

La réalisation d'une coentreprise à l'étranger : le choix de la forme juridique

Nicole Lacasse

Volume 19, Number 4, 1988

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058496ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058496ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lacasse, N. (1988). La réalisation d'une coentreprise à l'étranger : le choix de la forme juridique. *Revue générale de droit*, 19(4), 771–785.
<https://doi.org/10.7202/1058496ar>

Article abstract

After identification of the principal elements to consider when choosing a legal structure for the realization of a foreign joint venture, the author introduces the different juridical possibilities offered to the cocontractors. She analyzes purely contractual joint venture and also those which take a known statutory form, insisting on the own particularities of each structure and emphasizing the advantages and inconveniences of each alternative for the partners.

DROIT COMPARÉ

LA COENTREPRISE À L'ÉTRANGER (CONTRATS ET GESTION)*

La réalisation d'une coentreprise à l'étranger : le choix de la forme juridique

NICOLE LACASSE
Professeure à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Après avoir identifié les principaux éléments à considérer lors du choix d'une structure légale pour réaliser une coentreprise à l'étranger, l'auteure présente les diverses possibilités juridiques offertes aux coentrepreneurs. Elle analyse d'abord les coentreprises purement contractuelles, pour ensuite traiter de celles qui prennent une forme statutaire connue, insistant sur les particularités propres à chaque structure et faisant ressortir les avantages et inconvénients de chaque alternative pour les partenaires.

ABSTRACT

After identification of the principal elements to consider when choosing a legal structure for the realization of a foreign joint venture, the author introduces the different juridical possibilities offered to the cocontractors. She analyzes purely contractual joint venture and also those which take a known statutory form, insisting on the own particularities of each structure and emphasizing the advantages and inconveniences of each alternative for the partners.

* N. de la r. : Nous remercions les professeurs Nicole Lacasse et Louis Perret de nous avoir permis de publier, en primeur, une sélection des communications présentées au Colloque « La coentreprise à l'étranger (Contrats et gestion) » tenu à Ottawa le 19 octobre 1988 sous leur direction. Les actes du Colloque paraîtront dans la Collection Bleue.

SOMMAIRE

Introduction	772
I. La coentreprise purement contractuelle	775
II. La coentreprise avec création d'une entité statutaire commune	778
A. Choix d'une entité statutaire sans personnalité juridique	779
1) Société en nom collectif et <i>partnership</i>	779
2) Société en commandite et <i>Limited Partnership</i>	780
3) Association momentanée de droit belge	781
B. Choix d'une entité statutaire dotée de la personnalité juridique	782
Conclusion	784

INTRODUCTION

Les coentreprises¹ connaissent une grande vogue dans le commerce international. Elles se sont imposées dans à peu près tous les secteurs d'activités économiques, se multipliant autant dans les domaines de l'exploitation minière et pétrolière que dans ceux des groupements bancaires (syndicats), de la construction, de la recherche, fabrication ou mise en marché en commun dans les industries les plus diverses. Différentes raisons motivent leur création, notamment² :

- la recherche d'une complémentarité entre les partenaires, aucun d'eux n'ayant à lui seul l'ensemble des éléments nécessaires à la réussite de l'entreprise. Il en est ainsi lorsque, par exemple, l'un a les connaissances techniques ou les capitaux, l'autre les facilités d'accès sur un marché déterminé ou, plus simplement, quand le projet est trop important financièrement pour chaque partenaire pris individuellement et qu'ils additionnent leurs moyens pour pouvoir l'exécuter ;

1. Le vocable « coentreprise » est utilisé dans cet exposé pour traduire l'expression anglaise « *Joint Venture* ». En français, les expressions « association d'entreprises » et « coopération inter-entreprises » sont également employées par certains auteurs, mais elles sont plus larges et trop vagues pour correspondre vraiment au terme « *Joint Venture* ». À l'instar des commissions spécialisées des Nations Unies et de plusieurs auteurs, nous leur préférons le mot « coentreprise », lequel semble plus apte à traduire le concept de « *Joint Venture* ».

2. Luiz O. BAPTISTA et Pascal DURAND-BARTHEZ, *Les associations d'entreprises (Joint Ventures) dans le commerce international*, Paris, FEDUCI/L.G.D.J., 1986, pp. 39-40; J. Peter KILLING, *Strategies for Joint Venture Success*, Croom Helm Ltd, 1983.

- les exigences étatiques, certains pays posant la coentreprise avec un national comme une condition d'admissibilité des investissements étrangers ou accordant à ces coentreprises des avantages fiscaux ;
- la rationalisation des coûts, les partenaires pouvant réaliser des économies d'échelle sur la production, la recherche et le développement, ou la mise en marché en unissant leurs forces.

