices aux associés et sur leur contribution aux pertes⁶⁵ ».

Dans cet arrêt, l'accent est surtout mis sur la *géographie* de la convention. Elle fut validée parce qu'étrangère au pacte social lui-même.

Avec l'arrêt *Go International* du 19 mai 1992, Cette solution est élargie en dehors des situations synallagmatiques pour être appliquée à

62. Cass. com., 20 mai 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 618 ; *Dr. Sociétés* 1986, n° 78, obs. M. Germain ; *Rev. Soc.* 1986, p. 587, note D. Randoux ; *Defrénois* 1987, p. 609, obs. J. Honorat ; *JCP E.* 1986, I, n° 15846, n° 1, obs. A. Viandier, J.-J. Caussain ; *D.* 1987, somm., p. 390, obs. J.-Cl. Bousquet ; *RTD com.* 1987, p. 66, obs. C. Champaud, P. Le Floch, et p. 205, obs. Y. Reinhard.

63. A. PIETRANCOSTA, « Promesse d'achat de droits sociaux et clauses léonines : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », n°5.

64. Cass. civ. I, 22 juill. 1986, n° 84-15.177, *Bull. civ. I*, n° 224, p. 213 ; *Bull. Joly* 1986, p. 859, note P. Le Cannu ; *RTD com.* 1987, p. 70, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; *JCP E.* 1987, I, 16342, n° 1, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *D.* 1987, somm., p. 396, obs. J.-Cl. Bousquet ; Caen, 16 janv. 1990, Lévêque-Houist c/ Société Soprogepa I et autres, statuant sur renvoi d'un arrêt du 7 avr. 1987, *BRDA* 1990, n° 15, p. 11 ; *D.* 1991, jur., p. 411, note Delaporte ; *Bull. Joly* 1991, § 326, note P. Le Cannu.

65. Cass. com., 10 janv. 1989, *JCP E.* 1989, II, 15492, note A. Viandier ; *Bull. Joly* 1989, p. 256, note P. Le Cannu.

une promesse unilatérale d'achat consentie à une société financière. Cet arrêt énonce que :

« *La promesse d'achat n'avait pas d'autre objet, (...) que de permettre, moyennant un prix librement débattu, la rétrocession d'actions de la société Go international SPA à des conditions visant à assurer l'équilibre des conventions conclues entre les parties le 16 juillet 1987* ⁶⁶ ».

Le propre de cet arrêt réside dans la référence à l'équilibre contractuel entre les parties, entendue dans un sens large englobant la multitude des liens contractuels entre les parties et qui dépasse le strict contenu du pacte social.

Par la suite, l'arrêt *SDBO* validera la fameuse technique de portage⁶⁷ qui consiste à rendre le porteur (souvent une banque ou un établissement financier) actionnaire d'une société, de façon momentanée, pour le compte d'un donneur d'ordre à qui seront rétrocédées les actions le moment convenu et en contrepartie d'un prix fixé d'avance⁶⁸.

La Haute Cour affirme par cet arrêt que cette technique de portage qui emprunte la voie de promesses croisées d'achat et de vente, n'avait pour but que d'« *organis(er), moyennant un prix librement débattu, la rétrocession des actions litigieuses sans incidence sur la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes dans les rapports sociaux* ⁶⁹ ».

Dans un deuxième temps, la Cour de cassation empruntera la voie de la distinction, ô combien décriée⁷⁰, entre vrais associés habités par l'*affectio societatis* et simples bailleurs de fonds. La Cour de cassation rejette ainsi le

66. Cass. com., 19 mai 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 779, note P. Le Cannu ; *Revue de droit bancaire et bourse* 1992, p. 211, obs. M. Germain.

67. V., sur cette technique de portage, P. SOUMRANI, *Le portage d'actions*, LGDJ, 1996, préface de B. OPPETIT.

68. Le portage peut répondre à des besoins divers : prendre une participation par l'intermédiaire d'une banque ou d'un établissement financier, préparer l'introduction de la société en bourse... cette convention est souvent adossée à une convention de vote, et doit déterminer les modalités de rémunération du porteur. V. à ce sujet, Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, p. 71-73, n° 42.

