



**HAL**  
open science

# Le fait et le droit : regards croisés à propos de la nullité de la société irrégulière en France et en Italie (fin XIXe s. - début XXe s.)

Florent Garnier, Luisa Brunori, Cristina Ciancio

## ► To cite this version:

Florent Garnier, Luisa Brunori, Cristina Ciancio. Le fait et le droit : regards croisés à propos de la nullité de la société irrégulière en France et en Italie (fin XIXe s. - début XXe s.). Italia-Francia. Allers-retours : influenze, adattamenti, porosità, vol. 4, Historia et Ius, pp.73-84, 2021, 9788894637625. hal-04226694

**HAL Id: hal-04226694**

**<https://hal.science/hal-04226694>**

Submitted on 3 Oct 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

*Le fait et le droit : regards croisés à propos de la nullité de la société irrégulière en France et en Italie (fin XIXe s. - début XXe s.)*

Florent Garnier

L'utilisation de la théorie des nullités trouve avec les sociétés irrégulières un terrain particulier d'application en droit commercial. La question a suscité l'attention de juristes français et italiens à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle. Gustavo Bonelli (1853-1926)<sup>1</sup>, bien que n'étant pas universitaire malgré les sollicitations de Vittorio Scialoja et de Leone Bolaffio et travaillant à l'*Ufficio Contenzioso della Banca d'Italia*, a porté un regard neuf en matière de faillite, de personnalité juridique et de sociétés irrégulières. Il consacre plusieurs articles à cette dernière question entre 1897 et 1923<sup>2</sup>. Présenté comme l'un des « pères fondateurs du droit commercial italien » (Giuseppe Terranova), il publie régulièrement dans les revues italiennes qu'il s'agisse de l'*Archivio giuridico*, du *Foro Italiano*, de la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, de la *Rivista di filosofia scientifica* et surtout, avec plus d'une centaine de contributions au cours du premier quart du XX<sup>e</sup> siècle, dans la *Rivista di diritto commerciale*. En 1906, il est l'auteur dans la jeune revue fondée par Sraffa et Vivante d'une étude « Sulla teorica nelle Società irregolari »<sup>3</sup>. Il mobilise les auteurs commercialistes français pour éclairer et critiquer le système de la nullité sanctionnant la société irrégulière.

<sup>1</sup> G. Terranova, *Bonelli, Gustavo*, in "Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)", Diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletti, (2013), vol. 1, pp. 289-292.

<sup>2</sup> G. Bonelli, *Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento*, in "Archivio giuridico", (1897), pp. 414-483 ; *Sulla nozione di società in genere e su quella di società di commercio irregolare*, (Nota alla sentenza della Cassazione di Firenze, 4/4/1907), in "Foro italiano", (1907), col. 758-764 ; *La irregolarità della società in accomandita semplice e i suoi effetti di fronte agli accomandanti* (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Milano 17/9/1907), in "Rivista di diritto commerciale", (1908), partie 2, pp. 26-32 ; *Società irregolari e personalità giuridica* (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Firenze 30/12/1911), in "Rivista di diritto commerciale", (1912), partie 2, pp. 361-369 ; *La società irregolare e il progetto di nuovo codice di commercio*, in "Rivista di diritto commerciale", (1923), pp. 423-443.

<sup>3</sup> G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in "Rivista di diritto commerciale", (1906), pp. 9-59 et pp. 112-166.

Sa contribution est particulièrement remarquable par Joseph Hémard (1876-1932), professeur à la faculté de droit de Dijon, quelques années plus tard.