Il est étonnant qu'une seule et même institution puisse répondre à des objectifs aussi diversifiés. Le caractère principalement contractuel de la coentreprise lui donne la souplesse nécessaire, lui permettant d'emprunter diverses formes juridiques au gré des parties, dans la limite des contraintes imposées par les pays concernés. En droit, la coentreprise internationale est donc protéiforme : elle se concrétise par le biais de différentes figures juridiques et évolue dans plusieurs systèmes légaux, tentant toujours de maintenir sa cohésion à partir de sa base contractuelle.

La coentreprise naît de l'existence d'un objectif commun, industriel ou commercial, et de la décision par les parties d'atteindre ensemble cet objectif. De part et d'autre, le choix du partenaire est crucial. Le rapport qui les lie a non seulement un caractère *intuitu personae*, mais, plus encore, la confiance mutuelle est le substrat de toute coentreprise. Par leur accord, les parties s'engagent à coopérer, à œuvrer de concert pour arriver au but commun³. Les différents contrats passés par la suite ne sont que les moyens choisis pour le réaliser.

Bien qu'elle suppose un objectif commun et un esprit de collaboration entre les parties pour l'atteindre, la coentreprise n'est pas l'intégration. Dans une coentreprise, les parties ne renoncent pas à leur autonomie et à leur pouvoir de décision. C'est un trait distinctif fondamental de la coentreprise : peu importe leur degré d'intimité, chaque partie conserve toujours son identité propre. Chacune a ses objectifs particuliers et le problème de la coentreprise est d'aménager ces intérêts propres en fonction de l'intérêt commun. Pour les fins de la coentreprise, il faut trouver la voie pour passer de la gestion individuelle à la « pratique coopérative de la gestion »⁴. Cela suppose évidemment des structures de coopération adéquates, mais même les structures les plus élaborées au plan juridique ne peuvent fonctionner s'il n'existe pas une confiance suffisante entre les partenaires.

3. Michel DUBISSON, « Les caractères juridiques du contrat de coopération en matière industrielle et commerciale », (1984) 10 *D.P.C.I.* 297, p. 304.

4. Groupe COOPINT, « Accords de coopération inter-entreprises pour la réalisation de marchés internationaux », (1979) 5 *D.P.C.I.* 337, p. 351.

Ces quelques remarques ayant rappelé l'esprit dans lequel se forment les coentreprises, il convient maintenant d'aborder de façon concrète la question du choix de la forme juridique d'une coentreprise à l'étranger. Dans les limites de cette conférence, il n'est évidemment pas possible de traiter, même sommairement, la totalité des variantes que peut légalement revêtir une coentreprise selon les législations de tous les pays et d'analyser l'ensemble des problèmes juridiques qu'elle soulève : il faut choisir. Aussi, seules les structures légales les plus répandues, autant dans les législations étatiques que dans la pratique des coentreprises, seront présentées, en insistant sur les particularités propres à chacune. Une attention particulière sera portée aux avantages et inconvénients de chaque alternative, en espérant que cette façon de faire aidera à choisir la forme la plus appropriée dans une situation donnée.

Mais avant d'exposer les formes légales potentielles pour une coentreprise, il est nécessaire d'identifier les principaux éléments à prendre en considération pour décider de la forme la mieux adaptée. Deux volets doivent être analysés : d'abord les besoins et désirs des participants à la coentreprise, ensuite certaines caractéristiques du véhicule légal envisagé pour réaliser la coentreprise.

Au niveau des participants, les facteurs suivants peuvent rendre une forme inappropriée et une autre acceptable⁵ :

- la nature de l'entreprise
- la durée prévue
- la nature et la valeur de la contribution respective des parties
- le besoin d'arriver à une responsabilité limitée ou illimitée, conjointe ou solidaire
- le degré de contrôle dans la gestion désiré par les partenaires (répartition des pouvoirs)
- le nombre de participants
- le besoin de faciliter ou de restreindre le transfert des intérêts dans l'entreprise
- les restrictions posées par le droit de la concurrence et la législation sur les investissements étrangers.

Pour l'entité qui servira de support à la coentreprise, les éléments ci-après doivent être pris en compte avant d'arrêter un choix :

- la facilité de formation de l'entité
- la flexibilité des règles applicables à son fonctionnement
- les méthodes de financement
- les possibilités de répartition du contrôle de l'entité
- les règles de représentation de l'entité

5. Paul M. MOORE, « Non-Corporate Forms of Joint Undertaking », in *CONFERENCE INSIGHT*, January 21, 1983.

- le pouvoir de l'entité de passer des contrats avec les partenaires
- le mode d'introduction de nouveaux partenaires dans l'entité
- les règles de propriété applicables à l'entité (patrimoine distinct ou non)
- le traitement fiscal de l'entité et de ses « propriétaires »
- la facilité pour l'entité d'opérer dans plus d'une juridiction
- la procédure et les conséquences d'une dissolution de l'entité pour chaque partie.

