

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 87 (1968)

Artikel: Problèmes de structure dans le droit des sociétés : portée et limites de la théorie des types

Autor: Jolidon, Pierre

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895849>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 31.03.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

PROBLÈMES DE STRUCTURE DANS LE DROIT DES SOCIÉTÉS

PORTÉE ET LIMITES DE LA THÉORIE DES TYPES

Rapport présenté par
PIERRE JOLIDON

avocat, chargé de cours à l'Université de Berne

TABLES DES MATIÈRES

Bibliographie	429
Abréviations	440
Introduction	441

Première partie

Approches de la question

<i>Chapitre I</i> : Situation de la théorie des types en droit suisse (terminologie, implantation, évolution)	445
<i>Chapitre II</i> : La terminologie et les conceptions «typologiques» dans le droit étranger d'expression française	460
<i>Chapitre III</i> : La «typologie» dans le droit italien	473

Deuxième partie

Le fond du problème

<i>Chapitre I</i> : Le concept juridique de type	484
<i>Chapitre II</i> : La théorie des types	493
<i>Chapitre III</i> : Observations critiques.	502
1. Précision liminaire	502
2. La confusion terminologique et la disparité des opinions	503
3. L'articulation à des conceptions étrangères au droit	509

4. L'affrontement des principes fondamentaux	511
5. La tendance novatrice dans les idées et les mots	524
6. Conclusions	526

Troisième partie

Théorie des types et problèmes de structure dans le droit des sociétés

<i>Chapitre I</i> : Remarques préliminaires.	533
<i>Chapitre II</i> : La théorie des types dans le droit des sociétés .	534
<i>Chapitre III</i> : Les problèmes de structure dans le droit suisse des sociétés et la théorie des types	539
<i>Chapitre IV</i> : A propos de trois thèses typologiques dans le droit suisse de la société anonyme	544
I. La société anonyme «typique» (le type de la société anonyme)	544
II. L'actionnaire «typique»	559
III. L'interprétation selon le type (die typgerechte Aus- legung)	563
Conclusions générales	566

BIBLIOGRAPHIE

On trouvera dans cette liste, en plus des ouvrages cités sous une forme abrégée dans le rapport, l'indication de quelques autres études consultées pour l'élaboration de ce dernier. Les grands commentaires du droit privé fédéral – Berne et Zurich – sont connus et n'y figurent pas. Les notes de bas de page contiennent des références complémentaires.

AMSELEK, PAUL. Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique), thèse Paris, 1964.

ASCARELLI, TULLIO. Appunti di Diritto Commerciale II, Rome 1931 (cité: Appunti).

– Saggi di diritto commerciale, Milan 1955 (cité: Saggi).

– Problemi giuridici, 2 vol., Milan 1959 (cité: Problemi).

BÄR, ROLF. Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, RJB 95, 1959, p.369ss. (cité: Minderheitenschutz).

– Aktuelle Fragen des Aktienrechts, rapport à la Société suisse des juristes, RDS 85 II, 1966, p.321ss. (cité: Fragen).

– Interventions dans les débats de l'assemblée générale 1966 de la Société suisse des juristes, Procès-verbal du 25 septembre 1966, RDS 85 II, 1966, p.628ss. et 748ss. (cité: Interventions).

BEER, MAX. Der Minderheitenschutz im Aktienrecht, thèse Berne, 1944.

BETTI, EMILIO. Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts, Festschrift für Leopold Wenger I, Munich 1944, p.249ss. (cité: Typenzwang).

– Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica), Milan 1949 (cité: Interpretazione della legge).

– Teoria generale del negozio giuridico, 2^e éd., Turin 1952 (cité: Negozio giuridico).

– Teoria generale delle obbligazioni III, Milan 1954 (cité: Obbligazioni).

– Teoria generale della interpretazione, Milan 1955.

– Moderne dogmatische Begriffsbildung in der Rechts- und Kulturgeschichte (Ist die Benützung moderner Rechtsdogmatik bei der rechtshistorischen Auslegung berechtigt?), Studium Generale 12, 1959, p.87ss. (cité: Begriffsbildung).

BLOCH-LAINÉ, FRANÇOIS. Pour une réforme de l'entreprise, Paris 1963.

- BONNARD, ROGER. L'Origine de l'Ordonnancement juridique, Mélanges Maurice Hauriou, Paris 1929, p.31 ss.
- BONNECASE, Julien. Science du droit et Romantisme, Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle, Paris 1928 (cité: Science du Droit).
- La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels, 2 vol., Bordeaux 1933 (cité: Pensée juridique).
- BOULANGER, Jean. Principes généraux du droit et droit positif, Le Droit privé français au milieu du XX^e siècle, Etudes Ripert, tome I, Paris 1950, p.51 et ss.
- BORTER, ROLF/RAMSTEIN, KURT/ SIDLER, JEAN-PAUL. Die Familien-AG, Zurich 1968.
- BRETHER DE LA GRESSAYE, JEAN/LABORDE-LACOSTE, MARCEL. Introduction générale à l'étude du droit, Paris 1947.
- BROCK, FRIEDRICH. Die Bedeutung des Typusbegriffes für die biologische Eigenweltforschung, Studium Generale 5, 1952, p.247 ss.
- BRULLIARD, GERMAIN/LAROCHE, DANIEL. Précis de droit commercial, 4^e éd., Paris 1960.
- BRUNETTI, ANTONIO. Trattato del Diritto della Società I, Milan 1948.
- BURCKHARDT, WALTHER. Methode und System des Rechts, Zurich 1936.
- VON BÜREN, BRUNO. Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zurich 1964.
- BÜRGI, WOLFHART F. Das Problem des Minderheitsschutzes im schweizerischen Aktienrecht, La Société Anonyme Suisse 29, 1956, p.81 ss. (cité: Minderheitsschutz).
- Aktuelle Fragen des Aktienrechts, La Société Anonyme Suisse 30, 1957/1958, p.106 ss.
 - Bedeutung und Grenzen der Interessenabwägung bei der Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Probleme, Etudes Carry, Genève 1964, p.1 ss. (cité: Interessenabwägung).
 - Revisionsbedürftige Regelungen des schweizerischen Aktienrechts (texte complété de l'étude parue sous le même titre dans: Regards sur le droit suisse – aujourd'hui et demain, Bâle 1964, p.201 ss.), La Société Anonyme Suisse 38, 1966, p.57 ss. (cité: Regelungen).
- CAFLISCH, SILVIO. Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, thèse Zurich 1961.
- CAPITAINE, GEORGES. Le statut des sociétés holdings en Suisse, rapport à la Société suisse des juristes, RDS 62, 1943, p.1 a et ss.

- CAPITANT, HENRI. Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales, 4^e éd., Paris 1925.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. Teoria generale del diritto, 2^e éd., Rome 1946.
- CHEVALIER, JACQUES. Le Concept et l'Idée, Mélanges Maurice Hauriou, Paris 1929, p. 111 ss.
- COLIN, AMBROISE/CAPITANT, HENRI. Traité de droit civil, refondu par LÉON JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, tome II, Paris 1959.
- CORNIL, GEORGES. Le droit privé, Essai de sociologie juridique simplifiée, Paris 1924.
- CRUET, JEAN. La vie du droit et l'impuissance des lois, Paris 1908.
- DABIN, JEAN. La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé, Bruxelles et Paris, 1935 (cité: Technique) – Théorie générale du droit, 2^e éd., Bruxelles 1953.
- D'AMELIO, MARIANO/FINZI, ENRICO. Codice civile. Libro delle Obligazioni. Volume I. Commentario delle obbligazioni in generale e dei contratti in generale. Florence 1948.
- DAVID, RENÉ. Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative, Paris 1950.
- DEMOGUE, RENÉ. Les Notions Fondamentales du Droit Privé, Essai critique, Paris 1911.
- DESCHENAUX, HENRI. Obligations propter rem, Ius et Lex, Festgabe Max Gutzwiller, Bâle 1959, p. 711 ss.
- L'application de la logistique à la science du droit, Regards sur le droit suisse – aujourd'hui et demain, Bâle 1964, p. 109 ss. (cité: Logistique).
- DU PASQUIER, CLAUDE. Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 2^e éd., Neuchâtel et Paris 1942.
- DURKHEIM, EMILE. Les règles de la méthode sociologique, Paris 1895.
- EGGER, AUGUST. Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, RDS 45, 1926, p. 1 ss.
- Mißbrauch der Vertretungsmacht, Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe Carl Wieland, Bâle 1934, p. 47 ss. (cité: Vertretungsmacht).
- Die rechtliche Natur der stillen Beteiligung an einem Unternehmen, Ausgewählte Schriften und Abhandlungen II, Beiträge zum Privat- und Handelsrecht, Zurich 1957, p. 197 ss. (cité: Stille Beteiligung).
- EICHLER, HERMANN. Institutionen des Sachenrechts, Ein Lehrbuch, vol. I, Berlin 1954.
- ENGISCH, KARL. Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg 1953 (cité: Konkretisierung).

- Sinn und Tragweite juristischer Systematik, *Studium Generale* 10, 1957, p.173ss. (cité: Systematik).
 - Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens, *Studium Generale* 12, 1959, p. 76 ss. (cité: Logik).
 - Die Realität der Rechtsbegriffe, *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Milan 1962, p.317ss. (cité: Rechtsbegriffe).
- ESCARRA, JEAN/ ESCARRA, EDOUARD/ RAULT, JEAN. *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, tome I, Paris 1950.
- ESMEIN, PAUL. *Remarques sur de nouvelles classifications des obligations, Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris 1937, p. 235 ss.
- ESSER, JOSEF. *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie*, Wien 1949 (cité: Einführung).
- *Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil*, 2^e éd., Karlsruhe 1960.
- FERRI, GIUSEPPE. *Manuale di diritto commerciale*, Turin 1950.
- FRIEDMANN, WOLFGANG. *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Paris 1965.
- FROMER, LEO. *Merkmale und Besonderheiten der privaten Aktiengesellschaften*, *La Société Anonyme Suisse* 30, 1957/1958, p. 124 ss.
- GÉNY, FRANÇOIS. *Science et Technique en droit privé positif*. I, Introduction, Paris 1914; II, Elaboration scientifique du droit positif, Paris 1915; III, Elaboration technique du droit positif, Paris 1921; IV, Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif, Paris 1924 (cité: Science et Technique).
- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Essai critique, 2 vol., 2^e éd., nouveau tirage, Paris 1932 (cité: Méthode).
- GERBER, HANS. *Gruppenbildung und Gruppenschutz in der Aktiengesellschaft*, thèse Berne 1946.
- GERMANN, OSKAR ADOLF. *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, Berne 1965.
- GERWIG, MAX. *Schweizerisches Genossenschaftsrecht*, Berne 1957.
- GINOSSAR, S. *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un Système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris 1960.
- GLATTFELDER, HANS. *Die Aktionärbindungs-Verträge*, rapport à la Société suisse des juristes, *RDS* 78 II, 1959, p.141 a et ss.
- GRAZIANI, ALESSANDRO. *Diritto delle Società*, 3^e éd., Naples 1955.
- GRECO, PAOLO. *Le Società nel sistema legislativo italiano, Lineamenti generali*, Turin 1959.
- GROSSEN, JACQUES-MICHEL. *La personnalité morale et ses limites en droit suisse*, in: *La personnalité morale et ses limites. Etudes*

de droit comparé et de droit international public, Travaux et Recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Paris 1960, p.143ss. (cité: Personnalité morale).

- Quelques remarques sur la situation et les méthodes du droit de la famille, RDS 85 I, 1966, p.41 ss. (cité: Remarques).

Gutachten über Änderung des kantonalen und eidgenössischen Steuerrechts im Hinblick auf Umwandlungen und Fusionen geschäftlicher Unternehmungen (Änderung der Rechtsform) und auf Holdingverhältnisse, verfaßt von einer Expertenkommission unter dem Vorsitz von Dr. Josef F. PLATTNER, Bundesrichter, Zurich 1964 (cité: Gutachten).

GUTZWILLER, MAX. Zur Lehre von der «Natur der Sache», Hommage de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg à la Société suisse des juristes, à l'occasion de sa 59^e assemblée générale, Fribourg 1924, p.282ss. et in: Elemente der Rechtsidee, Bâle 1964, p.134.

- Note de jurisprudence sur l'arrêt Miniera (RO 88 II, 1962, p.209), RDS 83 I, 1964, p.453ss. (cité: Miniera).
- Zum Problem der Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson, RDS 84 I, 1965, p. 223ss. (cité: Freiheit).
- Das Recht der Verbandspersonen. Grundsätzliches, in: Schweizerisches Privatrecht II, Bâle et Stuttgart 1967, p.425ss. (cité: Verbandspersonen).
- Die Stiftungen, in: Schweizerisches Privatrecht II, Bâle et Stuttgart 1967, p.571ss. (cité: Stiftungen).

HAESAERT, J. Théorie générale du droit, Bruxelles 1948.

HAMEL, JOSEPH/LAGARDE, GASTON. Traité de droit commercial, tome I, Introduction générale, Les Personnes du Droit commercial, Paris 1954.

HAMIAUT, MARCEL. La réforme des sociétés commerciales, Loi n° 66–537 du 24 juillet 1966, 3 vol., Paris 1966.

HECK, PHILIPP. Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

VAN HECKE, G. Locatio operis faciendi, Ein Beitrag zur Systematik der Vertragstypen, Ius et Lex, Festgabe Max Gutzwiller, Bâle 1959, p.673ss.

HEINI, ANTON. Note de jurisprudence sur l'arrêt Miniera (RO 88 II, 1962, p.209), RDS 83 I, 1964, p.436ss. (cité: Miniera).

- Note de jurisprudence sur l'arrêt Alex Martin (RO 90 II, 1964, p.333), RDS 84 I, 1965, p.493ss. (cité: Alex Martin).
- Die Vereine, in: Schweizerisches Privatrecht II, Bâle et Stuttgart 1967, p.515ss. (cité: Vereine).

HEMPEL, CARL G./OPPENHEIM, PAUL. Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik, Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie, Leiden 1936.

HEYDE, J. ERICH. Typus, Ein Beitrag zur Typologik, Studium Generale 5, 1952, p.235 ss.

HIRSCH, ALAIN. L'Organe de contrôle dans la société anonyme, Genève 1965 (cité: Contrôle).

- Problèmes actuels du droit de la société anonyme, L'organisation de la S.A., rapport à la Société suisse des juristes, RDS 85 II, 1966, p.1 ss. (cité: Problèmes).
- Interventions dans les débats de l'assemblée générale 1966 de la Société suisse des juristes, Procès-verbal du 25 septembre 1966, RDS 85 II, 1966, p.640ss. et 773ss. (cité: Interventions).
- Le projet d'une société européenne et le droit suisse, Centre d'études juridiques européennes, Genève 1967 (cité: Société européenne).

HOUIN, ROGER. L'abus de la personnalité morale dans les sociétés par actions en droit français, La società per azioni alla metà del secolo XX, Studi in memoria di Angelo Sraffa I, Padoue 1962, p.349 ss.

HUBER, EUGEN. Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, Berne 1920 (cité: Bericht).

- Recht und Rechtsverwirklichung, Probleme der Gesetzgebung und der Rechtspsychologie, Bâle 1921.

HUSSON, LÉON. Les transformations de la responsabilité, Etudes sur la pensée juridique, Thèse (lettres) Paris, 1947.

JÄGGI, PETER. Ungelöste Fragen des Aktienrechts, La Société Anonyme Suisse 31, 1958, p.57 ss. (cité: Ungelöste Fragen).

- Ein Gerichtsurteil über den «abhängigen» (fiduziarischen) Verwaltungsrat, RSJ 56, 1960, p.1 ss. (cité: Gerichtsurteil).
- Vom Abstimmungsverfahren in der Aktiengesellschaft, Festgabe Max Obrecht, Soleure 1961, p.394 ss. (cité: Abstimmungsverfahren).
- Grundfragen der Privatrechts-Entwicklung, in: Regards sur le droit suisse – aujourd'hui et demain, Bâle 1964, p.153ss. (cité: Grundfragen).
- Von der Gesellschaft auf Lebenszeit, Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964 (cité: Gesellschaft auf Lebenszeit).

JANNE D'OTHÉE, XAVIER. Du droit des minorités dans les sociétés anonymes, La società per azioni alla metà del secolo XX, Studi in memoria di Angelo Sraffa I, Padoue 1962, p.361 ss.

JOSSE RAND, LOUIS. Cours de droit civil positif français, 2^e éd., 3 vol., Paris 1932–1933 (cité: Droit civil).

- De l'esprit des lois et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits, 2^e éd., Paris 1939 (cité: Esprit des lois).

Jura Europae, Le Droit de la Communauté Economique Euro-

- péenne, tome I: Droit des sociétés, Munich et Berlin/Paris 1966, mise à jour au 1.1.1967.
- KALINOWSKY, GEORGES. Introduction à la logique juridique, Éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique, Paris 1965.
- VON KEMPSKI, JÜRGEN. Zur Logik der Ordnungsbegriffe, besonders in den Sozialwissenschaften, *Studium Generale* 5, 1952, p.205 ss.
- KNAPP, VIKTOR. Théorie du droit et cybernétique, *Etudes juridiques en l'honneur de Léon Julliot de la Morandière*, Paris 1964, p. 233 ss.
- KRETSCHMER, ERNST. Der Typus als erkenntnistheoretisches Problem, *Studium Generale* 4, 1951, p.399 ss.
- KOLLER, ARNOLD. Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Fribourg 1967.
- LA LUMIA, ISIDORO. La «atipicità» nelle società commerciali, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* XXXVI, 1938, I, p.217 ss.
- LARENZ, KARL. Lehrbuch des Schuldrechts. I, Allgemeiner Teil, Munich et Berlin 1953; II, Besonderer Teil, Munich et Berlin 1956 (cité: Lehrbuch).
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1960 (cité Methodenlehre).
- Les types professionnels: L'avocat. – Débats de la Société de Sociologie de Paris, *Revue Internationale de Sociologie*, 1907, p.262 ss., 337 ss.
- LIVER, PETER. Der Begriff der Rechtsquelle, *RJB* 91^{bis}, 1955, p.1 ss. (cité: Rechtsquelle).
- Note de jurisprudence sur l'arrêt Miniera (RO 88 II, 1962, p.209), *RJB* 99, 1963, p.329 ss. (cité: Miniera).
 - Note de jurisprudence sur l'arrêt Alex Martin (RO 90 II, 1964, p.333), *RJB* 101, 1965, p.365 ss. (cité: Alex Martin).
- LYON-CAEN, CH./RENAULT, L. Traité de droit commercial, 5^e éd. avec la collaboration de André Amiaud, tome II, Paris 1926.
- MAURY, JACQUES. Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit, *Le Droit privé français au milieu du XX^e siècle*, *Etudes offertes à Georges Ripert*, tome I, Paris 1950, p.28 ss.
- VON MAY, PIERRE. Die Gründung der Aktiengesellschaft in ihrer geschichtlichen Entwicklung in der Schweiz, insbesondere in den Kantonen Bern und Zürich, thèse Berne 1945.
- MAZEAUD, HENRI et LÉON/MAZEAUD, JEAN. Leçons de droit civil, tome IV, vol. I, Paris 1966.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR. Der Richter als Gesetzgeber, Zurich 1951.
- MERZ, HANS. Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle

- der Rechtsschöpfung, RDS 80 I, 1961, p.335 ss. (cité: General-klausel).
- Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, AcP 1964, Tübingen 1964, p.305 ss. (cité: Auslegung).
- MIJALKOVIĆ, VLADIMIR. Die wirtschaftliche und rechtliche Stellung des Kleinaktionärs, thèse Berne 1941.
- MONTEIL, VICTOR. Zum Erwerb vinkulierter Namenaktien im Erbgang, Festgabe Max Obrecht, Soleure 1961, p.406 ss.
- MOTULSKY, HENRI. Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, thèse de Lyon, Paris 1948.
- NAEF, KURT. Kennt das schweizerische Recht die stille Gesellschaft? RJB 96, 1960, p.257 et 305 ss.
- NICOLÒ, Rosario. Rassegna di giurisprudenza sul codice civile, Libro quinto, Milan 1955.
- NOIREL, JEAN. Les tendances modernes de la jurisprudence commerciale en matière de sociétés anonymes, thèse Nancy, 1958.
- PANDOLFELLI, G. (et autres) Codice civile. IV: Libro delle obbligazioni. V: Libro del lavoro. Milan 1942.
- PATRY, ROBERT. Les accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire, rapport à la Société suisse des juristes, RDS 78 II, 1959, p. 1 a et ss. (cité: Accords).
- La nullité des décisions des organes sociaux dans la société anonyme, Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1904, p.227 ss. (cité: Nullité).
 - L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, Troisième Journée Juridique, Genève 1964, p.9 ss. (cité: Annulation).
- PAULICK, HEINZ. Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, Tübingen 1954 (cité: Typenbeschränkung).
- Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, Karlsruhe 1956 (cité: Genossenschaft).
 - Handbuch der stillen Gesellschaft, Cologne 1959 (cité: Stille Gesellschaft).
- PEDRAZZINI, MARIO M. Stille Gesellschaft oder (offene) einfache Gesellschaft? RSJ 52, 1956, p.369 ss.
- PELLET, MARC-ANDRÉ. Le but non économique de l'association, Contribution à l'étude de l'art.60 al.1 CC, en particulier dans son application aux organisations professionnelles et aux cartels, thèse Lausanne 1964.
- PERREAU, ETIENNE-H. Technique de la jurisprudence en droit privé, 2 vol., Paris 1923.

- PERROT, ROGER. De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques, thèse Paris 1947.
- PEYER, HANS-KONRAD. Die Zweimann-Aktiengesellschaft, thèse Zurich 1963.
- PIOTET, PAUL. La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral sur le but des associations, JdT 1963 I, p. 98 ss.
- Retour à la jurisprudence traditionnelle sur le but non économique des associations, JdT 1965 I, p. 194 ss.
- PLANIOL, MARCEL/RIPERT, GEORGES. Traité pratique de droit civil français, tome VIII, Les régimes matrimoniaux, 2^e éd., par Jean Boulanger, Paris 1957.
- Procès-verbal de la 100^e assemblée annuelle de la Société suisse des juristes, à Zoug, 25 septembre 1966, RDS 85 II, 1966, p. 628 ss.
- Rapport sur l'imposition des sociétés anonymes de famille, par une commission d'experts présidée par M. JOSEF PLATTNER, Juge fédéral, traduction de l'allemand, Zurich 1955.
- RASNER, HENNING. Die atypische stille Gesellschaft, ein Institut des Gesellschaftsrechts, Bielefeld 1961.
- REMANE, ADOLF. Das Problem des Typus in der morphologischen Biologie, Studium Generale 4, 1951, p. 390 ss.
- RENARD, GEORGES. Le Droit, la Justice et la Volonté, Conférence d'Introduction philosophique à l'étude du droit, Paris 1924 (cité: Le Droit).
- La théorie de l'institution, Essai d'ontologie juridique, tome I: Partie juridique, Paris 1930 (cité: Théorie de l'institution).
 - L'institution, Fondement d'une rénovation de l'ordre social, Paris 1933 (cité: L'institution).
- RIPERT, GEORGES. Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris 1946 (cité: Capitalisme).
- Le déclin du droit, Etudes sur la législation contemporaine, Paris 1949 (cité: Déclin).
 - Traité élémentaire du droit commercial, 2^e éd., Paris 1951 (cité: Traité élémentaire).
 - Les forces créatrices du droit, Paris 1955 (cité: Forces créatrices).
- ROCCHI, LUIGI. Sulla classificazione delle società commerciali anche in relazione alla loro atipicità, Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni XXXIX, 1941, p. 297 ss.
- ROMANO-PAVONI, GIUSEPPE. La «tipicità» delle società e le società interne, Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni XLIX, 1951, p. 367 ss.
- ROTONDI, MARIO. Studi di diritto commerciale e di diritto generale delle obbligazioni, Padoue 1961.
- ROUBIER, PAUL. Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, 2^e éd., Paris 1951.

- ROUJOU DE BOUBÉE, GABRIEL. Essai sur l'acte juridique collectif, thèse de Toulouse, Paris 1961.
- RUSSO, FRANÇOIS. Réalité juridique et réalité sociale, Etude sur les Rapports entre le Droit et la Sociologie et sur le Rôle du droit dans la Vie sociale, thèse Paris, 1942.
- SAUER, WILHELM. Juristische Methodenlehre, Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften, Stuttgart 1940.
- SAVATIER, RENÉ. Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, Structures matérielles et structures juridiques, Le Droit privé français au milieu du XX^e siècle, Etudes offertes à Georges Ripert, tome I, Paris 1950, p. 75 ss. (cité: Réalisme).
- Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 2^e éd., Paris 1952 (cité: Métamorphoses).
- SCHIEDER, THEODOR. Der Typus in der Geschichtswissenschaft, Studium Generale 5, 1952, p. 228 ss.
- SCHLUEP, WALTER RENÉ. Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Zurich et St-Gall 1955 (cité: Wohlerworbene Rechte).
- Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen? La Société Anonyme Suisse 33, 1961, p. 137 ss. et 170 ss. (cité: Schutz des Aktionärs).
 - Die methodologische Bedeutung des Typus im Recht, Festgabe Max Obrecht, Soleure 1961, p. 9 ss. (cité: Typus).
- SCHUCANY, EMIL. Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2^e éd., Zurich 1960.
- SCIALOJA, ANTONIO/BRANCA, GIUSEPPE. Commentario del codice civile, V, Delle società, par GIUSEPPE FERRI, Bologne et Rome 1955.
- SECRÉTAN, ROGER. L'étendue de la liberté de choix entre les diverses corporations de droit privé, RJB 96, 1960, 173 ss.
- SIEGWART, ALFRED. Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, Rektoratsrede, Fribourg 1936 (cité: Zweckwidrige Verwendung).
- Die Freiheit bei der Wahl der Verbandsform und bei der Einzelgestaltung ihres Inhaltes, Hommage de la Faculté de droit de Fribourg à la Société suisse des juristes pour sa 77^e assemblée annuelle, Fribourg 1943, p. 173 ss. (cité: Freiheit).
- SIGAUT, JEAN. Les deux sortes de sociétés anonymes – La société privée et la société faisant appel à l'épargne publique, thèse Grenoble, 1942.
- SIMITIS, SPIROS. Die faktischen Vertragsverhältnisse, als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt a. M. 1957.
- STECKHAN, HANS-WERNER. Die Innengesellschaft, Berlin 1966.

- VON STEIGER, FRITZ. Observations concernant la possibilité des autorités du registre du commerce d'intervenir contre l'abus de l'emploi des formes de société à disposition, RJB 96, 1960, p.190 ss. (cité: Observations).
- Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 3^e éd., Zurich 1966 (cité: Aktiengesellschaft).
- VON STEIGER, WERNER. Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, rapport à la Société suisse des juristes, RDS 62, 1943, p.195 a ss. (cité: Holdinggesellschaften).
- Betrachtungen über die rechtlichen Grundlagen der Aktiengesellschaft, RJB 91^{bis}, 1955, p.334 ss. (cité: Betrachtungen).
 - Über die Verantwortungen des Hauptaktionärs, Ius et Lex, Festgabe Max Gutzwiller, Bâle 1959, p.699 ss. (cité: Hauptaktionär).
- STRUNZ, KURT. Zur Methodologie der psychologischen Typenforschung, Studium Generale 4, 1951, p.402 ss.
- SUTER, PAUL. Freiheit und Zwang bei der Wahl der Verbandsperson, thèse Bâle (dactylographiée), 1946.
- TERRÉ, FRANÇOIS. La distinction de la société et de l'association en droit français, Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, p.325 ss.
- THALLER, EDMOND. Traité élémentaire de droit commercial, 5^e éd., Paris 1916 (cité: Traité élémentaire).
- Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales, par PAUL PIC, tome I, Paris 1908 (cité: Traité général).
- TROLL, WILHELM. Biomorphologie und Biosystematik als typologische Wissenschaften, Studium Generale 4, 1951, p.376 ss.
- TROLLER, ALOIS. Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, Frankfurt a.M./Berlin 1965.
- TROUILLAT, ROBERT. Le nouveau droit des sociétés commerciales, La loi du 24 juillet 1966 et les textes d'application commentés, Paris 1967.
- VON TUHR, ANDREAS. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2 vol., Munich et Leipzig, 1910–1914 (cité: Deutsches Recht).
- Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2 vol., 2^e éd. par ALFRED SIEGWART, Zurich 1942/1944 (cité: Obligationenrecht).
- TUNC, ANDRÉ. Logique et politique dans l'élaboration du droit, spécialement en matière de responsabilité civile, Mélanges Jean Dabin I, Bruxelles et Paris 1963, p.317 ss.
- VACHERON, JEAN. Essai sur l'usage abusif de la société anonyme en droit suisse, thèse Lausanne 1949.

- VASSEUR, MICHEL. Quelques arguments pour une société de type européen, RDS 84 I, 1963, p. 135 ss.
- VIEHWEG, THEODOR. Topik und Jurisprudenz, Munich 1953.
- VIRALLY, MICHEL. La pensée juridique, Paris 1960.
- WALDER, ERNST. Unternehmer- und Publikumsaktionäre, thèse Zurich 1955.
- WALINE, M. Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique: faut-il tuer les catégories juridiques? Mélanges Jean Dabin I, Bruxelles et Paris 1963, p. 359 ss.
- WESTERMANN, HARRY. Lehrbuch des Sachenrechts, 3^e éd., Karlsruhe 1956.
- WIDMER, KURT. Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung de lege lata et de lege ferenda (Art. 697 OR), thèse Zurich 1961.
- WIELAND, KARL. Handelsrecht, 2 vol., Munich et Leipzig 1921/1931.
- WINTER, MAXIMILIEN. Application de l'algèbre de la logique à une controverse juridique, Revue de Métaphysique et de Morale, 1906, p. 617 ss.
- WOLFF, HANS J. Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale 5, 1952, p. 195 ss.
- ZELLER, MAX. Die Familien-A.G. nach dem revidierten Obligationenrecht, thèse Berne, 1940.
- ZITTEL, BERNHARD. Der Typus in der Geschichtswissenschaft, Studium Generale 5, 1952, p. 378 ss.
- ZUMSTEIN, JACQUES. Du caractère institutionnel de la société anonyme, thèse Lausanne 1954.

ABRÉVIATIONS

On renvoie au tableau des abréviations qui figure en tête de chaque volume du Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, avec l'adjonction suivante:

AcP = Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen.

Introduction

1. L'attention de la doctrine juridique suisse se porte, depuis quelques années, sur un problème dont il est malaisé de cerner les contours, d'appréhender l'essence et d'évaluer la portée. Une théorie dite des «types», en effet, semble vouloir y prendre pied sous des formes diverses et moyennant un vocabulaire particulier. De par la conception que s'en font certains auteurs et vu l'importance qu'ils lui attribuent, elle tend à jouer un rôle non seulement dans les études scientifiques, mais aussi dans l'application concrète du droit par la jurisprudence. Elle se propose notamment de résoudre des questions depuis longtemps discutées et disputées. Sa nature propre implique une expansion à l'ordre juridique tout entier, mais son domaine préféré paraît être, à l'heure actuelle, le droit des sociétés et autres groupements juridiques en général, avec une prédilection pour la société anonyme.

Le présent rapport vise essentiellement à exposer, examiner et situer cette théorie, en soi, puis de rechercher si – et dans l'affirmative sous quel aspect et selon quelles modalités – elle est utilisable et féconde dans le droit des sociétés. Ce dernier objectif est strictement limité au droit privé fédéral.

2. Il convient d'emblée de dissiper un malentendu possible. Cette étude n'a et ne saurait avoir la portée d'un «travail préparatoire» dans la perspective directe d'une quelconque révision législative concrète. L'orientation est donc différente de celle des rapports présentés à l'assemblée générale de 1966 de la Société suisse des juristes sur les questions actuelles du droit de la société anonyme, bien que lesdits rapports aient déjà touché certains problèmes s'articulant à une théorie des types. Cette remarque n'exclut évidemment pas a priori qu'une telle théorie puisse ou doive être prise en considération lors d'une modification ultérieure, totale ou partielle, de la réglementation légale des sociétés. On verra,

d'ailleurs, que l'examen du sujet conduit à effleurer certaines questions qui confinent au domaine de l'activité législative.

3. Le juriste suisse d'expression française – à qui ce rapport est en premier lieu destiné – qui aborde la théorie des types par le biais le plus naturel, à savoir l'expression qui lui est donnée dans la doctrine de son pays (ni la législation de droit privé, ni la jurisprudence n'y faisant allusion), est frappé et déconcerté dès le premier contact par l'étrangeté d'une bonne partie du vocabulaire utilisé, dont il ne trouve souvent que très difficilement (s'il les trouve) des équivalents même approximatifs dans sa propre langue¹. Ce sentiment ne fait que s'accroître s'il a le courage de poursuivre néanmoins son travail. Il se heurte, en effet, à ce qu'il faut bien appeler une confusion terminologique qui constitue pour lui une source de sérieuses difficultés. Il se rend compte bientôt que la théorie elle-même dont il a entrepris l'étude dans l'idée naïve qu'elle s'insère normalement dans un ensemble de conceptions et de thèses juridiques auxquelles il est plus ou moins accoutumé, se situe en réalité en dehors de cette orbite et, à parler franc, qu'elle lui est pratiquement inconnue, d'une part, et qu'elle est d'origine essentiellement germanique, d'autre part.

Ces constatations impliquent des conséquences, qui ont conditionné la structure de ce rapport. L'imprécision et les singularités du vocabulaire exigeaient nécessairement une large enquête terminologique préalable. C'est une affaire de probité intellectuelle élémentaire, que de chercher à éclairer ainsi, dans la mesure du possible, les avenues conduisant au problème essentiel. Dans la même perspective, et en raison des origines de la théorie des types, il a paru utile – sinon même indispensable – de donner au moins un aperçu des formules et conceptions «typologiques» dans les régimes juridiques étrangers d'expression française et italienne.

¹ On permettra au rapporteur de généraliser ici son expérience personnelle, confirmée au demeurant par les quelques sondages auxquels il a jugé utile de procéder.

4. L'ignorance d'une grande partie des juristes suisses (de langue française surtout, mais non exclusivement) à l'égard de la théorie des types a incité ensuite le rapporteur, parce qu'il faut tout de même savoir de quoi l'on parle, à étudier cette théorie de manière assez approfondie pour en exposer les éléments essentiels, sans pour autant, et ceci doit être souligné, chercher à l'enrichir, la compléter ou la nuancer par des vues personnelles. Ç'aurait été un objectif, et une ambition, excédant les limites de ce rapport pour un résultat pratique qui apparaissait d'emblée très problématique.

En revanche, il a bien fallu s'avancer dans des domaines sortant nettement du droit positif. Alors qu'on pouvait penser au départ qu'il s'agissait essentiellement de questions familières à un praticien du droit des sociétés, il s'est révélé très vite que la théorie des types s'enracine essentiellement dans des conceptions de méthodologie juridique fondamentale à tel point que l'exposé devait inéluctablement se développer à ce niveau. C'est là l'explication, sinon l'excuse, d'une incursion dans des problèmes dont il n'est pas usuel que la Société suisse des juristes fasse l'objet de ses débats.

On a recouru de préférence, pour l'étude critique de la théorie des types, à la littérature juridique d'expression française. Non seulement parce qu'il importe de toute évidence, en présence d'une thèse méthodologique élaborée presque exclusivement par des théoriciens d'un pays, de la confronter avec les travaux des savants d'un autre pays; non seulement parce que, dans la mesure où il pourrait être question des méthodes d'interprétation, «les juristes suisses sont avant tout les élèves des jurisconsultes français»² et qu'effectivement on y trouve des travaux d'un mérite exceptionnel; mais aussi parce qu'il était manifestement indiqué, pour s'adresser à des juristes de langue française, de s'inspirer des modes de pensée et d'expression qui leur sont les plus familiers.

² GERMANN, p. 378.

5. Le titre de ce rapport exige au moins une précision.

Il s'agit a priori de rechercher si et, le cas échéant, comment et jusqu'à quel point la théorie des types peut apporter, en droit suisse, de la lumière et des solutions à des problèmes qui naissent de l'affrontement entre les besoins de la vie économique et sociale et les modalités selon lesquelles le droit privé fédéral envisage et réglemente les efforts des hommes se groupant en vue d'un objectif commun. Pour éviter une longue description, voire une énumération de ces groupements, il fallait utiliser une formule simple qui les englobât tous. Or, une telle désignation générique n'existe pas en droit suisse, et il serait présomptueux de vouloir forger un néologisme à cet effet. Aussi a-t-on préféré un terme bien reçu dans la terminologie traditionnelle, quitte à relever son insuffisance au cas particulier³.

³ Dans le titre et le texte de cette étude, on entend donc, en parlant des « sociétés », aussi bien les associations (art. 60 ss. CC) et les fondations (art. 80 ss. CC) que les sociétés simples (art. 530 ss. CO), les sociétés en nom collectif (art. 552 ss. CO), les sociétés en commandite (art. 594 ss. CO), les sociétés anonymes (art. 620 ss. CO), les sociétés en commandite par actions (art. 764 ss. CO), les sociétés à responsabilité limitée (art. 772 ss. CO) et les sociétés coopératives (art. 828 ss. CO). Dans son sens propre, la désignation « sociétés » ne concernerait ni les associations, ni les fondations, lesquelles sont toutefois des personnes morales. L'expression « personnes morales », elle, n'aurait convenu ni aux sociétés simples, ni aux sociétés en nom collectif, ni aux sociétés en commandite. Cf. GUTZWILLER, *Verbandspersonen*, p. 448 ss.

Première partie

APPROCHES DE LA QUESTION

Chapitre I

*Situation de la théorie des types en droit suisse
(terminologie, implantation, évolution)*

1. Comme on le verra par la suite, la théorie des types s'exprime en un vocabulaire spécial, en partie forgé par les auteurs qui s'en réclament directement, ou qui s'en servent implicitement.