Cette faculté connaît au tout début du XX<sup>e</sup> siècle une période particulièrement féconde avec la présence d'une nouvelle génération de professeurs avec Eugène Gaudemet (1872-1933) pour le droit privé, Ernest Champeaux (1870-1936) pour l'histoire du droit, Joseph Delpech pour le droit administratif (1872-1960) et Jean Percerou (1873-1957) pour le droit criminel de 1901 à 1908<sup>4</sup>. Jeunes agrégés, ils enseignent à l'Université de Dijon dans les années 1910<sup>5</sup> jusqu'à leur départ en 1918 et en 1919, l'un vers Paris (Hémard)<sup>6</sup>, les autres vers la nouvelle faculté de droit de Strasbourg<sup>7</sup> (Gaudemet, Champeaux, Delpech). Parmi ces professeurs dijonnais, Joseph Hémard a enseigné le droit commercial à Dijon avant d'être agrégé (1904) puis professeur titulaire d'une chaire de droit civil à la faculté de droit de Paris en 1920. Il s'est intéressé en particulier au droit des sociétés et au droit des assurances. Il fait paraître deux articles dans les *Annales de droit commercial* en 1909 : l'un relatif au droit allemand<sup>8</sup> et l'autre au droit italien<sup>9</sup>. Ils sont repris dans son maître ouvrage trois ans plus tard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait. Étude de jurisprudence et de droit comparé*, qui a été considéré comme pionnier tout au long du XX<sup>e</sup> siècle<sup>10</sup>. Il intègre une étude comparée avec le droit belge<sup>11</sup> et le droit anglais<sup>12</sup>. Société de fait, société créée de fait, *BGB Gesellschaft*,

<sup>4</sup> A. Mages, *La pensée d'un commercialiste Dijonnais : Louis-Jean Percerou (1873-1957)*, in P. Bodineau (sous la direction de), *Les professeurs de droit dans la France moderne et contemporaine. Enseignements, recherches, engagements*, Dijon 2015, pp. 79-94.

<sup>5</sup> *Le Progrès de la Côte-d'Or*, 10 septembre 1910, n° 253, p. 2.

<sup>6</sup> *Nos maîtres de la Faculté de droit de Paris*, Paris 1932, p. 42. V. Bernaudeau, *Origines et carrières des enseignants de la Faculté de droit de Paris (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, in J.-L. Halpérin (sous la direction de), *Paris, capitale juridique (1804-1950). Étude de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, Paris 2011, p. 129.

<sup>7</sup> C. Pauthier, 'Nous ne formons qu'une avant-garde'. *La refondation d'une faculté de droit française à Strasbourg en 1919 : des professeurs en terre de mission*, in F. Audren et J.-C. Gaven (sous la direction de), *Les facultés de droit de province aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles. Les conquêtes universitaires*, t. 3, Toulouse 2012, pp. 139-161.

<sup>8</sup> J. Hémard, *Des nullités de sociétés en droit allemand*, in «*Annales de droit commercial*», 23 (1909), pp. 5-30.

<sup>9</sup> J. Hémard, *Le régime des sociétés de fait ou sociétés irrégulières en droit commercial italien*, in «*Annales de droit commercial*», 23 (1909), pp. 81-118.

<sup>10</sup> J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait. Étude de jurisprudence et de droit comparé*, Paris 1912, pp. 687-740 pour l'Italie et pp. 740-775 pour l'Allemagne.

<sup>11</sup> *Ibid.*, pp. 666-686.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. 776-793.

*partnership* ou encore *società di fatto* intéressent les deux auteurs. Hémard note une première utilisation par la jurisprudence en 1825 de l'expression « société de fait »<sup>13</sup>. Il l'assimile à la société irrégulière en Italie<sup>14</sup> et dans un esprit systématique, il propose d'« unifier le régime des sociétés de fait »<sup>15</sup>. Bonelli et Hémard participent à la circulation des idées juridiques des deux côtés des Alpes. Cette circulation est fille de son temps pour la matière commerciale<sup>16</sup>. Les regards croisés de Bonelli et d'Hémard sur la situation d'une société n'ayant pas respecté les conditions formelles relatives à sa constitution révèlent ainsi les enjeux du débat (I) et le jeu des influences (II).

### 1. Enjeux du débat

L'inobservation des formalités légales requises pour la formation d'une société de personnes ou de capitaux est appréciée différemment selon les législations nationales des pays occidentaux au XIX<sup>e</sup> siècle. Les conséquences pratiques et les effets juridiques au regard des associés et des tiers sont alors variables tout comme la sanction de l'existence d'une société irrégulière. Des conceptions théoriques se font également jour intéressant la nature juridique de la société commerciale.