De cette liste, il ressort clairement que la forme utilisée pour organiser juridiquement la coentreprise n'est pas un but en soi mais seulement un moyen de réaliser l'objectif commun des parties en tenant compte des contraintes légales qui leur sont imposées.

Parmi les formes que peut prendre une coentreprise, deux modalités se distinguent : les coentreprises à caractère purement contractuel (I) et les coentreprises contractuelles avec création d'une entité statutaire (II).

I. LA COENTREPRISE PUREMENT CONTRACTUELLE

Utilisée de façon usuelle autant dans les domaines pétrolier et minier que dans les secteurs de services tel l'ingénierie, la gestion de construction et le *consulting*, la coentreprise purement contractuelle est une forme d'association non statutaire dans laquelle chaque partie garde sa propre identité. Les partenaires instituent par leur accord une structure commune de fonctionnement pour leur coopération, mais cette structure n'emprunte pas la forme d'une institution définie en droit; elle a exclusivement un caractère contractuel.

Le contrat organise alors entièrement les rapports entre les partenaires pour la durée de la coopération. Il doit donc être soigneusement négocié et individualisé de façon à répondre aux particularités de l'aventure commune envisagée.

En général, ce contrat-cadre ne détermine pas précisément et définitivement les obligations respectives des parties : il pose les normes selon lesquelles leur collaboration doit se dérouler, la détermination des obligations dépendant en définitive de la libre appréciation des parties des circonstances. En fait, les clauses contractuelles prévoient les structures qui vont être mises en place par les partenaires pour réaliser l'objectif commun, ces structures étant à la fois un moyen de réaliser la coopération et un outil de concertation pour faire face aux événements qui surviendront au cours de l'exécution. L'essentiel demeure la volonté des parties de coopérer, une sorte d'*affectio cooperationis* source d'obligations originales ⁶.

6. Groupe COOPINT, *op. cit.*, note 4, p. 349; M. LEROY, « Le contrat-cadre », dans *L'entreprise et le droit*, 1978, pp. 253 et ss.

Le contrat oblige les parties à « faire en sorte » que l'objectif commun puisse être atteint en respectant les procédures convenues.

La coentreprise purement contractuelle présente certains avantages, notamment :

- la confidentialité, aucune publicité n'étant faite à l'accord ;
- l'absence de formalisme et donc de délai que l'accomplissement de formalités implique ;
- la souplesse, les parties pouvant se négocier un contrat sur mesure et suffisamment flexible pour s'adapter aux circonstances des affaires.

Mais la création d'une coentreprise exclusivement contractuelle a aussi ses limites. D'abord, l'autonomie laissée aux parties pour la rédaction de leur contrat ne peut être utilisée pour transgresser des règles d'ordre public. Ensuite, la coentreprise purement contractuelle n'offre pas toute la sécurité juridique que les parties peuvent désirer pour une opération d'envergure. Peu d'États ayant adopté une loi consacrée aux coentreprises⁷, leur statut demeure en général imprécis en droit fiscal, pour les sûretés, face au droit de propriété, pour les droits et obligations des parties, pour leurs rapports avec les tiers, etc. Entre les parties, certaines incertitudes peuvent être éclaircies spécifiquement par le contrat, mais toutes les questions susceptibles de surgir ne peuvent certes pas être prévues.

Si un litige survient sur un point non réglé par le contrat, les tribunaux devront trancher. Pour ce faire, ils rechercheront l'intention des parties, la plupart des États accordant une large place à l'autonomie de la volonté pour les contrats internationaux. Pour déterminer l'intention des parties, le juge peut simplement scruter le contrat et décider de ce qui est approprié dans les circonstances. Mais il est plus probable qu'il tente de qualifier le contrat de coentreprise suivant les figures juridiques connues du droit applicable. Là est le danger car la coentreprise a, dans beaucoup de pays, plusieurs traits communs avec la société ou le *partnership*.