S'il est vrai, selon la formule célèbre, qu'*une science est avant tout une langue bien faite*, il est indispensable de rechercher d'abord en quel sens le mot «*type*» et les termes qui en dérivent ont été et sont utilisés *en fait* dans le langage juridique suisse. En d'autres termes, il s'agit d'établir préliminairement un constat. Le résultat de cette exploration montrera si cette terminologie, telle qu'elle est effectivement pratiquée, enveloppe une signification «technique» unique, bien définie ou en tout cas suffisamment consistante. On verra ainsi dans quelle mesure le vocabulaire juridique existant, et les notions qu'il recouvre, permettent une réception et un développement de la théorie des types en droit suisse. Les conclusions du tableau ainsi dessiné seront tirées plus loin (deuxième partie, chapitre III).

2. Point n'est besoin d'insister sur le fait que les vocables de base (*type*, *typique*) sont d'un usage courant, voire vulgaire, dans le langage quotidien du commun des hommes. Ce qui importe ici, c'est de savoir si, en Suisse, les juristes ont donné et donnent au «*type*», lorsqu'ils utilisent ce terme dans leurs publications juridiques pour signifier une réalité relevant du droit, un sens précis et déterminé. Tel n'est manifestement pas le cas, bien au contraire. Les recherches, ef-

fectuées par des sondages suffisamment larges pour qu'un recensement systématique ne puisse en infirmer les résultats, aboutissent à des constatations dont le caractère négatif est impressionnant.

C'est ce qu'il faut montrer maintenant, l'importance du fait et de sa vérification justifiant un fastidieux appareil de citations: il faut voir où l'on va, même si la broussaille à défricher n'incite pas à la promenade.

3. On doit constater tout d'abord que les mots «type» et «typique» ont été très fréquemment utilisés depuis fort longtemps dans la doctrine juridique suisse, et le sont encore actuellement, sans aucune prétention à une signification technique précise. On semble, au contraire, s'être accoutumé à des acceptions très diverses de ces vocables, et avoir accepté l'imprécision qui en découle. Il importe de le montrer au moyen d'exemples relativement nombreux. La classification de ces exemples n'est donnée ici que pour la commodité de l'exposé; elle est dépourvue de toute prétention scientifique, sous quelque aspect que ce soit.

a) Il s'agit notamment et en premier lieu des cas dans lesquels les éléments du vocabulaire «typologique»¹ sont utilisés simplement en lieu et place d'autres mots au sens habituel desquels ils n'ajoutent rien d'important. Ainsi, lorsque l'adjectif «*typique*» est utilisé, soit pour *caractéristique* ou *spécifique*, soit pour *essentiel*, soit pour *le plus fréquent*, par référence à une situation de fait ou une relation juridique déterminées².

¹ L'utilisation de tels vocables dans la première partie de ce rapport est inévitable, et n'implique aucune appréciation critique.

² *Exemples*: BECKER, Commentaire, 2^e éd., 1941, n.4 et 10 ad art.19 CO: «typische Tatbestandsstücke»; n.6, 7 et 8 ad art.19 CO: «typische Leistungen». BURCKHARDT, p.20, note 19: «typische Regelmäßigkeiten». CAPITAINE, p.31 a, note 64: «un cas typique de holding en forme de coopérative»; «un autre cas typique de coopérative faisant fonction de holding...»; cf. aussi p.36 a note 75. DU PASQUIER, p.99: «Le plus typique des rapports de droit»; p.106: «La catégorie typique des droits relatifs... La catégorie typique des droits absolus»; p.147: «Un ensemble typique de rela-

Il est bien entendu que ce constat n'implique pas, à ce stade de l'analyse, un jugement de valeur sur l'utilisation qui est ainsi faite de ces vocables, qui peut fort bien se justifier, et se justifie souvent, pour des motifs dont il n'y a pas lieu de tenir compte dans ce rapport, où la perspective est spécifiquement celle de déterminer si la terminologie en cause peut valablement servir d'instrument d'une théorie juridique qui prétend à un rôle important dans la formation et l'application concrète du droit, et spécialement du droit des sociétés. Il faut même reconnaître que la possibilité d'un tel emploi

tions...»; p.197: «le cas typique du criminel qui allume un incendie...». GUTZWILLER, Commentaire ad art.828–964 CO, Einl. n.52: «Als typische Wirtschaftsgenossenschaften erschienen...». HEINI, Miniera, p.443: «der für Kapitalgesellschaften typische Sachverhalt»; Vereine, p.524: «In Art.60 Abs.1 nennt das Gesetz selber einige typische Beispiele von Vereinen mit nichtwirtschaftlichen Zwecken». JANGGEN-BECKER, Allg. Einleitung n.1: «typische Rechtsformen» (désigne celles des «formes» de sociétés qui sont prévues et réglées par la loi: la S.à r.l., la S.A., etc.). LIVER, Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen und Dienstbarkeiten, in: Ius et Lex, Festgabe Max Gutzwiller, Bâle 1959, p.751: «Es gibt typische Notlagen». MERZ, Auslegung, p.323 et 325; Commentaire ad art.2 CC, n.33 et titre précédant les n.181 ss.: «typische Tatbestände»; ad art.2 CC, n.150: «die Auslegung typischer und im Geschäftsverkehr häufig verwendeter Klauseln»; Generalklausel, p.349: «eine typische Regelung». Rapport sur l'imposition des sociétés anonymes de famille, p.16: «...les conditions qu'elles doivent remplir le sont de façon particulièrement typique quand...». SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allgemeine Einleitung, n.233: «... auf der Erfüllungsart der typischen (charakteristischen) Leistung»; cf. aussi n.237. SIEGWART, Freiheit, p.181: «Der organisierte Verband in seiner typischen Gestalt...»; Commentaire ad art.530–619 CO, Vorbem. zu Art.530–551 CO, n.1: «die für die einfache Gesellschaft typischen Erscheinungen»; n.7: «typische Form», «typische Verhältnisse»; n.17: «typische Erscheinungsformen»; Commentaire de la S.A., Einleitung, n.1: «Die AG ist eine Personenverbindung, welche durch typische, in Art.690 genau aufgezählte Eigenschaften...»; n.19: «der für die AG typische Erwerbszweck auf Grund wirtschaftlicher Betätigung». WIELAND, I p.388: «die Entwicklung typischer Formen der Handelsgesellschaft» (on peut se permettre ici d'incorporer WIELAND à la doctrine suisse).

commun et «indéterminé» de ces termes doit être sauvegardée comme répondant jusqu'à un certain point à un besoin du langage courant. On n'exclut nullement, par là, l'exigence d'une précision terminologique lorsque l'adjectif *typique* doit revêtir une signification particulière dans une optique scientifique. Cette observation s'applique aussi, *mutatis mutandis*, aux autres termes du vocabulaire typologique.

b) Le «*type*» fait, lui aussi, l'objet d'un usage indéterminé, recouvrant des sens multiples et très différents (sorte, genre, catégorie, essence, nature, forme, modèle, échantillon, exemplaire achevé, institution, etc.). Tantôt la signification est extrêmement vaste et corrélativement vague, le «*type*» se référant à des réalités d'ordre très général³. Tantôt, le

³ *Exemples*: BURCKHARDT, p. 61, se réfère à des «types» particuliers d'actes juridiques, qui présentent un intérêt en raison de leur fréquence ou de leur importance. DU PASQUIER, p. 147: «Lorsque diverses institutions juridiques se ramènent à un type commun, comme la vente et le bail se ramènent au contrat...»; p. 173: «Aussi, le droit s'est-il orienté vers des règles qui ... résolvent des cas-types et énoncent des étalons précis». GUHL prend le contrat bilatéral comme le «type» des «Verkehrsgeschäfte» (Die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen während des verflossenen Jahrhunderts, RDS 71 I, 1952, p. 159). Pour GUTZWILLER, les «types» et formes du droit prennent des aspects variés selon le système économique qui prévaut (Commentaire ad art. 828-926 CO, Einl., n. 12). E. HUBER (p. 295) refuse de prendre, comme point de départ pour la législation, un «type» d'homme qui serait un individu moyen; et, traitant de la réception, dans les lois nationales, d'institutions juridiques étrangères, il y voit l'influence des «types» dans lesquels s'incarnent certaines conceptions du droit (p. 333). LIVER, Commentaire du CC, Allgemeine Einleitung n. 117, parle de «gegensätzliche Typen der Privatrechtskodifikation». MEIER-HAYOZ (Commentaire des droits réels, 4^e éd., 1966, Systematischer Teil, n. 35 et 39) parle des différentes «sortes de types juridiques» («Arten von Rechtstypen») que la loi met à disposition; plus loin (n. 41) il se réfère aux «gesetzlich geregelten Typen des Obligationenrechts», qui sont censés correspondre à la volonté «typique» des parties. VON TUHR, Obligationenrecht I p. 234: «Auf anderen Rechtsgebieten stellt das Gesetz dem Menschen bestimmte Geschäftstypen zur Verfügung»; Deut-

type est utilisé en fonction d'une institution ou d'une qualification juridiques plus déterminées: ainsi (en procédant du général au particulier), on formule une distinction entre le «type contractuel» et un autre type de rapports juridiques⁴; on établit un (ou plusieurs) «type de contrat» ou «contrat-type», par quoi l'on vise aussi tantôt les catégories formelles de contrats telles que la loi positive les établit, tantôt la dénomination légale de chacune des espèces de contrats, tantôt – indistinctement – ce que l'on veut désigner comme l'élément essentiel du contrat en cause⁵. Dans un domaine

sches Recht I p.61: «Die Typen der subjektiven Rechte und ihre Abgrenzung gegen einander ...»; II p.179: «In zahlreichen Fällen hat das Gesetz ... feste Typen von Rechtsgeschäften aufgestellt». TROLLER, parle en un sens très général des phénomènes différents qui appartiennent au même «type» de personnes auquel les lois s'adressent, type dont l'idée diffère des personnes existant réellement (p.61), du «wesensmäßig konkret erfaßter Typus der Lebensverhältnisse» (p.107). ZUMSTEIN évoque (p.50) «un nouveau type d'actionnaire», et BÜRGI (Minderheitsschutz) p.88, parle des différents «Aktionärstypen». P.R. ROSSET (L'«action populaire», Etudes Carry, p.131) évoque l'introduction sur le marché suisse d'«un type d'action accessible à un large public».

⁴ ZUMSTEIN, p.16: «... absence de droits et d'obligations du type contractuel»; p.24: «rapports juridiques ... du type contractuel».

⁵ Voir par exemple: BECKER, 2^e éd., 1941, ad art.19 CO, n.3ss.: «gesetzliche Vertragstypen»; II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934, p.1: «Die zweite Abteilung behandelt die typischen Vertragsverhältnisse: die Verträge, für die das Gesetz besondere Vorschriften aufgestellt hat.» DU PASQUIER, p.177: «Le caractère exclusif des différents types de contrats.» EGGER, Stille Beteiligung, p.201: «Die Subsumierung unter die gesetzlichen Vertragstypen»; p.206: «Mit den einfachen Subsumtionen unter das Darlehen oder die Gesellschaft (oder andere Typen) des bürgerlichen Rechts ...». GAUTSCHI, Commentaire, Vorbemerkungen zu Art.363–379 CO, Berne 1967, n.7: «Es besteht ein numerus clausus der gesetzlichen Typen» (à propos des contrats relatifs à la prestation d'un travail, et par référence à l'art.394 al.2 CO); ad art.394 CO, n.3: «... wenn sie nicht unter einen anderen Arbeitsvertragstyp zu subsumieren sind, wie namentlich Dienstvertrag, Werkvertrag, Gesellschaft, Verlagsvertrag, Hinterlegungsvertrag ...», n.15a: distinction entre divers «types» de mandats fiduciaires, selon le but pour-

différent, celui des droits réels, des opérations terminologiques analogues sont effectuées, les «types» de droits réels limités, ou de servitudes, désignant généralement – mais non exclusivement – les diverses sortes ou catégories légales de tels droits⁶. A leur tour, les groupements juridiques dans les-

suivi; Vorbemerkungen zu Art. 425 ff. OR, n. 6: «Der von der Praxis entwickelte Typus des Alleinvertretungsvertrages». GLATTFELDER, p. 233 a–235 a: «die gesetzlichen Vertragstypen». VAN HECKE, p. 673: «einer der drei Typen der locatio conductio», «eine Reihe von Vertragstypen»; cf. aussi p. 674 et 684. MEIER-HAYOZ, Commentaire des droits réels, Systematischer Teil, 4^e éd. 1966, n. 35: «verschiedene gesetzliche Vertragstypen», cf. aussi n. 41. MERZ, ad art. 2 CC n. 138: «Hier ist der konkrete Vertrag nur noch als Vertragstypus zu verstehen»; n. 219: «Vertragstypus ist nicht nur im Sinn der gesetzlichen Typisierung zu verstehen, sondern nach einer verfeinerten Unterteilung, die zwar nicht <diesen> konkreten, aber <einen solchen> Vertrag zum Typus erhebt». OSER/SCHÖNENBERGER, Commentaire, ad art. 19 CO, n. 2: «Es steht den Parteien ... frei, beliebige Vertragstypen zu schaffen»; Vorbem. zu Art. 184–551 n. 4: «Nicht aufgenommene Vertragstypen ...»; cf. aussi n. 14 et 15. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allgemeine Einleitung, n. 250: «... nach der Vertragstypenformel, welche für jede Vertragsart (Vertragstyp, Vertragskategorie) zum voraus das maßgebliche Recht bestimmt...»; cf. aussi n. 217, 232, 235 ss. SIEGWART, Commentaire, Vorbem. zu Art. 530–551, n. 1: «Der Typus der gegenseitigen Verträge»; n. 63: «... einzelne Vertragstypen (Kauf, Miete, Auftrag, usw.)»; cf. aussi n. 2. W. VON STEIGER, Hauptaktionär, p. 707: «... der Gesellschaftsvertrag, ein Vertragstypus *sui generis*...»; Betrachtungen, p. 344: la conception contractuelle de la S.A. repose sur la considération «daß der Zusammenschluß Mehrerer zu einer Gesellschaft einen Vertragstypus eigener Art erzeugt, den Gesellschaftsvertrag, der sich als solcher von den andern Vertragsarten, insbesondere von den Schuldverträgen deutlich abhebt...»; p. 356: «... der spezifische Typus Gesellschaftsvertrag»; cf. Holdinggesellschaften p. 207a, n. 15. A. VON TUHR, Obligationenrecht I, p. 234: «Diese gesetzlich geregelten Vertragstypen haben aber im heutigen Recht keine exklusive Bedeutung ... In Ergänzung und Spezialisierung des Gesetzes hat die Verkehrssitte zahlreiche Vertragstypen geschaffen, z.B. den Garantievertrag, Trödelvertrag...».

⁶ Cf. LIVER, Commentaire, ad art. 730–792 CC, Einleitung, n. 61: «Werden die gesetzlich bestimmten und allein zugelassenen Kategorien von Dienstbarkeiten als Dienstbarkeitstypen bezeichnet...»; n. 62: «Die Einschränkung der dinglichen Rechte in Typen von

quels les sujets de droit unissent leurs efforts sont également répartis par la doctrine en types, avec une ambiguïté semblable à celle qui vient d'être relevée: il s'agit, pour l'essentiel, tantôt de différents genres ou catégories, tantôt des différentes «formes» de sociétés, nommées dans la loi, tantôt des éléments essentiels, ou caractéristiques, de l'une de ces catégories ou formes⁷.

geschlossener Zahl...»; cf. aussi n. 66 (Typen von Grunddienstbarkeiten), et ad art. 730, n. 9 (l'usufruit constitue «den Typus der Personaldienstbarkeit»). DESCHENAUX, Obligations propter rem, p. 718: «La règle de la limitation des types («Typengebundenheit») n'est pas propre aux droits réels...»).

⁷ GUTZWILLER, Freiheit, p. 241, évoque un «Gemeinschaftstyp». HEINI, Miniera, p. 440, expose que la «Vereinsform» a été érigée «zum Assoziationstyp par excellence der Berufs- und Wirtschaftsverbände». SIEGWART, Freiheit, p. 182, mentionne que différents types de communautés de personnes sont à disposition. — La locution «Verbandstypus», «Verbandstypen» n'est pas rare dans la terminologie helvétique de langue allemande: cf. GUTZWILLER, Verbandspersonen, p. 435; HEINI, Miniera, p. 437; Vereine, p. 523 et 527; SIEGWART, Commentaire, Vorbem. zu Art. 530–551, n. 19. GROSSEN, Personnalité morale, p. 156 (cf. aussi p. 147 et 148), rappelle «que les personnes morales présentent une grande variété de types». Le Tribunal fédéral parle, lui, d'un *type* de personne morale (arrêt Alex Martin, RO 90 II, 1964, p. 335).

Il est question aussi des *types de corporations* prévus par la loi (GUTZWILLER, Freiheit, p. 227; HEINI, Miniera, p. 442 et 443; Vereine, p. 524 et 527; SECRÉTAN, p. 175), et du *type corporatif* (körperschaftlicher Typus) que l'on oppose par exemple au type de l'établissement (anstaltlicher Typus) ou de la société en général (gesellschaftlicher Typus) ou au type capitaliste (cf. SIEGWART, Freiheit, p. 185 et 190; Commentaire, Vorbem. zu Art. 530–551, n. 16 et 18), à quoi s'ajoute la distinction des groupements selon qu'ils sont d'un type collectiviste ou d'un type individualiste (WIELAND I, p. 393).

La distinction de différents *types de sociétés* est banale (HEINI, Die Vereine, p. 528; LIVER, Alex Martin, p. 368; PIOTET, JdT 1963 I, 105; SECRÉTAN, p. 175, 184, 185; W. VON STEIGER, Commentaire ad art. 772–827 CO, Vorwort p. V, Hauptaktionär, p. 708). Selon CAPITAINE, la S.A. est «le type rêvé de la société de capitaux» (p. 33 a), «le type le plus parfait et le plus usuel de sociétés financées» (p. 36 a); W. VON STEIGER, Commentaire ad art. 772–827 CO, Einleitung, n. 40, distingue le *type* de la société de personnes et celui de la société

c) Il faut considérer, en outre, que l'on parle de types principaux ou fondamentaux, et de types secondaires ou particuliers⁸, et que le mot *type* est utilisé encore, dans la littérature juridique suisse, sous la forme de combinaisons verbales variées dont chacune voudrait vraisemblablement apporter une nuance particulière à un concept de base⁹.

de capitaux; s'agissant de sociétés holdings, il en évoque également différents *types* possibles (Holdinggesellschaft, p.208 a; cf. p.209 a: «Unternehmenstypen»).

Les différentes personnes morales, prises individuellement en elles-mêmes, ont été également gratifiées d'un *type* incertain. Pour la société anonyme, cela va du type de la S.A. (BÜRGI, Regelungen, p.63; W. VON STEIGER, Commentaire, ad art.772–827 CO, Einleitung, n.44), aux types très différents de sociétés anonymes (BÜRGI, Minderheitsschutz, p.88). GUTZWILLER évoque l'apparition d'un nouveau type de sociétés coopératives agricoles (Commentaire ad art.828–926 CO, Einleitung, n.13), et LIVER se réfère tantôt aux plus typiques des sociétés coopératives de droit privé (Miniera, p.337), tantôt au type de la société coopérative de l'ancien droit allemand (RJB 100, 1964, p.262). Selon GUTZWILLER, le législateur avait en vue un type bien déterminé d'association (au sens des art. 60ss. CC): cf. Miniera, p.460; Freiheit, p.236; Verbandspersonen p.463; opinion partagée par HEINI, Alex Martin p.494 note 4, Vereine p.525. Quant aux fondations, GUTZWILLER (Stiftungen, p.599) en expose les différents *types* ou «Spielarten», après avoir fait allusion (p.584 note 23) à un *type* particulier de clauses des actes de fondation et des règlements.

⁸ «Haupttypen»: GUTZWILLER, Verbandspersonen, p.449; W. VON STEIGER, Holdinggesellschaften, p.240 a. – «Grundtypen»: MAX IMBODEN, Bedeutung und Problematik juristischer Gutachten, Ius et Lex, Festgabe Max Gutzwiller, p.504; W. VON STEIGER, op. cit., p.231 a, 241 a. – «Sondertypen»: VAN HECKE, p.674; W. VON STEIGER, op. cit., p.232 a, 246 a.

⁹ A côté du simple type (Typus ou Typ) on trouve l'archétype («Archetypon»: GUTZWILLER, Miniera, p.467), le «Mustertypus» (MERZ, Generalklausel, p.336), le prototype (WEISS, Commentaire de la S.A., Einleitung, n.59 et 263), le «Urtypus» (GERWIG, p.119), le type idéal («Idealtyp»: GUTZWILLER, Minerva, p.464), le type normal («Normaltyp»: HEINI, Vereine, p.537; W. VON STEIGER, Commentaire ad art.772–827 CO, Einleitung, n.44), les types mixtes («Mischtypen»: GAUTSCHI, Vorbemerkungen zu Art.363–379 OR, n.7) ...

d) Il apparaît ainsi que l'usage effectif *général* en Suisse, des éléments terminologiques de base du vocabulaire typologique ne fournit aucun point d'appui pour l'élaboration d'une théorie juridique échappant à la confusion. Les exemples donnés ci-dessus pourraient d'ailleurs être multipliés. Il faudrait encore les distinguer selon leur importance en fonction du contexte dans lequel ils sont pris. Il ne serait pas difficile d'établir, dans l'œuvre d'un seul et même auteur, des utilisations fort diverses, voire contradictoires.

La portée d'un tel constat est confirmée par le fait que la multiplicité complexe et vague des significations relevées n'est nullement éclairée par la consultation d'un dictionnaire ou lexique *juridiques*. Ces derniers en effet, dans la mesure où ils ont été consultés pour ce rapport, ne définissent ni le *type*, ni aucun des termes du vocabulaire «typologique» qui s'est épanoui sur cette racine¹⁰.

4. Mais ce chaos verbal, et donc conceptuel, n'a pas empêché l'apparition en Suisse de notions, de «principes» et de constructions juridiques reposant sur un *type* aussi indéterminé.

Comme BECKER l'avait fait pour les contrats après avoir traité des contrats mixtes comprenant ou non un *mélange de types* («Typenvermengung»)¹¹, WEISS se pencha sur les sociétés anonymes *atypiques*¹². PEDRAZZINI tira argument de la *typicité* propre aux différentes formes de sociétés, qui se

Les très rares auteurs qui ont tenté, avant 1958/1959, d'apporter une précision dans cette terminologie, ou de réfléchir sur les notions qu'elle recouvre, ne l'ont pas fait de manière systématique, et leur tentative n'a pas eu d'écho (cf. par exemple BURCKHARDT, p.20 note 19, p.61 et 147).

¹⁰ Nouveau Répertoire de Droit, Dalloz 1947–1954 (4 vol.). Petit Dictionnaire de Droit, Dalloz 1951. Dictionnaire de Droit Dalloz, 2 vol., 2^e éd. mise à jour au 1^{er} janvier 1966. H. CAPITANT, Vocabulaire juridique, Paris 1930.

¹¹ BECKER, Commentaire ad art. 19 CO, n.3–10; cf. aussi n.14, où BECKER parle des «mehrtypischen Verträgen (*doppeltypische und einseitig-mehrtypische*)».

¹² WEISS, Commentaire de la S.A., Einleitung, n.265 (1956).

traduit par des rapports juridiques *typiques*, c'est-à-dire correspondant au *type* qui est, selon lui, à la base de la réglementation légale¹³. LIVER formula (prudemment) le principe d'un « *Typenzwang* » dans le sens d'un *numerus clausus*, à propos des catégories légales de servitudes, dégagées par la législation au moyen du procédé de « *typisation* »¹⁴; il releva que ces différentes « catégories » accusent un degré de *typicité* (*Typizität*) différent, selon que leur contenu individuel est plus ou moins prédéterminé par la réglementation légale¹⁵. Dans la 3^e édition, parue en 1958, de son commentaire des droits réels, MEIER-HAYOZ mentionne les contrats « *atypiques* », et introduit les principes de « *Typengebundenheit* » (dans le sens d'un *numerus clausus*) et de « *Typenfreiheit* »¹⁶.

Bien qu'il s'agisse ici d'une élaboration juridique plus poussée que dans l'usage général et commun rappelé plus haut, on rechercherait en vain, chez ces auteurs, une explication tant soit peu claire du mot *type* et du concept qu'il exprime.

5. Il semble bien que c'est JÄGGI, par son étude publiée en novembre 1958 dans « La Société Anonyme Suisse », et reprise d'une conférence aux juristes zurichois, qui a introduit dans la littérature juridique suisse, et spécialement dans le domaine du droit des sociétés, les éléments d'une théorie opérant consciemment avec le *type* comme un instrument spécifique de la science juridique. En même temps, il a donné au vocabulaire et aux conceptions « typologiques » une impulsion nouvelle et remarquablement dynamique¹⁷. Partant de l'idée que la réglementation légale de la société anonyme est établie en fonction d'un *type légal* déterminé – qui corres-

¹³ PEDRAZZINI, RSJ 52, 1956, p. 369 ss.

¹⁴ « Typisierung ». Cf. LIVER, Commentaire art. 730–792 CC, Einleitung, n. 61–62 et 66.

¹⁵ LIVER, op. cit. n. 64–65.

¹⁶ MEIER-HAYOZ, Commentaire des droits réels, Systematischer Teil, n. 35–41. Dans la 4^e éd. (1966), MEIER-HAYOZ évoque, sous n. 41, le processus de la « *Typenfixierung* ».

¹⁷ Ungelöste Fragen des Aktienrechts, SAS 31, 1958, p. 57 ss.

pond au *modèle*, à l'image directrice (*Leitbild*) que le législateur avait présent à l'esprit – JÄGGI formule son *postulat* fondamental selon lequel les dispositions légales relatives à la société anonyme doivent être *interprétées* en considération du *type légal* de cette société, quel que soit l'écart des réalités concrètes par rapport à ce type («Postulat der *typen-gerechten Auslegung* des Aktienrechts») ¹⁸.

Cette publication a attiré l'attention générale des juristes s'occupant du droit des sociétés sur les problèmes du *type légal*. De nombreux auteurs s'y sont référés, expressément ou implicitement, en l'approuvant généralement, et en explorant dans des directions diverses les possibilités, conditions et modalités d'application d'une théorie des types, dans le droit des sociétés en particulier.

Ainsi, dès 1959, BÄR a examiné tout le problème de la protection des minorités d'actionnaires dans la perspective de la *typicité* des sociétés et en fonction du concept de l'*actionnaire typique* ¹⁹. W. VON STEIGER, la même année, concluait son étude sur les responsabilités de l'actionnaire principal en se référant au problème des types soulevé par JÄGGI ²⁰.

Toujours en 1959, les deux rapporteurs du sujet de droit privé à l'assemblée annuelle de la Société suisse des juristes ont fait allusion, chacun sous un éclairage différent, à l'article susmentionné de JÄGGI ²¹. Dans les discussions de cette assemblée, le sujet fut repris par GLATTFELDER et BÜRGI ²².

En 1960, JÄGGI examina accessoirement la société anonyme à actionnaire unique (*Einmannengesellschaft*) dans la perspective du type légal de la société anonyme ²³. SECRÉTAN

¹⁸ Cette thèse de JÄGGI, comme celle d'une partie des auteurs cités ci-après, sera reprise plus en détail dans la partie III de ce rapport.

¹⁹ BÄR, *Minderheitenschutz*, p. 381 ss.

²⁰ W. VON STEIGER, *Hauptaktionär*, p. 710.

²¹ PATRY, *Accords*, p. 26 a note 32; GLATTFELDER, p. 171 a, note 39.

²² Procès-verbal du 7 septembre 1959, RDS 78 II, 1959, p. 706 a et 725 a; cf. aussi à p. 734 a l'intervention de JÄGGI.

²³ JÄGGI, *Gerichtsurteil*, p. 4 ss.

se référa à l'étude originaire de JÄGGI²⁴. Celle-ci n'est pas mentionnée expressément dans le travail que NAEF consacra à la société en participation («*stille Gesellschaft*») en appliquant essentiellement des principes dérivés de la «typicité» – voire même de la «Typik» – des sociétés²⁵.

En 1961, SCHLUEP soumit les idées de BÄR sur la protection des actionnaires minoritaires dans la perspective de la typicité des sociétés à une analyse critique qui le conduisit à un approfondissement des perspectives «typologiques»²⁶. Puis, dans une courte mais dense étude, SCHLUEP se pencha sur les problèmes découlant du concept de type et de sa portée en méthodologie juridique²⁷. JÄGGI reprit son postulat (en le qualifiant cette fois de «principe») de l'«interprétation selon le type» pour examiner la procédure du vote de l'assemblée générale de la société anonyme²⁸, et MONTEIL s'y référa à propos du transfert des actions nominatives par voie successorale²⁹. La même année, deux thèses de Zurich se servirent du postulat de JÄGGI et, de manière plus générale, d'une argumentation et d'un vocabulaire «typologiques»; l'une pour étudier les problèmes spécifiques que pose la société anonyme dite dépendante³⁰; l'autre pour déterminer l'étendue et les limites du droit de l'actionnaire à être renseigné sur les affaires sociales³¹.

De 1961 à 1966, cette profusion d'études consacrées en Suisse aux types dans le droit (spécialement des sociétés), ou utilisant la typologie pour examiner divers problèmes généraux ou particuliers, a subi une curieuse éclipse. Sans doute a-t-il paru en 1963 une thèse zurichoise, inspirée par l'étude de JÄGGI, et consacrée à la société anonyme à deux actionnaires étudiée essentiellement dans la perspective du

²⁴ SECRÉTAN, p. 181.

²⁵ NAEF, spéc. p. 268–269, 286, 309–310, 313.

²⁶ SCHLUEP, Schutz des Aktionärs, p. 139–140, 177 ss.

²⁷ SCHLUEP, Typus, p. 9 ss.

²⁸ JÄGGI, Abstimmungsverfahren, p. 394.

²⁹ MONTEIL, p. 412 et 422.

³⁰ CAFLISCH, p. 34 ss., 103 ss., 149 ss.

³¹ WIDMER, p. 41–44, p. 59 ss.

«type théorique» et de ses variantes³². Sans doute aussi BÜRGI avait-il mentionné en passant, dans une étude dont la première version avait été publiée en 1964, le grand cas que la théorie juridique faisait du problème de la typicité en matière de la société anonyme³³. Mais cela est bien timide et s'efface si on le compare à la renaissance presque explosive de la terminologie, des arguments et des méthodes typologiques à laquelle ont donné lieu les rapports et discussions à l'assemblée générale de la Société suisse des juristes de 1966, relativement aux problèmes actuels du droit de la société anonyme³⁴.

6. Mais même l'usage réfléchi et conscient de principes et de conceptions découlant d'une théorie des types, et de la terminologie qui s'y rattache, tels qu'on les trouve spécialement chez les auteurs qui s'en sont servis postérieurement à l'étude initiale de JÄGGI³⁵, n'a nullement permis de simplifier le vocabulaire et d'en éliminer les imprécisions et contradictions qui l'affectent comme on l'a vu. Au contraire, cet usage a donné lieu à une recrudescence de termes savants et de néologismes, plus ou moins abondants et artificiels selon les auteurs. Il suffira ici d'en donner une énumération, nullement exhaustive³⁶, qui vient s'ajouter aux dénominations déjà mentionnées.

³² PEYER, p. 4–12, 107–110.

³³ BÜRGI, Regelungen p. 62–63.

³⁴ HIRSCH, Problèmes, p. 5–9 et 19, et surtout BÄR, Fragen, p. 470ss. Voir les interventions orales de BÄR (p. 633–640, 758ss.), SCHLUEP (p. 673–677), THOMANN (p. 742–745). Cf. aussi, parue en 1966, la 3^e éd. de «Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz», de F. VON STEIGER, p. 15 note 1.

³⁵ *Supra*, p. 454.

³⁶ En vrac: Atypizität. Realtypus. Normativtypus. Häufigkeitstypus. Durchschnittstypus. Anschauungstypus. Ganzheitstypus. Strukturtypen. Einzeltypen. Sachverhaltstyp.

Typabart. Typunterart. Typensystem. Typabweichung. Typwidrigkeit. Typenreinheit. Typengesetzlichkeit. Typenkonformität. Typentreue. Typenpartikularismus. Typenmerkmal. Typenreihe. Grundtypenvermischung. Typengehalt. Typenbildung. Typengewinnung. Typenbeschränkung. Typenwahl. Typenjurisprudenz.

Cela confirme, semble-t-il, que la «typologie» telle qu'elle est conçue et pratiquée en matière juridique en Suisse, peut difficilement se dissocier d'un vocabulaire ésotérique où chaque nouvelle «idée» veut s'envelopper, pour se mettre en valeur, d'un mot nouveau et de préférence très abstrait. KOLLER relève avec une insistance toute particulière la confusion qui règne à cet égard dans la terminologie de langue allemande³⁷.

Il sied de relever encore que, si la totalité des exemples donnés ici (relativement au vocabulaire spécifiquement typologique) sont tirés de la langue allemande, c'est tout simplement parce qu'une telle terminologie n'existe pas et ne connaît pas, jusqu'à maintenant, d'équivalents dans la langue juridique suisse d'expression française. L'énumération ci-dessus montre bien à quels obstacles se heurterait une tentative de transposer un tel vocabulaire en français, une traduction directe apparaissant d'emblée exclue pour une bonne partie de ces termes. A supposer qu'un tel travail soit possible, il est vraisemblable qu'il ne pourrait qu'entraîner encore une aggravation du chaos verbal qui affecte la «typologie» juridique, telle qu'elle se présente dans la doctrine de notre pays.

7. Il est pour le moins frappant de constater qu'aucun des auteurs suisses qui ont usé (ou abusé) de ce vocabulaire typologique savant, ne s'est préoccupé de rechercher et de circonscrire le concept fondamental qu'il veut exprimer. Eu

³⁷ KOLLER, p. 5–11 : «type» est un mot chatoyant, à la mode, dont l'utilisation sans discernement est cause de malentendus et de faux problèmes, auquel on donne en fait des sens différents, de telle sorte qu'il règne dans de très larges milieux une véritable confusion des mots et des concepts. KOLLER exprime l'idée que c'est peut-être précisément cette «schillernde Vieldeutigkeit» du terme qui a contribué à son extraordinaire diffusion; il ne faut, dit-il, l'utiliser qu'avec réserve et, si on le fait, préciser brièvement ce que l'on entend, pour éviter de longues controverses inutiles et que le mot, à la longue, perde toute signification réelle (p. 30–33). «In der gesellschaftsrechtlichen Literatur herrscht geradezu eine *Typeninflation*» (p. 44). Cf. aussi SCHLUEP, *Typus*, p. 9 ss.

égard à la confusion dont l'usage effectif qui en est fait offre l'image, c'eût été une condition nécessaire de toute utilisation scientifique de ce terme. Il s'ensuit que la valeur des travaux en question apparaît d'emblée, et à de très rares exceptions près, fort douteuse, chacun utilisant ce vocabulaire soit sans aucune prétention à la précision, soit en le chargeant d'une signification plus ou moins arbitraire et subjectivement variable.

Cette constatation ne s'applique pas – il faut maintenant le marquer fortement – à deux études, d'importance inégale, mais qui représentent en droit suisse les *seules* tentatives approfondies et valables de définir la notion de type et d'élucider l'essentiel de la théorie des types. Il s'agit de l'article déjà cité de SCHLUEP, *Die methodologische Bedeutung des Typus im Recht* (1961), et plus encore du remarquable ouvrage d'ARNOLD KOLLER, *Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht*, paru en 1967.

Partant – surtout KOLLER – d'un éclaircissement terminologique perçu comme évidemment indispensable, ces deux auteurs ont cherché à préciser ce qu'est réellement le type, pour aboutir à la conclusion (fondée sur une doctrine juridique et une philosophie d'origine allemande) que le type constitue essentiellement une *forme de pensée* (Denkform) particulière, distincte de la pensée conceptuelle, qui vient enrichir la méthodologie juridique et qui, appliquée au domaine du droit à différents niveaux, selon des perspectives diverses et sous des aspects variés, devrait permettre de résoudre des problèmes qui jusqu'ici ne l'avaient été que de manière peu satisfaisante. Il est bien évident qu'une telle conception suppose la détermination d'un sens précis et univoque du mot et du concept qui en sont le fondement³⁸.

³⁸ La citation d'ERNST JÜNGER, placée par KOLLER en exergue de son étude («Der Typus ist das Vorbild, an dem wir Maß nehmen») confirme à quel point l'exigence d'une définition très précise et ferme du *type* est la condition même de son usage scientifique et pratique dans le domaine juridique.

Les limites et l'objectif de ce rapport ne permettent pas de procéder à une confrontation systématique des points de vue de KOLLER et de SCHLUEP, ni même de noter les différences qui les séparent. Il faudra se borner à un exposé global du concept juridique et de la théorie des types, tels qu'ils sont exprimés dans la doctrine allemande qui en est la source et qui en a poussé fort loin l'analyse³⁹. Mais, il convient auparavant de vérifier si cette conception trouve un support terminologique général en français, voire un équivalent dans la littérature juridique étrangère d'expression française (chapitre II), et d'examiner brièvement ce qu'il en est dans le droit italien (chapitre III).

Chapitre II

La terminologie et les conceptions «typologiques» dans le droit étranger d'expression française

1. Telle qu'elle a pénétré dans le droit suisse, la théorie des types est, directement ou indirectement, d'origine ou en tout cas d'inspiration germanique. Elle se présente, massivement, dans une terminologie particulière, qui paraît avoir trouvé droit de cité dans la langue et dans le droit allemands.

Il n'est pas inutile, dès lors, de faire le point de la terminologie correspondante de langue française : peut-être celle-ci livrera-t-elle une base solide et univoque permettant d'éviter, au moins sur le plan du langage, la confusion signalée plus haut. Il faudra ensuite rechercher si, dans la littérature juridique étrangère d'expression française, le vocabulaire «typologique» – avec les conceptions qu'il exprime – a connu ou connaît une fortune semblable à celle qui est la sienne en allemand.