Alors que les conditions de fond sont réunies pour constituer une société, l'absence du respect de formalités légales pose question aux deux juristes français et italien. Le problème est ancien tenant à la mise en œuvre d'une procédure d'enregistrement<sup>17</sup>. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les législations italienne et française diffèrent. La première cherche à limiter l'existence d'une société irrégulière en prévoyant un contrôle préalable nécessaire à la constitution définitive de la société. Le tribunal civil opère un contrôle de la régularité des conditions de formation de la société pour permettre la transcription et l'affichage de l'acte constitutif et les statuts (art. 91 Code

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 17-18.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>16</sup> A. Monti, *La circulation de la pensée juridique dans le domaine du droit commercial (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, in B. Fauvarque-Cosson (sous la direction de), *Le droit comparé au XXI<sup>e</sup> siècle. Enjeux et défis. Journées internationales de la Société de législation comparée, 8-9 avril 2015*, Paris 2015, pp. 139-150. F. Garnier, *Œuvre de juristes italiens et juristes français à l'œuvre dans les Annales de droit commercial (1886-1939)*, in «Revue historique de droit français et étranger» 98 (1), janv.-mars 2020, pp. 55-76. Voir également l'article d'Annamaria Monti dans ce numéro de *Historia et Ius.*

<sup>17</sup> J. Hilaire, *Le droit, les affaires et l'histoire*, Paris 1995, pp. 275-312.

de com. de 1882). Les associés sont incités à régulariser les formalités sous peine d'engager leur responsabilité (art. 97 et 98). À ce système préventif et curatif s'oppose la législation française. Point de contrôle prévu par le législateur, il s'en est tenu à la mise en place d'une sanction, qualifiée de *pena* par Bonelli<sup>18</sup>, avec le prononcé de la nullité d'une telle société (art. 42 C. de com, loi du 18 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions, loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée et loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés anonymes). Hémarad a le mérite de faire œuvre dogmatique en présentant et en analysant ces deux systèmes comparés aux autres pays européens et aux États-Unis d'Amérique.

À s'en tenir au droit commun des sociétés, les formalités légales ne sont pas respectées en l'absence d'écrit et à défaut de publicité. Pour Hémarad, excepté le cas de la société verbale, l'intérêt de la question tient à l'existence d'une volonté commune de plusieurs personnes de collaborer ensemble à une même exploitation mais sans avoir recours à un contrat écrit et sans respecter les formalités légales de publicité. Il évoque alors la présence d'une société créée de fait qu'il distingue de la société de fait<sup>19</sup>. Il est à l'origine de cette qualification qui est reprise ensuite par la doctrine commerciale française. Ainsi la société de fait correspond à la « situation dans laquelle une société, voulue par les participants, mais nulle en droit, a fonctionné avant son annulation ». Elle est différenciée de la société créée de fait renvoyant à la « situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, sans avoir exprimé la volonté de former une société »<sup>20</sup>. La seconde situation résulte du défaut de publicité. Elle retient davantage son attention. Le Code de commerce de 1807 a précisé aux articles 42 à 46 les formalités à accomplir<sup>21</sup>. En leur absence, cette société irrégulière est également qualifiée de société de fait. La sanction prévue est

<sup>18</sup> G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in "Rivista di diritto commerciale", (1906), p. 19.

<sup>19</sup> J. Hémarad, *Des nullités de sociétés en droit allemand*, in «Annales de droit commercial», 23 (1909), p. 177 et pp. 182-183.

<sup>20</sup> G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, Paris 1989, 13<sup>e</sup> éd., t. 1, pp. 569-572.