Pour les droits qui considèrent le contrat de coentreprise comme une figure juridique distincte et le classent en tant que contrat *sui generis*, *a priori* la qualification du contrat ne devrait pas inquiéter. C'est le cas du droit américain⁸ qui distingue le *joint venture* du *partnership* et

7. Les droits brésilien, espagnol, italien et allemand ont des institutions de type *consortium*.

8. Pierre A. COSSETTE, « Les groupements momentanés d'entreprises (joint ventures) : nature juridique en droit civil et en common law », (1984) 44 *R. du B.* 463, aux pp. 274 et ss.; Notes, « A Partnership and a Joint Venture Distinguished », (1920) 33 *Harvard L. Rev.* pp. 852-854; G.W. MILLER, « The Joint Venture : Problem Child of Partnership », (1950) 38 *Calif. L. Rev.* 860; Henry W. NICHOLS, « Joint Ventures », (1950) 36 *Virginia Law Rev.* 425, aux pp. 441 et ss.; Frank L. MECHEM, « The Law of

des provinces canadiennes de common law qui tendent à reconnaître cette distinction, bien que leur jurisprudence ne soit pas constante sur ce point⁹. Mais la confusion de certains jugements montrent que même dans ces pays, on est loin de la certitude absolue du résultat.

Par ailleurs, la plupart des pays de common law assimilent le contrat de coentreprise à un *partnership*. Ainsi, le droit anglais¹⁰ analyse le contrat de coentreprise comme un *particular partnership*. Qualifier un contrat de coentreprise de *partnership* peut avoir de fâcheuses conséquences pour les parties, qu'on songe seulement au pouvoir de représentation dont chaque associé d'un *partnership* est investi ou à la règle de la responsabilité illimitée et solidaire des associés pour les engagements du *partnership*.

À quelques exceptions près, la situation n'est guère mieux dans les pays de droit civil. Ainsi, en France, le contrat de coentreprise risque d'être considéré comme une société créée de fait si les éléments essentiels du contrat de société sont réunis, à savoir : un apport, une participation aux bénéfices et l'*affectio societatis*¹¹. Les tribunaux français ont ainsi souvent qualifié des accords de coentreprises dans le domaine de la construction de société créée de fait.

Au Québec, la tendance est aussi d'appliquer aux coentreprises les règles des sociétés du *Code civil*¹², règles similaires à celles du common law quant au pouvoir de représentation des associés et au caractère illimité et solidaire de leur responsabilité.

La coentreprise purement contractuelle est donc une forme qui a l'avantage d'une grande flexibilité, mais qui est génératrice de certaines incertitudes au point de vue légal. Terminons ici l'examen de ce type de coentreprise puisque de savants collègues expliqueront tout à l'heure en profondeur les tenants et aboutissants du contrat de base qui unit les partenaires d'une coentreprise.

Joint Adventures », (1930-31) 15 *Minn. L. Rev.* 644; Comments, « Joint Venture or Partnership », (1949) 18 *Fordham L. Rev.*, pp. 114-132; George A. ZAPHIRIOU, « Methods of Cooperation Between Independent Enterprises (Joint Ventures) », (1978) 26 *Am. J. of Comp. Law* 245, p. 247.

9. Voir Paul M. MOORE, « Non-Corporate Forms of Joint Undertaking », in *CONFERENCE INSIGHT January 21, 1983*, aux pp. 47 et ss. et la jurisprudence citée; Henry W. NICHOLS, *op. cit.*, note 8, p. 443; David A.G. BIRNIE, « Partnership, Syndicate and Joint Venture : What's the Difference? », in *Canadian Tax Foundation, 1981 Conference Report*, 182, aux pp. 190 et ss.

10. J.T. BROWN, « International Joint Venture Contracts in English Law », (1979) 5 *D.P.C.I.* 193; Pierre A. COSSETTE, *op. cit.* note 8, p. 468; Henry W. NICHOLS, *op. cit.*, note 8, p. 443.

11. Pierre A. COSSETTE, *op. cit.*, note 8, pp. 448 et ss.; Michel DUBISSON, *Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux*, Paris, Éditions du Moniteur, 1979, p. 43; Luiz O. BAPTISTA et Pascal DURAND-BARTHEZ, *op. cit.*, note 2, p. 107.

12. Pierre A. COSSETTE, *op. cit.*, note 8, pp. 502 et ss. et la jurisprudence citée.

Plutôt que de mettre en place une entité opératrice purement contractuelle, les parties peuvent choisir de fonder l'entité commune de leur coentreprise dans un moule légal préétabli. Dans ce cas, l'accord de base définit les grands principes de la relation entre les parties et prévoit les modalités suivant lesquelles les parties entendent opérer l'entité statutaire à former. Cette dernière est formée subséquemment suivant les formalités prescrites par la loi.

II. LA COENTREPRISE AVEC CRÉATION D'UNE ENTITÉ STATUTAIRE COMMUNE

La création et l'utilisation par les partenaires d'une entité statutaire commune doit tenir compte des contraintes imposées par le droit. La manière dont les parties entendent utiliser et faire fonctionner l'entité commune doit respecter les règles d'ordre public applicables au véhicule juridique choisi. Les paramètres légaux à respecter dans la structuration de la coentreprise sont donnés principalement par la loi du lieu de sa création et celle du lieu où elle s'établira, si ce dernier est différent.