³⁹ Voir ci-après les chapitres I et II de la deuxième partie, p. 484 ss.

2. Il ne saurait être question ici de procéder à une recherche étymologique ou de linguistique pure⁴⁰. Mais il importe de savoir au moins ce que signifie le *type* en son sens commun, comme aussi dans la langue philosophique puisque la théorie des types, ainsi qu'on le verra, s'y articule⁴¹. On peut en négliger les significations matérielles originaires (pièce de bois, caractère d'imprimerie, etc.).

Selon ROBERT⁴², *type* signifie, dans le langage courant «concept abstrait, considéré comme exprimant l'essence d'un ensemble d'objets réels (ou de personnes) et comme un modèle à imiter (notamment dans la création artistique); ensemble d'images qui correspond plus ou moins exactement à un tel concept» (cf. canon, idéal). Dans un autre sens, c'est l'«ensemble des caractères organisés en un tout, constituant un instrument de connaissance ... et permettant de distinguer des catégories d'objets et de faits (V. Classe, espèce, famille, genre, modèle)». Ou bien encore, c'est l'«ensemble des caractères, des propriétés d'une série d'objets concrets fabriqués, tel qu'il a été défini avant leur fabrication»: mo-

⁴⁰ Voir l'aperçu que donne KOLLER (p.11–14) sur l'origine du mot «type» et les sens successifs qu'il a eus. Il s'agit d'un mot grec, employé par Platon notamment, repris en latin et qui s'est introduit de là dans les langues romanes, en particulier le français, avant de pénétrer, au XVIII^e siècle seulement, dans la langue allemande par le canal des sciences naturelles.

⁴¹ La signification particulière que revêt le mot *type* comme terme technique dans les diverses sciences, en particulier dans les sciences de la nature, ne saurait être retenue. En effet, chacune de ces sciences utilise ce terme dans le sens qu'elle veut lui donner en fonction de ses objectifs propres. Par ailleurs, l'utilisation dans la terminologie juridique des mots qui se sont imposés comme termes techniques dans les sciences de la nature constitue une source de confusion: on ne peut comparer la matière que ces sciences veulent dominer avec celle que le droit entend réglementer, et qui est constituée dans une mesure essentielle par des relations et des institutions qui doivent à la libre volonté de l'homme leur existence et leur contenu.

⁴² PAUL ROBERT, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris 1964.

dèle, norme, standard, échantillon. Enfin, c'est un «individu (personne ou chose) qui réunit les principaux éléments d'un type abstrait, et qui peut être donné en exemple»: on retrouve ici le sens de modèle, avec celui de personnification, de figure, de forme susceptible d'un achèvement plus ou moins parfait. – Pour HATZFELD et DARMSTETER⁴³, le type est la «conception idéale des traits généraux suivant lesquels une chose est formée».

Dans son acception philosophique, le type, selon ROBERT, c'est le «modèle idéal déterminant la forme d'une série d'objets» et le «concept abstrait et générique considéré comme un tel modèle»: sens qui se rapproche de celui d'archétype, étalon, original, prototype.

LALANDE⁴⁴ donne trois sens du mot type. Dans le premier, c'est le «moule ou modèle déterminant la forme d'une série d'objets qui en dérivent», le terme étant généralement pris ici au figuré, avec la signification de prototype ou d'archétype⁴⁵. Dans un second sens, c'est l'«être concret, réel ou imaginaire, qui est représentatif d'une classe d'êtres» parce qu'il en présente la forme idéale, la plus caractéristique ou la plus parfaite. Enfin, par extension – et essentiellement dans les sciences de la nature – c'est un «schéma général de structure», le plan selon lequel les êtres sont construits.

Pour FOULQUIÉ et SAINT-JEAN⁴⁶, le type est soit le «modèle idéal réunissant en lui à leur plus haut degré de perfection les caractères essentiels d'une certaine espèce

⁴³ HATZFELD et DARMSTETER, Dictionnaire général de la langue française, Paris 1920.

⁴⁴ ANDRÉ LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 5^e éd., Paris 1947.

⁴⁵ C'est en ce sens que CURNOT, cité par LALANDE, op. cit., utilise cette notion, qu'il entend distinguer nettement de celle de genre ou d'espèce: «Des choses peuvent être de même espèce sans qu'il y ait de motifs d'admettre qu'elles dérivent d'un même type ...; d'autre part, diverses choses peuvent dériver d'un même type sans être pour cela congénères ou de même espèce...».

⁴⁶ PAUL FOULQUIÉ et RAYMOND SAINT-JEAN, Dictionnaire de la langue philosophique, Paris 1962.

d'objets» (type idéal), soit l'«ensemble des caractères distinctifs d'une certaine catégorie d'objets» (type réel), soit l'«individu, réel ou imaginaire, constituant un exemple particulièrement expressif d'un type soit idéal, soit réel».

Il faut signaler aussi que, dans le langage familier ou populaire, l'expression *un type* a fini – par affaiblissement de ce mot – par ne plus signifier qu'un individu quelconque⁴⁷.

L'adjectif *typique* se dit toujours, selon LALANDE, d'un être concret, réel ou imaginaire, qui présente la forme la plus caractéristique ou la plus parfaite d'une classe d'êtres. Pour ROBERT, il désigne ce qui possède d'une manière apparente les principaux caractères d'un type, ou ce qui est propre à un type, ou encore (dans les sciences) ce qui présente suffisamment les caractères d'un type pour servir d'exemple, de repère dans une classification. FOULQUIÉ et SAINT-JEAN qualifient de *typique* ce qui constitue un type réel ou idéal, le cas typique s'opposant au cas d'espèce.

L'adjectif *atypique* ne figure ni dans HATZFELD et DARMSTETER, ni dans ROBERT, ni dans LALANDE. LE LITTRÉ (Paris 1889) le mentionne comme suit : « Terme de médecine. On donne ce nom aux maladies périodiques, et surtout aux fièvres intermittentes, dont les accès reviennent sans aucune régularité ». FOULQUIÉ et SAINT-JEAN qualifient d'*atypique* ce « qui ne correspond à aucun type », « qui s'écarte de la forme de son espèce » et en donnent comme synonymes : anormal, irrégulier, aberrant.

La *typologie* signifie en général, selon ROBERT, la science de l'élaboration des types facilitant l'analyse d'une réalité complexe et la classification systématique et, par extension, un système de types. Pour FOULQUIÉ c'est, étymologiquement, la « science des types »⁴⁸.

⁴⁷ Observation de LALANDE sous *type*. Cf. aussi les exemples donnés par ROBERT.

⁴⁸ Dans un sens plus particulier, *typologie* désigne la science des types humains, considérés du point de vue somato-psychique (cf. ROBERT ; FOULQUIÉ). Elle apparaît, dans ce sens, étroitement liée à la caractérologie, dont les spécialistes « qui sont de préférence atta-

La *typique* (substantif féminin) c'est d'abord, dans la formule de KANT («Typik der reinen praktischen Urteilkraft») à laquelle se réfèrent certains penseurs français, le procédé par lequel on détermine si les actes concrets peuvent être subsumés sous les idées de bien et de mal (LALANDE, FOULQUIÉ et SAINT-JEAN). Plus généralement, c'est l'«ensemble des types ou des formes de l'expérience possible» (FOULQUIÉ). ROBERT signale qu'au lieu d'une typologie dans le sens d'un système de types, on dit parfois une *typique*.

3. La *littérature juridique d'expression française* utilise, de manière relativement fréquente, un vocabulaire «typologique». Mais cet usage est moins intensif qu'en Allemagne (ou dans la doctrine suisse de langue allemande); ce vocabulaire est beaucoup plus limité, moins différencié et moins ambitieux; la multiplicité des sens d'un même mot n'y est pas davantage évitée, quand bien même elle y présente moins de gravité, précisément parce que l'éventail de cette terminologie spéciale est sensiblement plus resserré et le risque diminué d'autant.

Il sied d'examiner de plus près, en se limitant à de larges sondages, cet usage effectif dans la littérature juridique d'expression française: il est évident, qu'on le veuille ou non, que l'on doit au moins le connaître si l'on veut avoir quelque chance d'être compris en utilisant, pour exprimer une théorie spécifique, un vocabulaire déjà bien introduit⁴⁹.

a) L'adjectif *typique* est très généralement utilisé dans le sens le plus courant et le plus vague de représentatif ou caractéristique d'une réalité pouvant revêtir des aspects

chés à la systématisation et se sont préoccupés de construire une classification» sont qualifiés de *typologistes* (cf. LE SENNE, *Traité de caractérologie*, 3^e éd., Paris 1949, p.52ss.; voir aussi MOUNIER, *Traité du caractère*, Paris 1947, p.38-42).

⁴⁹ Le but de ce rapport, au demeurant, ne saurait être de rechercher comment la théorie des types *pourrait* se formuler, en français, dans un vocabulaire adéquat qu'il conviendrait éventuellement de créer. — Pas plus qu'en Suisse, le droit français n'utilise le concept de type dans la réglementation *légale*.

divers, plus ou moins achevés⁵⁰. Le substantif *typique* n'existe pas dans la doctrine juridique de langue française.

b) Le mot *type* est utilisé dans différentes acceptions, plus ou moins précises et différenciées.

L'usage le plus fréquent est celui qui, entre différentes espèces, sortes, classes, familles, etc., attribue à l'une d'entre elles des traits caractéristiques qui en font un «type»⁵¹. C'est en ce sens, et dans la perspective d'une *classification*, que la doctrine française parle notamment des différents *types de sociétés*: il s'agit là d'un sens banal, qui n'apporte et ne peut apporter rien de nouveau, le mot ne désignant, dans cette acception, rien d'autre que les différentes «formes» de sociétés instituées, énumérées et réglementées dans la législation positive⁵². Mais il convient de bien noter qu'un tel

⁵⁰ C'est en ce sens, pour ne prendre qu'un auteur considérable, que GÉNY utilise cet adjectif; cf. par exemple *Science et Technique* II, p. 160 et 187: «le modèle typique du droit juste».

⁵¹ Cf. AMSELEK, p. 122: «Il ne saurait y avoir deux types de rapports entre l'objet et la norme»; p. 389: «Le type d'explication scientifique des normes juridiques»; p. 423: «Un même type d'élucidation intellectuelle». CABRILLAC, in: *Mélanges Roger Secrétan*, p. 16: un conflit de loi «du type international ou du type colonial». FRIEDMANN, p. 223: «ce type d'analyse juridique». JOSSEMAN, *Droit civil*, vol. II, p. 10: «Les règles à appliquer varient d'après le type de l'opération», etc.

Cette acception n'est nullement étrangère à la doctrine suisse d'expression française, bien au contraire; un seul exemple: «L'interprétation du droit paraît ressortir à ce type de méthode» (DESCHE-NAUX, *Logistique*, p. 151).

⁵² Ainsi BRULLIARD et LAROCHE, p. 97 et 98. ESCARRA et RAULT prennent les types de sociétés comme synonymes de *catégories* et de *formes* de sociétés (p. 33 et 38); de même DAVID dans le rapport général de l'ouvrage collectif sur la personnalité morale et ses limites, p. 6-7 (cité sous GROSSEN); HAMEL et LAGARDE, p. 523 et 526. Sous le titre: «Différentes *sortes* de sociétés de commerce», LYON-CAEN et RENAULT exposent que «le législateur met à la disposition des intéressés ... différents *types* de sociétés de commerce», l'art. 19 du Code de commerce distinguant «trois *espèces* de sociétés» (p. 116). RIPERT, *Capitalisme*, p. 59, assimile expressément un nouveau *type* à une *forme* nouvelle de société; dans son *Traité élémentaire*, il utilise indifféremment types, espèces et formes de sociétés (cf. p. 234-235).

usage est très profondément ancré. Déjà THALLER précisait de manière fort intéressante: «La loi commerciale, au contraire, laisse aux fondateurs de sociétés l'option entre plusieurs types légaux bien tranchés, correspondant aussi exactement que possible à l'objectif poursuivi. Chacun de ces types ou modèles légaux, aux contours arrêtés, aux effets juridiques expressément spécifiés, est élaboré par la loi de toutes pièces, avec des règles fondamentales qu'il faut adopter et qui s'imposent aux tiers comme aux associés»⁵³. L'ouvrage collectif récent consacré au droit des pays de la Communauté Economique Européenne, «Jura Europae», publié en français et en allemand, établit presque systématiquement une équivalence remarquable entre *types* et *formes* de sociétés reconnues et régies par les différentes législations nationales⁵⁴. C'est dans un tel sens également qu'il faut entendre la locution «société de *type* européen», très à la mode depuis quelques années⁵⁵. Il n'en va pas autrement dans les ouvrages exposant ou commentant la réforme des sociétés commerciales introduite en France par la loi n° 66-537 du

⁵³ THALLER, *Traité général*, p. 177; cf. aussi *Traité élémentaire*, p. 169. Par ailleurs, THALLER ne fait aucune distinction entre *types*, *espèces* et *variétés* de société (*Traité général*, p. 182 et 192).

⁵⁴ A titre d'exemples: Le deuxième chapitre de l'exposé du droit allemand est intitulé en français «Différents *types* de sociétés», et «*Verschiedene Gesellschaftsformen*» en allemand; idem pour l'exposé du droit belge et du droit français; et à la «*Grundtypenvermischung*» correspond la «confusion des *formes* de base». S'agissant du droit belge, les types (ou formes) de sociétés commerciales sont rendues au surplus par «*Arten von Handelsgesellschaften*». Pour le droit français, on distingue des types principaux et des types secondaires, que l'on traduit par «*Grundformen*» et «*Nebenformen*» ou «*Zwischenformen*», les types particuliers correspondant aux «*Sonderformen*», etc.

⁵⁵ Cf. KOLLER, p. 44 note 1. PATRY, *La société anonyme de type européen*, *Etudes Carry*, p. 29ss. VASSEUR donne des indications bibliographiques, d'où il ressort curieusement que, si la doctrine française, belge et suisse parle de la société de *type* européen, ce ne semble pas être le cas en Allemagne (cf. BÄRMANN, *Einheitliche Gesellschaftsform für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, AcP 1961, p. 97-134). Voir aussi HIRSCH, *Société européenne*, p. 1.

24 juillet 1966 (laquelle n'utilise pas le mot *type*): le «nouveau type» de société anonyme qu'on y oppose au «type classique» ne désigne rien d'autre qu'une certaine catégorie (ou sous-catégorie) de sociétés anonymes, régie par des dispositions légales particulières que l'on entend distinguer de celles qui ne le sont pas⁵⁶.

Dans un sens assez différent, mais tout aussi commun, le type est l'expression de la réalisation la plus caractéristique ou la plus parfaite d'un objet susceptible de différents degrés de perfection⁵⁷. C'est à ce sens que se rattache le plus couramment l'adjectif *typique*⁵⁸.

Certains auteurs ont cherché, plus ou moins consciemment, à donner au *type* une signification plus élaborée. Il ne saurait être question ici d'approfondir la pensée de chacun d'eux sur ce point particulier, d'autant moins qu'ils n'ont ni analysé le problème pour lui-même, ni cherché à dégager une notion spécifique susceptible d'utilisation scientifique, telle que celle sur laquelle repose la théorie des types proprement dite⁵⁹. Il importe cependant de donner quelques exemples,

⁵⁶ Cf. HAMIAUT II, p. 27-28, 37, 52; III, p. 42. TROUILLAT p. 265, 273, 299. De manière générale, ces auteurs parlent de «types» de sociétés dans le sens non spécifique indiqué ci-dessus (cf. par exemple HAMIAUT I, p. 3 ss.; II, p. 8, 14, 16; III, p. 31, 43. TROUILLAT, p. 60-62, 165).

⁵⁷ Cf. AMSELEK, p. 393, note 55: (La thèse de M. Motulsky) «qui représente le type même d'études théorétiques de casuistique juridique». BRULLIARD et LAROCHE, p. 98: «Le type parfait de la société de capitaux est la société anonyme». DABIN, Technique p. 138: «Le type de ce genre de normes souples, à forme technique minimum...». ESCARRA et RAULT, p. 37: «Le type de la société de personnes est la société en nom collectif. La société anonyme est la société de capitaux par excellence». GÉNY, Science et Technique III, p. 92: «La loi écrite constitue le type parfait des sources formelles» et IV, p. 34: «La loi écrite, type éminent des modes d'expression technique du droit». RIPERT, Traité élémentaire, p. 234: «Le type le plus net (des sociétés dites de capitaux) est la société anonyme».

⁵⁸ Cf. ci-dessus p. 463.

⁵⁹ Dont l'exposé fera l'objet des chapitres I et II de la deuxième partie de ce rapport.

pour signaler des directions générales et laisser apparaître les divergences⁶⁰.

Le Doyen GÉNY, dans ses ouvrages méthodologiques fondamentaux, s'est servi (plutôt occasionnellement) du mot et de la notion de type⁶¹ pour désigner le résultat d'une démarche fondamentale de la formation du droit, qui tend à grouper les faits sociaux par un processus d'abstraction et de généralisation, guidé par la «notion de normalité»⁶². Le type ainsi dégagé conditionnera la norme juridique, mais GÉNY ne le distingue pas réellement des *catégories* du droit⁶³.

RENARD considère également le *type* comme l'aboutissement d'une abstraction intellectuelle prenant ses distances avec la réalité individuelle pour la mieux maîtriser ; pour lui aussi, le droit se situe essentiellement dans la perspective d'une pensée conceptuelle et classificatrice : «Toute élaboration scientifique du droit part de la casuistique et s'élève, par étages, dans l'abstraction ; c'est ... le procédé classique de l'intelligence. Elle groupe les cas particuliers par ressemblances et différences approximatives ; elle établit des classifications, et, sur chaque compartiment, après en avoir dégagé le type et l'espèce, elle épingle un concept»⁶⁴.

⁶⁰ Et le fait que le type n'est pratiquement jamais distingué de la pensée procédant par concepts, définitions, catégories et classes, ni des notions d'espèces et de genre.

⁶¹ Indépendamment, bien sûr, de l'usage qu'il fait du terme dans une signification banale.

⁶² GÉNY, Méthode II, p.145 et 146. Cf. aussi p.111, où GÉNY parle de l'interprétation scientifique «se mouvant hors des faits et cherchant à établir des *types* de décisions concrètes». GÉNY se réfère expressément à la démarche du sociologue ; cf. DURKHEIM, p.70 : «Si l'on convient de nommer type moyen l'être schématique que l'on constituerait en rassemblant en un même tout, en une sorte d'individualité abstraite, les caractères les plus fréquents dans l'espèce avec leurs formes les plus fréquentes, on pourra dire que le type normal se confond avec le type moyen, et que tout écart par rapport à cet étalon de la santé est un phénomène morbide».

⁶³ Cf. GÉNY, Science et Technique III, p.122ss.

⁶⁴ RENARD, Le Droit, p.134-135. Voir aussi p.9-10 : «Renseigné par les sens extérieurs sur les réalités concrètes qui nous environnent,

ROUBIER ne distingue pas davantage le *type* de la catégorie: les «types particuliers de situations juridiques édictées par la loi» s'inscrivent pour lui dans le système des catégories, plus ou moins rigoureusement appliqué selon que l'ordre juridique limite ou étend l'autonomie donnée à la volonté privée⁶⁵.

C'est en traitant de la «technique du conceptualisme juridique» que DABIN parle des «types de contrats plus usuels (espèces), comme la vente, le louage de choses, le dépôt...»⁶⁶. Aussi évoque-t-il tout naturellement les «types catégorisés et classés» auxquels sont ramenées les conséquences juridiques d'un état de fait donné⁶⁷, et peut-il affirmer de la catégorie qu'«à l'indéterminé des faits et des solutions elle substitue le déterminé factice de ses types rigides ...»⁶⁸. DABIN, d'autre part, entend opérer une nette distinction entre les «types sociaux» (d'employé et d'ouvrier, par exemple), qui font l'objet des recherches du sociologue, d'une part, et les définitions juridiques de ces deux concepts, d'autre part⁶⁹.

BRETHER DE LA GRESSAYE et LABORDE-LACOSTE vont dans le sens des auteurs précédents, en appuyant davantage encore sur le caractère abstrait du *type* et en rattachant ce dernier aux concepts plutôt qu'aux idées, ces dernières étant beaucoup proches du réel⁷⁰.

notre esprit en reconstitue l'image dans son propre psychisme ... Et puis, il rapproche les images; il les groupe; de chaque groupe il abstrait le *type* par abolition des notes déterminatrices individuelles. Et voilà formé ce premier concept qu'on appelle l'espèce».

⁶⁵ ROUBIER, p. 94-95; cf. aussi p. 16.

⁶⁶ DABIN, *Technique*, p. 113.

⁶⁷ DABIN, *Technique*, p. 166.

⁶⁸ DABIN, *Technique*, p. 233.

⁶⁹ DABIN, *Technique*, p. 117; *Théorie générale du droit*, p. 223. Pour une fort intéressante étude sociologique d'un type professionnel, voir: «Les types professionnels: l'Avocat», *Revue Internationale de Sociologie*, Paris 1907, p. 262ss., 337ss.

⁷⁰ BRETHER DE LA GRESSAYE et LABORDE-LACOSTE, p. 141; voir p. 146: «L'esprit puise dans le réel un certain nombre d'éléments ou de caractères avec lesquels il forme une représentation générale

Usant parfois d'une terminologie spéciale, HAESAERT relie ce qu'il appelle les *types* à sa propre théorie des régularités. Il constate que si les faits sociaux, dans leur réalité concrète, ne se répètent pas, ils peuvent toutefois «se ramener à des figures générales – formes, couples, ensembles – qui constituent des types assez bien caractérisés, où des traits, désormais particularités accessoires, disparaissent, où des lignes générales s'esquissent, désormais traits caractéristiques»⁷¹. HAESAERT souligne également l'importance de la tendance à la généralisation inhérente à la norme juridique, et ajoute que le législateur moderne est conduit «à juridifier plutôt des types, qui doivent servir de modèles à tous les actes d'une espèce similaire»⁷².

HUSSON, procédant à l'examen de la valeur des catégories juridiques, établit une large comparaison avec les types que connaît la biologie⁷³. Il semble qu'en appliquant par analogie ces leçons de la biologie au domaine du droit, et en proposant de «recenser les types usuels d'actes et de situations» pour constituer des «catégories concrètes», HUSSON cherche à formuler un concept juridique du *type* assez différent de ce qui était pratiqué jusqu'alors; toutefois, son objectif est situé ailleurs, et sa pensée n'est pas exprimée clairement sur ce point particulier⁷⁴.

Dans sa contribution aux Etudes offertes en 1950 à Georges Ripert, MAURY assimile expressément au «type

ou abstraite, qui va constituer un type, un genre, remplaçant le réel ou tout au moins le traduisant d'une certaine manière, à laquelle on se référera dans tous les cas semblables, en négligeant les particularités contingentes de chaque espèce ...».

⁷¹ HAESAERT, p.287-288. L'auteur précise que ces types, de nature sociale, peuvent présenter des aspects divers, qu'on doit parfois «renoncer à les comprendre, à les formuler», et que «d'ordinaire, le type social se tient entre le nomal et l'anomal ...».

⁷² HAESAERT, p.412. – Voir ci-dessous l'utilisation par cet auteur du terme *typologie*.

⁷³ HUSSON, p.182 ss. – La thèse de HUSSON a été présentée pour le doctorat ès lettres.

⁷⁴ Cf. HUSSON, p.251 ss., 386, 514 ss.

légal» ce qu'il appelle le «concept abstrait de la règle» en se référant à ce que les auteurs allemands appellent «abstrakter Tatbestand»⁷⁵.

c) Le mot *type* est aussi utilisé par les juristes de langue française pour former des noms composés; la fonction qu'il exerce alors est loin d'être uniforme. Ainsi, lorsqu'il est question de «cas-types»⁷⁶ ou de «conceptions-types»⁷⁷, on vise simplement des cas ou des conceptions qui présentent, par rapport à la multiplicité des cas ou des conceptions individuelles possibles, un certain nombre de caractères communs dégagés par un processus d'abstraction. Quand ROUBIER évoque «la justice-type, la plus simple et la plus nette»⁷⁸, il se réfère à la forme de justice qui présente la plus grande perfection idéale de justice. En revanche, si l'on parle, à propos des régimes matrimoniaux (du droit français), de «régimes-types»⁷⁹ ou de «formules-types»⁸⁰, on ne veut exprimer que l'idée selon laquelle la loi guide la liberté des parties en mettant à leur disposition différentes sortes de régimes matrimoniaux qui leur sont en quelque sorte conseillés parce qu'ils incarnent une expérience qui s'est vérifiée en un grand nombre de cas et doit tenir compte, en règle générale et pour l'essentiel, des intérêts normaux des conjoints. Il en va de même, en principe, lorsqu'on se réfère à un «contrat-type»⁸¹ ou à des «statuts-types»⁸². Très différent encore apparaît le «type-modèle» de ROUBIER⁸³: c'est le critère idéal, mais souple et hautement adaptable, en fonction du-

⁷⁵ MAURY, p. 32-33.

⁷⁶ DABIN, *Technique*, p. 105.

⁷⁷ GÉNY, *Méthode* I, p. 131.

⁷⁸ ROUBIER, p. 272.

⁷⁹ JOSSE RAND III, p. 2-3, 219. MAZEAUD, p. 50.

⁸⁰ PLANIOL et RIPERT, p. 7.

⁸¹ RIPERT, *Forces créatrices*, p. 398; l'auteur parle, dans le même sens, d'un «modèle de contrat» (p. 399).

⁸² VASSEUR, p. 158.

⁸³ ROUBIER, p. 112.

quel on apprécie un fait ou un comportement dans le système (d'origine anglo-saxonne) du «standard»⁸⁴.

d) L'expression «typologie» est utilisée par AMSELEK, HAESAERT et VIRALLY.

Le premier parle d'une «typologie générale des normes juridiques», d'une «typologie des systèmes juridiques historiques»⁸⁵: il ne s'agit pour lui, ainsi qu'il ressort nettement du contexte, de rien d'autre que d'une opération de classification et de systématisation. HAESAERT dénomme «typologie des régularités» le fait de distinguer, dans le juridique, des régularités de nature diverse⁸⁶, et qualifie au surplus de *typologie* un classement de catégories juridiques⁸⁷. Enfin, VIRALLY, exposant le processus de systématisation et d'abstraction du droit, rappelle que toute pensée scientifique a comme but «d'établir une typologie»⁸⁸; proposant une méthode qui doit aboutir à une systématisation de concepts logiques, il déclare qu'elle sera «reconnue par tous ceux qui se livrent à une activité scientifique dans d'autres domaines et qui cherchent soit à établir une typologie des phénomènes qu'ils observent, soit à faire apparaître des constantes»⁸⁹.

4. Il résulte de cet exposé que les éléments du vocabulaire «typologique» sont, dans la mesure restreinte où la langue française les connaît, porteurs de significations très diverses. Le concept de type, pas plus que le mot qui l'exprime, n'a fait l'objet d'un examen quelque peu approfondi dans la littéra-

⁸⁴ Sur le standard et ce qui le distingue de la règle proprement dite, cf. ROUBIER, p.111-113; DU PASQUIER, p.92-93; DABIN, *Théorie générale*, p.64.

⁸⁵ AMSELEK, p.417 et 436-437. L'auteur se réfère au *Traité élémentaire de droit civil comparé*, de DAVID, qu'il cite comme exemple d'un essai de typologie; DAVID (p.215-393) procède effectivement à une classification des systèmes de droit contemporains selon leurs traits essentiels, et en fonction tant des sources dont ils dérivent que de leur structure et de leur esprit.

⁸⁶ HAESAERT, p.290-291.

⁸⁷ HAESAERT, p.418-419.

⁸⁸ VIRALLY, *Avant-propos*, p. XXIV.

⁸⁹ *Loc. cit.*, p. XXXVI.

ture juridique d'expression française⁹⁰. Le terme y est, au contraire, utilisé très fréquemment dans des acceptions qui constituent simplement des équivalents de notions et de vocables connus et pratiqués depuis longtemps et qui, le plus souvent, sont incompatibles avec la «forme de pensée» propre à la théorie des types.

On peut dire, selon un mot de GÉNY, que la «typologie», pour autant qu'elle se soit introduite dans la doctrine juridique étrangère de langue française, n'ajoute rien de plus «qu'une nouvelle formule à toutes les autres».

Chapitre III

La «typologie» dans le droit italien

En *droit italien*, la théorie des *types* ne paraît pas rencontrer de difficulté d'ordre terminologique. On peut y relever, semble-t-il, une influence de la doctrine allemande plus forte que dans les pays de langue française. Et surtout, la législation civile – contrairement à ce qui est le cas en droit suisse et dans les codifications des pays voisins – utilise expressément la notion de *type*.

Il convient par conséquent de jeter un coup d'œil, rapide et sommaire, sur le problème des types tel qu'il se présente en droit italien.

1. Le *Codice civile*, dans sa partie relative aux obligations, contient notamment, à propos des contrats en général, des

⁹⁰ Il semble que la situation soit différente en sociologie. JEAN DUVIGNAUD, *Sociologie de l'art*, Paris 1967, p.45ss. propose en effet, comme nouveaux «concepts opératoires» qui «devraient donner à la sociologie la possibilité d'expliquer des faits individuels contrairement à la tradition d'un positivisme démodé», les concepts complémentaires d'*anomie* et d'*atypisme*, ce dernier innové par les anthropologues américains et singulièrement par MARGARET MEAD, laquelle toutefois «ne semble pas saisir la portée des termes qu'elle utilise: elle évoque ces déviations qu'elle nomme «atypiques», sans voir que l'atypisme ne peut se réduire à une définition exclusivement négative et partielle ...», etc. (p.49).

dispositions préliminaires fixant la notion du contrat (art. 1321) et consacrant l'autonomie contractuelle (art. 1322)⁹¹. Cette dernière signifie que les parties peuvent conclure des contrats qui n'appartiennent pas aux types ayant reçu une réglementation légale particulière, pourvu qu'ils soient orientés vers la poursuite d'intérêts dignes de la protection de l'ordre juridique. Les règles générales sur les contrats s'appliquent aussi en pareil cas (art. 1323)⁹².

D'autre part, les dispositions générales sur les sociétés, après avoir défini la notion de société (art. 2247 *Codice civile*), prévoient à l'art. 2249 que les sociétés qui ont pour objet l'exercice d'une activité commerciale doivent se constituer selon l'un des types réglementés aux art. 2291 et ss. (société en nom collectif, société en commandite simple, société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée). Les sociétés qui ont pour objet l'exercice d'une activité autre que commerciale sont considérées en principe comme sociétés simples, à moins que l'on ait voulu les constituer selon l'un des types susmentionnés. Les dispositions sur la société coopérative, et celles des lois spéciales imposant un type déterminé de société (art. 2249 al. 2 et 3), sont réservées⁹³.

⁹¹ *Art. 1322 (Autonomia contrattuale):*

«Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative.

Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.»

⁹² *Art. 1323 (Norme regolatrici dei contratti):*

«Tutti i contratti, ancorchè non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo.»

⁹³ *Art. 2249 (Tipi di società):*

«Le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo.

Le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività diversa sono regolate dalle disposizioni sulla società semplice, a meno che i

2. Cette réglementation légale paraît, à première vue, opérer une distinction entre le concept et le type, tant à propos des contrats qu'à propos des sociétés. Il ne faut toutefois pas exagérer en ce sens la portée de ces dispositions. En effet, les types auxquels se réfère le *Codice civile* ne constituent guère autre chose que les «sortes» ou «formes» de contrats ou de sociétés spécialement nommées et réglementées par la loi⁹⁴.

En ce qui concerne les types de contrats visés à l'art. 1322 al. 2, il s'agit des contrats expressément nommés et définis de manière abstraite par la loi, qui en propose un schéma de réglementation. La liberté accordée à la volonté des contractants signifie qu'ils peuvent non seulement modifier le schéma légal, mais encore établir des rapports obligationnels qui – soit qu'ils ne correspondent à aucun des éléments exprimés par la loi, soit qu'ils mélangent en une nouvelle unité organique des éléments relevant de plusieurs contrats réglementés – ne peuvent pas être ramenés à l'une des formes contractuelles que le législateur a retenues. Les contrats *atypiques* en ce sens sont tout simplement des contrats *innomés*⁹⁵.

soci abbiano voluto costituire la società secondo uno degli altri tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo.

Sono salve le disposizioni riguardanti le società cooperative e quelle delle leggi speciali che per l'esercizio di particolari categorie d'imprese prescrivono la costituzione della società secondo un determinato tipo.»

L'art. 2200 du *Codice civile* parle également des sociétés constituées selon l'un des *types* réglés par la loi.

⁹⁴ La distinction que veut pratiquer BRUNETTI (p. 77) entre la *forme* et le *type* de société pour en déduire que la société simple est forme mais non pas type de société, n'est pas fondée (voir NICOLÒ, p. 12, qui précise que la société simple n'est pas une société «atypique»; SCIALOJA et BRANCA, p. 59; ROMANO-PAVONI, p. 372).

⁹⁵ Voir le commentaire D'AMELIO et FINZI à l'art. 1322, p. 295 ss. LA LUMIA, p. 225. Cf. aussi PANDOLFELLI IV, p. 156–157; il y est expliqué en outre comment le principe de l'autonomie privée et sa limitation, dans la seconde partie de l'art. 1322 al. 2, trouvent leur justification dans les impératifs du fascisme ...

Il n'en va pas différemment des *types* de sociétés mentionnés dans les dispositions légales précitées. Cette formule touche à la *classification* des sociétés⁹⁶. FERRI expose que les types individuels de sociétés s'insèrent dans les deux grands types constitués l'un par les sociétés organisées sur une base personnelle, et l'autre par celles dont l'organisation est à base capitaliste, types qu'il assimile expressément, avec la société coopérative, à des *catégories*⁹⁷. Cette classification des sociétés en types par le droit italien n'apporte rien de plus, et n'entraîne aucune autre conséquence, qu'une énumération de formes juridiques dénommées et bien définies par la loi en fonction de divers critères de distinction⁹⁸.

Il s'ensuit que la «typicité» des sociétés – qui est obligatoire dès lors qu'il s'agit d'une entreprise commerciale – exprime simplement l'idée qu'une telle entreprise ne saurait exister juridiquement comme société avec des organes et un patrimoine propres qu'en se constituant sous l'une ou l'autre des formes sociales mises à disposition expressément par la loi, et qualifiées pour ce motif de *typiques*; à tout le moins faut-il que le groupement se crée selon un schéma d'organisation qui puisse trouver, pour l'essentiel, son cadre dans l'un de ceux que la loi réglemente. En d'autres termes, les *types* de sociétés du droit italien sont les sociétés auxquelles ce dernier donne un nom et une réglementation schématique qui les individualise et les distingue les unes des autres⁹⁹. La

⁹⁶ ASCARELLI, Saggi, p. 176 ss.

⁹⁷ FERRI, p. 139, 145, 264–265. Dans le même sens GRECO, p. 56.

⁹⁸ Cf. GRAZIANI, p. 7, 9, 56. NICOLÒ, p. 11. PANDOLFELLI V, p. 135. ROTONDI, p. 441 ss. BRUNETTI, p. 77. SCIALOJA et BRANCA, p. 58, 60 et 61.

⁹⁹ Cf. la note précédente et FERRI, p. 136 ss. FERRI précise que «sotto l'aspetto organizzativo, la società si differenzia in tipi *esattamente individuati e caratterizzati*» (p. 136), et que la réglementation légale prévoit une «suddivisione in tipi fissi» (p. 143). Dans SCIALOJA et BRANCA (p. 60) il parle des éléments caractéristiques et distinctifs des différents types de société, lesquels sont «nettamente differenziati».

typicité équivaut donc à la conformité substantielle avec la réglementation particulière de l'un des schémas légaux.

Si, a priori, le choix de la forme sociale – du type social – est libre¹⁰⁰, cette faculté est restreinte s'il s'agit d'une société commerciale. Le texte formel de l'art. 2249 *Codice civile* implique en effet un «*numerus clausus*» des formes juridiques que peuvent revêtir les sociétés commerciales. C'était le cas déjà avant le *Codice civile*, sous l'empire du Code de commerce italien (art. 76–77). Dès lors, les sociétés *atypiques* (c'est-à-dire celles dont les caractères fondamentaux ne pourraient être subsumés sous l'un des «régimes» définis et énumérés limitativement par la loi) ne seraient pas admissibles comme sociétés commerciales: sociétés innommées, elles seraient soit frappées de nullité, soit traitées comme des sociétés simples¹⁰¹. Font exception les sociétés étrangères¹⁰².

La doctrine italienne moderne, suivie par la jurisprudence, pratique une distinction franche entre sociétés atypiques d'une part (ne rentrant pas dans l'un des cadres fondamentaux prévus), et *clauses atypiques* d'un contrat de société, d'autre part. Sont atypiques, les dispositions statutaires (contractuelles) qui dérogent, sur un point déterminé, à la réglementation de ce point par la loi. Alors qu'une société commerciale ne peut pas être atypique, les clauses particulières atypiques sont unanimement admises dans certaines limites, en particulier si elles visent uniquement les rapports internes des associés et ne risquent pas de porter atteinte

¹⁰⁰ FERRI, p. 137. SCIALOJA et BRANCA, p. 58.

¹⁰¹ BRUNETTI, p. 78–79. FERRI, p. 137ss. GRECO, p. 58–59. GRAZIANI, p. 9–10. SCIALOJA et BRANCA, p. 59–60. LA LUMIA, p. 218ss. ROMANO-PAVONI, p. 370ss. Seul, semble-t-il, ROCCHI (p. 297ss.) a admis la possibilité d'une société commerciale atypique, sur la base de l'ancien Code de commerce.