<sup>21</sup> Loqué, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, XVII, 1829, séance du 15 janvier 1807, p. 188 sq., et plus spécialement p.193 mentionnant que l'article 42 a été adopté sans observation et la formulation de l'idée de Theilhard qui admet la nullité uniquement contre les associés, p. 200 (« la société une fois prouvée, ne fût-elle pas constatée par un acte, les obligations contractées en son nom, au profit de tiers, n'en doivent pas moins avoir leur effet ». Il poursuit en proposant « de dire expressément que le défaut des formalités exigées pour rendre la société valable entre associés, ne pourra pas être opposé aux tiers » (pp. 202-203). Regnaud précise encore que selon Jousse, la sanction de la nullité n'est pas prononcée en cas de défaut d'enregistrement (*Ibid.*)

alors la nullité absolue<sup>22</sup>. Hémard précise que « la théorie des sociétés de fait a été longtemps dominée par la théorie générale des nullités »<sup>23</sup>. Elle joue alors de manière rétroactive. Les enjeux deviennent de plus en plus importants avec le développement des sociétés de capitaux dont certaines ont plusieurs centaines d'actionnaires<sup>24</sup>. Différents effets juridiques intéressent les associés, les créanciers sociaux et les tiers. Pour les premiers, le lien social peut cesser. La dissolution est admise mais la société est alors considérée comme valable jusqu'à la formulation d'une telle demande (art. 99, C. de com). La liquidation des apports doit s'effectuer de manière conforme aux dispositions des statuts et des règles légales. La responsabilité personnelle des associés, indéfinie et solidaire, est reconnue au profit des créanciers sociaux. Le régime de la société en nom collectif est alors appliqué à la société de fait. Enfin, les associés ne peuvent pas opposer la nullité aux tiers (art. 99 alinéa 3, C. de com.). Ces derniers sont présentés comme bénéficiant d'un droit d'option pouvant invoquer ou non la nullité à l'encontre des associés.

Toutefois la société de fait sanctionnée par la nullité n'emporte pas la conviction de Bonelli et d'Hémard, le premier évoquant les « aberrations »<sup>25</sup> du système français, le second concédant que ce système « est partout critiqué et condamné »<sup>26</sup>. De manière plus générale, la théorie classique des nullités est discutée. Le débat est notamment animé par René Japiot (1883-1943)<sup>27</sup>. Dans sa thèse de doctorat en 1909, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, il propose dans son imposant travail de délaïsser le critère de la gravité de l'acte au profit de celui de la violation de la règle pour sanctionner le défaut de validité du contrat. Sa réflexion doctrinale et sa proposition théorique sont ainsi saluées par la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1910. Elles ont eu une influence déterminante dans l'élaboration

<sup>22</sup> G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in «Rivista di diritto commerciale», (1906), p. 37.

<sup>23</sup> J. Hémard, *Des nullités de sociétés en droit allemand*, in «Annales de droit commercial», 23 (1909), p. 383.

<sup>24</sup> Pour la prise en compte du même phénomène en matière de résolution des conflits entre associés, F. Garnier, *L'arbitrage forcé entre associés (1807-1856)*, in «Histoire de l'économie sans travail. Finances, investissements, spéculation de l'Antiquité à nos jours», L. Brunori, S. Dauchy, O. Descamps et X. Prévost (sous la direction de), Collection « Histoire du droit », Paris 2019, pp. 369-385.

<sup>25</sup> G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in «Rivista di diritto commerciale», (1906), pp. 37-59.

<sup>26</sup> J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, p. 794.

<sup>27</sup> Agrégé des facultés de droit et 1910, il est nommé à Caen avant de revenir à Dijon en 1919. Il occupe la chaire de droit commercial de 1920 à 1943.

de la distinction entre nullité absolue et nullité relative<sup>28</sup>. Pour Hémard, la théorie classique des nullités, avec l'application du caractère rétroactif de la nullité absolue aux sociétés de fait alors considérées comme n'ayant jamais eu d'existence, n'est pas adaptée<sup>29</sup> : « l'impossibilité de nier le passé, de détruire les faits accomplis fut vite reconnue par la jurisprudence, un plus tard par la doctrine »<sup>30</sup>.