La capacité légale de chaque partenaire doit aussi être prise en considération : il faut s'assurer que chacun est juridiquement capable de se lier dans la forme statutaire choisie pour organiser la coentreprise. Énoncées dans la loi personnelle, c'est-à-dire celle de la nationalité d'une personne, les règles de capacité peuvent poser des difficultés notamment pour les personnes morales. La détermination même de la nationalité d'une personne morale est problématique, le critère de rattachement différant d'un pays à l'autre. Deux grandes tendances s'opposent : celle des pays civilistes, tel la France, qui applique le critère du « siège social réel », soit le lieu où se trouve la direction juridique, financière, administrative et technique de la société; celle des pays anglo-saxons, dont l'Angleterre et les États-Unis, pour qui le « siège social statutaire », celui du lieu d'incorporation, détermine la nationalité d'une personne morale¹³.

Lors de la création d'une coentreprise, la capacité juridique des parties peut limiter le choix de l'entité statutaire, certains systèmes interdisant aux personnes morales d'être parties à des formes définies d'entreprises. Ainsi, par exemple, dans certains pays anglo-saxons, la

13. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 1981, pp. 229 et ss.; Yvon LOUSSOUARN, « La filiale commune et le droit international », dans *La filiale commune, moyen de collaboration entre sociétés et groupes de sociétés*, Colloque de Paris 1975, Paris, Librairies Techniques, 1975, p. 93; Luiz O. BAPTISTA et Pascal DURAND-BARTHEZ, *op. cit.*, note 2, pp. 105 et ss.

capacité des « corporations » de s'associer dans un *partnership* est fortement mise en doute ¹⁴.

Enfin, l'activité d'une personne morale dans un pays d'accueil suppose aussi la reconnaissance par ce pays de sa personnalité juridique, reconnaissance souvent subordonnée à l'existence d'un traité entre le pays d'origine et le pays hôte. Outre ces considérations, plusieurs pays accordent une grande importance à la nationalité des partenaires dans leur législation de contrôle des investissements étrangers, allant quelques fois jusqu'à exiger la présence d'un partenaire local majoritaire dans la coentreprise ¹⁵.

En pratique, la majorité des coentreprises internationales s'accompagnent de la création d'une entité commune d'une forme reconnue statutairement. Pour sélectionner le type d'entité, les parties ont le choix entre divers procédés juridiques existant dans différents pays. À la base, deux alternatives s'offrent aux partenaires : l'entité sans personnalité juridique (A) ou celle avec personnalité juridique (B).

A. CHOIX D'UNE ENTITÉ STATUTAIRE SANS PERSONNALITÉ JURIDIQUE

Les droits nationaux contiennent divers types d'entités statutaires sans personnalité juridique. Tous ne sont cependant pas, nous le verrons, appropriés aux particularités des coentreprises. Parmi ces entités se trouvent certaines sociétés de pays de droit civil, le *partnership* des États anglo-saxons et des structures moins répandues, tel l'association momentanée de droit belge ou le *consortio* de droit italien.

1. Société en nom collectif et *partnership*

Commençons par les mieux connus : la société en nom collectif du droit civil et le *partnership* de common law, tels qu'on les trouve respectivement au Québec et dans les provinces canadiennes de common law. À quelques variantes près, ces entités ont beaucoup en commun. Toutes deux se forment par un simple accord entre les parties, exprès ou implicite. Ni l'une, ni l'autre n'a la personnalité morale. Aucune n'exige

14. Voir notamment pour les États-Unis : « Corporation as a party to joint adventure », 80 *American Law Reports* 1049; Walter H.E. JAEGER, « Joint Ventures : Membership, Types and Termination » (1960) 9 *Am. Univ. L. Rev.* III, pp. 112-113; Henry W. NICHOLS, *op. cit.*, note 8, pp. 444-447; Frank L. MECHEM, *op. cit.*, note 8, p. 651.