¹⁰² *Art. 2507* (Società estere di tipo diverso da quelle nazionali): «Le società costituite all'estero, che sono di tipo diverso da quelli regolate in questo codice, sono soggette alle norme della società per azioni, per ciò che riguarda gli obblighi relativi all'iscrizione degli atti sociali nel registro delle imprese e la responsabilità degli amministratori.» Cf. FERRI, p. 143–144. ROMANO-PAVONI, p. 373–375.

aux droits des tiers. Les clauses atypiques ne sont concevables, comme telles, que par rapport à une société typique (au sens ci-dessus précisé), dont elles modifient sous quelque aspect la réglementation légale pour l'adapter à des exigences ou à un objectif particuliers. Elles changent, dans les limites de leur validité, les effets légaux naturels propres au type de société adopté par les parties. Mais elles ne sauraient, en revanche, faire obstacle aux effets essentiels du régime légal. Elles ne peuvent porter atteinte aux caractéristiques profondes, à la forme substantielle du type choisi, telles qu'elles sont fixées par la réglementation légale. Le critère d'appréciation réside dans le caractère de droit impératif ou de droit dispositif donné par la législation aux règles auxquelles il est dérogé. Une clause atypique dérogeant à une règle de droit impératif est nulle et peut, selon les cas, entraîner la nullité totale ou partielle du contrat de société lui-même¹⁰³.

Dans le contexte des clauses atypiques, mais pour les en distinguer, GRECO mentionne les contrats «para-sociaux» que deux ou plusieurs associés peuvent conclure pour régler d'une manière quelconque, qui peut être différente de celle de l'acte de société, les effets du rapport social en ce qui les concerne, ou pour fixer leur comportement d'associés¹⁰⁴.

3. Indépendamment des travaux relatifs aux dispositions légales susmentionnées¹⁰⁵, certains juristes italiens ont abordé, dans des perspectives diverses, des problèmes touchant à la typologie. Ici aussi, un bref aperçu suffira pour déceler les directions essentielles.

¹⁰³ Sur ce problème des clauses atypiques et de leurs conséquences, voir LA LUMIA, p. 222 ss.; BRUNETTI, p. 79 note 51; ROMANO-PAVONI, p. 375 ss.; GRAZIANI, p. 9; NICOLÒ, p. 13; SCIALOJA/BRANCA, p. 59-60; GRECO, p. 58-59 et 62.

¹⁰⁴ GRECO, p. 62-63, ajoute que de tels contrats sont parfaitement valables en soi, à condition qu'ils ne soient pas utilisés pour éluder une disposition légale impérative ou des exigences essentielles de la réglementation des sociétés.

¹⁰⁵ Voir notes 91, 92 et 93 ci-dessus.

CARNELUTTI expose que la variété des situations juridiques est telle que la technique législative exige une simplification. On forme ainsi des «types juridiques» qui correspondent à des faits et situations génériques, par un procédé de classification fondée sur l'expérience. En ajoutant aux conditions et effets typiques des conditions et effets «extra-typiques», on obtiendra des «sous-types» (de situations ou de faits). Ainsi, le contrat est un type, dont la vente constitue un sous-type¹⁰⁶.

ASCARELLI¹⁰⁷ tente d'élucider les rapports – et les conflits – entre l'ordre juridique (stable) et la réalité sociale, surtout économique (mouvante). L'élaboration d'une norme juridique présuppose une observation attentive de la réalité qu'il s'agit de réglementer. Puis, le juriste doit procéder à une «classification typologique» de la réalité, en groupant les faits économiques et sociaux selon une appréciation guidée par l'objectif *normatif* qui lui est propre¹⁰⁸. Cette «reconstruction typologique de la réalité sociale» demeure sous-jacente à tout l'ordre juridique positif, qui en dépend essentiellement puisque c'est elle qui détermine le champ d'application de la norme et sa *ratio*. C'est, en effet, la tâche de l'interprète du droit que de surmonter la tension entre ce dernier et la vie changeante, pour appliquer l'un à l'autre; et il ne le pourra de manière féconde qu'en se référant à la typologie de la réalité de laquelle la norme juridique tire sa vigueur, et en vérifiant si le cas d'espèce qui se présente est bien du type en vue duquel la règle a été formulée.

ASCARELLI relève que les catégories juridiques sont les instruments indispensables de ce processus de typisation constamment renouvelé: il faut arriver finalement à en-

¹⁰⁶ CARNELUTTI, p. 217–219.

¹⁰⁷ ASCARELLI, Problemi I, spéc. p. 61 ss. et 230 ss.; SAGGI, p. 180–181.

¹⁰⁸ ASCARELLI insiste sur le fait que les préoccupations et les buts des économistes et sociologues sont trop différents de ceux des juristes pour que les travaux typologiques de ceux-là puissent être utilisés dans le droit (Problemi I, p. 62–63 et p. 76 note 7).

cadre le cas d'espèce dans une «catégorie typique»¹⁰⁹. La typologie de la réalité, d'ailleurs, s'exprime en concepts (ou pseudo-concepts) juridiques, qui doivent être nettement distingués d'une autre sorte de concepts (ou pseudo-concepts) juridiques : ceux qui – sous la forme des *regulae iuris* – ne font que condenser la discipline normative prise en elle-même¹¹⁰.

EMILIO BETTI s'est penché tout spécialement, dans plusieurs de ses ouvrages et études, sur les problèmes de la typologie juridique. Sa pensée peut se résumer comme suit.

Toute règle de droit suppose que les faits sociaux qu'elle est appelée à régulariser soient au préalable groupés en classes, compartimentés en catégories, par un processus d'abstraction que l'on nomme «typisation»¹¹¹. Cette opération appauvrit le réel en le simplifiant, par réduction à des traits génériques moyens bien circonscrits, mais elle est inévitable. Les types et schémas ainsi dégagés et dépouillés des éléments individuels se présentent comme des concepts (ou «pseudo-concepts»), des catégories abstraites. Cette exigence de typisation ne porte pas seulement sur les faits qui servent d'hypothèse à la norme de droit, mais touche également les effets juridiques institués par celle-ci¹¹².

De manière générale, une telle systématisation du réel selon ses caractères génériques, et la classification juridique à laquelle elle aboutit, correspond à une visée profonde de l'ordre juridique, qui est d'imposer des limites à l'autonomie de l'individu. Les objectifs que ce dernier cherche à atteindre par des moyens juridiques ne doivent pas être laissés à son bon

¹⁰⁹ Cf. Problemi I, p. 78 et II, p. 849.

¹¹⁰ Op. cit. I, p. 185 et 230 ss. – ASCARELLI consacre un chapitre entier du second volume de ses Problemi giuridici à une «tipologia delle società per azioni» (p. 1001 ss.).

¹¹¹ «Typisierung», «tipizzazione»: il serait peut-être plus correct de dire, en français, *typification* (cf. la formation des verbes dérivés *typer* et *typifier* dans le Dictionnaire de ROBERT, ci-dessus note 42, p. 461).

¹¹² BETTI, Typenzwang, p. 249–251; Teoria generale della interpretazione, p. 147 ss.; Begriffsbildung, p. 87–88.

plaisir. La protection juridique ne saurait être accordée qu'aux types d'actes, dégagés par le processus de systématisation susmentionné, et qui doivent servir à réaliser les buts ayant une importance sociale suffisamment générale¹¹³.

L'évolution historique du processus de typisation et de ses conséquences de droit positif est instructive. Aux origines du droit romain, les types d'actes juridiques se distinguaient essentiellement par leurs formes sévèrement fixées, réglementées et ouvertes uniquement en vue de buts spécifiques, en relation avec les *legis actiones* qui limitaient strictement les possibilités d'agir en justice («*Typenzwang*»). Par la suite, les exigences formelles s'estompèrent, et avec elles le réseau rigide des types fixes et absolument prédéterminés. Mais l'exigence fondamentale de typisation subsista, notamment dans le droit commun, pour satisfaire aux exigences légitimes de la vie sociale tout en continuant à maintenir l'autonomie privée dans certaines limites¹¹⁴.

Cette tendance à la libéralisation s'est poursuivie jusque dans le droit moderne où, en matière contractuelle du moins, on s'accorde à reconnaître à l'individu une grande liberté dans la formation, le choix et l'utilisation des moyens juridiques que la législation met à sa disposition («*Typenfreiheit*»). Cette «liberté des types» ne signifie toutefois nullement que la typisation juridique soit un système périmé. Bien au contraire. Cette formule indique simplement que l'ordre juridique ne s'oppose pas à la formation, par la voie de la pratique et de la coutume, de situations concrètes ayant des effets de nature obligatoire, bien que la loi ne les ait pas réglementées spécialement. Si ces situations ne sont pas couvertes par la définition abstraite et large que la loi donne des différents actes juridiques, elles peuvent néanmoins prétendre à être prises en considération par le droit à une double condition. Il faut, en effet, que les intérêts et objectifs privés pour lesquels ces formations ont surgi de la vie des affaires correspondent à un intérêt social durable, important

¹¹³ BETTI, *Typenzwang*, p. 262–265.

¹¹⁴ BETTI, *Typenzwang*, p. 256 ss.

et justifié, car l'ordre juridique ne saurait protéger que des faits revêtant une importance sociale réelle et méritant par là d'être organisés de manière ferme par le droit, à l'exclusion de la fantaisie et de l'arbitraire individuels : c'est là une condition qui vient s'ajouter à celle qui découle de la licéité par rapport à l'ordre juridique établi. Mais il faut aussi que ces intérêts et buts soient susceptibles, par leurs éléments génériques, d'être systématisés et rangés dans des catégories, en d'autres termes de faire l'objet de la typisation indispensable.

Ainsi, les *types légaux* de l'ancien droit romain – fermés, exclusifs et formalisés à l'extrême – sont remplacés dans le droit moderne par des formations typiques prenant naissance et s'imposant dans la vie des affaires, par des *types de fait ou sociaux* («*Geschäftstypen*»). Le nombre de ces derniers n'est pas limité, pas plus qu'ils ne se délimitent entre eux par des frontières rigides ; ils participent de la mouvance de la vie et sont en formation et transformation constantes ; l'intérêt qu'ils offrent pour la science du droit n'en subsiste pas moins, si elle ne veut pas sombrer dans la confusion d'un «mysticisme juridique» informe.

Par voie de conséquence, la «typicité légale» des actes juridiques a fait place à une «*typicité sociale*», qui s'analyse comme le caractère de ce qui, sans être prévu expressément par la loi, est admis par la conscience sociale de l'époque comme répondant à une exigence pratique légitime, à un intérêt social durable, et est à ce titre jugé digne de la protection légale, cette appréciation supposant nécessairement une classification antérieure en types généraux par le processus relaté plus haut. En ce sens, c'est la fonction et l'utilité économico-sociale d'un acte juridique qui constituent le critère permettant de ranger un acte juridique dans l'un des types admis par le droit. Dès lors aussi, il est erroné de parler d'actes *atypiques* et d'*atypicité* pour qualifier certaines réalités de l'ordre juridique : l'acte atypique (à la différence de l'acte «innomé») n'est, par définition et parce qu'il s'articule à l'individuel pur coupé du social, pas digne de la protection juridique,

se situe en dehors du droit, et n'a pas d'existence ni d'importance juridiques¹¹⁵.

BETTI déduit de cette conception certaines conséquences pour l'interprétation des contrats. La recherche de la volonté concrète – réelle ou hypothétique – des parties pour déterminer la nature et les effets juridiques de l'acte, est un moyen inadéquat, car cette interprétation est indissolublement liée aux circonstances individuelles et fortuites du cas d'espèce et ne saurait dès lors dégager une solution qui puisse être d'une utilité quelconque dans d'autres cas analogues. En revanche, les types et schémas conceptuels ont une fonction interprétative importante. Il s'agit en effet de contrôler et de vérifier si, indépendamment des motifs subjectifs, le but pratique recherché par les parties, l'intérêt (au sens objectif) dont elles poursuivent la réalisation, peut se rattacher à l'une des exigences económico-sociales typiques de l'autonomie privée qui sont considérées comme méritant la protection juridique¹¹⁶.

4. En résumé, le concept de *type* qui est formulé nommément dans le *Codice civile* se réfère aux sortes et formes de contrats et de sociétés qui sont expressément nommées et réglées dans la législation. Ces réalités juridiques sont définies et nettement délimitées les unes par rapport aux autres. Elles procèdent d'une démarche de pensée conceptuelle qui s'exprime en classes et catégories logiques. Certains auteurs ont approfondi le problème spécifique du type, mais dans une perspective qui ressortit essentiellement à la sociologie et à l'activité proprement législative.

¹¹⁵ Voir sur toute cette question BETTI, *Typenzwang*, p. 270 ss.; *Interpretazione della legge*, p. 276 ss.; *Negoziio giuridico*, p. 194 ss., 327–328, 399 ss.; *Obbligazioni*, p. 59–66. – BETTI se réfère évidemment, pour confirmer sa thèse, à l'art. 1322 *Codice civile* qui couvre à la fois une *tipicità legale* et une *tipicità sociale* (cf. note 91 ci-dessus).

¹¹⁶ BETTI, *Typenzwang*, p. 282–283; *Interpretazione della legge*, p. 276 ss.; *Teoria generale della interpretazione*, p. 147 ss.

Deuxième partie

LE FOND DU PROBLÈME

Chapitre I

Le concept juridique de type

1. C'est dans la doctrine allemande qu'il faut chercher les sources de la *théorie des types* dans le domaine juridique. Ainsi qu'on l'a vu, les juristes d'expression française ignorent pratiquement ce problème et la terminologie particulière qui lui est propre. En Italie, la typologie – dans la mesure où elle s'articule à un concept *légal* – est essentiellement un jeu de formules; pour le surplus, les travaux d'auteurs isolés n'ont pas suscité d'écho général. En revanche, la littérature juridique allemande est, à cet égard, relativement riche. Elle offre une doctrine fondamentale qui, pour n'être pas unanime (tant s'en faut), exprime le résultat de recherches approfondies et concertées, conduites depuis un certain nombre d'années avec beaucoup de sérieux et d'où l'on peut dégager un petit noyau de pensée convergente, sinon commune¹. C'est de cette doctrine, qui touche à la philosophie et à la logique, qu'il faut maintenant tenter d'exprimer l'essentiel. Bien entendu, il ne s'agit et ne peut s'agir que d'une approximation sommaire, rendue périlleuse par les pièges d'un vocabulaire discutable et d'une pensée dont la clarté n'est pas la note dominante.

2. Le fondement en est la notion même de *type*: le type juridique pris en lui-même. Ses éléments essentiels sont formulés de manières différentes et dans des perspectives variées. Il est donc impossible d'en donner, dans le cadre d'un

¹ Les deux seuls auteurs qui, en Suisse, ont réellement étudié le problème spécifique (KOLLER et SCHLUEP, cf. ci-dessus p. 459), ne se réfèrent pratiquement qu'à des auteurs allemands.

bref rapport, une vue générale qui tienne compte de toutes les tendances et respecte les nuances.

Une constatation, en effet, s'impose : pratiquement, chaque auteur qui disserte du problème fondamental de la notion de type s'empresse de préciser qu'il n'est, pour telle et telle raison², pas d'accord avec tel ou tel autre auteur, sur tel et tel point de la définition (ou de la terminologie), tandis qu'il ne pourrait se rallier qu'avec réserves et sous conditions à l'opinion de ses prédécesseurs sur tel et tel autre point³. Il faut donc nécessairement se borner à indiquer ici quelques traits principaux, moins controversés que d'autres, sinon unanimement admis. Il suit de là, en relation avec la nature même du sujet, qu'un exposé systématique rigoureux n'est pas possible. Il n'en est pas moins indispensable de chercher à savoir de quoi l'on parle⁴.

3. Il faut constater d'abord que, dans cette conception moderne, la théorie du type se présente avant tout et essentiellement comme *forme de pensée* (Denkform), qui se veut

² Très souvent valable, mais cela ne change rien à l'affaire.

³ Cela démontre de manière éclatante à quel point il serait nécessaire de fixer la terminologie et d'élaborer un concept de type qui soit scientifiquement utilisable.

⁴ Etant donné la bigarrure des opinions, une indication systématique des sources pour chaque élément de la question n'est ni opportune, ni utile. Le lecteur désireux d'approfondir le sujet se référera essentiellement aux études déjà mentionnées de KOLLER et de SCHLUEP, ainsi qu'aux ouvrages suivants :

ENGISCH, Konkretisierung, p.237-294; Rechtsbegriffe, p.324-325. HEMPEL/OPPENHEIM, Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik (cet ouvrage, bien que publié en Hollande, n'en constitue pas moins un des éléments essentiels de la doctrine allemande résumée ici). LARENZ, Methodenlehre, p.333ss. Cf. aussi SAUER, p.16ss., 156ss. La revue «STUDIUM GENERALE» (Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften, im Zusammenhang ihrer Begriffsbildungen und Forschungsmethoden, Heidelberg/Berlin) a publié, en 1951 et 1952, une importante série d'études sur le concept de type en général, et son application dans les différentes sciences en particulier; le juriste lira avec profit celles de HEYDE, VON KEMPSKI, KRETSCHMER et WOLFF.

nouvelle et qui entend être soigneusement distinguée de la pensée conceptuelle. Cela situe d'emblée le débat à un niveau très élevé. On dégage à la base un concept du *type en soi*, élaboré essentiellement du point de vue de la logique, et avec lequel la notion⁵ de type des sciences particulières devrait s'harmoniser. Cette harmonisation est, dans une très large mesure, un vœu pie : le « *type* » des sciences naturelles, par exemple, est profondément différent de celui des sciences normatives comme le droit. La finalité, l'objet propre et les méthodes fondamentales des sciences particulières ne sauraient être confondus⁶. Quoi qu'il en soit, c'est à cette notion de base, à ce « type au sens logique » (KOLLER) qu'entend se rattacher au sommet toute la typologie juridique.

4. Il est indispensable de rappeler préliminairement certaines données fondamentales. Car c'est par rapport à de telles données traditionnelles que se définit la théorie des types.

La pensée juridique tend à saisir le réel pour le régler selon des jugements de valeur : elle est essentiellement normative, et non pas constative ou explicative. Sous sa forme classique, elle procède par abstraction, c'est-à-dire en isolant une qualité ou une relation d'un objet et en la considérant séparément des autres qualités ou relations de cet

⁵ Peut-être est-il bon de signaler que les termes « concept » et « notion » sont utilisés dans ce rapport comme synonymes, ou du moins équivalents (entre eux et par rapport à l'expression allemande « Begriff »), alors qu'en leur acception technique propre, qui est philosophique, *notion* a un sens plus large que *concept* (cf. LALANDE). Plus généralement, il est bien entendu que les considérations qui suivent n'ont aucune prétention à la justesse et à l'exactitude philosophiques des formules utilisées.

⁶ Sur la différence entre la méthode juridique et celle des sciences de la nature, cf. BURCKHARDT, p. 34 ss. ; DABIN, *Théorie générale du droit*, p. 238, et *Technique*, p. 106 : « A la différence du savant, le juriste ne prétend pas représenter le monde tel qu'il est dans sa réalité multiforme et spontanée ; simplement, il vise à l'organiser en hypothèses fermes sur lesquelles il pourra asseoir des solutions nettes ».

objet, et séparément de l'objet lui-même. Par là, elle s'écarte nettement du concret individuel et tend à une généralisation.

Le résultat de cette démarche intellectuelle s'exprime en *concepts ou notions*. D'où la qualification de pensée conceptuelle. L'abstraction étant susceptible de degrés, le concept est plus ou moins abstrait, et implique une généralité plus ou moins grande⁷. Les notions de *classe*, *genre* et *espèce* relèvent de cette forme de pensée abstraite⁸.

Il en va de même des *catégories* qui sont (indépendamment des significations techniques particulières) des concepts généraux sous lesquels on range les idées et les faits.

Les concepts sont susceptibles de *définition*. Autrement dit, il est nécessairement possible de déterminer logiquement la compréhension qui les caractérise⁹. La pensée conceptuelle abstraite cherche à distinguer clairement les éléments du réel, et par voie de conséquence à établir entre eux des *séparations* bien délimitées et tranchées, qui per-

⁷ Il faut distinguer la «compréhension» (Inhalt) d'un concept de son «extension» (Ausdehnung), qui sont en raison inverse. La compréhension vise l'ensemble des caractères qui appartiennent à un concept. L'extension signifie l'ensemble des objets auxquels s'applique le concept. Plus nombreux sont les caractères que contient un concept (plus grande est sa compréhension), plus restreint est le cercle des objets auxquels ce concept peut s'appliquer (plus petite est son extension). Le procédé d'abstraction va dans le sens d'une réduction du nombre des caractères formant le concept; il tend donc à en diminuer la compréhension et à en augmenter l'extension.

⁸ Dans la terminologie logique, la classe désigne un ensemble d'objets possédant certains caractères déterminés; elle est plus abstraite et générale que le genre et l'espèce. Le genre, à son tour, est plus large (possède davantage d'extension) que les espèces qu'il englobe. En transportant dans le domaine juridique, on peut dire que le contrat de société simple est une des *espèces* appartenant au *genre* «contrats», lequel fait partie de la *classe* des actes juridiques.

⁹ Il n'y a pas lieu d'entrer ici dans un exposé des différentes sortes de définitions (nominales, réelles ou autres, cf. LALANDE, Appendice, p. 1215-1216).

mettent de les classer en catégories. C'est dans une large mesure par un procédé de «*subsumption*» logique que la pensée abstraite dit si un fait concret rentre dans l'extension d'un concept, si une hypothèse est soumise à une norme et aux effets juridiques qu'elle engendre¹⁰.

5. L'essence de la pensée typologique est d'appréhender le réel selon une démarche et des modalités qui diffèrent de celles de l'abstraction logique. Elle permet, selon les auteurs qui la représentent, de combler certaines insuffisances qui sont inhérentes à cette dernière. On lui attribue ainsi différents caractères qui se recoupent partiellement et défient toute exposition systématique exhaustive.

a) La voie qui permet de dégager les types laisse une large place à l'*intuition*¹¹, qui fait totalement défaut à la méthode d'abstraction pure. C'est l'intuition qui permet de saisir la réalité aussi dans ce qu'elle a d'individuel et de concrètement vivant, et que le concept abstrait néglige nécessairement. En outre, cette méthode donne une image globale qui restitue l'ensemble dont l'abstraction isole les éléments. Toutefois, si l'intuition pure aboutit à une connaissance, elle n'offre pas les moyens de communiquer cette connaissance, et ne discerne pas dans leur ampleur les relations de l'objet connu avec d'autres. Par ailleurs, elle ne découvre que l'individuel dans ce qu'il a de particulier et d'unique, ce qui est évidemment inacceptable dans le domaine de la science

¹⁰ Que le droit ne puisse être appliqué aux espèces concrètes par une méthode de pures déductions formelles n'est au demeurant pas contestable, ni pratiquement contesté (cf. par exemple MERZ, *Auslegung*, p. 306).

¹¹ Le terme allemand d'«*Anschauung*» utilisé par la doctrine n'est peut-être pas traduit très exactement par la notion d'intuition. Celle-ci vise toutefois, pour l'essentiel, la même chose, à savoir une «connaissance donnée d'un seul coup et sans concepts», une «vue directe et immédiate d'un objet de pensée actuellement présent à l'esprit et saisi dans sa réalité individuelle» (LALANDE). Le concept de «synchrétisme», dans sa définition moderne (Renan) d'«appréhension globale et plus ou moins confuse d'un tout», rendrait assez bien compte de cette qualité qu'on attribue à la démarche typologique.

juridique, qui doit nécessairement opérer à un certain niveau de *généralité*, établir des rapports entre les choses et communiquer ses résultats pour ne pas faillir à sa tâche essentielle. Aussi, la doctrine typologique n'accorde-t-elle à l'intuition, pour caractériser le concept de *type*, qu'un rôle complémentaire à celui de la pensée abstraite : l'image fournie par l'intuition guide l'esprit dans la reconstruction des divers éléments en un type, reste sous-jacente en celui-ci et *le rapproche ainsi de l'individuel* sans lui enlever le caractère de généralité qui lui reste essentiel.

b) Au lieu que l'abstraction isole les éléments de l'objet, pour les juxtaposer en un concept en quelque sorte artificiel où ils demeurent distincts les uns des autres, le type les réunit en un *tout organique*. C'est en fonction de ce tout, compris comme une entité ayant une *signification propre*, que sont groupés les caractères préalablement dégagés à cet effet. Les parties composantes du type s'effacent devant l'ensemble comme tel. C'est dans et par leur constitution en une unité que peuvent être appréciés leur sens, leur fonctionnement et la finalité à laquelle elles obéissent.

c) Les concepts utilisés par l'abstraction pour classer les objets tendent à établir entre eux des séparations tranchées. Les définitions montrent essentiellement en quoi l'objet défini n'est pas un autre, en quoi il se distingue des autres. Le réel, lui, ne connaît pas ces divisions nettes et franches. Les faits de la vie sont en constante mouvance, ils se rapprochent jusqu'à se confondre, s'interpénètrent, se compénètrent, se joignent, s'unissent, se recoupent, se mélangent, se modifient par gradations insensibles, disparaissent, reparaissent, présentent mille facettes tout à la fois ou successivement, au gré du flux changeant de leur dynamisme interne ou des circonstances extérieures.

La pensée typologique ne prétend évidemment pas supplanter la pensée classificatrice abstraite dans la formation, l'explication et l'application du droit. Elle entend toutefois y suppléer dans le domaine où celle-là défaille, à savoir précisément là où il s'agit de saisir des relations mouvantes

entre deux ou plusieurs objets ou de tenir compte de gradations insensibles d'une forme à l'autre. Le type, précisément, n'a *pas de contours tranchants, ni de limites accusées*. Ses frontières sont poreuses. Il exprime ce qui fait l'essence même d'une réalité (par exemple d'une institution juridique) dans son contexte, et non pas ce qui la coupe des autres. Il se rattache à des objets et à des éléments présentant à des *degrés d'intensité variables* certains caractères, et il les relie en un tout chargé de sens profond, quand bien même la logique abstraite les classe dans des catégories différentes. Il n'est pas attaché à un nombre fixe d'éléments, ni à une intensité déterminée de ceux qui sont réalisés. Le type engendre ainsi un rapprochement du droit avec la réalité, indispensable pour tenir compte dans une large mesure de l'ensemble des facteurs réels qui sont soumis au droit et des transformations auxquelles la vie ne cesse de les soumettre.

d) Dans cette même ligne de pensée s'inscrit la contribution du type, comme forme de pensée, à l'effort du dépassement de la tension entre la vie, qui est individuelle, et l'ordre juridique positif qui s'établit essentiellement en des normes à caractère abstrait et général. Il résulte déjà des explications qui précèdent que le type est, davantage que le concept abstrait, près des choses. L'entité qu'il constitue, tout en conservant une indispensable généralité, se nourrit fortement de la substance des réalités individuelles. Le type suit donc une certaine voie médiane entre le général, domaine propre de l'abstraction, et l'individuel, qui est la réalité vivante.

6. La conception du *type*, telle que résumée ci-dessus, doit être complétée par une précision terminologique (a), et implique certaines conséquences sur un plan plus familier à la réflexion du juriste praticien (b et c). Elle suppose, en outre, un dépassement de la logique traditionnelle (d).

a) La forme de pensée qui caractérise essentiellement la typologie s'exerce, au même titre que la pensée abstraite et parallèlement à elle, sur tout objet de connaissance. Dans le domaine juridique, seul pris en considération ici, cet objet est constitué par toute la réalité sociale qu'il s'agit d'ordonner.

Le type ne saurait donc être assimilé à l'objet. Il se réfère essentiellement à une manière spécifique d'appréhender et de concevoir une réalité, simple ou complexe. Secondairement, il désigne le résultat de cette opération de l'esprit, à savoir une certaine *représentation mentale* de la réalité, différente – pour les raisons précédemment indiquées – de cette autre représentation mentale qu'est le concept abstrait. Il a déjà été signalé que les différents auteurs dont les travaux constituent ce qu'on peut appeler, grosso modo, la typologie juridique, diffèrent d'opinion sur divers aspects de la structure même de la forme de pensée typologique, et sur les modalités de son exercice. Il s'ensuit inéluctablement que les types dont ils parlent ne constituent pas des représentations mentales de nature identique. De plus, une partie de cette doctrine distingue, selon des critères variables, différentes sortes de types¹². Il ne saurait être question, dans le cadre de ce rapport, d'analyser cette diversité; il fallait l'évoquer.

b) Le type, représentation mentale acquise par la méthode typologique, n'est *pas* susceptible de *définition*, au sens logique du terme.

Celle-ci, en effet, a pour objet un concept abstrait dont elle détermine la compréhension par l'indication exhaustive des caractères précis qui permettent de distinguer un objet de tous les autres. En revanche, le type (juridique) n'est pas caractérisé par une juxtaposition de ses éléments, pris isolément et généralisés par l'abstraction. Il se réfère à une unité organique, perçue intuitivement comme telle, proche de la réalité individuelle qu'offre la vie sociale, et qui échappe à toute définition conceptuelle. Le type, aboutissement d'une manière spécifique de voir et de représenter le réel, ne peut faire l'objet que d'une *description* qui restitue l'unité et la réalité essentielles des éléments¹³.

c) Pour des motifs analogues, un fait concret ne peut *pas*

¹² A titres de simples exemples: type réel et type idéal, type empirique (moyen) et type normatif, type structural, etc.

¹³ LARENZ, Methodenlehre, p. 343. SCHLUEP, Typus, p. 10. KOLLER, p. 25.

être *subsumé* à un type. Le processus logique de la subsomption à une norme suppose que tous les éléments de la définition du concept impliqué dans la norme soient réalisés. Si tel est le cas, le fait est soumis automatiquement à la règle, l'intensité relative de ces divers éléments n'ayant en principe pas d'importance; sinon, il y échappe purement et simplement; la subsomption est fondée sur une dichotomie qui n'admet pas de moyen terme.

La manière selon laquelle le réel concret est rattaché au type est très différente. Un phénomène social est *attribué, ordonné* à un type (*zugeordnet*). En fonction de l'intensité avec laquelle se présentent ses qualités caractéristiques, ce phénomène *correspond plus ou moins* à un type déterminé. Il s'ensuit – ainsi qu'on l'a déjà vu plus haut – que les frontières du type et son «extension» sont largement indéterminées et fluides, et qu'elles peuvent aller beaucoup plus loin que celles du concept classificateur et abstrait qui souvent porte le même nom¹⁴.

d) Il convient de relever encore, sans s'y arrêter, que l'analyse du concept de type, poussée à un certain degré, ne peut plus être conduite au moyen de l'instrument intellectuel et de la terminologie de la logique traditionnelle. Elle nécessite la mise en œuvre des méthodes et du vocabulaire de la logique nouvelle, ou logistique¹⁵.

¹⁴ Mêmes références que sous la note précédente, et ENGISCH, *Konkretisierung*, p.263 note 103; HEYDE, p.242.

¹⁵ Cf. HEMPEL/OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, p.10ss.; HEYDE, p.237ss.; VON KEMPSKI, p.211; KOLLER, p.22ss. Cf. aussi ENGISCH, *Systematik*, p.174ss.; Logik, p.79ss.

La logistique (dite aussi logique algorithmique, logique symbolique, logique mathématique, ou encore algèbre de la logique) est une forme relativement nouvelle de la logique, dans laquelle «on combine des notations purement formelles, définies par une axiomatique décisive et abstraite» (LALANDE).

En Suisse, il semble que seul DESCHENAUX (*L'application de la logistique à la science du droit*) ait étudié les possibilités d'utiliser cette logique nouvelle dans le domaine juridique.

Pour le droit français, on peut consulter l'étude de WINTER

Chapitre II

La théorie des types

1. A partir et en fonction de cette conception fondamentale du type juridique, la doctrine¹⁶ a émis certaines idées et élaboré différents principes et constructions. L'ensemble constitue ce qu'on désignera comme la «théorie des types»¹⁷. Il s'agit, grossièrement exprimé, des aspects essentiels sous

(parue en 1906 déjà!) sur l'application de l'algèbre de la logique à une controverse juridique; cf. aussi KNAPP, *Théorie du droit et cybernétique*. Il semble qu'actuellement la logistique prenne pied solidement dans la science juridique en France et en Belgique: voir l'ouvrage de KALINOWSKY, *Introduction à la logique juridique*.

On ne peut également que signaler ici la méthode dite «topique», à laquelle différents auteurs se réfèrent. Elle a été remise en honneur par VIEHWEG (*Topik und Jurisprudenz*). Cette méthode se distingue de la pensée systématique, qui apprécie les phénomènes en fonction d'un système établi. La «topique», au contraire, veut partir du *problème* tel qu'il se pose en fait, puis l'analyser et rechercher sa solution, sans tenir aucun compte des catégories d'une structure logique préétablie du droit.

¹⁶ Partant ici du concept spécifique et «scientifique» dont les caractéristiques sont exposées au chapitre précédent, la doctrine à laquelle on fait allusion est essentiellement celle qui a analysé et approfondi ce concept comme tel, et celle qui s'y réfère explicitement ou implicitement. N'en font donc pas partie les auteurs suisses (à de très rares exceptions près) même s'ils utilisent les termes correspondant à ces idées, principes et constructions. En sont exclus également les auteurs étrangers d'expression française, ainsi que la majorité de la doctrine italienne. De même, en principe, PAULICK, qui tient à souligner sans équivoque (*Typenbeschränkung, Vorwort V*) qu'il n'utilise pas le mot *type* (et ses dérivés) dans l'acception scientifique étroite que lui donne la doctrine moderne, mais simplement au sens de «modèle»: si le *type* équivaut au *modèle*, il n'est qu'un mot mis à la place d'un autre, et dès lors totalement impropre à constituer une «théorie» qui puisse apporter quoi que ce soit que l'on ne connaisse déjà depuis longtemps.

¹⁷ Il faut bien se résoudre à se servir d'une appellation propre au sujet exposé, même si elle est vague. — Sur la distinction à opérer entre la théorie *des* types (*Typenlehre*) et la théorie *du* type (*Typuslehre*, cf. le titre du rapport de langue allemande), voir la remarque de KOLLER, p. 33 note 2.

lesquels le type en général¹⁸ se présente dans le domaine juridique, et des fonctions principales qu'on lui assigne. Un exposé complet, avec toutes les nuances qu'il conviendrait, excéderait largement le cadre de ce rapport. Il faudra se contenter d'un résumé schématique et forcément arbitraire.

2. Il sied d'indiquer préliminairement que le cadre général de cette théorie est déterminé par l'effort accompli pour adapter le droit à la vie, harmoniser les normes juridiques – prises tant isolément que dans leur ensemble – à la réalité mouvante et individuelle qu'elles doivent ordonner, et satisfaire aux besoins qui s'affirment dans les rapports des hommes entre eux et avec les choses.

3. Dans ce contexte, on distingue d'abord les *types tirés de la vie réelle*¹⁹ des *types légaux*. Ce problème s'articule au processus de *typisation* dans la formation du droit, et à ses résultats.

En présence de l'affrontement des intérêts divergents, de la diversité des buts poursuivis et de la multiplicité des phénomènes concrets et individuels de la vie, qu'il lui incombe de saisir pour les soumettre à son ordre propre, le juriste dégage les traits qui lui paraissent essentiels et caractéristiques. Il les groupe ensuite, en fonction de ces éléments et de l'ordre normatif à instaurer, lorsqu'ils présentent une similitude et une régularité suffisantes dans leur répétition. Ce faisant, il ne cherche pas tant à les distinguer les uns des autres qu'à les appréhender dans leur plénitude et la totalité de leur signification, qui comprend également les relations qu'ils entretiennent avec des réalités voisines. Autrement dit, il procède par typisation, il typifie des phénomènes, il constitue des types à partir de la réalité contingente.

¹⁸ La théorie des types dans le droit des sociétés sera, autant que besoin, exposée plus loin.

¹⁹ Que l'on appellera ici « *types réels* », pour simplifier l'exposé et en toute connaissance de l'imprécision, voire de l'inexactitude de la formule ; la doctrine parle aussi en ce sens de « *Lebenstypen* », expression malaisée à traduire. La conception des *types légaux*, elle aussi, est loin d'être uniforme.

Ces types qui se réfèrent à la réalité juridique, qui sont des «concentrés de la réalité juridique» (LARENZ) vue d'une certaine manière, sont les *types réels*: produits de la vie en société, ils se forment et sont perçus indépendamment de tout ordonnancement normatif positif. Ils ne sont pas coupés les uns des autres, mais s'échelonnent en formant des *séries* dont les différents éléments se touchent et se relient les uns aux autres selon une gradation successive et insensible.

Si le législateur soumet ce réel typifié à une réglementation spécifique, il devra, dans une seconde phase de son activité, l'exprimer dans des formules et le soumettre à des normes qui en détermineront les conséquences juridiques. Du complexe des règles légales qui se rapportent au type réel résulte le *type légal*, qui ne lui est pas nécessairement superposable. Le type légal peut ainsi englober plusieurs types réels, si la formulation des normes par le législateur est suffisamment large²⁰.

4. Lorsque le législateur, considérant les types réels dégagés de la vie, juge nécessaire d'en faire accéder l'un ou l'autre à la «dignité» des types légaux par une réglementation positive, il détermine en même temps – qu'il le veuille ou non, mais de manière plus ou moins nette – si les hommes soumis à ses lois ne pourront rechercher, dans la vie économique et sociale, la réalisation de certains objectifs généraux qu'en se servant de ces types légaux plus ou moins nombreux, ou si au contraire il leur est loisible, nonobstant cette intervention législative, de recourir valablement et efficacement à d'autres formations «typiques» auxquels la pratique donne naissance. C'est le problème de la limitation ou de la non-limitation du nombre des types qui peuvent être utilisés pour poursuivre certains buts. Si le législateur opte pour le principe de la *limitation du nombre des types*, il en établit un *numerus clausus*. Si, au contraire, il laisse les parties

²⁰ Sur l'ensemble de ce problème: ENGISCH, *Konkretisierung*, p. 269 ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, p. 337 ss. et *Lehrbuch II*, p. 1 ss.; KOLLER, p. 28, 57, 78 ss.; SCHLUEP, *Typus*, p. 12–13 et 14. Cf. aussi SAUER, p. 156 ss.; ESSER, *Schuldrecht* p. 53; BETTI, p. 480 ss. ci-dessus.

libres d'adopter l'un des types légaux ou de se servir d'un type réel, qu'elles auront contribué à créer et qui ne fait pas l'objet d'une réglementation légale positive, on dira qu'il se fonde sur le principe de la *liberté des types*²¹. Ces deux principes opposés ont leur racine dans la conception qu'a le législateur du droit civil – seul domaine pris en considération dans ce rapport – de l'autonomie privée, attribut juridique de l'homme libre, et du rôle qu'il entend lui assigner.

