

**EXISTAIT-IL UNE DOCTRINE COMMERCIALISTE
DANS L'ANCIENNE FRANCE ?**

**L'EXEMPLE DES SOCIÉTÉS : TITRE IV DE L'ORDONNANCE
SUR LE COMMERCE DE TERRE DU 23 MARS 1673**

PAR

Josseline GUYADER

Maître de Conférences à l'Université de Picardie Jules Verne

La doctrine a constitué une source prépondérante de l'Ancien Droit français, du moins pour le droit civil¹. Mais y avait-il aussi une doctrine en droit commercial ? Alors que certains usages consacrés par le temps et venus d'outre-monts ont été recueillis en France, une doctrine commercialiste était née en Italie. Cette longue tradition italienne fondée sur la pluralité des sources médiévales a produit, aux XVI^e et XVII^e siècles, les premiers linéaments d'une science du droit du commerce qui sera bientôt diffusée par l'imprimerie. Trois auteurs : Stracca², Scaccia³ et Casaregis⁴, tous juriconsultes et praticiens alliant leur formation romaniste à une parfaite connaissance des affaires et de la jurisprudence (décisions de la Rote de Gênes en matière commerciale publiées en 1582) illustrent cette doctrine qui a exercé une influence considérable sur la formation du droit commercial français.

1. Thireau (J.L.), "La doctrine civiliste avant le Code civil", cf. *supra* dans le même volume.

2. Benvenuto Stracca, avocat à Ancône, mort en 1580, véritable père de la science du droit commercial, réunit l'essentiel du droit des marchands et en fait le premier un exposé global dans son traité, *De mercatura seu mercatore* publié à Venise en 1575.

3. Sigismondo Scaccia, avocat à Gênes, est l'auteur d'un *Tractatus de commerciis et cambio* (1618).

4. Casaregis (1670-1737), également génois, inscrit au collège des juriconsultes de la ville, successivement membre du tribunal de la Rote de Sienne et de celui de Florence, parvient, à partir d'une analyse approfondie de la pratique commerciale qu'il fait dans ses 224 *Discursus legales de commercio* (1719), à une conception plus théorique très utile pour la doctrine et la législation ultérieures.

S'appuyant sur leurs connaissances en droit romain, ces juriconsultes élaborent un droit spécifique du commerce. Mais la science du droit civil demeure le fondement conceptuel dans l'effort d'individualisation de ce droit. Ils adaptent des principes d'origine romaine, quitte à reconnaître en cas d'échec, l'originalité irréductible et à invoquer, comme le fera Casaregis, la "*nature des choses*" du commerce.

Dès le XVI^e siècle, en France, avec la consolidation du pouvoir royal, le droit commercial qui était jusqu'alors international, tout au moins européen, tend à devenir un droit national et écrit. Les rois prennent une série d'édits et d'ordonnances dans toutes les matières commerciales. L'édit le plus célèbre est celui de Charles IX du 15 novembre 1563 qui crée les juridictions consulaires. Ainsi au XVI^e siècle, la royauté s'efforce, bien souvent dans le sillage des Etats généraux, de donner au commerce des institutions plus structurées dans l'intense activité législative qui marque le milieu de ce siècle. Dès ce moment commence, en fait, l'insertion du droit du commerce dans le droit interne du royaume même si l'acte essentiel reste l'Ordonnance de 1673.

Le monde du commerce attend ordre et protection de la part de la royauté et souhaite une unification législative du droit, face à la diversité des usages et des coutumes commerciales. De plus, les marchands ont des exigences particulières : simplicité des formes et sécurité, besoins de liberté et de protection. Enfin, durant le XVI^e et le XVII^e siècle, l'esprit qui domine chez les marchands français est celui du commerce modeste soumis au système corporatif - esprit empreint de prudence et de conservatisme - avec le souci exacerbé du secret des affaires et la crainte permanente de l'inquisition fiscale.

Une véritable législation commerciale reste à faire. Elle entre dans un grand mouvement d'unification du droit privé qui est un remède aux abus dus à la diversité des droits existant dans le royaume. La politique législative de Louis XIV secondé par Colbert qui lui suggère de "*composer le droit français*" va se traduire par la promulgation de grandes Ordonnances qui ont exercé une influence considérable sur nos Codes modernes⁵.

L'Edit du roy servant de règlement pour le commerce des négocians et marchands, tant en gros qu'en détail, donné à Versailles et enregistré par le Parlement de Paris le 23 mars 1673, est couramment appelé "Ordonnance sur le commerce de terre"⁶, "Code marchand" ou encore "Code Savary" du nom de son principal rédacteur.

Colbert désigne une commission appelée Conseil de réformes, auprès

5. Il s'agit de "l'Ordonnance civile touchant la réformation de la justice" d'avril 1667 ou "Code Louis", de l'"Ordonnance de 1669 portant règlement des eaux et forêts", de l'"Ordonnance criminelle" d'août 1670, de l'"Ordonnance sur le commerce de terre" du 23 mars 1673 qui nous intéresse en particulier, de l'"Ordonnance sur la marine" d'août 1681 et du "Code noir" de 1685.