15. Plusieurs pays imposent en effet un maximum à la participation étrangère, maximum qui oscille de 40 % à 80 % selon les pays et les secteurs économiques. Luiz G. BAPTISTA et Pascal DURAND-BARTHEZ, *op. cit.*, note 2, p. 157.

l'accomplissement de formalités dont dépendrait sa création. Chacune demande un apport de chaque associé (*partner*) et accepte une grande variété dans la nature des apports. À moins de stipulation expresse des parties, les deux prévoient que chaque associé a un droit de vote et que chacun a le pouvoir de lier la société pour les obligations contractées en son nom dans le cours ordinaire des affaires. Enfin, la société en nom collectif et le *partnership* créent une relation fiduciaire entre les associés, les obligeant à la bonne foi et à la loyauté en rapport avec les affaires de la société. Cette dernière obligation, la facilité de formation de ces entités et les règles de répartition du pouvoir adaptées à une gestion égalitaire sont autant d'aspects qui rendent ces entités intéressantes dans la perspective de réalisation d'une coentreprise.

Une autre particularité de la société en nom collectif et du *partnership* est la restriction du transfert à des tiers des intérêts des associés dans la société. Personne ne peut devenir associé sans le consentement unanime des associés. Cela peut être vu comme un avantage pour une coentreprise, dans la mesure où cela protège le caractère *intuitu personae* des rapports entre les parties.

Un autre atout non négligeable : le régime de transparence fiscale des sociétés et *partnerships*, lequel s'adapte bien aux objectifs des coentreprises où chacun supporte sur ses propres revenus l'incidence des bénéfices distribués ou des pertes de la coentreprise. Mais pour certaines coentreprises internationales, les structures avec personnalité morale sont souvent préférées pour bénéficier des traités de non double imposition.

Les sociétés en nom collectif et les *partnerships* sont adaptés sur plusieurs aspects aux impératifs de la coentreprise, mais ils présentent un inconvénient majeur : la responsabilité illimitée et solidaire des associés pour les obligations de la société. Dans le contexte d'une coentreprise à risque, cette caractéristique est préoccupante. Le risque peut cependant être réduit si les partenaires forment chacun une filiale et que les deux filiales s'associent ensemble¹⁶. Mais la tendance est plutôt de ne pas utiliser la société en nom collectif ou le *partnership* pour les coentreprises.

2. Société en commandite et *Limited Partnership*

La société en commandite, dont l'équivalent en common law est le *limited partnership*, ne peut que rarement répondre aux besoins d'une coentreprise. Cette structure différencie deux types d'associés : les

16. Ce n'est pas possible dans les pays où une « corporation » ne peut s'associer dans un *partnership*. *Supra*, note 14.

commandités et les commanditaires. Seuls les premiers participent activement à la gestion et aux prises de décision dans la société et sont responsables de façon illimitée des obligations de la société. Les deuxièmes apportent des capitaux et leur responsabilité est limitée à leur apport. Toute immixtion dans la gestion de la société leur est interdite, sous peine d'encourir la même responsabilité que les commandités.

Évidemment, ce mode de gestion semble généralement inapproprié pour une coentreprise où tous les partenaires ont intérêt à participer activement aux affaires de la société. Toutefois, une façon intéressante d'utiliser la société en commandite pour les coentreprises est fort répandue en Allemagne : une filiale commune créée par les associés sert de gérant commandité. Ainsi, la commandité est une personne morale et le montant de son capital représente la limite de sa responsabilité. Par ailleurs, cela permet aux associés de contrôler l'activité du commandité alors qu'en général toute limitation des pouvoirs du gérant commandité est inopposable aux tiers¹⁷. La formule présente aussi l'avantage de la transparence fiscale.

3. Association momentanée de droit belge

Parmi les entités dépourvues de personnalité morale, une dernière est intéressante à connaître : *l'association momentanée de droit belge*¹⁸. Spécialement conçue pour servir de cadre aux groupements n'ayant qu'un seul objet, elle ne peut être créée que pour une ou plusieurs opérations de commerce déterminées et non pour une succession constante d'actes commerciaux, sans quoi elle risque d'être requalifiée comme une société en nom collectif. L'association momentanée doit avoir un caractère éphémère. Elle n'a pas de patrimoine propre, pas de siège social et ne peut pas utiliser de raison sociale. Les associés peuvent organiser le fonctionnement interne de l'association à leur gré. Dans les actes de l'association, tous les associés doivent intervenir. Ils sont tenus solidairement envers les tiers avec qui ils ont traité en tant qu'associés.

17. Luiz O. BAPTISTA et Pascal DURAND-BARTHEZ, *op. cit.*, note 2, p. 100.

18. J.A. BOON, « Les associations momentanées pour la réalisation d'un ouvrage », (1973) 1 *D.P.C.I.* 203; Michel DUBISSON, *Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux*, Paris, F.E.D.U.C.I., Éd. du Moniteur, 1979, pp. 163 et ss.; M.-A. FLAMME, « Sociétés momentanées et en participation », (1964) 3 *Annales de la Faculté de droit de Liège*; M. FONTAINE, « Rapport sur les groupements sans personnalité juridique en droit belge », dans *Travaux de l'Association Henri-Capitant*, 1969, p. 79; M.H. LEVY-MORELLE et Pierre VAN OMMESLAGHE, « La constitution d'une filiale commune en droit belge », dans *La filiale commune, moyen de collaboration entre sociétés et groupes de sociétés*, Colloque de Paris 1975, p. 56 et p. 57; B. MERCADAL et P. JANIN, *Les contrats de coopération inter-entreprises*, Éd. juridiques Lefebvre, Paris, 1974, pp. 135 et ss.