69. Cass. com., 24 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 797, note P. Le Cannu ; *D.* 1994, jur, p. 35, note A. Couret ; *Revue de droit bancaire et bourse*, juill.-août 1994, n° 44, p. 176, n° 1, obs. M. Germain.

70. V. à ce sujet la première partie de la présente étude.

pourvoi formé contre l'arrêt *Belkhef* et approuve la cour d'appel de Paris d'avoir jugé que :

« La convention litigieuse constituait une promesse d'achat d'actions et (d'avoir) relevé qu'elle avait pour objet, en fixant un prix minimum de cession, d'assurer l'équilibre des conventions conclues entre les parties en assurant à Monsieur X, lequel est avant tout un bailleur de fonds, le remboursement de l'investissement auquel il n'aurait pas consenti sans cette condition déterminante⁷¹ ».

Certes cette solution doit être applaudie quant à ses effets, même s'il demeure légitime de douter quant à son assise.

Dans un troisième temps, la jurisprudence avance un nouveau critère de validité, lequel rappelle aussi à son tour le vocabulaire militaire, il s'agit du critère de *la fenêtre de tir*. Elle a écarté tout risque de qualification léonine d'une promesse de rachat à prix plancher, au terme d'une motivation nouvelle. La cour d'appel, qui statuait sur renvoi après cassation, avait annulé une promesse de rachat souscrite par deux participants à une augmentation de capital, au profit d'un troisième, aux motifs que la promesse d'achat, qui n'était assortie d'aucune promesse de vente, permettait à son bénéficiaire d'échapper aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil. La Cour de cassation casse et annule cet arrêt en retenant que :

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que M. Gontard ne pouvait lever l'option qu'à l'expiration d'un certain délai et pendant un certain temps limité, ce dont il résulte qu'il restait, en dehors de cette période, soumis au risque de disparition ou de dépréciation des actions, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations⁷² ».

Ainsi est faite, de manière inédite, référence à un critère temporel, à l'existence d'un délai d'option.

71. Cass. com., 16 nov. 2004, *D.* 2004, p. 3144 ; *Bull. Joly* 2005, p. 270, § 45, note N. Mathey ; *RTD com.* 2005, p. 111, obs. C. Champaud et D. Danet ; *JCP E.* 2005, p. 131, n° 1, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; *Revue de droit bancaire et financier* 2005, n° 29, obs. A. Couret.

72. Cass. com., 22 févr. 2005, *Dr. Sociétés* 2005, comm., p. 107, note F.-G. Trébulle ; *D.* 2005, p. 644, note A. Lienhard ; *JCP E.* 2005, 938, note H. Hovasse ; *Rev. Soc.* 2005, p. 593, note H. Le Nabasque ; *Dr. et patrim.*, juin 2005, p. 100, note D. Poracchia.

La Haute Cour semble dire qu'une situation léonine doit être tolérée, dès lors qu'elle participe à un montage financier légitime en soi et qu'elle demeure limitée dans le temps.

C'est l'idée d'aléa qui semble justifier cette nouvelle voie jurisprudentielle.

« L'arrêt consiste à dire que l'opération est sauve, car en dehors de cette fenêtre, le bénéficiaire de l'option est logé à la même enseigne que ses coassociés, et est exposé à l'aléa social. Il n'y a que pendant le délai d'option qu'il est effectivement assuré de ne pas subir la dépréciation de ses droits sociaux⁷³ ».

En résumé, l'étude de la jurisprudence française montre que la prohibition des clauses léonines est désormais limitée au seul contenu intrinsèque du pacte social lui-même entendu *stricto sensu*. Cette attitude a le mérite de la clarté et de la souplesse. Elle permet par ailleurs de rendre licites les pratiques les plus appréciées par la pratique : crédit-bail d'actions, convention de fiducie portant sur des actions, opérations de titrisation (loi libanaise n° 705/2005) portant sur des actions, *swap* et location d'actions contre un revenu fixe, pactes de sortie, clause américaine, clause de retrait assortie d'un prix fixe, etc.

« L'affermissement de cette distinction causa societatis permettrait d'éviter la confusion des rapports sociaux et péri-sociaux (...) Il consacrerait la solution la plus sécurisante pratiquement, et juridiquement la mieux fondée⁷⁴ ».