Organiser juridiquement le passé de la société irrégulière jusqu'à une telle déclaration, voilà la principale question. Pour Bonelli, « la nullità non tocca il passato ; essa non porta i suoi effetti che sul l'avvenire della società »<sup>31</sup>. Deux grands courants s'expriment selon que la personnalité juridique est reconnue par les auteurs à la société. D'aucuns considèrent uniquement le pacte social qui est alors seul valable<sup>32</sup>. Telle est la position de Bonelli en 1897 et en 1907<sup>33</sup>. Pour lui le défaut majeur de la solution française relative à la nullité est source de difficultés pour saisir la *società-contratto* et la *società-persona*<sup>34</sup>. Le contrat doit jouer uniquement entre les associés. D'autres reconnaissent la société comme disposant de la personnalité morale dans un contexte de riche débat au sein de la science juridique européenne<sup>35</sup> et devant être dotée de l'autonomie patrimoniale au bénéfice des tiers<sup>36</sup>. Les auteurs italiens, tels Manara et Vivante, sont sensibles à l'idée de personnalité juridique aux sociétés civiles en France<sup>37</sup>. Cependant Manara envisage l'existence d'une « entité » (« irregolari significa invece per l'appunto che non sono legalmente

<sup>28</sup> Sur son travail, son apport et sa réception, C. Caseau-Roche, *L'héritage de René Japiot sur la théorie des nullités*, in P. Bodineau (Sous la direction de), *Les professeurs de droit dans la France moderne et contemporaine. Enseignements, recherches, engagements*, Dijon 2015, pp. 69-77.

<sup>29</sup> J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, pp. 4-7.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>31</sup> G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in "Rivista di diritto commerciale", (1906), p. 21.

<sup>32</sup> J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, pp. 386-400.

<sup>33</sup> Voir supra note 2.

<sup>34</sup> G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in "Rivista di diritto commerciale", (1906), p. 47.

<sup>35</sup> L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Paris 1906. R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, Paris 1910. P. Durand, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in «Études offertes à G. Ripert», Paris 1950, pp. 138-159.

<sup>36</sup> J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, pp. 400-429.

<sup>37</sup> J. Hémard, *Des nullités de sociétés en droit allemand*, in «Annales de droit commercial», 23 (1909), pp. 113-115.



constituée, non sono ancora società perfette, enti a sè »)<sup>38</sup> alors que Vivante affirme plus clairement l'attribution d'une telle personnalité<sup>39</sup>. Le législateur français a reconnu la personnalité morale des sociétés commerciales qu'à partir de la loi du 24 juillet 1966. Cependant la jurisprudence de la Cour de cassation l'avait affirmé par un arrêt de la chambre civile le 2 juin 1834 excepté pour les sociétés en participation<sup>40</sup>. Elle en fit de même pour les sociétés civiles (Cass. req. 23 février 1891). La doctrine l'avait également admise de manière indirecte à l'instar de Thaller à partir des articles 529 du Code civil et 69-6° du Code de procédure civile<sup>41</sup>.

En définitive, trois situations étaient considérées en droit français au XIX<sup>e</sup> siècle et pendant une bonne partie du XX<sup>e</sup> siècle : soit les associés n'ont pas la volonté de donner publicité à leur exploitation en commun et ils se placent dans le cadre d'une « associations commerciales en participation » (art. 47-50 C. de com. et art. 1871 C. civil) ; soit les associés ont constitué une société et ils se sont comportés en fait comme des associés mais sans respecter les formalités de constitution : il s'agit alors d'une société de fait frappée de nullité ; soit des personnes se comportent en fait comme des associés mais sans en exprimer la volonté et sans remplir les formes requises caractérisant une société créée de fait. C'est par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 que la société créée de fait est soumise au même régime que la société en participation (art. 1871 du Code civ.). Cette position du législateur, qualifiée d'« énorme bévue » (Claude Champaud), a été remise en cause par la jurisprudence de la Cour de cassation en 2009<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in «Rivista di diritto commerciale», (1906), p. 142.

<sup>39</sup> Sur leurs différentes approches, *Ibid.*, pp. 109-110 note 1.

<sup>40</sup> *Recueil général des lois et arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, J.-B. Sirey et L.-M. de Villeneuve, Paris 1834, 1<sup>re</sup> partie, p. 608 : « Attendu, en droit, que si les sociétés commerciales proprement dites, c'est-à-dire les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite et les sociétés anonymes, peuvent être considérées comme des êtres moraux, il n'en peut être de même pour les associations commerciales en participation ».

<sup>41</sup> E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial* 1898, pp. 135-148.