Le législateur ayant constitué limitativement ou non des types légaux, la théorie des types doit s'occuper d'une autre question, distincte en soi de celle qui précède mais qui s'y rattache manifestement, notamment dans la relation avec le principe de l'autonomie privée. C'est à savoir si ces types légaux s'imposent tels quels, avec toutes les conséquences juridiques qu'ils impliquent, à ceux qui ont choisi l'un d'entre eux, ou bien si les parties peuvent en principe y déroger par les conventions en vertu desquelles elles règlent leurs rapports réciproques. Dans le premier cas, on aura le principe dit du « *Typenzwang* »²², dans le second celui de la liberté des types²³.

En son sens précis d'une forme particulière de pensée et de la représentation mentale qui en est le produit, le type peut naturellement s'appliquer à tous les objets sur lesquels s'exerce l'activité intellectuelle de l'homme. On doit cependant constater que la variété de ces objets, et surtout des méthodes et finalités des sciences particulières qui s'y consacrent, postule des modalités, fonctions et effets différents.

²¹ *Typenfreiheit*: cette expression signifie également, selon certains auteurs, la faculté qui est laissée aux intéressés de modifier le type légal qu'ils auraient choisi (cf. ci-après). Eu égard aux divergences d'opinion qui se font jour au sein même de la théorie des types, on peut dire d'ailleurs que *tous* les termes dans lesquels cette théorie s'exprime sont polysémiques.

²² Terme que l'on renonce à traduire; il est utilisé aussi comme équivalent de ce qu'exprime le *numerus clausus*.

²³ Voir ENGISCH, *Konkretisierung*, p. 268. LARENZ, *Lehrbuch I*, p. 37–38; *Methodenlehre*, p. 338. ESSER, *Einführung*, p. 149. RASNER, p. 43 ss.

Dans le domaine du droit, la référence fondamentale à l'activité du juriste, et singulièrement du législateur – et par conséquent aux impératifs auxquels ils obéissent – conditionne une grande variété dans les résultats de l'application de la théorie des types selon l'évolution des conceptions dans le temps²⁴, leur disparité selon les ordres juridiques nationaux, et les différentes matières juridiques considérées.

Dans le droit (civil) suisse actuel, il faut signaler, en fonction des principes susmentionnés de la théorie des types, que la situation n'est pas la même s'agissant des régimes matrimoniaux, des droits réels, et des contrats du CO²⁵. Il ne peut s'agir, bien entendu, que d'un aperçu bref et superficiel, destiné uniquement à permettre des comparaisons²⁶. De même, on doit se limiter ici à un simple rappel de ce que l'autonomie privée constitue l'un des fondements essentiels de notre droit civil.

a) Dans le droit des régimes matrimoniaux, l'art. 179 al. 2 CC dispose que «les parties sont tenues d'adopter dans leur contrat l'un des régimes prévus par la présente loi». Il s'agit donc ici d'un choix entre différentes institutions juridiques, et non pas entre des *types*. Il est possible, dans certaines limites, de déroger conventionnellement à la réglementation légale et de combiner les règles des divers régimes²⁷.

²⁴ Pour les actes juridiques en droit romain, cf. ci-dessus p. 481–482.

²⁵ Le rôle attribué à ces principes dans le droit des sociétés sera examiné plus loin. A propos de la théorie des types en droit *public*, cf. R. BÄUMLIN, Strukturprobleme der schweizerischen Demokratie der Gegenwart, RJB 97, 1961, p. 81 ss.

²⁶ Qui peuvent être instructives, bien qu'une réserve importante doive être formulée: il apparaît d'emblée extrêmement douteux que la doctrine citée ci-dessous à propos de ces trois domaines du droit utilise la terminologie dans son sens scientifique propre.

²⁷ Voir LEMP, Commentaire, n. 18 ss. ad art. 179 CC. La situation est différente en *droit français*, qui laisse aux (futurs) conjoints, sous réserve de rares règles impératives, une liberté totale: «Les futurs époux peuvent «fabriquer» eux-mêmes leur régime, soit en combinant les régimes réglementés, soit en faisant œuvre tout à fait nouvelle» (MAZEAUD/MAZEAUD, p. 50). L'art. 1387 du Code civil dispose

b) L'autonomie privée est très sensiblement limitée dans les droits réels. Le principe du *numerus clausus* des droits réels limités prévaut indiscutablement. A l'intérieur de chacune des catégories de ces droits, la liberté contractuelle peut jouer avec certaines restrictions²⁸.

c) Le régime des contrats du droit des obligations est beaucoup plus libéral. Il permet – dans les limites très larges de la loi – l'utilisation par les parties de types contractuels issus de la vie des affaires et que le code ne nomme ni ne réglemente spécialement. A de rares exceptions près, les parties peuvent déroger librement au régime que le législateur leur propose dans les quelques «types» légaux de contrats²⁹.

en effet que «la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos ...» Cf. aussi PLANIOL/RIPERT, p. 6–7, 61, 67. JOSSEAND, *Droit civil* III, p. 2.

²⁸ MEIER-HAYOZ (*Commentaire des droits réels, Systematischer Teil*, n. 35 ss.) parle ici d'une «*Typengebundenheit*» qu'il oppose à la «*Typenfreiheit*». LIVER (*Commentaire des droits réels, Einleitung*, n. 12 et 61 ss., ad art. 730 n. 9) s'exprime en termes de «typicité» et de «*Typenzwang*», non sans avoir précisé: «*Werden die gesetzlich bestimmten und allein zugelassenen Kategorien von Dienstbarkeiten als Dienstbarkeitstypen bezeichnet, so ist das Dienstbarkeitsrecht vom Typenzwang beherrscht*» (Einl., n. 61); précaution justifiée, puisqu'il identifie très clairement les «types» au sens qu'il donne à ce terme, à des catégories. En droit *français*, le système des droits réels connaît des restrictions grosso modo analogues à celles du droit suisse: GINOSSAR, p. 146–151.

Numerus clausus et «*Typenzwang*» régissent également le système allemand des droits réels: cf. EICHLER, p. 54–55; WESTERMANN, p. 19–20.

²⁹ On ne peut qu'évoquer ici le problème des combinaisons et des types mixtes de contrats, qui se pose en termes analogues en matière de sociétés. Leur étude n'apporterait pas une contribution considérable dans la perspective propre de cette étude, et exigerait au demeurant, pour être complète, de multiples distinctions et nuances.

Pour le droit *français*, COLIN/CAPITANT (Nos. 575 et 576) déduisent de l'art. 1107 du Code civil, et de la liberté générale de déroger à la plupart des règles en matière de contrats, que la distinction

5. La limitation du nombre des types et de la liberté d'en modifier le contenu légal peut encore être complétée par des règles déterminant si les intéressés peuvent choisir plus ou moins librement, entre les différents types légaux pouvant entrer en considération pour la réalisation de leurs objectifs, celui qui leur convient le mieux. En d'autres termes, le législateur a également la faculté de restreindre, de manière plus ou moins stricte, et en fonction surtout du but concrètement visé, le champ d'utilisation possible de chacun des types légaux qu'il établit. Cette diminution de la liberté de choix s'exprime par le principe de la «*gesetzliche Typenbindung*»³⁰. Elle est liée aux autres limitations de l'autonomie privée déjà exposées ci-dessus. Ensemble, elles posent la question de savoir dans quelle mesure le législateur a «bloqué» de manière contraignante, dans la réglementation légale, le type réel qu'il a appréhendé pour le soumettre à son ordre propre. C'est lorsque ce blocage est le plus intense dans le cadre d'un *numerus clausus* de types légaux, que l'autonomie privée est le plus étroitement bridée, que la pratique juridique a le plus de peine à satisfaire aux besoins nouveaux et divers de la vie économique et sociale et, finalement, que la distance entre le réel et l'ordre juridique établi se creuse le plus largement.

6. La notion d'«*atypicité*» occupe une place importante dans la théorie des types. Elle exprime l'aboutissement d'un échelonnement qui part de la «*typicité*» et s'en écarte insensiblement par des déviations progressives («*Typabweichungen*»). Ce phénomène découle naturellement de la notion fondamentale du type, telle qu'exposée au chapitre précé-

traditionnelle entre contrats nommés et contrats innommés n'offre plus guère d'intérêt.

Sur la liberté des types contractuels en droit *allemand*, cf. aussi ESSER, *Schuldrecht*, p. 53 ss., et LARENZ, *Lehrbuch I*, p. 37 ss., II, p. 1–6. HECK, p. 243 ss., identifie contrats *typiques* et contrats *nommés*.

³⁰ Cf. KOLLER, p. 92. On renonce à traduire adéquatement en français. Chez certains auteurs, le principe du «*Typenzwang*» (cf. *supra*, p. 496) évoque une idée analogue.

dent, qui fait une place prépondérante à l'*intensité relative* qu'offrent les divers éléments caractéristiques réunis, plutôt qu'à la détermination de leur nombre et de leurs différences.

Les réalités juridiques qui sont conformes au type (réel ou légal) sont dites *typiques*. Sous cet aspect, elles présentent une qualité qui est la *typicité*³¹.

Dans la mesure (variable) où le législateur laisse jouer l'autonomie privée dans les rapports juridiques – qu'il s'agisse de constituer des types en dehors de ceux qu'il a réglés, de la faculté de choisir entre les types légaux dans des buts divers ou encore de modifier le contenu de la réglementation qu'il propose d'un type légal – il admet que la réalité juridique s'écarte des types qu'il a établis. Ces déviations résultent des besoins qui se font jour constamment, de manière irrégulière et imprévue et sous des formes d'une infinie diversité, dans la vie sociale. Elles sont par conséquent plus ou moins importantes, et constituent des séries dont les contours, comme ceux du type lui-même, ne sont pas nettement distincts. Lorsque l'écart (par rapport au type et non pas à la notion abstraite de l'institution correspondante) atteint une certaine ampleur, la réalité juridique est dite *atypique*; elle ne peut plus être rattachée au type légal servant de référence. Si cet objet atypique se retrouve dans la réalité sociale avec une régularité suffisante, si ses éléments caractéristiques peuvent être réunis en un tout ayant une signification propre, la pensée juridique pourra l'appréhender sous la forme d'un *type réel nouveau*, et ainsi de suite.

Les frontières du type étant par nature flexibles et poreuses, la théorie des types admet qu'il est très difficile, sinon impossible, de formuler des critères qui permettraient de

³¹ Lorsque GROSSEN (Remarques, p.42) dit que les relations familiales ne présentent pas la même *typicité* que les rapports contractuels, c'est sans doute autre chose qu'il vise, à savoir la fréquence et la régularité de l'apparition de phénomènes identiques ou analogues, ce qui est *un* des éléments du donné réel qui interviennent dans la formation des types.

délimiter le typique et l'atypique, et l'atypique d'un nouveau type surgi de la vie sociale et offert à l'appréciation du juriste. Une chose, en tout cas, est certaine: ce n'est pas en s'attachant aux variations possibles d'un des traits caractérisant le type que l'on peut tenter une démarcation, mais uniquement en fonction du tout organique³².

L'examen de la question de savoir jusqu'à quel point le législateur tolère que la réalité s'écarte du type légal, et quelles sont les conséquences qu'entraîne, au plan de l'application de la loi, les divers degrés de déviation allant jusqu'à l'«atypicité», exigerait de longs développements dans diverses perspectives. Au surplus, ici aussi, la doctrine est très loin de l'unanimité, chaque auteur – ou presque – ayant son opinion particulière sur l'un ou l'autre aspect du problème. Il faut donc, dans cet exposé à la fois général et succinct de la théorie des types, se résigner à renvoyer le lecteur à la littérature spécialisée³³.

7. Le type, représentation mentale au niveau d'un espace médian entre l'universel et le particulier, peut voir sa nature propre modifiée par les déviations auxquelles se prête l'exercice de la forme de pensée par laquelle on le dégage du réel concret. Les modalités selon lesquelles le législateur (ou la science juridique en général) l'utilise sont de nature, en

³² «Eine verhältnismäßig weitgehende Abweichung vom Normaltypus gibt uns Veranlassung, einen ‹Sondertypus› oder eine ‹atypische› Gestaltung anzunehmen. Wie weit die Abweichung gehen darf, läßt sich ‹exakt› nicht angeben; im Gegensatz zur ‹starren› Begriffseinteilung sind die Grenzen des Typus ‹fließend›. Nicht das Vorhandensein oder Fehlen eines einzelnen Zuges entscheidet, sondern das ‹Gesamtbild›» (LARENZ, Methodenlehre, p. 343).

³³ A propos de l'«atypicité» et des principaux problèmes qui s'y rattachent, voir notamment LARENZ, Methodenlehre, p. 343 ss. et Lehrbuch II, p. 6; ESSER, Schuldrecht p. 57; SCHLUEP, p. 17–18; KOLLER, p. 118 ss.

L'«atypicité» qui a fait l'objet de controverses dans le droit italien des sociétés se réfère, comme on l'a vu (cf. p. 477 ss.), à une conception du type qui diffère profondément de celle de la théorie scientifique des types exposée ici.

effet, à provoquer un glissement du côté de la pensée discursive, et à transformer le *type légal* en un *concept général*. C'est le cas lorsqu'on fixe rigidement les différents caractères qui le constituent, et qu'on s'éloigne de la perception immédiate d'un tout organique. Le résultat de ce processus n'est autre qu'un concept abstrait, susceptible d'une définition, vidé de la plénitude vivante que découvrait l'intuition, et coupé de la réalité individuelle qui peut désormais lui être subsumée logiquement. Le type peut ainsi se durcir en une classe, une catégorie, une structure purement conceptuelle³⁴.

Chapitre III

Observations critiques

1. Précision liminaire

Il ne s'agit pas ici, à un degré quelconque, d'un essai d'enrichissement ou de purification de la théorie des types. La visée est plus modeste. Etant donné une doctrine qui a élaboré un certain concept et une certaine théorie des types juridiques – doctrine résumée succinctement dans les deux chapitres qui précèdent – on cherchera à formuler les remarques qu'elle appelle, dans son principe et telle qu'elle se présente. Ces observations ne se veulent pas non plus exhaustives : le problème est trop fondamental et complexe à la fois. Par ailleurs il excède manifestement le domaine strictement juridique.

³⁴ ENGISCH, *Konkretisierung* p.247; LARENZ, *Methodenlehre* p.344 (LARENZ parle en ce sens de «geschlossene Typen»); WOLFF, p.200; SCHLUEP, *Typus*, p.11; KOLLER, p.26.

La question se pose de savoir si, dans de tels cas, une différence quelconque doit ou peut encore être faite avec la forme de pensée conceptuelle pure et simple. La théorie des types ne se prononce pas à cet égard, et l'objectif de ce rapport n'est pas de la compléter.

2. *La confusion terminologique et la disparité des opinions*

a) « Dans toute formule qui concentre une idée en peu de mots, il entre une part de conventionnel. Les mots ont alors une grande valeur, et il faut les peser comme l'or; aussi importe-t-il d'en préciser le sens d'une manière très exacte. »³⁹ Et PERROT de citer BERGSON, selon lequel « on peut donner aux mots le sens qu'on veut, pourvu qu'on le définisse d'abord »⁴⁰.

La constitution d'une terminologie précise et commune est un impératif évident de toute science. La clarté des concepts, sans laquelle on ne sait pas de quoi l'on parle, est à ce prix⁴¹. La communication de la pensée et la possibilité d'échange des idées en sont tributaires⁴². « Comment pouvoir s'entendre en matière scientifique si, en plus de la lutte des idées, on engage la lutte des mots ? »⁴³ Ce n'est pas là fétichisme du verbe; on ne saurait nier la puissance des mots, qui évoquent les représentations de l'esprit. Le sens d'un mot n'est, bien entendu, pas fixé et figé une fois pour toutes: il n'en reste pas moins qu'il faut, lorsqu'on l'utilise, l'entend ou le lit, savoir ce qu'il exprime, à défaut de quoi on s'enlise dans un verbiage stérile⁴⁴.

³⁹ PERROT, p. 4-5.

⁴⁰ PERROT, p. 145. A rapprocher de la formule de AMSELEK (p. 402): « Il s'agit simplement de se mettre objectivement d'accord sur la définition des instruments conceptuels utilisés ».

⁴¹ MICHEL FOUCAULT (Les mots et les choses, Paris 1966) dit du langage qu'« il n'est pas tant l'instrument de communication des hommes entre eux, que le chemin par lequel, nécessairement, la représentation communique avec la réflexion » (p. 98).

⁴² Cf. GÉNY, Science et Technique III, p. 448.

⁴³ BONNECASE, Science du Droit, p. 74.

⁴⁴ Cf. aussi RENARD, Théorie de l'institution, p. 435: « Les mots ont une histoire. Ils changent de sens, non seulement dans le temps et l'espace, mais suivant les catégories de gens qui s'en servent; encore ne faut-il pas trop se plaindre lorsque le sens ne change pas d'écrivain à écrivain. Et comme, entre ces multiples significations, il existe toujours quelque ressemblance, de graves équivoques s'ensuivent, contre lesquelles on ne saurait trop se prémunir ».

Dans le domaine du droit, discipline normative, cette exigence est remarquablement pressante⁴⁵. Le fait qu'il n'est pas toujours possible d'y satisfaire pleinement, et que la « science » juridique peut éprouver des « nécessités » auxquelles échappe la pratique, ne saurait infirmer le principe. Des représentations confuses, qui « empruntent une partie de leur majesté au mystère qui les entoure »⁴⁶, recèlent un potentiel négatif non négligeable, lorsqu'elles doivent contribuer à mettre de l'ordre dans les relations économiques et sociales. Au demeurant, rien n'empêche d'exprimer clairement, en un vocabulaire intelligible et qui s'impose, même des notions flexibles ou dont la détermination concrète est affaire d'appréciation. « Beaucoup de difficultés, dit DUGUIT⁴⁷, naissent dans le droit de la mauvaise terminologie. Il faudrait pourtant, une fois pour toutes, employer les mêmes mots pour désigner les mêmes choses et des mots différents pour désigner des choses différentes ». Le perfectionnement de la science du droit est, dans une large mesure, conditionné par la valeur de l'instrument terminologique dont elle se sert : « Pour réaliser de nouveaux progrès dans la science du droit administratif, il importe de trouver des termes précis, ne prêtant pas à l'équivoque. C'est la condition indispensable des analyses juridiques approfondies sans lesquelles il ne peut y avoir de solution satisfaisante »⁴⁸. Point n'est besoin d'insister, par ailleurs, sur l'importance

⁴⁵ « Il faut trouver pour tout élément du droit (chose, personne, acte, pouvoir, droit) un mot évoquant avec précision et certitude pour les théoriciens, les praticiens, les simples particuliers, exactement tout son contenu, et cela parce que le droit formule des règles générales et abstraites. Dans les lois, dans les actes des particuliers, dans les jugements, qui statuent sur les litiges, une terminologie intelligible à tous est absolument nécessaire » (BRETHE DE LA GRESSAYE/LABORDE-LACOSTE, p. 141-142).

⁴⁶ Cf. BOULANGER, p. 51.

⁴⁷ Cité par BONNECASE, *Science du Droit*, p. 78.

⁴⁸ JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, cité par BONNECASE, *Science du Droit*, p. 84.

que revêt, dans le droit, une certaine identité d'opinion sur la signification des vocables-clefs⁴⁹.

La clarté et la précision terminologiques sont requises de manière particulièrement rigoureuse lorsqu'il est question de notions et de principes juridiques qui ne sont pas appelés à être appliqués directement tels quels, mais devraient permettre d'interpréter ou de concrétiser des normes légales, voire d'en rectifier les effets. Car on est alors en présence de ce qui joue le rôle d'un instrument de discernement ou de mesure et, comme tel, ne tolère ni le vague, ni le confus. C'est le cas, au moins partiellement, du concept de type et des éléments de la théorie des types⁵⁰.

b) L'usage *général* du vocabulaire «typologique» en Suisse présente l'aspect d'une confusion totale. A de très rares exceptions près, il faut même constater que les divers sens donnés pêle-mêle aux éléments de base de ce vocabulaire se situent en dehors des perspectives de la théorie des types et que, dans une très large mesure, ils sont radicalement incompatibles avec elle⁵¹. C'est le cas, notamment, lorsque le type signifie catégorie, ou sorte, ou espèce; lorsqu'on l'identifie à l'objet ou à l'institution juridique considérée (corporation, personne morale, société, contrat, etc.); lorsqu'on qualifie d'*atypiques* des contrats parce qu'ils ne sont pas nommés et régis expressément dans la loi; lorsqu'on veut *définir* un type ou lui *subsumer* un état de fait. En outre, pour autant que ce vocabulaire n'implique aucune idée qui ne soit déjà connue depuis longtemps et exprimée en termes généralement admis et compris, il n'y a évidemment aucune

⁴⁹ Pour une conception générale différente (dans la perspective de la «science analytique du droit») du rôle de la terminologie dans le domaine juridique, voir FRIEDMANN, p. 223 ss.: «Du point de vue de la théorie du droit, peut-être l'aspect le plus dangereux de la confusion dans le langage juridique est-il l'attribution d'un sens «propre» à certains mots, car elle dissimule d'ordinaire une philosophie non énoncée» (p. 226).

⁵⁰ Cf. les chapitres I et II qui précèdent et la citation de JÜNGER reproduite sous note 38 à p. 459.

⁵¹ Cf. ci-dessus I^{re} partie, chapitre I, ch. 3 (p. 446 ss.).

raison de penser que le changement d'étiquette améliorerait le contenu. Il n'en reste pas moins qu'un tel usage existe. On n'a pas le droit de l'ignorer.

Les notions, principes et constructions juridiques qui ont fleuri sur l'humus brut de ce chaos terminologique préexistant n'ont fait qu'augmenter la confusion, en l'aggravant par l'apparence scientifique qui lui était ainsi conférée. L'usage plus conscient et plus intensif de ces concepts, dès 1958, a négligé d'en établir et vérifier les fondements. Le résultat effectif le plus clair a été d'établir une mode, en multipliant les néologismes abstraits et néanmoins subjectivement colorés, dont l'intelligence exige parfois un effort d'application disproportionné⁵².

Il apparaît, dès lors, que la terminologie et les considérations typologiques qui parsèment la doctrine suisse «traditionnelle» sont pour l'essentiel affectées d'un vice qui, pour être d'apparence purement formel et extérieur, met en cause leur utilité, et exclut en tout cas que l'on puisse parler à leur propos d'une quelconque théorie scientifique. Il n'y a pas de science possible, ni d'application à la pratique juridique, s'il faut à chaque fois se demander (et deviner) dans quel sens chaque auteur a bien pu vouloir utiliser les termes de base de son argumentation. Il est donc inutile de perdre son temps à examiner une «théorie des types» propre au droit suisse : elle n'existe pas, puisque le seul caractère commun qu'elle aurait serait la confusion verbale et le désordre conceptuel dont elle est le signe.

c) Si l'on interroge – après avoir vérifié les diverses acceptions dont le *type* et ses dérivés sont passibles dans la langue française – les juristes étrangers d'expression française, on constate tout autant de confusion quant au vocabulaire d'allure typologique et aux notions qu'il communique. Il ne s'y trouve pas trace non plus d'une conception organisée qui,

⁵² Cf. ci-dessus I^{re} partie, chapitre I, p. 457.

Il est bien entendu que cette appréciation ne concerne pas les deux études (de KOLLER et SCHLUEP) citées à p. 459, lesquelles se nourrissent de la doctrine allemande.

sous un autre vêtement terminologique, apporterait aux juristes de langue française l'équivalent d'une théorie des types, même avec des modalités différentes de celles de la doctrine allemande⁵³.

d) Le droit italien offre un peu plus de précision terminologique, ainsi qu'une certaine unité de pensée, pour autant qu'il s'agisse de l'explicitation d'un concept nommément inscrit dans les textes légaux. Mais ce rattachement à la loi positive, qui particularise la doctrine, la canalise dans des conceptions qui n'apportent pas un instrument nouveau de nature à féconder la théorie et la pratique du droit suisse. Dans la mesure où les auteurs débordent ce cadre, ils le font dans une perspective limitée, et qui coïncide pour l'essentiel avec la théorie, qui se veut de portée beaucoup plus vaste, de la doctrine allemande⁵⁴.

e) Il apparaît, dès lors, clairement que c'est cette dernière qui, *seule*, pourrait éventuellement constituer le fondement d'une théorie des types qui ne s'enlise pas d'entrée de cause dans un jargon pratiquement inintelligible à force de confusion et apporte autre chose, ou davantage, que ce qui est déjà connu et communément pratiqué.

Toutefois, même cette théorie – dont l'objectif est certes généreux autant qu'ambitieux, et hardie la démarche – n'est nullement exempte des tares qui stérilisent la «typologie» éparse dans la doctrine juridique suisse. Le concept même de type impliquant, selon cette doctrine scientifique, un halo d'indécision, il faudrait à tout le moins qu'on en cerne avec une détermination rigoureuse les limites extrêmes, le seuil à partir duquel il s'agit indiscutablement d'autre chose. De même, il serait indispensable que les notions, principes et constructions principales qui se greffent

⁵³ Ci-dessus I^{re} partie, chapitre II, p.460 ss.

Il y a, bien entendu, certaines recherches portant sur les préoccupations qui sont celles auxquelles la théorie des types entend répondre. Elles sont conduites par des moyens et selon des méthodes qui ressortissent à la tradition juridique la plus éprouvée.

⁵⁴ Ci-dessus I^{re} partie, chapitre III, p.473 ss.

sur cette racine pour constituer la «théorie» dont il s'agit reçoivent, dans l'ensemble, une signification identique suffisamment consistante, et fassent corrélativement l'objet de désignations claires, admises généralement, et excluant l'équivoque. Or, tel n'est pas le cas. Si l'on trouve un certain noyau de pensée commune, les divergences apparaissent très vite, et sur des points importants. Il est frappant de voir ainsi à quel point chaque nouvel auteur qui publie une étude scientifique sur la théorie des types se voit contraint, pour conduire ses propres idées jusqu'au bout de leurs conséquences, de critiquer ou rectifier des éléments de la terminologie utilisée par un ou plusieurs auteurs antérieurs, parce que ces éléments traduiraient une conception prétendument erronée sur un point ou sur un autre ⁵⁵.

f) On n'entend nullement attribuer à la pure terminologie un rôle exclusif et déterminant dans la science du droit. Mais c'est là, à tout le moins, un point de vue, dont la probité intellectuelle exige que l'on tienne compte. Lorsqu'on se heurte à une confusion terminologique profondément enracinée (comme c'est le cas dans la doctrine suisse traditionnelle), c'est par une bien faible esquive qu'on alléguera que «si le mot n'existe pas, du moins la chose y est»: la «chose» n'y est point parce qu'il n'est tout simplement pas possible de savoir, dans chaque cas particulier, de quoi il est question très précisément. Il y a là infiniment plus qu'une «faiblesse terminologique» dont on devrait s'accommoder.

Considérée sous cet angle, la «typologie» suisse traditionnelle est, dans sa plus grande partie, dénuée de réel intérêt scientifique. A l'ombre d'une confusion générale, elle s'écarte de la conception du type comme forme de pensée spécifique ⁵⁶

⁵⁵ KOLLER en donne quelques exemples dans son ouvrage. L'étude de la littérature allemande spécifique en offre encore bien d'autres: une lecture même rapide des travaux publiés en 1951 et 1952 dans «Studium Generale» (cf. p.485, note 4), en constitue une démonstration éloquente!

⁵⁶ Il faut faire une exception en tout cas pour H. HUBER, Commentaire ad art.6 CC, n.130.

– seule acceptable a priori comme on l’a vu – pour jouer d’un vocabulaire enveloppé d’un halo lyrique d’autant plus brillant qu’il contribue davantage à camoufler à la fois des différences profondes et l’absence de conceptions claires.

De ce même point de vue, la théorie scientifique des types (exprimée par la doctrine allemande, à laquelle il faut ajouter les deux études de KOLLER et SCHLUEP), telle qu’elle se présente actuellement, appelle également de très sérieuses réserves. La variété des opinions, les divergences sur la dénomination des principes, et aussi la persistance marginale d’un fatras terminologique insolite, montrent que cette théorie est encore assez éloignée d’une élaboration intellectuelle exhaustive, et d’une qualité et unité de vocabulaire qui conditionnent – que cela plaise ou non – son développement scientifique ultérieur et surtout les possibilités de son application pratique. Autrement dit, elle n’est pas encore mûre.

3. L’articulation à des conceptions étrangères au droit

Le concept et la théorie des types poussent leur racines les plus profondes dans un domaine qui dépasse celui qui est propre à l’ordre juridique. Plus précisément, ils se forment sur la base de considérations qui relèvent de la philosophie de la connaissance, de la logique (traditionnelle et «nouvelle») voire de la psychologie. Leur point de départ se situe en effet dans une distinction fondamentale entre le processus de la pensée abstraite, conceptuelle et discursive, à laquelle on assigne des limites déterminées, d’une part, et cette autre forme de pensée que l’on appelle, justement, typologique, et qui doit permettre des découvertes impossibles à la première, d’autre part⁵⁷. La théorie des types est ainsi dépendante, en son essence même et jusqu’à un certain point, de disciplines intellectuelles qui lui sont, comme telles, étrangères.

⁵⁷ Voir ci-dessus chapitre I, p. 484 ss.

Il y a là, d'emblée, un danger. Le droit suppose un assentiment général de principe. Or, il est peu de domaines où les opinions individuelles soient à notre époque aussi nombreuses, partagées et opposées que celui précisément auquel la théorie des types s'articule. Peut-on vraiment accepter de faire dépendre, lorsque ce n'est pas absolument indispensable, l'établissement théorique et pratique de l'ordre juridique d'un fondement tiré d'une science qui prête à l'heure actuelle aussi communément le flanc aux controverses d'Ecoles, comme à un langage défiant avec insolence le bon sens et l'usage ?⁵⁸

Et puis, de toute manière, comment savoir si vraiment les bases *philosophiques* de la théorie des types sont exactes ? La science du droit positif, en tant que telle, ne peut manifestement pas répondre à une telle question, qui est d'un autre ordre. Il est toutefois loisible au juriste, s'il a quelques connaissances générales et s'il tient avant tout à rester lucide, d'éprouver des doutes sérieux ; il a le droit de dire que les considérations philosophiques fondamentales de la théorie des types, telle qu'elle se présente aujourd'hui, ne lui paraissent être que l'ébauche encore mal dégrossie d'une direction de la pensée moderne⁵⁹ ; rien ne pourra l'empêcher de songer, par exemple, considérant l'histoire générale du savoir humain⁶⁰, que la pensée conceptuelle n'est pas si pauvre de ressources qu'on veut bien le dire, et que c'est un peu arbitrairement qu'on décide qu'elle ne saurait franchir

⁵⁸ MICHEL FOUCAULT (note 41 à p. 503 ci-dessus) évoque « la dangereuse familiarité (des sciences humaines) avec la philosophie, leur appui mal défini sur d'autres domaines du savoir » (p. 359).

⁵⁹ Direction qui irait dans le sens d'une sorte d'existentialisme. Mais l'existentialisme n'a-t-il pas été balayé par le structuralisme ? Et le structuralisme n'est-il pas, déjà, remis en question ?

⁶⁰ Et la conception de DESCARTES, rejoignant « l'opinion commune des philosophes », et selon laquelle « il n'y a du plus ou du moins qu'entre les *accidents*, et non point entre les formes, ou natures, des individus d'une même espèce » (Discours de la méthode, début de la première partie) : formule difficilement compatible avec les principes de la théorie des types.

les limites qu'on lui assigne pour faire place à une pensée typologique peut-être moins féconde qu'elle ne le prétend.

Il n'y a pas lieu, ici, de poursuivre l'examen de ce problème. Il convient cependant d'attirer l'attention sur ce qui est au moins un risque inhérent à la théorie dont il s'agit. On répondra que cette théorie est depuis longtemps reçue dans la plupart des disciplines scientifiques. Argument sans pertinence : la matière, les objectifs, et partiellement aussi les méthodes des sciences de la nature ne peuvent pas être assimilés à ceux du droit. Et les diverses théories des types qu'elles connaissent devraient être soigneusement analysées pour que soit vérifiée leur identité essentielle avec la théorie des types juridiques ⁶¹.

4. L'affrontement des principes fondamentaux

Si l'on franchit le double et inégal barrage de la confusion des termes et des notions, puis du fondement philosophique peu assuré, et que l'on tente de situer et d'apprécier la théorie des types telle qu'elle se présente, on se heurte aussitôt à des problèmes qui, sans ressortir à la philosophie de la connaissance, n'en impliquent pas moins une réflexion qui relève de la théorie générale du droit et plus particulièrement de sa

⁶¹ ZITTEL, par exemple, distingue nettement la méthode typologique de l'histoire et celle des sciences naturelles : «Damit unterscheidet sich der historische Typus in seiner Bildung klar vom naturwissenschaftlichen, der auf feste Gesetze gegründet, schon aus wenigen «Quellen» das Typische herausholen kann ... Gemeinsam ist dem historischen Typus mit dem der andern Wissenschaften, daß er nur Mittel und Wegstation, nie aber Ziel selbst ist. In der Methode gehen die Wege allerdings wieder auseinander ...» (p.380). Est-ce pour ce motif que BROCK écrit, du point de vue biologique, que tous les types ont «etwas Starres, Unwirkliches an sich» (p.249), et qu'on a pu distinguer, toujours dans le domaine de la biologie, des «types abstraits» déterminés à partir de leur organisation, et des «types concrets» constitués en raison de leur forme (cf. HUSSON, p.251) ? Ces quelques notations, comparées au concept du type juridique que propose la doctrine, laissent au moins planer un doute sur l'homogénéité de la méthode typologique fondamentale.

méthodologie. Il ne saurait être question dans ce rapport d'un exposé approfondi à ce niveau. Mais il ne saurait être question non plus d'un examen critique de la théorie des types sans une tentative d'élucidation au moins sommaire des problèmes *essentiels* qu'elle pose⁶².

a) Le droit tend, en bref, à établir un certain ordre dans la réalité sociale. Cette réalité est mouvante et individuelle. Le droit, lui, ne saurait la suivre dans toutes ses manifestations concrètes et ses constantes fluctuations. S'il veut la régir, il doit s'écarter de cette réalité contingente, prendre ses distances, établir – à partir de cette réalité – des normes ou règles stables et ayant un caractère de généralité suffisant pour permettre leur application à un certain nombre d'hypothèses présentant, sous un ou plusieurs aspects, des similitudes. En raison de ces similitudes, les conséquences juridiques seront en principe les mêmes pour toutes les hypothèses visées⁶³.

Le caractère de généralité des règles empêche qu'il soit tenu compte de toutes les différences qu'offrent, les uns par rapport aux autres, les divers phénomènes concrets. De plus, à cause de leur fixité – résultant notamment de la procédure législative – les normes sont impuissantes à suivre immédiatement les transformations, souvent profondes, que subit une réalité juridique en constante évolution.

D'où, inévitablement, un décalage entre l'ordre juridique établi et le réel, qu'il s'agisse du réel qui avait servi de base à l'élaboration de la norme ou de celui qui lui est actuellement soumis. Cet écart résulte tant de la volonté individuelle des hommes faisant usage de l'autonomie privée qui leur est concédée, que du jeu des différents facteurs naturels à l'œuvre dans le monde économique et social. Il peut se creuser à tel point que l'harmonie nécessaire paraît compromise.

⁶² L'auteur de ce rapport est, plus que personne, conscient des difficultés d'une telle tâche et de ce qu'elle exigerait, pour être menée parfaitement à bien, une somme de connaissances dont il ne dispose pas. Mais il sait aussi qu'il n'a pas le droit de s'y soustraire ...

⁶³ Cf. *supra* chapitre I, p. 486–488.

L'ordre juridique lui-même offre divers moyens de remédier jusqu'à un certain point à cette situation. C'est ainsi que les principes généraux, ou les clauses générales, ou les normes ouvrant la voie à l'appréciation, ont notamment pour effet de diminuer cet écart et d'en atténuer les conséquences. Et, en dernier ressort, il reste la ressource de la modification législative.

La théorie des types procède de l'idée qu'il ne s'agit là que de palliatifs insuffisants. Elle s'offre essentiellement comme un moyen de combler la distance entre la réalité sociale et l'ordre juridique, de rapprocher le droit de la vie. Elle veut permettre au droit de tenir compte très largement des diverses variations du concret, en effaçant les barrières rigides, artificiellement plantées par l'abstraction dans la texture continue et indéterminée de la vie.

b) Cet objectif et cette démarche de la théorie des types procèdent d'une réaction, saine en soi, contre un formalisme juridique figé dans l'abstraction.

A la fin du siècle dernier, l'œuvre capitale de GÉNY est née d'une insurrection analogue face aux excès d'un légalisme abusif⁶⁴. «Une interprétation juridique qui prétend se contenter de la seule loi écrite, ou bien se dupe manifestement elle-même, ou reste impuissante à satisfaire les besoins légitimes de la vie.»⁶⁵ L'abus de la logique a conduit, dit GÉNY, à la stagnation du droit, sclérosé dans un système de formules et de catégories pures déterminées a priori et «insusceptibles de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie», culminant dans un échafaudage rigide de

⁶⁴ Sans que l'on puisse suivre l'éminent auteur dans toutes ses conclusions, notamment à propos de l'interprétation selon la volonté du législateur.