À la lumière des développements précédents, il nous semble opportun d'essayer de poser les nouvelles conditions de l'application de la prohibition des clauses léonines.

Désormais, cette interdiction devrait se borner à la clause qui :

1. Participe aux dispositions du contrat de société *intra-muros* ;
2. A pour *objet unique* d'aménager la distribution des bénéfices et des pertes ;

73. F. XAVIER-LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes - Clauses léonines », n° 59.

74. A. PIETRANCOSTA, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses léonines : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », n° 16, *in fine*.

3. A vocation à s'appliquer tout au long de la vie sociale ;
4. Est étrangère à toute opération ayant pour objet les parts sociales ou les actions ;
5. Est étrangère à toute opération de capital-investissement ;
6. Ne participe point à régler le sort d'un associé ou d'une participation financière déterminée ;
7. N'est pas autorisée par la loi (clause d'intérêt fixe, etc.) ou tolérée par la jurisprudence (clause tontinière, etc.) ;
8. Aura pour conséquence immédiate de conférer la totalité des bénéfices à un associé ou de mettre à sa charge l'exclusivité des pertes.

Que reste-t-il de la prohibition des clauses léonines ?

Rien ou presque !

Rien que les situations les plus excessives. Celles qui, en toute logique, sont beaucoup plus des cas d'école, destinées à entretenir l'art de l'enseignement du droit ! À entretenir nos chimères à nous, peuple de juristes !

Si ! Osons dire que plus rien ne reste !

Le Roi lion a été édenté !

Le rôle de l'assurance dans la couverture des financements du commerce¹

Melhem EL KIK

Docteur en Droit, Professeur des Universités

Mesdames, Messieurs,

L'assurance des financements sous-tend deux acceptations majeures:

- L'assurance des financements internes ;
- L'assurance des financements internationaux.

Au demeurant, une mise en garde s'impose.

Tout un chacun croit concevoir que l'assurance des financements n'est autre que la police d'assurance-vie exigée par les banquiers afin de garantir le crédit qu'ils acceptent d'octroyer à leurs clients. Dans le même ordre d'idées, la couverture des risques tels que l'incendie, les dégâts des eaux, les risques de construction, de glissement de terrain, etc. Aussi nous paraît-il évident de relever l'assurance obligatoire des voitures achetées à crédit ou en crédit-bail.

Cependant, ces aspects-là de l'assurance nous paraissent tellement ancrés dans les rouages de l'activité des dispensateurs de crédits qu'ils ne présentent plus d'originalité particulière ni ne soulèvent des difficultés majeures quant à leur mise en œuvre. Nous avons donc décidé de traiter

1. L'auteur a tenu à garder le style oral de la conférence.

d'une part les assurances de financement internes par le biais de la bancassurance et, d'autre part, l'assurance des financements internationaux selon la pratique de l'assurance-crédit, voire des crédits « Cofacés » en référence à la grande compagnie française pour le commerce extérieur, à savoir, la Coface.

Cette dichotomie nous paraît être intéressante d'autant que la finalité première de cette séquence s'intitule : « *Réécrire le Code de commerce* ».

Paragraphe 1. L'assurance des financements internes par la bancassurance

Définissons au préalable la bancassurance *stricto sensu* : il s'agit d'un néologisme qui consiste à vendre des produits d'assurances par les banques.

Pratique de plus en plus répandue, cependant une problématique est à relever: est-ce légal d'agir ainsi ?

Nos banques ont-elles le droit d'être des venderesses de polices d'assurances ?

J'y répondrai, mais qu'il me soit permis d'apostropher les banques : ont-elles le droit d'agir en tant qu'intermédiaires/courtiers au profit d'une compagnie d'assurance, voire au profit d'une entité sœur ? (souvent les banques détiennent des parts dans le capital social de certaines compagnies d'assurances).

Le Code de la monnaie et du crédit ainsi que la loi relative aux compagnies d'assurances sont explicites et ne souffrent point de doutes en la matière.

- a. L'article 152 al. 1 du Code de la monnaie et du crédit dispose expressément :

« *Il est interdit aux banques :*

1. *De pratiquer un commerce, une industrie ou une activité quelconque étrangère à la profession bancaire* ».