<sup>42</sup> C. Champaud, Com. 26 mai 2009, pourvoi n° 08-13.891, arrêt n° 464 F-D, *Ligier c/ Caisse régionale de crédit maritime mutuel du Morbihan et de Loire-Atlantique*, in «RTD Com.» 2009, p. 567.



## 2. *Jeu des influences*

La situation de la société irrégulière préoccupe la doctrine et la pratique tout comme la jurisprudence et le législateur en France et en Italie au début du XX<sup>e</sup> siècle. Des allers et des retours se manifestent permettant de distinguer différents temps et vecteurs de la circulation tant de la pensée juridique que des solutions législatives et jurisprudentielles.

Un premier temps est celui de la non application de la nullité bien qu'elle fût prévue par le droit applicable au commerce avant la codification napoléonienne. Hémarth retrace ainsi pour la France l'histoire de la nullité de la société en cas d'absence d'écrit, de défaut d'enregistrement ou de publication sous l'Ancien Régime jusqu'au Code de commerce<sup>43</sup> pour souligner que son application a été ignorée de la part des parlements tant vis-à-vis des associés que des créanciers<sup>44</sup>. Il cite encore un arrêt de la Section des requêtes du Tribunal de cassation du 22 messidor an IX qui a considéré que : « les dispositions de l'Ordonnance de 1673 qui déclarent nuls les actes et contrats passés tant entre les associés qu'envers leurs créanciers, à défaut d'enregistrement et de publication des actes de sociétés, étaient tombées en désuétude et étaient abrogées par l'usage général du commerce »<sup>45</sup>. Plus encore, la jurisprudence française à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et au début du XIX<sup>e</sup> siècle décidait que « malgré la nullité édictée par la loi, la société a existé [...] la société est valable, en fait tout au moins. À l'égard des tiers, le défaut d'écrit ou de publicité ne permet pas d'opposer la nullité, mais les tiers peuvent l'invoquer si tel est leur intérêt »<sup>46</sup>.

Un deuxième moment juridique est celui de la consécration de la nullité dans les deux pays. La codification française exerce alors son influence de l'autre côté des Alpes. Publié dans le Royaume d'Italie le 17 juillet 1808, le Code de commerce entre en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre de la même année dont l'article 42 prévoit que les « formalités seront observées, à peine de nullité à l'égard des intéressés ; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par les associés ». Les dispositions prévues pour la société en nom collectif et la société en commandite sont étendues en France aux

---

<sup>43</sup> J. Hémarth, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, pp. 151-154.

<sup>44</sup> Il cite en particulier Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du commerce*, Paris 1761, p. 48 et le *Répertoire Guyot*, t. XVI, 1785, v<sup>o</sup> Société, p. 329-330 (arrêt du 21 juillet 1680).

<sup>45</sup> J. Hémarth, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, p. 152.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 154.

autres formes de sociétés en 1856, en 1863 et en 1867. Elles s'appliquent en Italie, hormis dans le royaume de Sardaigne, jusqu'en 1866. Ainsi des formalités spéciales s'ajoutent pour la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société anonyme. Hémard souligne l'importance du rôle du juge en lien avec l'extension de l'application de la nullité intervenue en France au début de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. Il précise ainsi que « les textes des différentes lois qui ont successivement régi les sociétés en France ont seulement institué la nullité et établi la règle de l'inopposabilité de la nullité ou à défaut d'accomplissement des formalités aux tiers par les associés. Au juge, à l'interprète a été laissé le soin de rechercher les suites que devait entraîner la nullité et de fixer le statut des sociétés nulles »<sup>47</sup>. Cependant quelques années plus tard Eugène-Edmond Thaller remarque que la sanction des irrégularités soulève des difficultés en raison de son « manque d'homogénéité »<sup>48</sup>. L'œuvre prétorienne est d'importance suivie par la réflexion doctrinale. Hémard affirme qu'« attribuer à l'état de fait de la société une valeur juridique, la considérer comme un état de droit, telle a été l'œuvre de la jurisprudence... elle a tenté, par la notion de société de fait, de concilier le concept juridique de la nullité avec la réalité pratique de l'existence de la société »<sup>49</sup>. Il salue le rôle de la jurisprudence qui a permis de « resserrer le champ des nullités » et de « reconnaître une certaine valeur à la société irrégulière, malgré la nullité »<sup>50</sup>. Bonelli fait remarquer à propos de la législation française que l'expression « à peine de nullité » ne doit pas être assimilée à la nullité de la société<sup>51</sup>.