Le peu de formalisme de cette association est *a priori* attrayant, mais elle partage l'inconvénient de la société en nom collectif : la responsabilité solidaire des associés. De plus, la loi belge exige que tous les bénéfices et les pertes liés à la réalisation de l'affaire qui est l'objet de l'association momentanée soient partagés entre les associés. Cette exigence risque de réduire son utilisation pour les coentreprises.

B. CHOIX D'UNE ENTITÉ STATUTAIRE DOTÉE DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

Deux raisons principales poussent les partenaires à choisir une entité statutaire dotée de la personnalité juridique pour réaliser leur coentreprise : la limitation de leur responsabilité au seul capital investi, ce qui diminue les risques, et la commodité du support institutionnel fourni par le cadre corporatif.

La coexistence de l'accord contractuel et du moule rigide des entités pourvues de la personnalité morale ne va cependant pas sans difficulté, beaucoup de pays n'ayant pas dans leur législation d'instrument suffisamment souple pour s'adapter aux particularités des coentreprises. Aussi, la rédaction du texte constitutif (c.-à-d. des statuts de l'entité qui sert de support à la coentreprise) laisse en général une marge de manœuvre fort réduite aux rédacteurs, surtout dans les pays de droit civil qui imposent aux personnes morales un cadre législatif plus strict que les États de common law¹⁹.

Dans les pays de common law, les règles relatives aux corporations qui font appel au financement public sont certes très sévères, mais elles n'affectent guère les coentreprises. Par contre, le régime général de la compagnie y est suffisamment flexible pour s'adapter aux besoins des partenaires d'une coentreprise, surtout avec le développement de la notion de « compagnie fermée » (*closed corporation*).

À la base, la compagnie a été conçue pour régler les relations entre des personnes non liées par l'*intuitus personae* et en nombre illimité. Conséquemment, son fonctionnement repose sur la règle de la majorité. Chaque actionnaire a un droit dans l'administration via le droit de vote qui lui est accordé et il n'a aucun devoir de tenir compte de l'intérêt général : chacun peut voter selon ses intérêts personnels.

De prime abord, cela ne convient pas aux partenaires d'une coentreprise qui se choisissent pour la confiance mutuelle qu'ils se portent et qui poursuivent un objectif commun. Aussi, s'ils utilisent la forme corporative, ils désirent restreindre les transferts d'actions et partager le contrôle de la compagnie en limitant les pouvoirs des organes statutaires de direction de la compagnie.

19. Luiz O. BAPTISTA et Pascal DURAND-BARTHEZ, *op. cit.*, note 2, p. 97.

Le concept de « compagnie fermée » leur permet de le faire. Il répond bien aux besoins des partenaires en leur permettant à la fois de constituer une personne morale et d'en organiser assez librement les mécanismes internes de gestion et de contrôle, et de bénéficier de l'avantage de la responsabilité limitée.

C'est dans les statuts constitutifs de la compagnie ou dans une convention unanime d'actionnaires que les partenaires peuvent ainsi adapter les règles des compagnies aux impératifs de la coentreprise et faire de la compagnie qu'ils créent une compagnie fermée. Ils peuvent prévoir des clauses de vote, de société, d'administration et des restrictions aux transferts d'actions. De telles adaptations sont possibles seulement si elles sont acceptées par le droit où s'incorpore la compagnie. Les pays de common law sont, nous l'avons vu, en général ouverts à de tels arrangements. De telles clauses sont aussi acceptées au Québec²⁰. Éminemment utiles, ces arrangements doivent cependant être utilisés avec soin car une situation où, par exemple, deux parties sont co-gestionnaires et co-actionnaires en part égale comporte un potentiel de blocage (*deadlock*) dans le fonctionnement des affaires de la compagnie le jour où leurs votes se divisent sur un point. Il faut, pour sortir de ces impasses prévisibles, prévoir un mécanisme de règlement des différends qui peuvent survenir entre les parties.