6. Uniformisant les lois, règlements et usages touchant le commerce en France, cette Ordonnance servira de modèle au "Code de commerce" de 1807.

du Conseil de Justice, pour dresser la liste des abus et préparer l'Ordonnance. Henri Pussort, conseiller d'Etat, chargé par son neveu Colbert de présider cette commission, demande aux juges-consuls de lui envoyer leurs mémoires à propos des abus commis dans le négoce, puis il consulte des gens compétents au nombre desquels se trouve Jacques Savary. Cet ancien marchand mercier parisien se présente comme un conseiller professionnel, un juriconsulte en renom grâce aux nombreux arbitrages qu'il rend et fait oeuvre de praticien grâce à sa parfaite connaissance des usages du commerce en même temps qu'il décrit le commerce dans ses aspects économiques. Il semble même connaître la doctrine commercialiste, née en Italie avec Stracca au XVI^e siècle, puis Scaccia bien qu'il ne lise pas le latin, comme il le dit lui-même, n'ayant pas fait d'études.

L'Ordonnance est élaborée à partir de deux mémoires : le premier contient les abus qui existent dans le commerce et le second est "un projet de règlement" en plusieurs chapitres élaboré par Savary, destiné à réprimer ces abus. Convaincu du bien fondé de ces mémoires, Colbert le choisit ainsi que deux autres marchands "pour assister et dire leurs sentiments au Conseil de la réforme". Une fois rédigé, le règlement est entièrement examiné, puis le rapport est présenté au roi qui fait quelques remarques sur lesquelles des marchands sont encore entendus ainsi que Savary⁷. Ce conseil composé de treize membres comprend, en plus de ces derniers, des conseillers d'Etat et des avocats au Parlement de Paris. Cette commission travaille sur le projet de Savary qui, revu et corrigé, fournit le texte définitif de l'Ordonnance⁸. Malgré ses imperfections et ses lacunes, elle obtient un très vif succès en France et à l'étranger car elle représente la première tentative de codification du droit commercial par la royauté.

L'Ordonnance se présente sous la forme d'un préambule où il est question des Compagnies de colonisation et de XII titres, eux-mêmes divisés en articles, soit au total 122 touchant aux diverses questions du droit commercial. Cette oeuvre se révèle utile car elle rassemble en un corps unique un droit qui jusqu'alors était composé de coutumes, d'usages multiples et de décisions royales éparses. Elle donne désormais au droit des marchands une cohérence, une unité et une certaine spécificité qui lui permettra, en quelque sorte, de se détacher du droit civil. Enfin, l'Ordonnance fixe le droit commercial qui désormais va s'appliquer à l'ensemble du royaume sans toutefois le figer. Il pourra dès lors continuer à évoluer en laissant une place à la pratique qui est à l'origine par exemple de la création, puis du développement des sociétés de capitaux, surtout à la fin du XVIII^e siècle, tandis que, seules, sont prévues les sociétés de personnes. L'Ordonnance de 1673 joue un rôle déterminant puisqu'elle crée un droit commercial et correspond ainsi à un courant de forma-

7. Jacques Savary, né en 1622, mort en 1690, est l'un des membres les plus actifs de la commission.

8. Szymkiewicz (R.), *Histoire du droit des affaires*, Paris : Montchrestien, 1989, p. 135.

tion du "droit civil français" qui se développe grâce à l'édit de Saint-Germain-en-Laye d'avril 1679⁹.

Assiste-t-on alors pour la première fois à la naissance d'une doctrine commercialiste française ? Dès la promulgation de l'Ordonnance et pendant tout le XVIII^e siècle, de nombreux juristes la commentent, soit sous forme de traités, soit sous forme d'articles, ces derniers étant publiés dans des dictionnaires. Ces commentaires, même s'ils restent attachés au texte, sont précieux parce qu'ils renferment une masse de renseignements sur le sens et la portée de cette législation et sur son application effective. Les auteurs appartiennent à deux courants. Les uns sont des praticiens, c'est-à-dire d'anciens marchands ou des juges-consuls qui s'avèrent être des juristes très spécialisés ; les autres sont le plus souvent des professeurs de droit français qui sont parfois, en même temps, magistrats ou avocats.

Au premier courant se rattache la famille Savary et Toubeau. L'initiateur du mouvement doctrinal - le plus remarquable commercialiste français - est Jacques Savary. Principal rédacteur de l'Ordonnance de 1673, comme nous l'avons vu, il publie en 1675 l'*Instruction générale pour ce qui regarde le commerce tant en France que des pays étrangers* que l'on appelle communément *Le parfait négociant*¹¹. Dans cet ouvrage composé de 67 chapitres, il explique les articles de l'Ordonnance d'une manière claire et précise pour aider les marchands à comprendre les diverses prescriptions. Pour cela il présente des exemples concrets, des formules toutes prêtes et des modèles d'actes adaptés aux multiples situations. Savary fait paraître aussi en 1688 les *Parères ou avis et conseils sur les plus importantes matières du commerce*...¹². Ce deuxième livre, souvent réuni par la suite au premier, est en fait un traité sur les effets de commerce qui reprend une série de consultations qu'il avait données sur cette question. Ces deux oeuvres devaient demeurer les références essentielles pour les commerçants jusqu'au "Code de commerce". L'un de ses fils, Jacques Savary des Bruslons, poursuit son oeuvre en écrivant le *Dictionnaire universel de commerce, d'histoire naturelle et des arts et métiers*¹³ qui obtient un vif succès.