Une troisième période est celle du traitement différencié des sociétés irrégulières en France et en Italie. Le Code de commerce sarde de 1842, pour beaucoup « débiteur » de la codification napoléonienne (Guido Alpa), rend obligatoire l'existence d'un acte public ou d'un sous seing privé pour la société en nom collectif ou en commandite (art. 48 C. de com.). Cependant ce code ne prévoit pas la nullité à titre de sanction de la société irrégulière. Il considère seulement le défaut des formalités comme inopposable aux tiers par les associés (art. 52). Le Code civil, entré en vigueur en 1838, ne mentionne pas davantage la nullité lorsqu'il traite du contrat de société, spécialement des sociétés particulières (art. 1863 et s.). Le code de commerce sarde

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>48</sup> E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial* 1898, p. 178.

<sup>49</sup> J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, p. 12.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 799-800.

<sup>51</sup> G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in "Rivista di diritto commerciale", (1906), p. 26.

s'applique en 1843 puis à l'ensemble de l'Italie à partir de 1866. Très vite, les discussions reprennent pour l'élaboration d'une nouvelle codification commerciale en Italie. Le code de 1882 précise les formalités pour que la société soit légalement constituée (art. 87, 90, 91, 93, 94 et 95). Leur inobservation n'entraîne pas la nullité mais la mise en jeu de la responsabilité illimitée et solidaire des associés, des fondateurs et des administrateurs (art. 98). Le législateur italien maintient leur inopposabilité au tiers par les associés (art. 99 al. 3) même s'il a été tenté de recourir au système de la nullité dans les années 1870<sup>52</sup>. Deux systèmes sont alors distincts. Le législateur italien considère la société irrégulière et incite à réparer les vices formels alors que la législation française sanctionne par la nullité la société de fait. Pour autant, la jurisprudence française relative à la nullité des sociétés de fait a continué à exercer une influence sur la jurisprudence italienne des sociétés irrégulières après 1882. Bonelli affirme ainsi que « malgrado il rigetto della formula della nullità nella nostra legge, essa ha conservato presso i nostri giurisperiti una influenza non lieve derivatale dal peso della tradizione e dall'autorità degli scrittori che vi si ispirarono »<sup>53</sup>. Hémard cite aussi plusieurs arrêts des années 1900 qui reconnaissent la société irrégulière comme une personne juridique<sup>54</sup> ou bien encore l'interprétation de l'article 99 alinéa 3 du Code de commerce de 1882<sup>55</sup> à la lumière de positions françaises relatives à des sociétés nulles.

Un dernier temps tient à la mise en relation des solutions nationales. La position d'Hémard en 1909 est claire appelant à une évolution du droit français. Il propose de renverser le jeu des influences : « On a vivement reproché à la doctrine et à la jurisprudence italiennes de se laisser trop influencer par la doctrine et la jurisprudence françaises ; peut-être allons-nous encourir le reproche inverse, car nous croyons que le droit français pourrait avec profit s'inspirer de la théorie des sociétés irrégulières en Italie, et même l'admettre en grande partie, en dépit des textes qui prononcent la nullité »<sup>56</sup>. Cette sanction constitue une sorte d'obstacle en droit français alors que le législateur italien a emprunté une autre voie jugée plus pertinente par Hémard avec l'article 98 du Code de commerce de 1882<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>54</sup> Sur leurs différentes approches, *Ibid.*, p. 110 note 1.

<sup>55</sup> G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in «Rivista di diritto commerciale», (1906), pp. 134-138.

<sup>56</sup> J. Hémard, *Des nullités de sociétés en droit allemand*, in «Annales de droit commercial», 23 (1909), p. 82.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 100 note 4.