Dans plusieurs autres pays de droit civil, la conciliation du contrat de coentreprise avec une structure corporative s'avère difficile, voire impossible. Les contradictions qui surviennent concernent notamment les dispositions contractuelles relatives aux organes de direction et les contraintes d'ordre public imposées par la loi. Beaucoup de pays civilistes encadrent étroitement la création et le fonctionnement des personnes morales. Leurs droits reconnaissent de très larges pouvoirs au gérant et précisent que les clauses statutaires limitant ses pouvoirs sont inopposables aux tiers. De surcroît, plusieurs lois ne permettent pas qu'une personne morale soit gérant et interdisent toutes clauses par lesquelles les actionnaires engagent à l'avance leur vote pour l'avenir.

Ces pays n'ont pas encore reconnu aux conventions d'actionnaires un statut juridique précis. En France et en Belgique, par exemple, les conventions d'actionnaires sont nulles à cause du principe de la liberté de vote des actionnaires et d'une séparation des pouvoirs entre les différents organes de la corporation fixée de façon impérative par la loi²¹.

Pourtant, même dans les pays qui ne reconnaissent pas la validité des conventions d'actionnaires, elles sont fréquemment utilisées

20. Paul MARTEL, *Les conventions entre actionnaires*, 2^e éd., Wilson & Lafleur/Martel Ltée, 1985, 282 p.

21. Luiz O. BAPTISTA et Pascal DURAND-BARTHEZ, *op. cit.*, note 2, p. 62.

dans les coentreprises. Ces dernières se retrouvent donc « en marge du droit dans ces pays »²²; ce qui exclut, en cas de violation de la convention par une partie, la possibilité pour l'autre de demander une exécution forcée par voie judiciaire.

En conclusion, l'entité dotée de la personnalité juridique est attrayante comme instrument de réalisation d'une coentreprise en fonction de la liberté laissée aux rédacteurs du texte constitutif par le droit. Le droit corporatif qui laisse une marge de manœuvre appréciable aux parties pour restreindre le droit de transférer des actions et pour limiter les pouvoirs dévolus aux administrateurs sociaux est certainement le mieux adapté aux circonstances d'une coentreprise. Ce n'est malheureusement pas le cas de tous les pays.

Par ailleurs, au titre des inconvénients attachés aux entités statutaires pourvues de personnalité juridique, il faut mentionner, outre leur grande rigidité, leur formalisme, leur coût plus élevé et la publicité donnée à leurs actes, la double imposition qui en résulte, la compagnie étant imposée sur son revenu au taux corporatif et les actionnaires étant aussi imposés sur les dividendes qu'ils reçoivent.

CONCLUSION

D'une part, la pratique de la coentreprise exige des contrats sur mesure et suffisamment flexibles pour s'adapter aux circonstances des affaires. D'autre part, la sécurité juridique est recherchée, les praticiens désirant se sentir à l'abri du droit tout en répondant aux besoins particuliers et aux impératifs de flexibilité de la coentreprise. Mais souvent la règle contractuelle élaborée entre en conflit avec la règle de droit : la volonté contractuelle est confrontée au véhicule juridique qu'elle s'est donnée. Le recours à l'arbitrage pour trancher les litiges est un moyen de contourner la difficulté, les parties à un arbitrage international ayant toute liberté pour choisir les règles de fond à observer pour trancher le litige. La seule règle d'ordre public à respecter est alors celle du juge de l'exequatur.

Alors quelle forme juridique choisir pour une coentreprise ? La diversité des situations où se présentent les coentreprises rend la réponse particulièrement difficile. En fait, il n'y a pas de solution universelle : chaque cas suppose une analyse des différents facteurs énoncés en relation avec la situation et la volonté des parties.

Du point de vue juridique, le prêt-à-porter en la matière est donc exclu : il faut une confection sur mesure pour une coentreprise à l'étranger. Aussi, les seules conclusions possibles ne peuvent venir que

22. *Ibid.*, p. 63.

d'un cas concret. Prenons celui d'une coentreprise à haut risque, d'une grande envergure et prévue pour une longue durée dans le domaine de la recherche et du développement. La forme statutaire dotée d'une personnalité juridique et, particulièrement, la compagnie fermée, est préférable : elle possède certains avantages des sociétés en nom collectif ou *partnership*, limite la responsabilité des partenaires, est bien définie et structurée et il sera plus aisé d'en faire respecter les droits et obligations.

Je terminerai en rappelant que le véhicule juridique d'une coentreprise n'est qu'un moyen pour atteindre l'objectif commun des partenaires. Il doit bien sûr être judicieusement choisi de façon à éviter l'ajout des écueils à l'aventure, mais même la structure juridique la mieux adaptée ne peut suffire à faire fonctionner une coentreprise s'il n'existe pas une confiance suffisante entre les parties, un véritable esprit de collaboration. Là est la véritable clé de la réussite.