Démarcher et vendre des produits d'assurance aux guichets d'une banque constitue inéluctablement une activité étrangère à la profession bancaire.

- b. L'article 38 de la loi relative aux compagnies d'assurances dispose « *qu' à l'exception des présidents et des membres de conseils d'administration des sociétés d'assurance ainsi que des représentants légaux des compagnies étrangères : il est interdit de démarcher le public aux fins des opérations mentionnées à l'article (1) de la présente loi à l'exception de l'intermédiaire* ». Anciennement, il s'agit de la loi émise par décret n° 9812 du 4 mai 1968 modifiée en vertu de la loi n° 94 du 18 juin 1999.

La bancassurance est-elle donc conforme au droit positif libanais?

La négative s'impose. La bancassurance telle qu'elle est pratiquée au Liban n'est pas conforme aux exigences du droit positif libanais.

Les praticiens dérogent à cette règle en arguant de la théorie de la connexité.

Les banquiers se défendent de vendre des polices d'assurances. Ils prétendent exiger que des polices d'assurances soient un complément indispensable au risque du crédit octroyé selon la nature de ce dernier et la situation financière du crédité.

La connexité est la facette miroitante d'un pseudo cadre légal.

D'où l'urgence de réécrire le Code, si ce n'est le Code de commerce, celui de la monnaie et du crédit avec ce que ça comporte comme mesures corollaires notamment:

- Autoriser ou non les banques libanaises à pratiquer la bancassurance.
- Déterminer le cas échéant l'autorité de contrôle : serait-ce la Commission de contrôle des banques (CCB) ou celle des compagnies d'assurances (contrôle étatique) ou l'Autorité des marchés financiers ?
- Réviser les taux de pondération des crédits ainsi octroyés.

Si le législateur libanais opère une telle refonte du droit positif libanais, la profession des courtiers en assurance sera remise en cause et posera, à son tour, le sort de l'activité de courtage.

Sort d'ores et déjà compromis selon nous.

Les courtiers seront pris entre le marteau des banques et l'enclume des compagnies d'assurances qui verraient leurs activités respectives mieux gérées au sein d'un conglomérat qui ne laisserait point de place à l'intrusion des courtiers, si puissants soient-ils.

Le contentieux est loin d'être réglé.

La pratique contestée de la bancassurance mais ô combien mise en application tout autant par les grandes banques que par les grandes compagnies d'assurances a entraîné l'émergence d'une nouvelle approche assurantielle : l'assurfinance.

« C'est la couverture d'un produit financier par une police d'assurance ».

Cette description, si basique soit-elle, n'en est pas moins explicite.

À l'heure actuelle, l'assurance est sollicitée, voire parfois, c'est elle qui conçoit des produits structurés aux sous-jacents financiers dont l'apport de l'assurance est loin d'être dérisoire.

À titre indicatif :

- La pratique des produits à capital garanti ;
- La pratique des taux d'intérêt supérieurs à ceux appliqués par les banques puisqu'ils se réfèrent aux résultats des investissements des compagnies d'assurances.

À croire que celles-ci sont plus efficaces que les banquiers.

Si, pour la bancassurance, on doit réécrire le Code, en assurfinance, il faut tout simplement innover et déterminer les compétences des assurances ainsi que celles des organes de régulation que sont la Banque du Liban (BDL) et l'Autorité des marchés financiers (AMF).

Entre écrire une nouvelle loi et réécrire voire modifier une loi en vigueur, les assurances de financements internes ont relativement un minimum de cadre légal parsemé de zones d'ombre, de vide juridique (je n'irai pas jusqu'à affirmer ou à les qualifier de zones de non-droit).

Paragraphe 2. L'assurance des financements internationaux

Un des aspects de l'apport de l'assurance aux investissements internationaux réside dans la pratique des incoterms élaborés sous l'égide de la Chambre de commerce internationale (CCI) à Paris.

Le rôle de l'assurance se trouve amplifié au regard des spécificités relatives à ces appellations incongrues aux profanes mais fort significatives aux professionnels.

Le rôle de l'assurance est à ce stade purement technique.

Ce rôle n'est pas à négliger. Il permet de mesurer à quel point l'assurance a changé la donne dans les échanges internationaux notamment quant au transfert de propriété.