Ce système préventif a la préférence d'Hémarid prenant pour exemple la récente évolution législative française sur les sociétés d'assurances sur la vie (loi du 17 mars 1905). Il préconise de manière plus générale la création d'un « Office des sociétés » pour l'homologation des sociétés par actions avec l'intervention d'un tribunal à l'instar du modèle italien et par la mise en place d'un registre du commerce pour l'ensemble des sociétés<sup>58</sup>. La loi française n'a pas retenu la première idée mais elle a instauré le 18 mars 1919 un registre du commerce notamment pour immatriculer les sociétés de commerce françaises (art. 6-7). À défaut, il appelle de ses vœux une restriction par le législateur de l'application des nullités<sup>59</sup>, à tout le moins de la poursuite de l'œuvre jurisprudentielle dans la « construction d'une théorie des sociétés de fait »<sup>60</sup> pour parvenir à considérer que la « nullité » soit comprise comme synonyme d'« irrégularité ». L'une des évolutions souhaitées par Hémarid tenait à l'abandon du droit d'option au profit des créanciers sociaux. Ils pouvaient alors selon leur intérêt considérer la société soit comme étant valable pour le passé bien qu'elle ait été annulée soit comme étant nulle dès sa création. La loi du 24 juillet 1966 a mis fin à ce droit d'option. La nullité est reconnue *erga omnes* et elle ne joue pas de manière rétroactive. Par ailleurs la société de fait est dotée de la personnalité morale. La nature juridique de cette société intéresse toujours Bonelli dans les années 1920. Il porte son attention sur le *Progetto preliminare per il nuovo Codice du commercio*. En 1923, il reprend le dossier de la société irrégulière plus de dix ans après son dernier article sur le sujet<sup>61</sup>. Adoptant une approche comparative, il mentionne alors et cite Hémarid appelant comme lui à une réforme du droit. Il propose une analyse d'une ébauche de projet pour cette société irrégulière à partir de 14 articles<sup>62</sup>. Il considère alors que l'inscription sur le registre de commerce est le critère déterminant (art. 96)<sup>63</sup> « e in armonia colla genesi della persona giuridica »<sup>64</sup>. Il a déjà consacré au sujet des travaux en 1889 (*La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*) et en 1903 (*I concetti di comunione e di personalità nella teoria delle società commerciali*) se démarquant des conceptions de Manara et de Vivante. Le *Codice civile*

<sup>58</sup> J. Hémarid, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, p. 813.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pp. 816-825.

<sup>60</sup> *Ibid.*, pp. 825-828.

<sup>61</sup> G. Bonelli, *La società irregolare e il progetto di nuovo codice di commercio*, in «Rivista di diritto commerciale», (1923), pp. 423-443.

<sup>62</sup> *Ibid.*, pp. 438-443.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 429 et p. 438.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 429.

de 1942 précise que la société par actions acquiert la personnalité juridique à partir de son inscription sur un registre (art. 2331). Il est encore énoncé que les opérations accomplies au nom de la société avant cette inscription rendent solidairement et indéfiniment responsables envers les tiers ceux qui ont agi (art. 2332).

Le débat juridique relatif à la société de fait ou la société irrégulière illustre tout d'abord la circulation des idées et des réflexions entre les juristes français et italiens. Elle intéresse le monde académique mais aussi la pratique comme en témoignent l'avocat général de la Banque d'Italie Bonelli et le professeur de droit commercial Hémard. Au-delà de la situation concrète d'une société qui n'a pas respecté les formalités légales de constitution, l'intérêt de ce débat prend place au sein d'une analyse plus générale de la société vue comme un simple contrat ou bien à laquelle on attribue la personnalité juridique. Il s'inscrit alors pleinement dans le concert des idées qui mobilise la science juridique européenne intéressée de manière de plus en plus affirmée par les relations entre économie et droit autour de la notion d'entreprise<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Voir notamment : P. Grossi, *Itinerari dell'impresa*, in "Quaderni Fiorentini" (1999), pp. 999-1038. F. Mazzarella, *Percorsi storico-giuridici dell'impresa. Dall' "entreprise" all' "Unternehmen"*, Palermo 2012.