⁶⁵ GÉNY, *Méthode* I, Avertissement pour la seconde édition, p. XI. Dans ce même ouvrage, GÉNY se réfère au précepte du jurisconsulte romain PAUL: «Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat» (p. 186 note 1). Dans une perspective analogue, qu'il n'y a pas lieu d'approfondir ici, voir les considérations de JÄGGI sur la réalité du droit et la différence fondamentale entre le droit et les normes (*Grundfragen*, p. 153 ss.).

constructions artificielles sorties de spéculations théoriques plutôt que de la vie agissante, et irrémédiablement rebelle au progrès⁶⁶.

Cette tendance est fortement marquée dans l'histoire du droit moderne. Au début du siècle, dans un livre au titre évocateur et qui eut un certain retentissement, CRUET formulait une acerbe critique à l'endroit non seulement du fétichisme de la loi, mais aussi d'un droit jurisprudentiel finalement « ossifié »⁶⁷. Peu après, CORNIL, se plaçant au point de vue de la sociologie juridique, reprenait ces idées en les exprimant sous une forme encore plus catégorique : « A-t-il jamais été possible d'écarter une réalité constatée, en s'abritant derrière un principe théorique qui ne pourrait tolérer cette réalité ? Si la réalité existe, n'est-ce point parce qu'elle est plus forte que la doctrine abstraite qui la réprouve ? Et n'est-il pas plus vrai de dire qu'une règle abstraite est illusoire, quand elle ignore systématiquement les réalités qui la contredisent ? Plutôt que d'essayer vainement d'assujettir la réalité à une règle abstraite forgée artificiellement ... plions les théories aux faits et non les faits aux théories »⁶⁸. Toute l'œuvre de RENARD, inspirée par la théorie de l'« institution » d'HAURIUO, qu'il vise à expliciter en l'approfondissant, témoigne, sous un aspect au moins, d'un souci analogue. Il compare la

⁶⁶ GÉNY, op. cit., p. 129 ss.

⁶⁷ CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, p. 82 : « Lorsqu'il existe sur un point de droit une jurisprudence constante et uniforme, elle finit par acquérir une fixité presque comparable à celle de la loi même ; à ce moment, le droit du juge devient comme le droit du législateur un véritable *droit écrit*, mais il est écrit autrement. » Cet auteur, qui résume la conclusion de son ouvrage par la formule : « Le droit ne domine pas la réalité, il l'exprime » (p. 336), considère que « dès qu'elle est cristallisée en concepts, la pensée juridique refuse de suivre le mouvement de la réalité » (p. 191) et cite une remarque de TARDE, selon laquelle « tout corps de droit, par lui-même, tend, non pas à évoluer, mais à s'asseoir » (p. 83).

⁶⁸ CORNIL, p. 75. — Il s'agit ici de retracer une direction de la pensée juridique, et non point de se prononcer sur la valeur des différentes opinions formulées, prises en elles-mêmes.

loi à «un assortiment de vêtements de confection, dont les réalités concrètes et les affaires doivent s'habiller pour obtenir la protection des pouvoirs publics ... Les prescriptions ne sont ajustées à aucune taille, mais elles ne conviennent pas trop mal, sans convenir trop bien, à ceux qui ne s'écartent pas trop outrageusement de la taille moyenne»⁶⁹. A un droit paralysé dans une impuissante contradiction à la vie, il oppose l'«institution», qui fait sa part à l'intelligence intuitive, qui ne connaît pas de frontières fixes mais «habillement sur mesure» grâce à son extrême plasticité, qui est à tous égards «la catégorie du mouvement» et permet de façonner, dans chaque cas particulier, l'instrument juridique le mieux approprié à la fin poursuivie⁷⁰.

Plus récemment, SAVATIER rappelait qu'à aucun moment le droit ne saurait se détacher de la vie, et que l'évolution de plus en plus rapide du «donné» sur lequel il travaille «embarque le juriste dans l'accélération de l'histoire»⁷¹. BLOCH-LAINÉ, constatant naguère que les faits vont plus vite que les idées, et que les institutions sont en retard sur les pratiques, postulait une «réforme de l'entreprise» parce qu'il vient un moment où le désaccord du fait et du droit cesse d'être négligeable, et qu'il convient alors de «tirer la leçon du fait pour modifier le droit»⁷².

Que cette tendance à rapprocher le droit du réel corresponde à un courant d'idées moderne ne saurait être nié. L'ouvrage de ENGISCH «Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit» en serait un témoignage suffisant. Poussant plus loin encore, AMSELEK introduit son monumental essai de phénoménologie juridique par une citation qui résume l'orientation générale de la préoccupation philosophique actuelle dans le titre d'un ouvrage de JEAN WAHL, *Vers le Concret*, où l'on signale le

⁶⁹ RENARD, *Le Droit*, p. 39-40 et 225-226.

⁷⁰ RENARD, *Théorie de l'institution*, p. 224 et 252.

⁷¹ SAVATIER, *Métamorphoses*, p. 9-10.

⁷² BLOCH-LAINÉ, p. 9, 12, 26.

mouvement «qui réhabilite le senti contre le conceptuel», le discrédit de la notion de système, l'effort pour coïncider avec l'existence concrète et vécue, etc.⁷³.

c) Cette tendance vers la réalité concrète se heurte, dans le domaine juridique, à des exigences profondément différentes, qui ont été déjà partiellement évoquées plus haut ⁷⁴.

Le rôle du droit est de servir d'assise à l'ordre social. Il l'exerce au moyen de règles de conduite, qui s'imposent aux hommes vivant en société. Ces règles s'analysent logiquement en deux parties, dont l'une indique le fait juridique, le «fait soumis au droit», l'*hypothèse* (Tatbestand), et l'autre – qui est l'élément spécifique – formule ce qu'on peut appeler la *solution* ou le *dispositif* (Rechtsfolge) ⁷⁵. La règle de droit ne tend pas à constater un fait, à formuler un jugement d'existence basé sur le principe de causalité. Au contraire, elle exprime un jugement de valeur fondé sur la finalité propre à l'ordre juridique, elle indique à chacun ce qui est «à faire» et qu'elle prescrit, elle est principe recteur de conduite. En d'autres termes, la règle juridique est essentiellement une *norme*: le droit est une discipline *normative* à caractère essentiellement prescriptif ⁷⁶. La nature même de la

⁷³ AMSELEK, p.2; cf. aussi p.424 la réflexion sur «la grande problématique des sciences humaines».

⁷⁴ Cf. notamment p.486–488.

⁷⁵ Sur la structure de la règle de droit, cf. par exemple DU PASQUIER p.85ss. et DABIN, Théorie générale du droit, p.55ss.

⁷⁶ Voir notamment ROUBIER, p.5 et 317; DABIN, op. cit., p.56–57; GÉNY, Science I, p.180–181; DU PASQUIER, p.7–8. – AMSELEK (p.63ss.) soumet les conceptions généralement admises sur ce point à une critique qui ne convainc pas.

«Les sciences *normatives* sont celles dont l'objet est constitué par des jugements de valeur, en tant que tels, c'est-à-dire en tant que la critique de cette valeur est le but de la science ainsi dénommée ... Il faut prendre garde de ne pas confondre normatif avec impératif. Une norme n'est pas nécessairement une loi ou un commandement, elle peut être un idéal, sans aucun caractère d'obligation. Le normatif est un genre, qui contient deux espèces principales: l'impératif et l'apprécatif» (LALANDE, op. cit., p.673).

règle de droit implique donc, inéluctablement, un affrontement, un conflit avec le réel auquel elle impose son ordre.

Le droit est ainsi ordonné à des valeurs qui, tout en le dépassant, l'orientent et commandent sa formation et son application. Ces exigences fondamentales, la doctrine juridique ne les exprime pas de manière unanime. Il est, certes, indiscutable que la *justice* (sur les divers aspects et modalités de laquelle les opinions divergent) constitue l'une des valeurs à la réalisation desquelles doit tendre l'ordre juridique. Certains auteurs (ROUBIER par exemple) y ajoutent le *progrès social*. Enfin, la *sécurité juridique* apparaît à tous comme une finalité essentielle du droit.

La sécurité juridique assure la *fonction d'ordre* qui est propre au droit, et postule à la fois la prévisibilité et la stabilité. «Le monde juridique a besoin de stabilité»⁷⁷. GÉNY, dont la tendance fondamentale allait dans une direction opposée, l'a reconnu expressément: «Pour que se poursuive avec succès la vie sociale, il faut que chacun sache à quoi s'attendre. Ce qui implique, entre autres conséquences, la stabilité des situations acquises et la prévisibilité des effets»⁷⁸; il y a là «un besoin primordial, absolu, indispensable», tel qu'il «vaut mieux parfois renoncer à un certain raffinement de justice concrète» pour sauvegarder «l'importance absolument capitale de la certitude des solutions juridiques, en vue d'une ferme direction de la pratique et de la sécurité indispensable au progrès de la vie sociale»⁷⁹. Le besoin de sécurité est peut-être le «plus grand des desiderata de la vie juridique et sociale», et c'est essentiellement par la loi écrite qu'on y atteint⁸⁰. Le droit est un «instrument de sécurité» qui doit permettre à l'homme de connaître d'avance les conséquences sociales de ses actes et d'orienter à coup sûr son activité; celui qui agit suivant la loi doit être assuré de la correction

⁷⁷ DU PASQUIER, p. 173.

⁷⁸ GÉNY, *Science et Technique* III, p. 38.

⁷⁹ GÉNY, *Méthode* I, p. 215-216.

⁸⁰ DEMOGUE, p. 63 ss.

de son action : il est « en règle »⁸¹. Le droit devant régir effectivement la vie vécue, la sécurité suppose aussi, et de manière fondamentale, qu'il soit *applicable, praticable, maniable*⁸².

L'exigence de la sécurité juridique entre souvent en conflit avec la fonction de justice qu'assure également l'ordre juridique⁸³. Certains auteurs donnent la prédominance à l'idée de justice⁸⁴. En réalité, les deux principes sont en soi complémentaires, et il s'agit pour le législateur d'établir entre eux le meilleur équilibre possible, l'importance relative à donner à chacune de ces tendances pouvant varier selon la nature des relations sociales qu'il s'agit de régler⁸⁵. La fonction d'ordre correspondant au rôle spécifique du droit, et étant plus aisément et efficacement réalisable que l'idéal de justice, on doit reconnaître que la garantie de l'ordre et de la sécurité juridique est en principe la « première mission sociale » du droit et singulièrement de la loi⁸⁶. ROUBIER, en particulier, affirme nettement le primat de la sécurité juridique par rapport à la justice : « La première valeur sociale à atteindre, c'est la sécurité juridique »⁸⁷ ; la justice « est assurément une valeur précieuse au point que, comme on l'a dit, bien des personnes sont mortes pour elle. Et cependant, quel qu'en puisse être le prix, nous n'hésitons pas à dire qu'elle ne doit pas être réalisée aux dépens de la sécurité juridique »⁸⁸. Ce n'est que dans des situations extrêmes, où l'ordre juridique serait manifestement et grave-

⁸¹ Cf. SAVATIER, *Métamorphoses*, p. 14 ; RIPERT, *Déclin*, p. 155. MEIER-HAYOZ, p. 250, note également ce besoin de prévisibilité (par rapport à la jurisprudence).

⁸² DABIN, *Théorie générale du droit*, p. 206–207.

⁸³ EGGER, *Vertretungsmacht* p. 48.

⁸⁴ Cf. notamment BURCKHARDT, p. 243ss. Dans le même sens JÄGGI, *Grundfragen*, p. 159.

⁸⁵ GERMANN, p. 28ss.

⁸⁶ GERMANN, p. 400ss.

⁸⁷ ROUBIER, p. 323. Cf. aussi RIPERT, *Déclin*, p. 155.

⁸⁸ ROUBIER, p. 325–326.

ment contraire à la justice, que cette dernière devrait être rétablie même au détriment de la sécurité⁸⁹.

Pour répondre à sa mission essentielle, le droit, comme on l'a déjà relevé, doit nécessairement prendre ses distances par rapport au concret. Sans doute, il est à base des faits de la vie réelle. Il doit donc – et c'est sa première démarche – connaître le plus parfaitement possible la «matière» qu'il veut saisir⁹⁰. Mais cette connaissance indispensable n'est pas son but; le domaine propre du droit n'est pas la spéculation, mais l'action: «L'effort du jurisconsulte tend donc à *savoir* pour *pouvoir*, avec prédominance du dernier terme, qui exprime le but final, sur le premier, qui n'est guère plus qu'un moyen d'y atteindre»⁹¹. Il n'est pas non plus possible au droit, et ce n'est pas son objectif, de «suivre le réel dans son ondoyante diversité»⁹². En vue du résultat qu'il veut atteindre et qui est déterminé par la politique juridique⁹³, il doit nécessairement maîtriser ce qui lui est «donné», le schématiser pour l'élaborer et «construire» son ordre propre⁹⁴. Sur-tout lorsque les faits dépendent de la libre volonté des hommes – notamment lorsqu'il s'agit de «l'ambiance des forces, des idées, des intérêts et des besoins toujours en mouvement, souvent antagonistes» qui constituent le milieu social – le droit n'a pas à s'incliner devant eux puisque sa

⁸⁹ Cf. GERMANN, p. 403, qui note par ailleurs avec raison, et avec d'autres auteurs, que c'est au législateur qu'il appartient d'abroger des dispositions injustes, et non pas au juge d'y déroger.

⁹⁰ ROUBIER, p. 203 ss.

⁹¹ GÉNY, Science et Technique I, p. 71–72.

⁹² DU PASQUIER, p. 173.

⁹³ Laquelle indique aussi ce que doit être le *contenu* de la règle juridique. Cf. ROUBIER, p. 87.

⁹⁴ On connaît la distinction fondamentale de GÉNY entre le «donné» (naturel, historique, rationnel, idéal), qui ressortit à la «science» et constitue la matière du droit et le «construit», qui relève de la «technique» et correspond à la «forme». Il n'y a pas lieu d'entrer ici dans les détails de cette conception qui a fait l'objet, sous différents aspects, de critiques plus ou moins fondées (cf. par exemple DABIN, Théorie générale du droit, p. 157 ss.; ROUBIER, p. 193 ss.; Russo, p. 29 ss.; HUSSON, *passim*).

mission est au contraire de les régir ; ses règles, bien qu'elles doivent être établies en fonction des besoins de la vie en société, ne sauraient être dégagées simplement de l'observation des faits sociaux, car elles postulent des jugements de valeur⁹⁵. Ce n'est donc pas toujours ce qui est le plus usuel qui doit être retenu et schématisé pour constituer la règle juridique, mais bien plutôt ce qui est « normatif », c'est-à-dire ce qui mérite de devenir une règle⁹⁶.

La vie sociale présentant des situations concrètes variées, multiples, mobiles, complexes et enchevêtrées, l'idéal serait que le droit s'adaptât à cette matière de telle sorte que chaque cas individuel pût y trouver une solution parfaitement adéquate. Mais il est impossible à l'esprit humain de prévoir, avec toute leur complexité, le nombre infini des phénomènes auxquels la vie donnera naissance. Il faut donc, forcément, procéder par voie de solutions générales⁹⁷. GÉNY notait déjà que, dans le droit comme dans toutes les sciences, « on commence par une certaine observation des choses, sauf à en corriger la fuyance, au moyen d'une abstraction généralisatrice »⁹⁸. Cette mise en forme *technique* de la matière juridique, dont la loi écrite manifeste l'expression la plus caractéristique, s'effectue par divers moyens qui apparaissent comme essentiels à l'élaboration du droit positif.

Au risque de se répéter, il faut rappeler que la technique juridique moderne, pour dominer la matière sociale, procède nécessairement par abstraction et généralisation⁹⁹. Nécessairement aussi, parce qu'elle formule des règles abstraites, elle a recours à des concepts¹⁰⁰, à la forme de pensée con-

⁹⁵ DABIN, *Théorie générale du droit*, p. 155. ROUBIER, p. 192–193.

⁹⁶ ROUBIER, p. 198.

⁹⁷ DABIN, *Technique*, p. 103 ss.

⁹⁸ GÉNY, *Science et Technique I*, p. 173.

⁹⁹ « Abstraction et généralisation : voilà, croyons-nous, les facteurs fondamentaux auxquels se peuvent ramener tous les procédés techniques de l'élaboration du Droit » (MOTULSKY, p. 16). Cf. aussi DABIN, *Technique*, p. 107 ; ROUBIER, p. 25 ss. ; RIPERT, *Forces créatrices*, p. 312 ss.

¹⁰⁰ Voir ci-dessus p. 486, note 5.

ceptuelle¹⁰¹. Le conceptualisme – en son essence, et dégagé de toutes les querelles stériles auxquelles il a donné lieu – est à la base de la pensée juridique¹⁰². Le concept ne saurait s'adapter parfaitement au concret: il permet de le saisir, mais en lui imposant une déformation généralisatrice. Il se distingue de l'«idée» notamment en ceci, qu'il n'exprime pas l'essence de l'objet, la perception de ce qui constitue son intelligibilité, mais n'en est qu'une vue partielle, davantage élaborée intellectuellement, et donc moins proche du réel¹⁰³. Le conceptualisme n'est certes pas un instrument parfait: mais c'est un instrument nécessaire au droit, et qui permet le mieux à la règle juridique de jouer son rôle propre: «Nous ne demandons pas à nos représentations juridiques d'être exactes. Nous leur demandons seulement de réunir au mieux deux qualités à peu près contradictoires: le maximum de commodité compatible avec le minimum d'inexactitude»¹⁰⁴.

C'est de propos délibéré que le droit opère fondamentalement, sur la matière qui lui est soumise, un travail de concentration et de simplification par l'utilisation des concepts. La réduction, la contraction et l'altération du réel qui en résultent ne sont nullement accidentelles. Elles sont inhérentes aux procédés essentiels de la technique juridique.

¹⁰¹ DU PASQUIER, p. 179.

¹⁰² Cf. DU PASQUIER, p. 180; BONNECASE, *Pensée juridique* I, p. 113ss.; RENARD, *Le Droit*, p. 130ss.; HUSSON, p. 513; RUSSO p. 99ss.

¹⁰³ Sur la distinction entre le concept et l'idée, appliquée au domaine juridique, voir CHEVALIER, p. 113ss.; BONNECASE, *Pensée juridique* I, p. 146ss.; HUSSON, p. 509ss.; BRETHE DE LA GRESSAYE/LABORDE-LACOSTE, p. 146.

¹⁰⁴ RENARD, *Le Droit*, p. 131. Voir aussi SAVATIER, *Réalisme*, p. 82–83: «Toute l'embryogénie du droit se ramène ... à poser, sur la complexité et la variabilité des faits, un cadre assez simple pour obéir à une règle normative commune. Ce que recherche ainsi le juriste, ce n'est pas seulement un idéal de justice et de sécurité, c'est d'abord une simplicité assez méthodique des faits pour lui permettre de les encadrer dans un droit praticable.»

Parmi ces procédés, il faut citer en tout premier lieu la définition : «Essentiellement, le juriste est un professionnel de la définition»¹⁰⁵. La définition juridique trace des lignes nettes; elle doit être claire; elle «pose des limites et tranche dans l'indéterminé du réel»¹⁰⁶. Pour réduire ou même supprimer cette indétermination du réel, la technique de la définition juridique va jusqu'à recourir à des moyens largement artificiels, mais qui accroissent la praticabilité de la règle et, par là, la sécurité juridique: le «chiffrage», l'énumération, la substitution de concepts, etc.¹⁰⁷.

La classification en catégories est fondamentale, elle aussi et malgré ses imperfections, à la pensée juridique qui veut maîtriser et régir la réalité mouvante; aucune science, d'ailleurs, ne saurait se passer, après avoir défini les choses, de les grouper par classes¹⁰⁸. C'est un aspect du caractère formaliste du droit¹⁰⁹, mais aussi un facteur d'ordre qui apparaît comme «une nécessité pour l'esprit, qui cherche à voir clair»¹¹⁰. Si les catégories – comme tous les outils dont se sert l'intelligence humaine – n'ont qu'une valeur relative, la critique à laquelle HUSSON les a soumises en soulignant leur «imperfection essentielle» va trop loin, en tout cas lorsqu'il s'agit du domaine du droit ¹¹¹. «Que les catégories juridiques

¹⁰⁵ DABIN, *Technique*, p.111. Voir aussi GÉNY, *Science et Technique I*, p.152.

¹⁰⁶ DABIN, *op. cit.*, p.117. Cf. KALINOWSKI, p.48 ss.

¹⁰⁷ DABIN, *Théorie générale du droit*, p.207 ss.; *Technique*, p.122 ss. – Il est incontestable que de tels procédés, utilisés sans discernement, peuvent conduire à des situations inadmissibles (cf. par exemple la critique d'un abus des «concepts chiffrés» par RIPERT, *Forces*, p.358 ss.). Mais l'abus ne condamne pas l'usage. Les concepts juridiques ont nécessairement un certain caractère de fixité. «Die Rechtsordnung muß im Interesse der Verkehrssicherheit den Begriffen, deren sie sich bedient, einen einigermaßen festen Inhalt geben» (SIEGWART, *Commentaire*, Vorbem. zu Art.530–551 CO, n.16).

¹⁰⁸ DABIN, *Technique*, p.163 ss. MOTULSKY, p.21 ss.

¹⁰⁹ ROUBIER, p.94 ss.

¹¹⁰ BRETHE DE LA GRESSAYE/LABORDE-LACOSTE, p.144–146.

¹¹¹ HUSSON, p.177–275.

ne doivent être ni rigides ni immuables, j'en conviens; mais qu'il n'y en ait pas – ou, ce qui revient au même, qu'elles ne correspondent pas à des concepts définis, c'est ce qu'il est impossible d'admettre sans renoncer à toute méthode dans le raisonnement juridique.»¹¹²

d) L'ordre juridique est à base de réalité. Si les instruments de sa technique négligent ce rattachement, ils ne remplissent pas leur mission¹¹³. En revanche, il est de la nature même de la pensée juridique de s'écarter du concept individuel pour le maîtriser et le soumettre à des règles de portée générale. Une telle démarche implique fondamentalement l'utilisation du concept abstrait et des procédés techniques qui s'y rattachent. Les insuffisances de ce système sont, jusqu'à un certain point, corrigées par des facteurs qui ne lui sont pas hétérogènes (clauses générales, concepts souples ou «flexibles», standards, rôle attribué à l'autonomie privée, voire à l'équité¹¹⁴).

On est, dès lors, fondé à considérer d'emblée avec un scepticisme raisonnable une théorie qui se veut précisément l'expression d'une forme de pensée – même simplement complémentaire – différente de la pensée conceptuelle, surtout

¹¹² WALINE, p.371. Cf. aussi ESMEIN, p.235: «A juste titre, comme les autres sciences, la science du droit se complaît dans les classifications qui permettent de gouverner par l'esprit l'infinie variété des faits.»

¹¹³ MOTULSKY (p.25) rappelle le mot d'un sociologue qui reprochait à certains juristes «de ne jamais se demander si les concepts sont conformes à la réalité, mais uniquement s'ils sont conformes entre eux».

¹¹⁴ L'étude du rôle de l'équité dans l'ordre juridique dépasserait les limites de ce rapport; on renvoie aux Commentaires de l'art. 4 CC, ainsi qu'à GERMANN, p.403–405 (du même auteur: «Problematik der Ermessensentscheide», Festschrift E.Ruck, Bâle 1952, p.173ss.). L'usage de ce principe ne saurait aller jusqu'à dissoudre la stabilité nécessaire du droit dans un impressionnisme flottant. Le «phénomène Magnaud» le montre bien (cf. GÉNY, Méthode II, p.287ss.; BONNECASE, Pensée juridique II, p.226ss.). Il ne faut pas que le juge devienne «le roi nègre qui met des considérants» (VEDEL, cité par WALINE, p.365).

lorsqu'on est en présence d'un système juridique à base de législation écrite, et que cette forme de pensée est de nature à diminuer la sécurité juridique. L'empreinte du raisonnement conceptuel et catégorique étant plus ou moins marquée dans les différents domaines du droit, et le besoin de sécurité ne s'y imposant pas de manière identique, le jugement devra, au demeurant, être nuancé en fonction de ces différences.

5. *La tendance novatrice dans les idées et les mots*

Si certains aspects de la typologie ont été évoqués depuis longtemps déjà – peut-être sous d'autres dénominations – dans la science du droit, singulièrement lorsque celle-ci a cherché à mieux tenir compte du *continu* que présentent les réalités concrètes de la vie sociale, il n'est pas moins vrai que, telle qu'elle se présente actuellement, la théorie des types juridiques entend apporter quelque chose de *nouveau* dans le droit. Il s'agit, en effet, d'une nouvelle forme de pensée¹¹⁵, d'un nouvel instrument de travail scientifique et de notions nouvelles¹¹⁶. Ces innovations doivent enrichir la science juridique en général, aboutir à des solutions neuves, et suppléer ainsi aux déficiences des méthodes traditionnelles. Elles s'expriment, on l'a vu, en un vocabulaire émaillé de néologismes. Elles sont, aussi, la raison d'être de cette théorie : dans la mesure où elle n'apporterait rien de nouveau, elle ne présenterait pas d'intérêt.

Le droit doit, certes, s'adapter et se transformer. L'immobilisme l'empêcherait de réaliser sa mission, qui est ordonnée à la vie, à une vie au rythme toujours plus accéléré : CORNIL relevait déjà en 1924 « l'incertitude et la perpétuelle anxiété du nouveau, qui caractérisent notre vie moderne et différencient profondément notre activité mentale de celle de nos pères »¹¹⁷.

¹¹⁵ KOLLER, p. 6.

¹¹⁶ KOLLER, p. 10, 16, 40.

¹¹⁷ CORNIL, p. 142.

Mais le droit exige aussi la stabilité. La sécurité qu'il doit apporter et dont les sciences de la nature n'ont en principe pas à se soucier « suppose une relative fixité des institutions juridiques. Quand la loi et le droit changent trop souvent, toute sécurité disparaît pour les justiciables »¹¹⁸. Le juriste ne doit céder à la tentation du nouveau que si des motifs impérieux l'y contraignent dans l'intérêt général, même s'il estime – personnellement – avoir fait une découverte d'importance¹¹⁹. « Ou bien un principe mérite d'être remplacé, ou du moins d'abandonner à un autre une partie appréciable du terrain qu'il occupe, – ou bien il doit être conservé, quand bien même sur un point particulier il apparaîtrait discutable. »¹²⁰ La prudence qui doit régir les nécessaires mutations du droit commande « de conserver ce qu'on a, tant qu'on n'est pas sûr de la valeur de ce qu'on aura »; car souvent, en pratique, le mieux est l'ennemi du bien¹²¹.

¹¹⁸ SAVATIER, *Métamorphoses*, p. 14. Cf. aussi RENARD, *Le Droit*, Avant-propos, p. X : « Le droit vise à l'ordre ; et l'ordre ne s'accommode pas de l'agitation perpétuelle des systèmes. Il ne tolère pas que tout soit toujours remis en question. »

¹¹⁹ Cf. RIPERT, *Forces créatrices*, p. 344 : « On a raillé cette attitude des juristes qui, prenant pour des principes intangibles les règles existantes, trouvent en les défendant une tranquillité d'esprit leur permettant de critiquer toute innovation. M. RIVERO a fort justement répondu : S'il existe un lien entre la tranquillité des professeurs et la stabilité des institutions juridiques, la tranquillité des professeurs devient une des lois les plus précieuses de la vie en société. »

¹²⁰ TUNC, p. 336.

¹²¹ DABIN, *Théorie générale du droit*, p. 242–243. Voir aussi la citation de PORTALIS par TUNC, p. 336, et la conclusion de ESMEIN, p. 240. Dans le même sens, VILLEY critique l'« idolâtrie du progrès » dans la philosophie du droit, où « on pourrait parfois se dispenser de chercher midi à quatorze heures. Je parle pour notre discipline : il n'est pas tellement urgent d'y faire du neuf, lorsqu'à portée de notre main, rien qu'en faisant abnégation de l'originalité, il y a tant de vrai à retrouver » (*Phénoménologie et existentialo-marxisme à la Faculté de Droit de Paris*, *Archives de philosophie du droit*, Paris 1965, p. 177).

Cette exigence de stabilité se manifeste presque plus rigoureusement encore à l'égard de la terminologie du droit. «La *fixité* est une qualité primordiale d'une langue juridique. On ne saurait trop blâmer l'originalité des auteurs qui veulent avoir une terminologie personnelle, inconnue jusqu'à eux, et sur laquelle ils font reposer tout un système.»¹²² Un changement de la terminologie traditionnelle ne doit être accepté que pour des raisons extrêmement fortes, parce que «le jour où il serait loisible à un juriste de refaire à son aise la terminologie juridique, il n'y aurait plus de science du droit»¹²³.

Dans le domaine juridique, les innovations – qu'elles touchent le fond ou la terminologie – ne doivent donc être reçues qu'avec beaucoup de réserve, et à condition qu'elles soient commandées par une impérieuse nécessité. Cette condition n'est en tout cas pas remplie, s'agissant de la théorie des types, dans toute la mesure où elle ne fait pratiquement que reprendre, sous une forme nouvelle, des notions déjà connues et éprouvées.

6. Conclusions

a) Sous son aspect général, la théorie des types se rattache à l'une des tendances qui sont à l'œuvre profondément dans la formation et la vie du droit. Elle représente un effort sincère et généreux vers la vérité et la justice, en vue d'une meilleure adéquation du droit aux réalités individuelles et concrètes. En tant que réflexion sur la pensée juridique et les modalités selon lesquelles elle saisit le réel pour l'élaborer, elle constitue une tentative pleine d'intérêt¹²⁴. De ce point de vue, elle apporte une contribution non négligeable à

¹²² BRETHE DE LA GRESSAYE/LABORDE-LACOSTE, p.142.

¹²³ BONNECASE, *Science du Droit*, p.85. Cf. aussi la citation de BONNECASE par HUSSON, p.242.

¹²⁴ Au même titre, par exemple, que les conceptions et travaux d'HAURIOU et de ses disciples sur l'«institution».

l'étude de ce qu'on peut appeler, avec DABIN¹²⁵, la «variabilité du droit».

La théorie des types est affectée toutefois de graves défauts qui en trahissent tout à la fois les insuffisances et l'excès d'ambition. L'absence quasi totale d'une unité de doctrine sur l'ensemble des points essentiels est actuellement encore telle qu'elle constitue un obstacle majeur à son utilisation effective dans la science du droit; seule une poursuite concertée – et souhaitable – de l'étude des questions méthodologiques qu'elle implique pourra peut-être, dans un avenir qu'il n'est pas possible de pronostiquer, lever cette hypothèse préliminaire. Il faudra aussi, corrélativement, aboutir à une épuration radicale de la terminologie: aussi longtemps que subsistera la confusion que l'on constate aujourd'hui partout dans ce domaine – et qui découle partiellement de la diversité des conceptions fondamentales, mais également d'une contradiction avec une pratique solidement établie et d'un abus des néologismes – la théorie des types ne pourra a priori prétendre jouer un rôle de quelque importance dans la formation et l'application du droit.

Indépendamment de ces obstacles, la théorie des types juridiques souffre d'une dépendance encore vague à l'égard de disciplines étrangères au droit, notamment en ce qui concerne son fondement épistémologique; cette lacune, dont l'importance ne doit toutefois pas être surestimée, pourra sans doute être comblée un jour. Plus essentiel apparaît, en soi, l'affrontement qu'elle implique avec le système conceptuel traditionnel de la pensée juridique, qui apparaît comme une nécessité des sciences normatives et est conditionné par l'objectif d'ordre et de sécurité juridique propre au droit. Même si la théorie des types ne veut que compléter ce système en le perfectionnant sans l'écarter, il n'en reste pas moins qu'elle se heurte à une méthode qui est naturelle à la démarche juridique fondamentale, dont elle compromet, par son imprécision, la praticabilité. Elle implique une large

¹²⁵ DABIN, *Théorie générale du droit*, p. 239 ss.

part de subjectivité, qui met en péril la sécurité juridique, en particulier dans la mesure où le droit s'est concrétisé dans une loi écrite formulée (inévitablement) en termes de concepts abstraits¹²⁶. Dans une large mesure, elle n'apporte rien de nouveau, ni de plus fécond, que ce qui est déjà connu et expérimenté, notamment les notions de «*numerus clausus*», de «*droit dispositif*» et d'«*abus de droit*», ou les règles applicables à la «*fraude à la loi*» (*Gesetzesumgehung*), etc. Lorsque l'écart entre la norme et la réalité se creuse de telle façon qu'une adaptation devient impérieusement nécessaire, ce n'est pas à la théorie des types qu'il faut recourir pour corriger la situation : c'est la loi qu'il faut modifier¹²⁷, étant entendu que le législateur pourra s'inspirer des résultats des recherches typologiques.

La pénétration efficace de la théorie des types dans le droit est en outre sérieusement compromise par le perfectionnisme qui semble lui être inhérent : elle vise un progrès constant, qui s'exprime par des innovations de fond et de terminologie manifestant des ambitions qui ne répondent pas à de réelles nécessités de l'heure ou d'un proche avenir¹²⁸. L'«*inflation*» des types et la «*mode*» inconsiderée dont

¹²⁶ Il faut citer ici l'exemple fameux de la détermination de la majorité (*Mündigkeit*) des personnes physiques. La loi suisse la fixe à «*vingt ans révolus*» (art. 14 al. 1 CC), avec quelques tempéraments (art. 14 al. 2 et art. 15 CC). D'un point de vue purement typologique, c'est une erreur : on sait que de nombreuses personnes sont *mûres* avant 20 ans, et que d'autres, même capables de discernement, ne le sont pas ... longtemps après. Les deux conceptions sont ici irréductiblement incompatibles. Et c'est la solution *légale* qui, seule, s'impose au juriste comme au justiciable, aussi longtemps que la loi est ce qu'elle est.

¹²⁷ Cf. sur ce point la fin du cons. 7 de l'arrêt du Tribunal fédéral en la cause *Alex Martin SA*, RO 90 II, 1964, p. 345.

¹²⁸ Cf. par exemple son recours à la logistique, ci-dessus p. 492. Il faudrait aussi invoquer ici le simple *bon sens*, comme le faisait VON TUHR, à propos de l'activité du juge (*Deutsches Recht I*, Vorwort, p. VIII-IX) : «*Er soll, wie man zu sagen pflegte, ehe man daran dachte, den Denkprozeß im Kopf des Richters zu analysieren, eine vernünftige Entscheidung treffen.*»

ils sont l'objet¹²⁹ en sont un indice inquiétant¹³⁰ : elles tendent à créer une espèce de mystique des types, favorisée par l'imprécision essentielle qui les caractérise. La typologie, en son état actuel, risque fort d'être utilisée comme un étendard derrière lequel se dissimuleraient toutes sortes d'« idées » plus ou moins vagues, soustraites au contrôle de l'application réelle, et dès lors inutiles, sinon même dangereuses pour l'ordre juridique.

b) Les considérations qui précèdent montrent bien qu'il ne saurait être question d'écarter purement et simplement la théorie des types, ou de renoncer à en continuer l'approfondissement en vue de son application dans la science du droit. Mais la valeur d'une théorie ou d'une méthode se mesure à l'importance des avantages qu'elle apporte effectivement : « Pour faire un choix entre les théories et les hypothèses multiples de la science juridique, il convient de les juger sur leurs résultats : elles ne sont pas plus ou moins vraies, elles sont plus ou moins avantageuses »¹³¹. Telle qu'elle se présente aujourd'hui, la théorie des types juridiques n'est pas susceptible d'un jugement favorable selon ce critère. Ses assises sont trop peu solides pour qu'on puisse lui attribuer des résultats positifs avec quelque certitude. On ne saurait donc formuler qu'une appréciation fondée sur des probabilités, tenant compte des virtualités que l'on peut découvrir en elle, et des obstacles auxquels on a constaté qu'elle se heurte eu égard à un « donné » complexe englobant également le con-

¹²⁹ Voir ci-dessus p. 458, note 37 et ENGISCH, *Konkretisierung*, p. 237 et 266.

¹³⁰ « La pluralité des voix n'est pas une preuve qui vaille rien pour les vérités un peu malaisées à découvrir, à cause qu'il est bien plus vraisemblable qu'un homme seul les ait rencontrées que tout un peuple » (DESCARTES, *Discours de la Méthode*, deuxième partie).

¹³¹ CRUET, p. 191–192. Voir aussi VIRALLY, p. XXIX–XXX : « Il n'existe pas d'autre critère d'appréciation d'une technique que l'examen de son efficacité » ; et STRUNZ, p. 415 : « Wissenschaftliche Methoden sind richtig, wenn sie fruchtbar und falsch, wenn sie unfruchtbar sind. »

tenu et les méthodes essentielles du droit actuellement en vigueur.

Dans cette perspective, le rôle actuellement possible de la théorie des types apparaît d'emblée très limité dans le domaine du droit.

Aussi longtemps qu'une suffisante unification de la doctrine essentielle et une épuration générale de la terminologie n'auront pas été réalisées, il faut oser dire que la théorie des types juridiques est pratiquement inutilisable. Les tâches auxquelles le juriste moderne doit faire face sont telles qu'il n'a pas trop de toutes les ressources de son esprit pour les accomplir sans se laisser distraire par des conceptions qui ne sont pas mûres, et par un vocabulaire où règne l'indécision et la confusion. C'est et ce sera essentiellement le rôle de la *doctrine* que de poursuivre, sur tous les plans, les études fondamentales nécessaires à l'élucidation des problèmes non encore résolus, d'éliminer ce qui serait décidément inacceptable, puis de tracer les voies éventuelles d'une application fructueuse.

A supposer que cette entrave préalable soit écartée, la théorie des types pourra vraisemblablement jouer un rôle important dans la *sociologie juridique* et, par là, dans les *travaux pré-législatifs et législatifs*. Elle tend, en effet, à appréhender d'une manière particulière (la typisation, au sens précis du terme), et peut-être plus féconde que celle d'une pensée uniquement abstraite et conceptuelle, la réalité sociale sujette à la réglementation juridique. Les difficultés majeures surgiront, à ce niveau, lorsqu'il s'agira d'exprimer la norme juridique adéquate sans nuire à la praticabilité du droit.