Depuis des décennies, le transfert des risques et surtout le coût qu'il nécessite détermine l'économie d'un contrat et prime, le temps de l'acheminement des marchandises, sur celui du transfert de la propriété.

Les assurances des financements internationaux nous paraissent cependant plus complexes et méritent une autre approche. Celle-ci mettrait en œuvre le rôle de l'assurance en amont de la couverture c'est-à-dire avant qu'elle décide de prendre en charge le risque commercial (période précontractuelle) et en aval une fois le sinistre réalisé (période contractuelle).

Cette approche est d'autant plus délicate qu'il s'agit de contrats conclus à distance.

Mesdames, Messieurs,

L'éloignement, la distance géographique, la méconnaissance du partenaire étranger et de son pays sont des facteurs de risque extrêmement importants.

Ceux-ci ont engendré depuis fort longtemps des couvertures relatives au non-paiement, à la défaillance, à l'insolvabilité des contractants, particulièrement l'acheteur/importateur.

C'est le risque commercial dans son acception la plus élémentaire.

À l'aune de la mondialisation, ces risques se sont décuplés, le *big data* est dorénavant l'outil indispensable, l'outil de référence afin de circonscrire ce qui est communément appelé « *les nouveaux risques* ».

Ceux-ci ne sont pas des moindres notamment la nouvelle donne des risques politiques, l'embargo, les mesures coercitives, les sanctions économiques et bien évidemment les risques terroristes sous leur double composante financière : le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

Les assureurs sont-ils en manque de moyens afin de circonscrire ces risques-là ?

La négative nous semble évidente. Cependant les outils dont ils disposent évoluent au fil des ans et deviennent de plus en plus institutionnalisés.

Parmi les plus efficaces demeurent la couverture du risque prospection, la couverture du risque politique, du risque commercial particulièrement la couverture du risque de change et l'insolvabilité de l'acheteur.

Les assureurs ont créé l'assurance-crédit.

Longtemps méconnue au Liban, l'assurance-crédit constitue un véritable partenariat entre l'assureur et son client.

La kyrielle des prestations d'un assureur-crédit est fort variée et non explicite : apprécier la solvabilité du partenaire étranger, connaître les rouages étatiques d'un État étranger, s'assurer de sa stabilité monétaire, informer le client à titre préventif des mauvais payeurs et lui faire éviter le risque de faillite de son partenaire étranger, l'assister ou carrément prendre en charge le règlement des litiges grâce notamment à la clause du mandat contentieux en vertu de laquelle l'assurance-crédit gère le dossier en lieu et place du client etc...

La mise en application de cette clause révèle l'originalité et la particularité de l'assurance-crédit.

En agissant ainsi, l'assureur-crédit reconnaît la licéité de la créance et ne pourra point se dérober de la régler à son client assuré.

L'assurance-crédit telle qu'elle est pratiquée est une des fonctions macro-économiques d'un pays.

Pourquoi le Liban en est-il privé ?

Le commerçant libanais, qu'il soit importateur ou exportateur, doit pouvoir en bénéficier et par là même faire profiter à son partenaire étranger des garanties intrinsèques à l'assurance-crédit dans l'hypothèse, le cas échéant, d'un crédit acheteur.

Un auteur a bien déterminé l'acuité de l'assurance-crédit internationale puisque celle-ci prend en considération des facteurs et met en action des moyens relevant de la géopolitique mondiale et de la diplomatie².

Y-a-t-il un contexte géopolitique aussi critique que celui du Liban ?

Dans sa quête de crédibilité tant politique que monétaire, dans sa quête de confiance et de transparence notamment en raison d'un taux de corruption quasiment inégalé, dans sa quête afin de garantir les investissements des libanais et de leurs partenaires étrangers, le Liban doit se doter d'une entité étatique ou semi-étatique spécialisée en assurance-crédit.

Nous avons évoqué la double nécessité d'écrire et de réécrire le Code de commerce au gré des besoins ;

S'agissant de l'assurance des financements internationaux, il est temps d'agir.

Je vous remercie.

2. H. BAQUIAST, «Préface», in G. BARRAL, *L'assurance des crédits à l'exportation*, Nathan-Économie, 1987, p. 4.