La *dogmatique juridique* pourra sans doute aussi trouver, dans une pensée typologique raffermie dans sa démarche, un instrument de travail utile¹³². Entendue largement,

¹³² C'est aussi l'opinion de SCHLUEP, *Typus*, p.15. – BURCKHARDT n'était pas de cet avis: «Unmethodisch ist auch die Hervorhebung von *Typen* von Rechtsakten, die zwar ihrer Häufigkeit oder Bedeutung wegen besonderes Interesse beanspruchen, aber nicht

comme cet aspect de la science juridique qui consiste dans la description et l'explication systématiques des règles juridiques en vigueur et des ensembles qu'elles constituent¹³³, la dogmatique ne peut en effet qu'être enrichie par l'examen de ces règles et ensembles sous un biais et dans un éclairage différents de ceux qui découlent directement du système légal lui-même, faisant apparaître notamment, entre les diverses institutions, des relations, des gradations, des affinités ou des oppositions dont la loi et son système de concepts abstraits ne tiennent et ne peuvent pas tenir compte.

Pour des raisons similaires, et de plus parce que les divers ordres juridiques nationaux expriment de manière dissemblable les concepts et catégories des règles auxquelles des réalités sociales analogues sont soumises, la théorie des types pourra se révéler fructueuse en *droit comparé*.

En revanche, elle n'est pas de nature à enrichir *l'application et l'interprétation* du droit écrit. Le législateur, en effet, a opté de manière très générale pour une méthode de pensée et d'expression d'ordre conceptualiste. Il procède essentiellement par définitions et catégories. Il n'est pas admissible de chercher à déterminer le sens de son œuvre en recourant à des procédés qui lui sont hétérogènes. Il n'est pas admissible de substituer, à ce qu'il a dit et voulu dire, ce qu'il aurait pu et dû vouloir dire s'il avait considéré et groupé les réalités sociales de manière différente, et s'il avait formulé les hypothèses et dispositifs de ses règles selon des types plutôt qu'au moyen de concepts. Il doit en être ainsi

das Interesse des Dogmatikers, sondern das des Sozialpolitikers oder des Nationalökonomen, und eben, weil sie nicht einer logischen Einteilung des Rechts entsprechen, nicht begrifflicher Umschreibung, sondern bloß zusammenfassender Beschreibung zugänglich sind» (p. 61); cf. aussi p. 147: «Der Typen sind unendlich viele und sie sind nicht begrifflich scharf voneinander abzugrenzen (weswegen sie nicht einmal eine empirische Einteilung bilden)». Mais BURCKHARDT visait-il vraiment des types au sens où la théorie moderne les conçoit ?

¹³³ Cf. HAESAERT, p. 20. — AMSELEK (p. 384 ss.) critique cette formule d'un point de vue phénoménologique.

même lorsque des types primitivement appréhendés se sont vus transformés en concepts légaux par un «durcissement» de leurs éléments¹³⁴. L'application de la théorie des types à l'interprétation de la loi aboutirait, en fait, à vider celle-ci de sa substance. Cela est tout particulièrement vrai lorsqu'il s'agit de domaines où la sécurité du droit est essentielle : dans le droit des sociétés, par exemple. Au demeurant, les méthodes traditionnelles d'interprétation – qu'il n'y a pas lieu d'exposer ici – et les tempéraments qu'elles permettent d'apporter là où le droit risquerait de se figer en un formalisme excessif, suffisent amplement.

Il n'est pas possible, dans les limites de ce rapport, d'aborder les problèmes complexes que soulèverait l'application de la théorie des types à l'activité du juge lorsqu'il doit prononcer «selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur» (art. 1 al. 2 i.f. CC). Eu égard à l'inconsistance actuelle de cette théorie, ce serait d'ailleurs un travail inutile.

¹³⁴ Cf. ci-dessus p. 501–502.

Troisième partie

THÉORIE DES TYPES ET PROBLÈMES
DE STRUCTURE
DANS LE DROIT DES SOCIÉTÉS

Chapitre I

Remarques préliminaires

1. Les conclusions qui se dégagent de l'étude de la théorie des types dans le droit en général posent la question de savoir s'il vaut la peine d'en poursuivre actuellement l'examen dans le domaine particulier du droit suisse des sociétés, et singulièrement par rapport aux problèmes de structure qui y sont à l'ordre du jour. Logiquement, on devrait répondre par la négative. Il faut toutefois constater que c'est précisément par rapport à des problèmes de ce genre que des conceptions et formules typologiques ont, depuis un certain nombre d'années, pénétré dans la doctrine juridique suisse¹. Il convient, dès lors, d'y jeter au moins un bref coup d'œil.

2. *Dans cette perspective très restreinte*, on esquissera d'abord la théorie des types appliquée au droit des sociétés (chapitre II). On indiquera ensuite sommairement quels sont les principaux problèmes de structure qui se posent dans le droit suisse des sociétés et auxquels la théorie des types s'intéresse (chapitre III). Le chapitre IV, enfin, sera consacré à l'examen de trois conceptions ou thèses typologiques particulières formulées dans la doctrine suisse concernant la société anonyme.

Il sied de rappeler ici qu'indépendamment des réserves d'ordre général exprimées au sujet de la théorie des types en soi², son expression dans le droit suisse d'aujourd'hui est

¹ Cf. ci-dessus p. 454–457.

² Ci-dessus p. 502 ss., spéc. p. 529–532.

grevée d'une hypothèque particulièrement lourde³. Cette situation rend inutile une tentative d'étude systématique et exhaustive. Elle justifie que l'on se borne à des considérations rapides sur des problèmes partiels.

Chapitre II

La théorie des types dans le droit des sociétés

1. Comment cette théorie spécifique des types juridiques se formule-t-elle plus précisément dans le droit des sociétés ? Il n'y a évidemment pas lieu de répéter ce qu'on a déjà développé sur un plan plus général⁴. L'intérêt se porte désormais sur les aspects particuliers de cette doctrine dès lors qu'elle concerne la réglementation juridique des groupements du droit privé⁵.

2. Le type d'une société déterminée se distingue essentiellement du concept abstrait de cette société. La réglementation légale se sert presque exclusivement de *concepts* pour *définir* (plus ou moins bien) chaque société et la situer, par rapport aux autres, dans un ensemble abstrait divisé en classes ou catégories. En ce sens, le type d'une société déterminée existe à côté de son concept, sous le même nom mais avec une fonction logique et un contenu différents. Pour prendre un exemple, la note marginale de l'art. 620 CO précise avec raison que cette disposition légale tend à «définir» ce qu'est la société anonyme, indépendamment des multiples aspects qu'elle peut revêtir dans le concret. Le *type* de la société anonyme, au contraire, se présente comme une description, proche du réel, de ce qui est l'essence même d'une institution, prise dans son unité totale et organique,

³ Ci-dessus p. 453, 457–459, 505–506.

⁴ Deuxième partie, chapitres I et II, p. 484 ss.

⁵ Les sources doctrinales sont, pour l'essentiel, celles que mentionnent les notes de la deuxième partie de ce rapport.

appréhendée intuitivement – en elle-même et dans ses rapports avec d'autres institutions voisines – et captant une constellation typique des intérêts en présence, sans tenir compte des cadres rigides d'une logique législative systématique. Toute réalité, si elle répond formellement à la définition légale de la société anonyme, lui est subsumée; si elle ne réunit pas les éléments de cette définition, elle n'est pas une société anonyme; il n'y a pas de solution intermédiaire. En revanche, la réalité concrète qui est subsumée à la notion abstraite de la société anonyme peut éventuellement revêtir des aspects caractéristiques tels qu'on ne saurait l'attribuer au *type* de cette société, ou qu'il n'est possible de l'y attribuer que *plus ou moins*.

Le type de la société anonyme, ce n'est pas l'institution juridique connue sous ce nom: c'est et ce ne peut être que la représentation mentale d'une réalité de ce genre, telle qu'elle découle du mode de pensée typologique appliqué à cette réalité (type réel), ou à l'ensemble des dispositions légales – impératives et dispositives – consacrées à la société anonyme (type légal). Si l'on considère les diverses modalités sous lesquelles la société anonyme se présente en fait aujourd'hui, il n'est pas difficile de constater que la définition légale du CO recouvre plusieurs types réels de sociétés anonymes.

3. C'est notamment par rapport aux diverses sociétés réglées par la loi que la typologie juridique a exprimé la notion d'un type qui est à la base de la réglementation légale comme un modèle (Leitbild). Le législateur, selon cette conception, aurait formulé les diverses dispositions relatives à une sorte quelconque de société non pas en fonction du concept abstrait (de la définition) de ladite société, mais en s'inspirant au contraire d'une idée directrice particulière, aux contours sans doute flous mais qui porterait, dans une vue synthétique d'ensemble, sur la réalité du complexe d'intérêts «typiques» qu'il s'agit de soumettre à l'ordre juridique. Il s'ensuit que la réglementation légale abstraite d'une société serait organiquement ordonnée à ce type, lequel l'«formerait» en quelque sorte et lui resterait sous-jacent.

Ainsi, les règles légales relatives à la société anonyme – pour reprendre cet exemple – seraient conçues dans leur ensemble par référence à un type bien déterminé de société anonyme qui ne correspondrait pas (ou du moins pas nécessairement) à la définition de l'art. 620 CO⁶.

4. Les réalités sociales qui sont conformes au type (réel ou légal) d'une société sont dites *typiques*. Les autres, quand bien même elles sont couvertes par la définition légale de cette société, présentent une déviation par rapport au type (Typabweichung), déviation qui peut finalement atteindre le stade de l'*atypicité*. Si cette atypicité se réalise dans les faits d'une manière suffisamment régulière, consistante et caractéristique, on sera en présence d'un *nouveau type* de société: il s'agira alors de savoir si le législateur a limité le nombre des types légaux.

5. La *limitation du nombre des types* bénéficiant de la protection légale entraîne – dans une mesure variable – une restriction de l'autonomie privée. Les différents ordres juridiques nationaux connaissent à cet égard des régimes qui ne sont point identiques. On a déjà exposé ce qu'il en est, dans le droit suisse, des régimes matrimoniaux, des droits réels limités, et des contrats du Code des obligations⁷.

En droit des sociétés il faut opérer, du point de vue typologique, une distinction préalable, selon que l'on vise les

⁶ Cette conception est assez largement répandue dans la doctrine suisse du droit des sociétés, et singulièrement de la société anonyme (cf. les citations de KOLLER, p. 53 note 1). Dans le même ordre d'idées, à propos de l'association au sens des art. 60 ss. CC, voir notamment GUTZWILLER, Verbandspersonen, p. 463, Freiheit, p. 236 et 238, Miniera, p. 460; HEINI, Vereine, p. 525–526, Alex Martin, p. 494 note 4. – On reviendra sur le problème à propos de la société anonyme «typique», chapitre IV ci-dessous.

⁷ Ci-dessus p. 497–498. On peut y ajouter les dispositions à cause de mort, dont les modalités sont énumérées exhaustivement par la loi, cf. TUOR, Commentaire du droit des successions, art. 457–536 CC, 2^e éd. 1952, Vorb. zum 3. Abschnitt n. 6 i. f., p. 198–199; ESCHER, Commentaire du droit des successions, art. 457–536 CC, 3^e éd. 1959, Einleitung zum 3. Abschnitt, n. 1, p. 342.

types légaux ou les types réels. S'agissant des types légaux de sociétés de personnes et de personnes morales – ceux qui s'expriment dans ou à travers une réglementation légale – on doit reconnaître que le législateur suisse en a limité le nombre: il n'est pas possible de constituer valablement un groupement qui serait régi par les dispositions légales spécifiques, et qui ne se présenterait pas comme une association, une fondation, une société simple, une société en nom collectif, une société en commandite, une société anonyme, une société en commandite par actions, une société à responsabilité limitée ou une société coopérative⁸. Du moins ce principe du *numerus clausus* s'applique-t-il par rapport aux différentes *formes* sociales que le législateur met à disposition: en cela, la théorie des types n'apporte strictement rien que l'on ne connaisse déjà⁹. Il est évident que les différents types réels qui prennent naissance – sur la base de l'autonomie privée et en fonction des besoins de la vie économique et sociale – dans l'ombre de la définition légale de chaque forme de société, ne sont pas a priori limités à un

⁸ Cf. BÄR, *Minderheitenschutz*, p. 381. SUTER, p. 18–26; SECRÉTAN, p. 174–175; PELLET p. 147–148, 151, 239; PIOTET, *JdT* 1963 I, p. 101–102; HEINI, *Miniera*, p. 447, *Vereine* p. 527–528; KOLLER p. 96 ss.

SCHLUEP (*Schutz des Aktionärs*, p. 180) et NAEF (p. 268) émettent certains doutes, qui ne sont guère justifiés. LIVER (Alex Martin, p. 368–369) semble admettre implicitement le principe du *numerus clausus* des sociétés, principe énoncé expressément par MEIER-HAYOZ (*Commentaire des droits réels*, 4^e éd. 1966, *Systematischer Teil*, n. 35).

Il n'y a pas lieu de rapporter ici les différentes justifications, dont la plus fréquente est tirée du besoin de sécurité juridique, données par certains de ces auteurs au principe du *numerus clausus* dans le droit des sociétés. Il faut tout de même signaler, dans cette perspective, l'importance de l'art. 59 al. 2 CC et surtout de l'art. 530 al. 2 CO.

⁹ On peut laisser ouverte ici la question de savoir en quoi la limitation du nombre de types légaux de sociétés – au sens scientifique d'une théorie des types – pourrait constituer un principe plus fécond que celui du *numerus clausus* des formes de sociétés.

nombre déterminé. Les frontières à l'intérieur desquelles ils peuvent valablement se constituer se trouvent ailleurs. Au surplus, cette question est liée à celle de savoir à partir de quel degré de déviation, par rapport à un type légal de société, une réalité sociale ne peut plus être ordonnée à ce type : c'est le problème de l'atypicité (ci-dessus p.536).

6. La théorie des types s'exprime en outre, dans le droit des sociétés, sous la forme des restrictions imposées à l'autonomie privée des parties qui, ayant opté pour une forme de société régie par la loi, entendent faire usage des possibilités que celle-ci leur donne de déroger conventionnellement à la réglementation du droit dispositif. Le «*Typenzwang*» associé à la «*Typenbindung*» tendent en effet, dans cette perspective, à empêcher toute dérogation à la structure «*typique*» de la forme de société considérée.

Sans vouloir aborder ici le fond des problèmes qu'évoquent la notion de droit dispositif et ses relations avec la liberté contractuelle, force est bien de dire que la sécurité juridique exige en principe le respect de l'usage, par les individus, des possibilités de «*déviation*» que le législateur lui-même a voulu laisser à l'autonomie privée, soit pour modifier le contenu de certaines règles légales, soit pour utiliser l'institution à toutes les fins auxquelles elle peut régulièrement servir. Ce n'est, en plus de la règle générale de l'art. 19 al. 2 CO, que dans la mesure (variable selon les catégories de sociétés) où la loi a «*bloqué*» le type dans sa réglementation – par la définition abstraite de la forme juridique et par les dispositions de nature impérative et celles qui leur sont indissolublement liées – qu'une modification conventionnelle du contenu de cette réglementation est exclue. Quant à l'usage qui est fait de cette institution, il doit rester libre pour autant qu'il ne constitue pas un abus de droit manifeste et n'a point pour effet d'éluder des règles légales essentielles détournant l'institution, par des moyens apparemment licites, de son but pour la faire servir à des fins que le législateur a entendu proscrire.

On ne voit guère en quoi, dans toutes ces questions, la

théorie des types serait de nature à perfectionner les principes traditionnellement mis en œuvre par la science juridique (notamment les règles de l'interprétation de la loi et des conventions), et à permettre, sans compromettre la sécurité du droit, des résultats meilleurs que ceux auxquels les auteurs «classiques» sont déjà arrivés¹⁰.

Chapitre III

Les problèmes de structure dans le droit suisse des sociétés et la théorie des types

1. On peut définir la structure, pour les besoins de ce rapport, comme la manière selon laquelle les parties d'un ensemble sont agencées entre elles, disposées les unes par rapport aux autres, reliées solidairement les unes aux autres en fonction du tout, ce système de relations étant d'ailleurs susceptible de variations.

2. Appliquée au droit des sociétés, cette notion se réfère d'abord à ce droit considéré comme constituant un ensemble: les problèmes de structure concernent alors l'agencement respectif des différentes formes légales de sociétés, le domaine que chacune d'elles doit couvrir par rapport au tout, les relations qu'elles entretiennent du point de vue des fonctions propres qui leur sont dévolues, l'existence dans ce système d'un vide qu'il s'agirait de combler, etc.

Chacune de ces formes de sociétés, prise individuellement, constitue à son tour et en elle-même un ensemble intérieurement structuré, composé de divers éléments intégrés dans un ordre déterminé. Le jeu de ces éléments et de leurs relations réciproques, et les fonctions qu'ils exercent par rapport à l'ensemble, constituent le «lieu» des problèmes de cette structure interne.

¹⁰ Cf. par exemple, dans cette perspective, les études de SIEGWART (Freiheit) et de SECRÉTAN.

3. Sous ce double aspect, les *problèmes de structure dans le droit des sociétés* se posent essentiellement par référence au thème très général des rapports entre le droit vivant, tel qu'il est (ou voudrait être) effectivement pratiqué, et le droit tel qu'il est concrétisé dans des normes positives ayant, sauf exception, un caractère marqué de stabilité, voire de rigidité. Il s'agit, par exemple, de savoir si les différentes formes de sociétés existantes répondent suffisamment, dans leur ensemble, aux besoins généraux actuels de la vie économique et sociale, ou s'il ne conviendrait pas plutôt d'en augmenter ou d'en diminuer le nombre, en restreignant ou en étendant – impérativement ou non – le champ d'application et les fonctions respectives de chacune d'elles. D'autre part, mais corrélativement, il faudrait vérifier si et dans quelle mesure la structure interne de ces différents groupements juridiques n'est pas dépassée par l'évolution des phénomènes concrets, et s'il ne conviendrait pas de l'adapter en la modifiant ou plus simplement en faisant intervenir, dans le jeu fonctionnel de ses éléments, des critères nouveaux ou différents qui permettraient de mieux tenir compte des exigences du réel.

On constate en effet, dans cette perspective, et *en ce qui concerne la Suisse*, une situation qui a beaucoup préoccupé et préoccupe encore la doctrine juridique, voire même sporadiquement la jurisprudence, en raison spécialement des besoins qu'exprime une économie en pleine évolution¹¹. Il ne saurait être question, vu l'extraordinaire ampleur de ce sujet, de dresser un tableau complet de ces difficultés. Il suffira de relever quelques exemples caractéristiques.

On sait ainsi que les problèmes spécifiques résultant de l'emboîtement réciproque de sociétés, de la dépendance

¹¹ Des problèmes analogues se posent évidemment dans un grand nombre d'autres pays. Les données réelles présentent toutefois des aspects essentiels et une importance qui diffèrent souvent très considérablement des nôtres. A cela s'ajoute la diversité des réglementations juridiques nationales, diversité à laquelle certains auteurs, procédant à des comparaisons de détails, ne paraissent pas toujours vouer une attention suffisante (voir aussi note 17 ci-dessus).

d'une société par rapport à une ou plusieurs autres, de la société dite «double» (*Doppelgesellschaft*), ne font pas l'objet d'une réglementation légale particulière de droit privé. On connaît également, eu égard aux modifications récentes de la jurisprudence du Tribunal fédéral¹² et au retentissement qu'elles ont eu, le problème délicat des possibilités d'utilisation de la forme actuelle de l'*association* (voire d'autres formes de sociétés) par des organisations économiques et professionnelles, et singulièrement par des cartels. La *fondation*, elle aussi, semble tendre à évoluer partiellement dans le sens d'un instrument au service de l'économie: lorsque tout le capital d'une société commerciale est détenu par la fondation qu'elle avait auparavant créée à des fins de prévoyance sociale, c'est cette fondation qui finit par diriger en fait l'entreprise. Faut-il considérer que l'*association en participation* (*stille Gesellschaft*), qui n'est pas réglée spécialement en droit suisse et ne saurait constituer une association au sens des art. 60ss. CC, n'est pas autre chose qu'une modalité particulière de la société simple¹³?

Mais c'est surtout par rapport à la société anonyme – peut-être en raison de son importance économique – que l'on signale, dans plusieurs directions et pour des motifs variés, un écart important entre la norme et la réalité juridiques. On allègue que la société anonyme, par l'usage qui en est fait, a été détournée du but en vue duquel le législateur l'avait réglementée; on oppose (schématiquement) la société anonyme à faible capital et ne comprenant qu'un nombre restreint d'actionnaires aux «grandes sociétés» dont les actions sont très largement répandues dans le public; on relève que les «petites sociétés» dans lesquelles les actionnaires se connaissent tous – certains d'entre eux assumant les fonctions

¹² Arrêts *Miniera* (RO 88 II, 1962, p. 209ss.) et *Alex Martin* (RO 90 II, 1964, p. 333ss.).

¹³ Pour l'affirmative, cf. notamment NAEF, RJB 96, 1960, p. 257ss. et 305ss. Contra, à propos d'un cas d'espèce, PEDRAZZINI, RSJ 52, 1956, p. 369ss. – Cf. aussi EGGER, *Stille Beteiligung*, p. 199ss.

de l'administration, ou occupant un poste de direction – constituent une anomalie à laquelle la réglementation légale ne convient pas, et qu'il faudrait peut-être exclure ou renvoyer à une autre forme légale (singulièrement celle de la société à responsabilité limitée), à moins que l'on aboutisse, par la voie législative, à créer deux sortes distinctes de sociétés anonymes, etc.¹⁴.

4. C'est précisément par rapport à des problèmes de ce genre qu'une manière de doctrine typologique tend à pénétrer et à s'implanter dans le droit suisse des sociétés¹⁵. Cela n'a rien d'étonnant si l'on considère que la théorie scientifique des types, telle qu'exposée plus haut¹⁶, vise justement à combler l'écart entre la vie et le droit, à permettre de mieux adapter les structures juridiques à la réalité concrète et à ses transformations. La *typicité* est ainsi invoquée, sous des formes multiples, tant pour résoudre les relations délicates entre les différentes sortes de sociétés (entre elles et par rapport aux besoins réels, économiques ou autres, des sujets de droits), que pour assouplir et améliorer l'agencement respectif et le jeu des divers éléments ou « organes » dont chacune de ces formes sociales est constituée.

5. Sur le vu des conclusions de la deuxième partie de ce rapport, on pourrait se dispenser de pousser plus avant l'examen de la portée et des limites de la théorie des types appliquée aux problèmes de structure de notre droit des sociétés. Non pas que de tels problèmes n'existent pas, ou ne soient pas importants; non pas qu'une modification plus ou moins profonde des structures, pour rendre le droit plus efficace et plus « juste » à la fois, ne soit souhaitable, et même dans certains cas indispensable. Mais c'est que la théorie des

¹⁴ Un recensement relativement complet de ces problèmes se trouve dans les rapports de HIRSCH et de BÄR à la Société suisse des juristes, RDS 85 II, 1966, p. 1 ss. et p. 321 ss., auxquels on peut ajouter les études de BÜRGI (Regelungen) et de JÄGGI (Ungelöste Fragen).

¹⁵ Cf. p. 454 ss. ci-dessus.

¹⁶ P. 484 ss.

types, dans son état actuel, ne peut pas être utilisée fructueusement à cet effet.

Si même on voulait «faire comme si» elle présentait une consistance suffisante dans son fond et dans son expression, il resterait qu'une étude de sociologie juridique en vue d'une ultérieure élaboration législative exigerait des recherches extrêmement étendues sur les besoins réels et généraux de la vie économique et sociale de notre pays à l'heure actuelle¹⁷. Quant à la perspective purement dogmatique et à celle du droit comparé, elles ressortissent à des domaines dans lesquels il n'y a manifestement pas lieu, ici, de s'avancer davantage.

6. On abordera néanmoins, pour conclure ce rapport sur une note moins éloignée des préoccupations habituelles de la Société suisse des juristes, trois problèmes qui sont au centre des considérations et thèses typologiques de la doctrine suisse récente du droit de la *société anonyme*¹⁸, à savoir: la société anonyme typique, l'actionnaire typique, et l'interprétation du droit de la société anonyme en fonction du type légal de cette dernière.

Comme on l'a dit déjà, il ne pourra s'agir d'une étude systématique dans la perspective de la théorie des types. On se contentera bien plutôt d'exposer les thèses en question, puis de formuler brièvement quelques remarques qu'elles

¹⁷ Sans parler de la tendance effective vers une harmonisation au moins partielle des législations européennes. Sur ce point, les remarques de BÜRGI (Regelungen, p. 75–77) sont fort pertinentes. Une mise en garde allant dans le même sens a été formulée au cours des débats de 1966 de la Société suisse des juristes par PENARD, BÜRGI et PATRY (RDS 85 II, 1966, p. 658–660, 672, 693–694); cf. aussi BÄR, Fragen, p. 339 ss. et Interventions, p. 754, ainsi que la note 55 à p. 466 ci-dessus. Une telle tendance à l'harmonisation constituera sans doute, dans la mesure où elle aboutira, une source supplémentaire des difficultés pour la démarche typologique. Ce n'est évidemment pas une raison pour négliger une réalité d'une telle importance.

¹⁸ Le rapporteur de langue allemande consacrant la partie spéciale de son étude à des questions touchant à l'*association* et à la *fondation*.

paraissent appeler, indépendamment des critiques et réserves d'ordre général exprimées dans ce rapport à l'égard de la théorie des types.

Chapitre IV

A propos de trois thèses typologiques dans le droit suisse de la société anonyme

I. La société anonyme «typique» (le type de la société anonyme)

1. C'est sans doute – ainsi qu'on l'a déjà relevé¹⁹ – à JÄGGI que l'on doit l'introduction dans le droit suisse d'un concept relativement élaboré d'un *type légal* de la société anonyme²⁰, formulé dans la perspective des rapports existant dans ce domaine entre la loi et la réalité.

Ce type légal s'analyse, selon lui, comme un modèle intellectuel déterminé, une certaine image directrice (*Leitbild*) que le *législateur* avait en vue et en fonction de laquelle il a établi les règles qui constituent le droit de cette forme de société, tout en tolérant – expressément ou implicitement – certains écarts par rapport au modèle pur. *Jäggi* décrit ce type légal de société anonyme comme suit: un très grand nombre de personnes, agissant de manière indépendante, s'unissent corporativement pour exploiter une entreprise, chacune d'elles fournissant une partie du capital dont le montant est prédéterminé, n'ayant aucune autre obligation à l'égard de la société et n'assumant pas de responsabilité au-delà de cette part du capital, mais s'engageant en principe à ne pas diminuer ledit capital dont le montant est publié²¹. Si l'on prend la société anonyme comme pure société de capitaux, il faut y ajouter encore comme traits caractéristiques

¹⁹ Ci-dessus p. 454.

²⁰ JÄGGI, *Ungelöste Fragen*, p. 65 ss.

²¹ JÄGGI, *op. cit.*, p. 65.

du type l'absence d'autres liens entre les nombreux actionnaires et la société ainsi qu'entre ces actionnaires les uns à l'égard des autres: on trouve alors un type légal auquel correspond la société anonyme «publique» (Publikumsgesellschaft)²². Dans une étude postérieure, JÄGGI précise incidemment que l'administration de la société ne connaît pas personnellement ces nombreux actionnaires²³.

BÄR a repris, dans son travail sur la protection des minorités dans la société anonyme, un thème analogue en exposant que le *législateur*, lorsqu'il réglemente une institution, se représente un état de fait déterminé orienté vers un but caractéristique et auquel seul les dispositions légales conviennent adéquatement²⁴. Se fondant sur une esquisse de *l'évolution historique* de la société anonyme, dont les éléments essentiels seraient encore à la base de notre droit actuel, BÄR voit ainsi le type de la société anonyme dans une société qui réunit des capitaux relativement importants, en vue d'un objectif déterminé, par l'apport financier d'une masse relativement grande de petits actionnaires détenteurs de titres facilement transmissibles et intéressés essentiellement au rendement financier de leurs investissements²⁵. Dans son rapport de 1966 à la Société suisse des juristes, il précise clairement que la société anonyme typique au sens de la loi est la grande société «publique», dans laquelle les actionnaires n'ont pas de relations particulières entre eux: c'est à cette réalité que le législateur s'est référé pour réglementer la société anonyme, sans exclure par là que cette forme juridique puisse être utilisée – à tort ou à raison – pour la constitution de sociétés présentant un aspect différent²⁶. Au cours des débats de la Société suisse des juristes, le 25 septembre 1966, BÄR a confirmé que la forme juridique de la société anonyme était taillée sur le modèle des grandes

²² JÄGGI, op. cit., p. 73ss.

²³ JÄGGI, Abstimmungsverfahren, p. 394.

²⁴ BÄR, Minderheitenschutz, p. 381.

²⁵ BÄR, op. cit., p. 385–387.

²⁶ BÄR, Fragen, p. 493–494.

sociétés: historiquement, la société anonyme a été créée comme une «pompe à capitaux»²⁷, et il faudrait qu'elle présente des caractéristiques qui soient une invitation aux investissements²⁸. Dans le même ordre d'idées, cet auteur parle du «concept fondamental» et désirable de la société anonyme²⁹. Il semble en outre vouloir identifier éléments typiques et éléments «normaux» de la société anonyme³⁰. Et il précise que le type de cette société ne peut pas être déduit exactement des seuls indices qu'on peut trouver dans la loi: il faut recourir en outre aux principes généraux ainsi qu'à l'état de fait qu'il s'agissait de réglementer par voie législative, sans se laisser arrêter par certaines dispositions légales qui constituent des «impuretés» par rapport au type³¹.

BÜRGI considère comme un fait incontesté que le *législateur*, en son temps, a pensé à une sorte déterminée de société, à savoir la grande société relativement anonyme, mais qu'il a voulu rendre possible aussi la constitution de petites sociétés anonymes où les relations personnelles jouent un rôle³².

CAFLISCH oppose ce qu'il appelle le «*concept normatif*» de la société anonyme – qui résulte des dispositions de droit impératif édictées par le législateur pour protéger les minorités d'actionnaires, les créanciers et le public³³ – au concept ou *type théorique* de la société anonyme, qui est l'image idéale

²⁷ BÄR, Interventions, p. 633.

²⁸ BÄR, *ibid.*, p. 756.

²⁹ BÄR, *ibid.*, p. 751–752, 753.

³⁰ BÄR, *ibid.*, 762, 763. Cf. aussi JÄGGI, *Gerichtsurteil*, p. 6.

³¹ BÄR, *ibid.*, p. 766–767.

³² BÜRGI, *Regelungen*, p. 62–63.

³³ Au sens de ce «concept normatif», la société anonyme se définit comme tout patrimoine distinct, juridiquement indépendant; administré selon une organisation dont la loi détermine les exigences minimales; mis au service d'un but licite; dont le capital, publié, répond seul des dettes et ne peut être modifié qu'en respectant des règles déterminées; cette entité supposant qu'elle est qualifiée formellement comme société anonyme par l'inscription au registre du commerce et la publication (CAFLISCH, p. 106–107).

à partir de laquelle le *législateur* a établi sa réglementation, image qui est celle d'une société de capitaux, composée d'une pluralité variable de personnes anonymes, dans laquelle le pouvoir est réparti plus ou moins également entre les actionnaires qui n'ont, individuellement, qu'une influence réduite sur la formation de la volonté et sur la direction de la société, mais où les intérêts des membres convergent en principe vers un but identique³⁴.

Traitant du droit de l'actionnaire à être renseigné sur les affaires sociales, WIDMER déduit de l'art. 620 CO le *concept* de la société anonyme, qu'il identifie à l'image que le *législateur* avait en vue et, dès lors, au *type légal* de cette société³⁵. Sur la base d'un examen historique et d'une (rapide) analyse des travaux législatifs préparatoires, il décrit – non sans hésitation – ce type comme étant celui de la société «publique» qui sert de forme juridique à une entreprise «relativement grande» à laquelle participent un nombre «relativement grand» d'actionnaires³⁶.

Dans sa thèse sur la société anonyme à deux actionnaires, PEYER part du «type théorique» de la société anonyme comme du modèle dont s'est inspiré le *législateur*. Ce modèle légal, il le décrit en reprenant les termes de JÄGGI³⁷. En fonctions de ce type, il écarte tant la société anonyme publique que celle à laquelle le très petit nombre d'actionnaires donne un caractère personnel accusé: c'est, pour lui, la société anonyme groupant un nombre moyen d'actionnaires qui correspond le mieux au type que le législateur avait en vue³⁸.

2. La doctrine «typologique» attribue au type légal qu'elle

³⁴ CAFLISCH, p. 34–35.

³⁵ WIDMER, p. 59.

³⁶ WIDMER, p. 64 ss. On se bornera à signaler que l'auteur distingue encore entre le «type à l'époque de la codification» (alte Publikumsgesellschaft) et le «type des temps modernes» (neue Publikumsgesellschaft).

³⁷ JÄGGI, *Ungelöste Fragen*, p. 65. Dans ses conclusions, PEYER (p. 107–108) soumet toutefois la description de JÄGGI à une critique modérée.

³⁸ PEYER, p. 4 ss.

formule une importance capitale, et en infère des conséquences spécifiques multiples par rapport aux problèmes les plus divers qui se posent dans le cadre du droit de la société anonyme. Ces conséquences ne seront prises en considération dans ce rapport que dans la mesure où elles s'expriment dans les thèses de l'actionnaire typique et de l'interprétation selon le type (cf. II et III infra).

Prise en elle-même et dans ses virtualités les plus générales, indépendamment des modalités concrètes selon lesquelles les différents auteurs l'expriment, cette conception du type légal de la société anonyme mérite au moins un bref examen.

3. Comme le démontrent clairement les exemples de formulation cités plus haut³⁹, le type légal de la société anonyme (comme de toute institution juridique) est placé par la doctrine dans un rapport essentiel et organique avec l'activité du *législateur*, considérée tant de lege lata que de lege ferenda.

a) La théorie des types pose en principe que toute réglementation légale du droit des sociétés suppose nécessairement une orientation préalable et fondamentale du législateur vers un type déterminé propre à chaque sorte de société. Le législateur forme ce type, dont il trouve les éléments dans la réalité sociale, selon une démarche normative procédant par jugements de valeur. C'est en fonction d'un tel type – et non pas d'un état de fait abstrait – qu'il formule des conséquences juridiques dans les normes qu'il édicte. La réglementation légale d'une forme quelconque de société est, dans son ensemble, inéluctablement ordonnée à un type déterminé, et à un seul, à défaut de quoi elle serait incohérente, impliquerait des contradictions internes ou se présenterait comme extrêmement vague et imprécise. Le fait que le législateur admet parfois lui-même, sur certains points, des dérogations au modèle qu'il a en vue, ne saurait mettre en question cette nécessité logique⁴⁰.

³⁹ Cf. p. 544 ss.

⁴⁰ KOLLER, p. 57–59, 85–90. Cf. aussi JÄGGI, *Ungelöste Fragen*, p. 65.

Une telle conception de base appelle de sérieuses réserves. La «nécessité logique» à laquelle elle se réfère n'emporte pas la conviction. Elle paraît découler plutôt d'une sorte de pétition de principe, dont le point de départ se situerait dans la supposition d'une activité législative parfaite, toujours logique et cohérente – mais qui ne se vérifie pas dans les faits. Sans doute est-il évident que le législateur, dans nos pays dits «de haute civilisation», a une certaine idée générale préalable, plus ou moins claire et précise, des institutions qu'il entend réglementer. De là à dire que cette idée possède la consistance suffisante d'un type déterminé (au sens de la théorie des types), il y a un pas que seule paraît pouvoir franchir une thèse scientifique préconçue qui tend à plier la réalité à l'ordre intellectuel qu'elle veut établir. D'autre part, mais accessoirement, il convient de noter que l'idéologie qui inspirerait le législateur peut fort bien n'avoir pas été, par lui, traduite normativement⁴¹. Il faut bien plutôt reconnaître que ce «principe» fondamental de la formation et du rôle des types dans le processus législatif du droit des sociétés, est l'expression d'une construction théorique à laquelle on ne saurait adhérer, aussi longtemps du moins qu'elle n'est pas mieux établie et éprouvée.

b) En face d'une législation existante sur le droit des sociétés, on ne peut dégager les types dont on prétend qu'ils l'ont inspirée et dictée qu'en partant d'abord du *texte légal*, même s'il n'est pas parfait. *Ce qui est déterminant au premier chef, de ce point de vue, c'est ce que le législateur historique a effectivement formulé et voulu formuler*⁴²; c'est à cela que les justiciables sont soumis, c'est là que réside l'un des piliers essentiels de toute sécurité juridique.

Or, il n'est pas contesté que notre loi ne définit pas les types de sociétés; elle n'en parle pas, n'y fait aucune allusion.

⁴¹ ASCARELLI, Problemi II, p.1007–1008 et 1012.

⁴² Cf. SCHLUEP, Schutz des Aktionärs, p.196. KOLLER, p.59. Cela ne signifie évidemment pas que la loi ne doive pas être interprétée, ni que la volonté subjective du législateur historique soit seule décisive pour cette interprétation.

On déclare en revanche qu'elle les *suppose*, et qu'ils s'y *manifestent* plus ou moins clairement. Il faut dès lors, pour chaque forme de société, déduire de l'ensemble de la réglementation légale s'y rapportant le type qui lui correspond. On reconstruira, de cette manière, le modèle tiré de la vie et dont la théorie prétend qu'il a comme polarisé l'ensemble des règles normatives édictées par le législateur pour cette forme de société⁴³.

A cette méthode, il faut objecter d'abord qu'elle n'est pas telle qu'elle puisse conduire à une quelconque certitude fondée en raison et en vérité. Une reconstruction, à partir d'un ensemble de règles qui ne l'expriment pas spécifiquement, d'un modèle déterminé de société qu'a *posteriori* l'on prête au législateur en affirmant que c'est sur ce «type» qu'il a axé toute sa réglementation, implique une immense part d'appréciation subjective, même si l'on parvient à faire abstraction de tout préjugé théorique. SCHLUEP a exprimé avec raison, mais en termes bien trop retenus, le danger que l'on en arrive de cette manière à «supposer» un type même là où il ne se concrétise en aucune manière dans l'œuvre réelle du législateur, et à donner ainsi aux normes positivement édictées un sens qu'elles n'ont pas, voire un sens contraire à celui qui est le leur⁴⁴. KOLLER, dans le même ordre d'idées et avec la même prudence, relève que l'opération est en soi extrêmement délicate et doit être conduite avec le soin le plus extrême si l'on ne veut pas risquer de tomber dans l'arbitraire pur et simple⁴⁵.

En fait, il semble bien que la typologie suisse du droit des sociétés, dans son état actuel, tende à substituer en quelque sorte à la *réglementation légale* le *type légal* qu'elle prétend en

⁴³ JÄGGI, *Ungelöste Fragen*, p. 71; SCHLUEP, *Schutz des Aktionärs* p. 196; KOLLER p. 58–59.

⁴⁴ SCHLUEP, *Schutz des Aktionärs*, p. 197.

⁴⁵ KOLLER, p. 59. La différence des résultats auxquels ont abouti les auteurs qui s'y sont essayés à propos de la société anonyme du droit suisse (cf. p. 544 ss. ci-dessus), en est une confirmation, à laquelle on n'attachera toutefois pas grande importance.

déduire intellectuellement, ou en tout cas à modifier celle-là en se référant à celui-ci. C'est d'autant plus grave, et d'autant moins admissible, qu'en son essence même le type n'a pas et ne saurait avoir de contours précis⁴⁶. On porte ainsi une redoutable atteinte à la sécurité juridique, qui joue dans le droit des sociétés un rôle particulièrement important. On ne peut plus se fier à un texte légal, même limpide. On risque d'empêcher les justiciables d'épuiser – comme c'est leur droit – les possibilités juridiques que le législateur a voulu leur ouvrir⁴⁷. Il n'est pas téméraire d'avancer aussi qu'en rattachant (plus ou moins artificiellement) la réglementation légale d'une forme de société à un type déterminé que *le législateur* devait avoir en vue, la typologie contribue à freiner l'évolution du droit en écartant délibérément les transformations parfois profondes que le réel a subies depuis l'adoption de la loi, et à établir en fait des barrières rigides là même où la législation s'est voulue souple et susceptible d'adaptations – tendance radicalement opposée à celle que la théorie des types veut incorporer.

c) La typologie enseigne, de lege lata, que le *législateur suisse* a reconnu la nécessité logique de s'orienter sur un type, et qu'il a effectivement ordonné chaque forme de société à un type légal spécifique⁴⁸. Pour la société anonyme, il ne

⁴⁶ Cf. supra p. 489.

⁴⁷ Notamment en prenant en considération, pour déterminer le type légal, les besoins actuels du marché boursier ou des impératifs fiscaux que le législateur du droit privé n'a manifestement pas intégrés dans son « modèle ». – Il appartiendrait d'ailleurs au droit fiscal d'élaborer son propre système normatif autonome: GUTACHTEN, p. 58 ss. Cf. sur cette question E. BLUMENSTEIN, System des Steuerrechts, 2^e éd. Zürich 1951, p. 20 ss.; Gegenseitige Beziehungen zwischen Zivilrecht und Steuerrecht, RDS 52, 1933, p. 141 ass.; Die Bedeutung zivilrechtlicher Begriffe für das moderne Steuerrecht, Festgabe Eugen Huber, Berne 1919, p. 203 ss. AEBY, De l'influence du droit fiscal sur le droit privé, RDS 52, 1933, p. 279 ass. RIVES, Obsession fiscale et administration des entreprises, thèse Bordeaux, 1962.

⁴⁸ KOLLER, p. 90.

pouvait s'axer à la fois sur l'image directrice de la grande société publique et sur celle de la petite société de famille⁴⁹. La majorité des auteurs admettent que le modèle auquel le législateur a rattaché l'ensemble des dispositions sur la société anonyme est celui de la grande société publique avec toutes ses caractéristiques⁵⁰.

Les motifs généraux pour lesquels cette thèse ne peut être admise viennent d'être exposés⁵¹.

Si l'on en croit E. HUBER⁵², on a précisément voulu donner à la société anonyme, en raison de son importance économique, une réglementation légale plus détaillée que celle des autres institutions du CO. On peut raisonnablement en déduire que le type déterminé que la typologie impute comme modèle au législateur ressort, plus clairement que partout ailleurs, de cette réglementation légale. Or, le moins que l'on puisse dire, c'est que tel n'est pas le cas.

L'examen du texte légal actuel montre en effet, contrairement à l'argument de base de la typologie, que le législateur de la société anonyme ne s'est nullement laissé guider par l'image d'un seul type, déterminé et suffisamment consistant, celui de la société publique, type en fonction duquel il aurait formulé l'ensemble des règles légales⁵³. Ainsi – et

⁴⁹ KOLLER, p. 87.

⁵⁰ Cf. ci-dessus p. 544 ss.

⁵¹ Ci-dessus p. 548 ss.

⁵² E. HUBER, Bericht, p. 13.

⁵³ HIRSCH a rappelé opportunément que le droit de la société anonyme «recouvre des réalités économiques, juridiques et sociales extrêmement différentes» (Problèmes, p. 3), et que «le juriste ne doit pas succomber à la tentation d'identifier la société anonyme à une seule réalité économique, que ce soit pour interpréter le droit positif ou pour le réformer» (Interventions, p. 641). Voir aussi MAX STAEHELIN, Gedanken zur Organisation der Aktiengesellschaft, in: Festgabe E. RUCK, Bâle 1952 p. 259: «... Denn es könnte sich bei uns nicht darum handeln, gegenüber der heutigen Regelung, die sich ja für den Großteil der Fälle bewährt hat, ins andere Extrem zu verfallen und eine Ordnung zu befürworten, die mehr oder weniger ausschließlich den Bedürfnissen einer bestimmten Kategorie von Gesellschaften, nämlich den Großunternehmen mit weitverstreutem

indépendamment du fait que la société anonyme peut être fondée en vue de poursuivre un but qui n'est pas de nature économique (art.620 al.3 CO) – le capital social peut fort bien ne pas dépasser Fr.50000.– (art.621 CO) dont Fr.20000.– seulement doivent être soit versés en argent, soit couverts par des apports en nature (art.633 CO). Il suffit de trois actionnaires pour fonder une société anonyme, sans qu'une réduction ultérieure de ce nombre entraîne nécessairement une dissolution (art.625 CO). La fondation de la société peut être simultanée, tous les fondateurs devant alors signer l'acte authentique (art.638 CO). Les actions peuvent être nominatives, auquel cas l'inscription des actionnaires dans un registre spécial est requise, le libre transfert des titres pouvant être restreint, voire supprimé, pour des motifs touchant à la personne même de l'acquéreur (art.622, 627 ch.8, 685 et 686 CO). L'actionnaire a des droits acquis non seulement patrimoniaux, mais aussi sociaux (art.646 CO). Il exerce ses prérogatives en principe à l'assemblée générale des actionnaires (art.689 CO) et la loi prévoit le cas d'une assemblée universelle (art.701 CO). On pourrait ajouter d'autres exemples encore: notamment tous ceux où le droit dispositif permet expressément aux actionnaires – si même il ne les y incite ouvertement – à tenir compte de leurs besoins ou désirs particuliers en dérogeant, par des dispositions statutaires ou des décisions sociales, à des règles légales établies d'une manière qui n'implique d'ailleurs aucune référence essentielle à un «type» plutôt qu'à un autre. – Il est caractéristique aussi, en sens inverse, que le législateur ait jugé bon d'édicter des normes spéciales pour la souscription publique d'actions nouvelles (art.651 CO), pour la valeur à laquelle les titres cotés à la bourse peuvent figurer au bilan (art.667 al.1 CO), et pour l'examen du bilan par des experts lorsque le capital social est de Fr.5000000.– ou plus (art.723 CO).

Publikumsbesitz, entgegenkommt, wenn man die Form der Aktiengesellschaft nicht nur diesen Gebieten zugänglich machen will.»

En présence d'une telle situation, il n'est vraiment pas possible de se rallier à l'opinion exprimée par KOLLER⁵⁴, à la suite notamment de JÄGGI⁵⁵, selon laquelle il ne s'agit là que d'une tolérance du législateur à l'égard de formations qui, bien que s'écartant du modèle et dénaturant le type, sont tout de même autorisées à revêtir l'uniforme de la société anonyme, sans pour autant que la réglementation légale de cette forme de société leur soit tout simplement applicable. Une telle allégation doit être considérée comme l'échappatoire d'une conception théorique affrontée à la réalité qui la nie. C'est parce que la typologie *veut* référer la réglementation légale à un type unique et déterminé, qu'elle doit y recourir; et c'est pour cela, aussi bien, qu'elle suscite des problèmes – à quel régime juridique sont soumises ces sociétés anonymes plus ou moins «dénaturées»? – qui sont, dans une large mesure, des problèmes factices.

L'examen objectif de l'ensemble des dispositions légales sur la société anonyme, considérées dans leurs relations logiques et organiques, démontre au contraire que, si le législateur a bien voulu réglementer une société de nature essentiellement commerciale, il s'est inspiré et a tenu compte de modèles variés qu'il a *voulu soumettre tous*, en principe, à la réglementation générale qu'il édictait. Si l'on veut absolument maintenir qu'il est parti d'un type (et qu'il n'a pas complètement déraillé), alors il faut avoir la lucidité et le courage de reconnaître, malgré les préjugés accumulés, que ce type est tellement large, vague et grossier qu'il comprend, *à titre égal*, les formations les plus diverses qui s'y peuvent rattacher sans bousculer les structures impérativement déterminées, ni heurter des principes juridiques fondamentaux⁵⁶. Sans doute semble-t-il être actuellement de

⁵⁴ KOLLER, p. 88–89.

⁵⁵ JÄGGI, *Ungelöste Fragen*, p. 66–67.

⁵⁶ Et notamment aussi les sociétés anonymes dites *de famille*, quelle que soit la définition que l'on veuille en donner: cf. SIEGWART, *Commentaire de la société anonyme*, *Einleitung*, n. 14; WEISS, *Einleitung*, n. 266 ss. BÜRGI, *Commentaire de la société*

bon ton de sourire avec condescendance de l'«élasticité» tant vantée de notre droit des sociétés anonymes. Mais un sourire n'efface pas le fait – voulu et effectivement réalisé par le législateur – de cette souplesse et de cette adaptabilité⁵⁷ dont tous les praticiens connaissent et les avantages, et les inconvénients, qu'ils doivent accepter les uns comme les autres aussi longtemps que la loi sera ce qu'elle est.

La situation qui se traduit dans cette dernière semble suffisamment établie pour qu'il ne soit pas indispensable d'approfondir encore l'analyse, ni de remonter beaucoup plus haut dans l'histoire. HIRSCH a fort justement mis en doute, à partir d'une conséquence tirée par JÄGGI de sa description de la société anonyme typique, l'exactitude de cette description elle-même⁵⁸. SCHLUEP a relevé pertinemment, pour l'essentiel, l'erreur de méthode qui a conduit BÄR à sa conception de la société anonyme typique⁵⁹. Si JÄGGI considère par exemple que les sociétés immobilières ne correspondent pas au type de la société anonyme

anonyme, ad art. 686 CO n. 14. FROMER, p. 127. Rapport sur l'imposition des sociétés anonymes de famille, p. 16 ss. ZELLER, p. 6, 28 ss., 33 ss. BORTER/RAMSTEIN/SIDLER, Allg. Teil, p. 2 ss. Pour le droit français, cf. A. CARREAU, La société de famille, thèse Bordeaux 1952. – Le cas des «sociétés anonymes» à membre unique pose des problèmes trop particuliers pour qu'il y ait lieu de l'aborder ici. On se bornera à signaler que cette institution est reconnue par la loi italienne (art. 2362 Codice civile), et qu'elle a été introduite en droit français – où elle était ignorée auparavant – par l'art. 9 de la nouvelle loi du 24 juillet 1966 sur les Sociétés Commerciales (voir aussi l'art. 5 du Décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les Sociétés Commerciales, et TROUILLAT, p. 91-92; HAMIAUT III, p. 65-66).

⁵⁷ Qualités que JÄGGI, d'ailleurs, semble reconnaître implicitement lorsqu'il écrit, dans une étude qu'il consacre – sans faire allusion à un type – à un aspect de la société simple: «Gerade dem Gesellschaftsvertrag ist eine große Variabilität des Inhaltes eigen» (Gesellschaft auf Lebenszeit, p. 120). Sur le «revêtement juridique de l'infrastructure sociale» comme sur les conséquences d'une «vie autonome des formes juridiques», cf. Russo p. 174 ss.

⁵⁸ HIRSCH, Problèmes, p. 6-7.

⁵⁹ SCHLUEP, Schutz des Aktionärs, p. 193; cf. aussi KOLLER, p. 59 note 3.

(tel qu'il le conçoit)⁶⁰, ne convient-il pas de lui opposer l'opinion de FLATTET, constatant dans son rapport de 1956 à la Société suisse des juristes que la société anonyme est la forme juridique qui convient le mieux – si l'on fait abstraction d'une base tirée des droits réels – pour réaliser la propriété par étages⁶¹ ? Ne peut-on pas aussi, sans entrer dans le détail des travaux préparatoires, rappeler que E. HUBER mentionnait expressément les sociétés immobilières dans ses considérations sur la société anonyme⁶² et que, plus encore, tout son rapport démontre un souci constant et pressant d'intégrer les petites sociétés «intimes» de famille, déjà fort répandues à l'époque, dans le système normal de la réglementation légale, même si ce régime, sur certains points, ne devait pas leur être parfaitement adéquat⁶³ ?

Et si l'on objecte que l'opinion de E. HUBER n'a pas été celle du *législateur*⁶⁴, alors on demandera *qui* a été, dans notre

⁶⁰ JÄGGI, Ungelöste Fragen, p. 66.

⁶¹ FLATTET, La propriété par étages, rapport à la Société suisse des juristes, RDS 75 II, 1956, p. 695 ass. «La souplesse de la société anonyme est telle qu'il a été possible d'adapter exactement cette forme de société aux besoins et d'atteindre le but de la propriété par étages» (ibid., p. 726 a).

⁶² E. HUBER, Bericht, p. 102–103.

⁶³ E. HUBER, Bericht, spéc. p. 43–44 et 172.

⁶⁴ Le fait que le projet de HUBER ne rencontra pas, dans les travaux de révision ultérieure, l'adhésion qu'il attendait, n'enlève rien à la valeur de ses observations. En introduisant la S.à.r.l., le législateur n'a nullement voulu exclure la «petite» société anonyme (au capital de 50 000 francs au moins) ni lui réserver un traitement discriminatoire. Il savait – du moins a-t-on le droit de le supposer ! – qu'avant le régime institué par la loi du 18 décembre 1936 les sociétés anonymes n'étaient pas astreintes à un capital minimum ; qu'au 31 décembre 1927, sur 10 637 sociétés anonymes existantes, 5 394 avaient un capital nominal ne dépassant pas 50 000 francs (Annuaire statistique de la Suisse 1927, p. 121) ; qu'à fin 1935, ces «petites» sociétés étaient au nombre de 11 621, pour un total de 18 231 sociétés anonymes (Annuaire statistique de la Suisse 1936, p. 321). Cf. dans cette perspective par exemple les études de EGGER (Das Aktienrecht nach den Beschlüssen der Expertenkommission, RSJ 21, 1925, p. 345 ss. ; Zur Revision des Aktienrechtes, ibid., p. 365 ss. ;

système suisse, ce fameux législateur dont dépend toute la typologie des sociétés, qui avait une vue assez perçante pour dégager de la vie réelle *un* type, représentation mentale partiellement intuitive de l'essence totale d'une entité imprécise mais suffisamment consistante, qui possédait un esprit suffisamment clair et exercé pour, ne perdant pas ce type de vue, lui ordonner logiquement et organiquement l'ensemble de la réglementation qu'il édictait ? Le sentiment n'est-il pas légitime, que l'on passe ainsi tout doucement, franchissant les bornes étroites d'une vieille interprétation selon la «volonté du législateur»⁶⁵, dans un domaine qui ne relève plus du tout de la science ? Car enfin, comment voudrait-on appréhender cette vision unitaire «du législateur» lorsqu'en fait, le texte légal en vigueur résulte de l'œuvre des législateurs successifs corrigeant, complétant, modifiant l'institution établie par leurs prédécesseurs ? Sait-on même si le législateur postérieur avait la moindre idée précise de ce qu'aurait été le modèle par lequel le législateur antérieur se serait laissé guider ? Et qu'en sera-t-il, en tout état de cause, si les travaux législatifs ont précisément voulu tenir compte, mais en partie seulement, d'une évolution du donné réel ?

d) Un mot encore, *de lege ferenda*.

A tout prendre, la réglementation légale actuelle ne correspond pas si mal qu'on veut bien le dire, du point de vue du droit privé, tant à la «petite» société anonyme (de famille ou autre) qu'aux grandes sociétés publiques, bien que nombre de problèmes s'y posent effectivement en termes assez différents. C'est du moins, à propos des «petites» et «moyennes» sociétés, ce qui correspond de manière générale à l'expérience d'un praticien⁶⁶. Que des adaptations et améliora-

Die Aktiengesellschaft nach dem rev. schweizerischen Obligationenrecht vom 18. Dezember 1936, RSJ 34, 1937, p. 1 ss. 21 ss., 37 ss.) et KUHN (Die Einführung des neuen Handelsrechts, RSJ 34, 1938, p. 225 ss.).

⁶⁵ Cf. MEIER-HAYOZ, Commentaire ad art. 1 CC, n. 168 ss. GERMANN, p. 378 ss.

⁶⁶ Et au langage des chiffres, puisqu'au 31 décembre 1967, sur un total de 52715 sociétés anonymes existant en Suisse, 25797

tions soient désirables, dans un sens comme dans l'autre, n'est pas non plus contestable si l'on considère la réalité sociale et juridique actuelle de laquelle une révision devrait nécessairement partir, soit pour l'entériner, soit pour la diriger.

Mais que de tels travaux législatifs doivent suivre strictement les directives scientifiques de la théorie des types, voilà qui n'est ni nécessaire, ni fécond, ni raisonnable, ni même praticable dans un proche avenir : on en a, au cours de ce rapport, exposé les raisons essentielles. La démarche typologique, voulût-on l'adopter néanmoins, postulerait une révision fondamentale et générale de l'ensemble du droit des sociétés : non seulement pour adapter la structure interne de chaque forme sociale, mais aussi et surtout pour harmoniser leurs relations réciproques. Dans une telle perspective, le droit de la société anonyme devrait rester « substantiellement unitaire »⁶⁷. Il comprendrait, comme c'est déjà le cas, plus d'un « type » pris en considération par le législateur, avec une majorité de normes souples et flexibles, complétées par des règles particulières mieux adaptées aux besoins réels des institutions auxquelles la vie des affaires a donné, sous certains angles, un aspect plus caractéristique. La constitution de deux (ou de plusieurs) sortes de sociétés anonymes, correspondant étroitement à des « types » distincts, ne serait pas de nature à améliorer la situation. Au contraire, elle compliquerait les problèmes déjà existants en multipliant les délimitations nécessaires car, en augmentant le nombre de

n'avaient que le capital nominal minimum de 50 000 francs (cf. le communiqué du Bureau fédéral de statistique, dans *La Vie économique*, mars 1968).

⁶⁷ Cf. Ascarelli, *Problemi II*, p. 1016. — On notera en passant que cet auteur (en 1959) distingue « idéalement » trois types de sociétés anonymes dans la réalité sociale de son pays : la grande société dont les actions sont largement répandues dans le public et cotées en bourse ; la société moyenne, censée répondre au « type » de la doctrine traditionnelle ; et la société « substantiellement unipersonnelle », la plus nombreuse (*Problemi II*, p. 1001 ss.).

types légaux, on ne bloque pas pour autant le mouvement de la vie : il faudrait toujours à nouveau, et bien plus fréquemment encore, rechercher dans quelle mesure telle réalité sociale s'écarte de tel ou tel type, et avec quelles conséquences juridiques. Comme, par ailleurs, des «types» réels imprévus continueraient à surgir sans fin, tout serait toujours à recommencer, et de plus en plus rapidement, au détriment à la fois de la justice et de la sécurité juridique.

II. L'actionnaire «typique»

1. C'est en étudiant les conflits d'intérêts qui surgissent au sein de la société anonyme, et plus précisément entre actionnaires dits majoritaires et actionnaires dits minoritaires, que BÄR, à la recherche d'un critère d'appréciation et s'inspirant d'une théorie des types dans le droit des sociétés, a émis sa thèse de l'«actionnaire typique»⁶⁸.

Partant d'un type déterminé de la société anonyme, qu'il décrit⁶⁹, il en déduit un type déterminé de l'actionnaire que *présupposerait* la réglementation légale. Cet actionnaire typique est celui qui se préoccupe du rendement de son investissement financier, et non pas celui qui cherche à exercer un pouvoir dans la société. Il n'est pas non plus le spéculateur à court terme : son objectif est de réaliser un placement de valeur durable. Il désire par conséquent que l'entreprise ait une certaine stabilité, mais seulement pour autant que cette stabilité satisfasse, à longue échéance, son intérêt qui est de réaliser un gain. C'est en fonction de cet actionnaire typique que la réglementation légale est conçue. C'est en fonction de son intérêt que les affaires sociales doivent être conduites. C'est cet intérêt que tous les autres actionnaires doivent respecter, et qui constitue par conséquent le critère en vertu duquel les conflits internes de la société anonyme doivent être tranchés. Ce critère, qui se réfère au

⁶⁸ BÄR, Minderheitenschutz, spéc. p. 381 ss.

⁶⁹ Cf. ci-dessus p. 545-546.

but essentiel pour lequel la société a été constituée, est proposé par BÄR pour remplacer celui que la doctrine et la jurisprudence traditionnelles tirent de la protection de l'entreprise et d'une sorte de présomption en faveur de l'opinion de l'administration et de la majorité des actionnaires. Il a comme conséquence, notamment, que les décisions de l'assemblée générale doivent, au cas où un actionnaire minoritaire en conteste la validité (art. 706 CO), être revues par le juge non seulement sous l'angle de l'arbitraire, mais bien plutôt par rapport à ce qui apparaît comme objectivement juste dans les limites d'un pouvoir d'appréciation restreint ⁷⁰.

BÄR a repris cette thèse dans son rapport de 1966 à la Société suisse des juristes, en précisant que l'actionnaire ne saurait en principe exercer son droit de vote pour réaliser n'importe quel but qui lui serait personnel; il est tenu, au contraire, de l'exercer dans le sens de l'actionnaire typique, une décision majoritaire prise contrairement à ce principe étant attaquable ⁷¹.

2. Il ne saurait être question d'entreprendre ou même simplement d'aborder ici l'étude du complexe de problèmes que soulève la protection des actionnaires dits minoritaires. Même limitée à la question du meilleur critère à appliquer pour trancher les conflits d'intérêts, un tel travail déborderait largement le cadre de ce rapport. On ne peut examiner ici que la thèse de l'actionnaire typique considérée en elle-même, indépendamment à la fois des possibilités d'application concrète qu'on lui attribue et des critiques générales formulées à l'égard de la théorie des types. Il s'agit, bien entendu, de l'actionnaire typique au sens du droit positif suisse.

a) L'actionnaire typique ne se conçoit qu'en fonction de

⁷⁰ BÄR, Minderheitenschutz, p. 387 ss., spéc. p. 387–388 et 399–402.

⁷¹ BÄR, Fragen, p. 469, spéc. p. 514–516; cf. aussi ses interventions dans les débats, notamment en relation avec les critiques qui avaient été formulées par SCHLUEP: RDS 85 II, 1966, p. 632–634, 758 ss., 765 ss.

la société anonyme typique. La société anonyme typique, étant, comme on vient de le voir, un leurre, l'actionnaire typique ne peut être qu'une vue de l'esprit détachée de la réalité juridique⁷². Tous les arguments formulés contre la reconnaissance de la société anonyme typique⁷³ doivent être opposés à la conception de l'actionnaire typique.

b) Si l'on pouvait a priori admettre que le texte de la loi, duquel il faut partir, fournit certains éléments qui permettraient de reconstituer l'image de la *société* anonyme dont le législateur s'est inspiré, il n'en va manifestement pas de même en ce qui concerne le modèle précis de l'*actionnaire* typique : à cet égard, le texte légal est d'une opacité totale. Il s'agit bien plutôt, dans la thèse de l'actionnaire typique, du résultat de déductions formelles tirées d'une « image directrice » de la société anonyme, elle-même inférée (de la manière que l'on sait) soit de la réglementation légale, soit d'une vue historique de l'institution en cause.

Faire du produit abstrait d'une telle démarche intellectuelle un critère – que la loi présupposerait – pour trancher des conflits d'intérêts se situant dans la réalité concrète, ne saurait être admis⁷⁴.

c) Etant entendu que le « législateur » n'a pas eu et n'a pas pu avoir en vue – comme modèle pour constituer l'ensemble de normes par lesquelles il réglementait les droits et obligations des actionnaires et des organes sociaux – un type

⁷² « La ruine des fondements entraîne nécessairement avec soi tout le reste de l'édifice » (DESCARTES, Première Méditation).

⁷³ Supra p. 124 ss.

⁷⁴ Indépendamment de la question de savoir si réellement l'actionnaire typique décrit par BÄR peut se déduire logiquement du type de la société anonyme selon ce même auteur. SCHLUEP (Schutz des Aktionärs, p. 194 ; RDS 85 II, 1966, p. 674) l'a nié. BÄR a maintenu son point de vue (Interventions, p. 766–767). Le lecteur jugera. – On ne saurait, en tout état de cause, se rallier à la description que BÄR donne de la société anonyme typique, en se fondant essentiellement sur l'évolution historique de cette institution. Cf. sur ce point les critiques de SCHLUEP (Schutz des Aktionärs, p. 195) et KOLLER (p. 59 n. 3).

déterminé d'actionnaire, ne pourrait-on pas dire alors qu'un tel critère découle du but social lato sensu⁷⁵ ? La réponse, de ce point de vue également, doit être négative. Certes, il est évident que ce but social finalise l'activité de la société. Mais il laisse – sauf précisions statutaires – toute latitude quant aux moyens, généraux ou concrets, de le réaliser. A plus forte raison n'est-il pas possible d'en déduire (à moins d'une pétition de principe) les motifs qui doivent animer les actionnaires pour qu'ils correspondent à un «type» déterminé auquel la loi ne fait aucune allusion.

En réalité, la réglementation suisse actuelle de la société anonyme n'est en rien fonction d'un actionnaire modèle, sous quelque aspect qu'on le veuille décrire. Elle met à la disposition des intéressés une forme sociale ayant une certaine structure, fonctionnant selon certaines règles, et soumises au surplus à certains principes généraux. Pourvu qu'ils acceptent cette structure, respectent ces règles et se soumettent à ces principes, elle admet à titre égal des actionnaires de toutes tendances et ne brime en rien la manifestation de ces tendances variées dans la vie sociale. Admettre un «actionnaire typique» aux intérêts duquel seraient subordonnés la société elle-même avec toute son organisation, l'exercice du droit de vote par l'ensemble des actionnaires, et la validité des décisions qu'ils sont amenés à prendre, équivaldrait à introduire subrepticement une discrimination que le régime légal ne justifie pas.

d) Au demeurant, la doctrine dans sa grande majorité reconnaît avec raison les catégories ou les types les plus divers d'actionnaires, sans accorder à l'un plutôt qu'aux autres la position centrale et absolument prédominante de l'actionnaire typique selon BÄR⁷⁶.

⁷⁵ BÄR, Fragen p.513–514; Interventions, p.766.

⁷⁶ Cf. par exemple SIEGWART, Commentaire des art.620ss. CO, Einleitung, n.221ss.; WEISS, Commentaire, Einleitung, n.142 et 161; SCHLUEP, Wohlerworbene Rechte, p.387; WALDER, p.1ss.; WIDMER, p.41ss.; BEER, p.3ss.; GERBER, p.1–3; MIJALKOVIC, p.1ss.; SZÜCS, p.6–8.

Il n'est pas étonnant non plus, «les choses étant ce qu'elles sont», que PATRY ait estimé devoir dénoncer «la confusion sur la définition de l'actionnaire typique»⁷⁷ et que HIRSCH⁷⁸ ait rejoint SCHLUEP⁷⁹ pour rejeter le critère de l'actionnaire typique tel que BÄR le propose.

e) Les considérations qui précèdent ne signifient évidemment pas que les conflits d'intérêts au sein de la société anonyme doivent être résolus sur la base d'un critère formel déterminé, autre que celui de l'actionnaire typique. On a simplement voulu montrer que la thèse typologique de BÄR, sur ce point, ne serait pas susceptible d'une exploitation féconde⁸⁰.

III. L'interprétation selon le type (die typgerechte Auslegung)

1. La principale conséquence tirée par JÄGGI de sa conception du type légal de la société anonyme⁸¹ – celle qui eut aussi le plus de retentissement dans la doctrine de notre

⁷⁷ PATRY, RDS 85 II, 1966, p. 688–690.

⁷⁸ HIRSCH, Problèmes, p. 19. On ne saurait assez souligner, du point de vue du praticien, la réelle impossibilité dans laquelle se trouve en principe le juge de substituer valablement sa propre appréciation de ce qui est «objectivement juste» à celle des organes sociaux. Les décisions à prendre, notamment dans les entreprises industrielles ou commerciales et généralement sur proposition de l'administration, dépendent aujourd'hui fréquemment de facteurs extra-juridiques beaucoup trop divers et complexes pour que cette impossibilité puisse être niée. La comparaison avec les tâches attribuées aux tribunaux civils par la loi sur les cartels est boiteuse pour plusieurs raisons sur lesquelles il n'y a pas lieu de s'étendre ici. Et le fait que, très souvent, une partie des actionnaires ne sont pas à même de saisir les raisons et la portée des décisions qu'ils sont appelés à prendre ne parle pas en faveur de la conception de l'«actionnaire typique».

⁷⁹ SCHLUEP, Schutz des Aktionärs, p. 194–195; cf. aussi RDS 85 II, 1966, p. 674–675.

⁸⁰ A tout le moins dans la perspective de l'application de la loi.

⁸¹ Supra p. 544–545.

pays⁸² – s’exprime en une thèse selon laquelle la réglementation légale de la société anonyme doit être interprétée de manière uniforme en fonction *du* type déterminé qui a servi de modèle au législateur. Constatant que, dans la réalité actuelle, le plus grand nombre des sociétés anonymes suisses s’écartent plus ou moins fortement et sous des aspects variés de ce type légal, JÄGGI déclare qu’en dehors des cas où la loi elle-même tient compte de ces déviations, celles-ci ne doivent pas être prises en considération pour déterminer le but et le sens des dispositions légales. Ce but doit être au contraire recherché uniquement à partir de l’état de fait qui correspond au type, et en vue duquel par conséquent toutes les normes ont été formulées⁸³. En d’autres termes, il ne faut pas solliciter la loi, par la voie de l’interprétation, pour rendre plus aisée l’utilisation de la forme de la société anonyme dans des hypothèses qui ne sont pas celles qu’a visées le législateur. Par exemple, quelle que soit la situation réelle dans une petite société anonyme de famille, la loi doit lui être appliquée comme s’il s’agissait d’une société publique (répondant au type légal), les différences concrètes et les particularités des intérêts effectivement en présence devant rester sans effet.

2. Le problème ainsi soulevé est extrêmement vaste. En lui-même d’abord, parce qu’il touche aux méthodes générales d’interprétation de la loi et qu’il exigerait, si on voulait l’approfondir, une confrontation très précise avec les principes amplement développés sur ce point par la doctrine et la jurisprudence. Et puis, les applications possibles de la méthode – grâce auxquelles on pourrait découvrir toutes ses conséquences et en vérifier la praticabilité et la fécondité – sont innombrables et délicates, puisqu’elles embrassent la totalité des questions que pose l’affrontement constamment renouvelé et multiforme de la vie et du droit dans le domaine de la société anonyme.

⁸² Supra p. 454 ss.

⁸³ JÄGGI, *Ungelöste Fragen*, p. 70.

Il faut donc, ici encore, se limiter à l'une ou l'autre observation, dont la nature même du sujet facilite d'ailleurs la brièveté.

a) En effet, la thèse de l'interprétation selon le type dépend de manière essentielle, et plus directement encore que celle de l'actionnaire typique, de la conception fondamentale du type légal unique et déterminé de la société anonyme. Cette conception n'étant pas recevable, ainsi qu'on l'a exposé⁸⁴, la conséquence qu'en a tirée JÄGGI sur le plan de l'interprétation ne saurait l'être davantage.

b) Elle saurait d'autant moins l'être qu'il s'agit ici, très précisément, d'un instrument de mesure à l'aune duquel la portée réelle d'une institution légale tout entière devrait être jugée, et dont l'usage conditionnerait la vie juridique d'une très grande partie de notre économie nationale. Les défauts et les incertitudes qui affectent la base même du critère proposé en interdisent dès lors la mise en œuvre (ce qui ne veut pas dire qu'il ne recèle aucune parcelle de vérité).

c) Enfin, il faut donner raison à SCHLUEP⁸⁵ (malgré les doutes exprimés par BÄR⁸⁶), lorsqu'il relève qu'en tout état de cause c'est l'interprétation qui pourrait peut-être permettre de dégager le type, mais non pas l'inverse. L'interprète du droit qui chercherait à reconstruire le type légal de la société anonyme à partir des dispositions du CO devrait nécessairement le faire par les méthodes éprouvées dont il dispose déjà, à l'exclusion évidemment du type, qu'il s'agirait précisément de découvrir. A supposer qu'il vienne à bout de cette tâche, on ne voit guère ce que son «type» pourrait encore lui apporter de positif pour déterminer, comme par un effet réflexe, le but et le sens des règles qu'il doit appliquer⁸⁷.

⁸⁴ Ci-dessus p. 548 ss.

⁸⁵ SCHLUEP, Schutz des Aktionärs, p. 178.

⁸⁶ BÄR, Interventions, p. 767.

⁸⁷ On voit mieux, au contraire, qu'une utilisation rigide de la typologie dans l'application du droit risquerait d'aboutir à ce qu'on a pu appeler une «interprétation déformante» (PERREAU I, p. 264 ss.).

3. Face à des problèmes qui le préoccupaient, c'est expressément sous la forme d'un *postulat*⁸⁸ que JÄGGI a exprimé sa thèse de l'interprétation selon le type. On peut dès lors se contenter de dire, après examen, que ce postulat ne saurait recueillir l'assentiment. Bien entendu, cette constatation ne résoud rien : elle se contente de fermer la porte à *une* voie, jugée sans issue.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

La théorie des types juridiques procède, en soi, d'une démarche intellectuelle pleine de vitalité, et de dynamisme. La tendance qu'elle manifeste est sans doute de nature à enrichir la science du droit. Sa portée est toutefois limitée par la nécessité fondamentale qui oriente la pensée juridique vers l'abstraction et la généralisation. Elle paraît impuissante à féconder l'interprétation et l'application du droit écrit. Dans son état actuel, elle souffre d'un manque d'unité et de fermeté dans la doctrine et la terminologie, qui la stérilise pratiquement et fait obstacle à son utilisation efficace.

En droit suisse, une théorie des types ayant quelque consistance n'existe même pas. On en est au stade des premiers balbutiements. La confusion terminologique y est si générale qu'on peut craindre qu'elle soit irrémédiable ; elle semble trahir, d'ailleurs, ou camoufler une confusion bien plus grave encore dans les idées. L'introduction de nombreuses formules typologiques dans la littérature, sans vérification appro-

⁸⁸ C'est-à-dire d'une « proposition que l'on demande d'accorder, bien qu'elle ne soit ni évidente, ni démontrable, parce qu'elle est nécessaire à l'établissement d'un système déductif » (FOULQUIÉ et SAINT-JEAN, Dictionnaire de la langue philosophique), ou plus simplement d'un « principe premier, indémontrable ou non démontré, dont l'admission est nécessaire pour établir une démonstration » (Nouveau petit Larousse, 1968).

fondie de leur signification réelle, aggrave encore la situation. De très rares études commencent à peine de faire émerger du chaos une doctrine sérieuse.

Cette doctrine n'apporte cependant pas une contribution de valeur à la solution des importants problèmes de structure qui se posent avec acuité dans notre droit des sociétés. Elle semble au contraire compliquer artificiellement des difficultés que les techniques traditionnelles, malgré leur imperfection, parviennent à surmonter à peu près convenablement. En particulier, les thèses déjà formulées au sujet de la société anonyme typique, de l'actionnaire typique et de l'interprétation (du droit de la société anonyme) selon le type ne résistent pas à l'analyse. Elles impliquent une atteinte intolérable à la sécurité juridique et à la confiance que le justiciable et les praticiens du droit peuvent avoir dans l'œuvre du législateur.

Ces conclusions ne se veulent pas définitives. Il n'est pas exclu que la théorie des types fasse, en Suisse et ailleurs, de tels progrès qu'un jour – les conceptions juridiques fondamentales ayant évolué – elle devienne réellement et pratiquement utilisable. Le rapporteur se permet toutefois d'en douter, en ajoutant qu'il n'était à son avis pas inutile d'explorer une bonne fois les arcanes d'une théorie dont il a cru devoir constater finalement que toutes les issues étaient bouchées.

Les vrais problèmes subsistent, en effet, qui exigent énergie et lucidité, même s'il faut renoncer à les aborder par un biais que l'on croyait riche de possibilités. Plus que jamais, il importe au juriste suisse de ne pas disperser ses forces dans des entreprises théoriques certes séduisantes, mais pratiquement stériles.