9. Thireau (J.L.), "Le comparatisme et la naissance du droit français", *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique*, 1990, n° 10-11, p. 153-191 et spécialement p. 153.

10. Art. 14 de l'édit de Saint-Germain-en-Laye d'avril 1679, Isambert, Jourdan, Decrusy, *Recueil général des anciennes lois françaises*, p. 199.

11. *Le Parfait négociant* connaît un très grand succès en France. Il est même publié en diverses langues. Douze éditions se succèdent entre 1675 et l'an VIII. Les chapitres 39, 40, 41 ont trait à la codification des sociétés.

12. Jusqu'à sa mort, Jacques Savary donne des consultations et discute sur des cas nouveaux à tel point qu'une deuxième édition augmentée de 39 parères est publiée en 1715 par l'un de ses fils, Jacques Savary des Bruslons. Cf. Trouillier (A.), "Jacques Savary, le parfait négociant", in *L'Economie nouvelle*, Fédération des industriels et des commerçants français, Paris, sept.-oct. 1930, p. 1-19, et spécialement p. 14.

13. Savary des Bruslons (J.), *Dictionnaire universel de commerce*... ouvrage posthume du sieur Jacques Savary des Bruslons... continué... et donné au public par M. Philémon-Louis Savary (chanoine de Saint-Maur, son frère), ... nouvelle édition, Paris : chez la veuve Estienne et fils, 1741-1748, 3 vol. in fol..

Toubeau, également praticien, prévôt des marchands de Bourges, apparemment plus savant que Savary, "le plus estimé de tous les commentateurs de l'Ordonnance pour son expérience des affaires commerciales, par les marchands et leurs députés du bureau de commerce"¹⁴, admet, dans ses *Institutes du droit consulaire ou la jurisprudence des marchands* publiées en 1682, la spécificité du droit des négociants. Il souhaite alors que la jurisprudence consulaire rentre dans l'enseignement du droit français créé par l'édit de Saint-Germain-en-Laye de 1679. C'est un lettré qui a appris le latin ; il est d'ailleurs libraire et indique que sa position lui a permis de se procurer les œuvres étrangères utiles pour son information.

A deux reprises, au cours du XVIII^e siècle, les juges-consuls vont également jouer un rôle important dans l'élaboration de la doctrine. Ainsi en 1715, les syndics de la Chambre de commerce de Rouen qui sont des juges-consuls "en charge" et d'anciens membres de la juridiction consulaire locale, proposent le projet d'une nouvelle ordonnance du commerce destiné à amender et à rajeunir celle de 1673 qu'ils accompagnent de commentaires. De même en 1774, en raison de l'insatisfaction du monde des négociants, le Garde des sceaux Hue de Miromesnil entreprend une large consultation auprès des juridictions consulaires et des Chambres de commerce qui va aboutir au projet portant son nom. Celui-ci est d'ailleurs à l'origine du "projet Gorneau", lui-même repris plus tard par le "Code de commerce" de 1807.

L'autre courant de la doctrine pure est illustré, d'une part, par des professeurs de droit français : François de Boutaric, Claude Serres, Robert-Joseph Pothier et des docteurs-régents : Claude-Joseph de Ferrière ; d'autre part, par des magistrats : Jean Domat, Philippe Bornier, Daniel Jousse et des avocats : François Bourjon ; enfin par des jurisconsultes : Pierre Guyot et Merlin de Douai et sous l'Empire par le premier professeur de droit commercial : Jean-Marie Pardessus¹⁵. Le peu d'heures consacrées à l'étude du "droit français" par rapport aux autres droits, contraint ces nouveaux professeurs à un grand effort de simplification et de synthèse. C'est de cette pédagogie que vont naître les premiers manuels de droit français¹⁶.

Ainsi, à la Faculté des Droits de l'Université de Toulouse, François

14. Lafon (J.L.), *Les députés du commerce et l'Ordonnance de 1673. Les juridictions consulaires : principe et compétence*, Paris : éd. Cujas, 1979, p. 50.

15. Jean-Marie Pardessus, jurisconsulte, né à Blois en 1772, mort à Paris en 1853, est le premier professeur de droit commercial à avoir été nommé à la Faculté de Droit de Paris en 1810. Célèbre par son enseignement et ses publications, il fait paraître ses *Éléments de jurisprudence commerciale* et le *Traité du contrat et des lettres de change*. Ce dernier ouvrage est refondu dans son *Cours de droit commercial* (Paris, 1813-1817, 4 vol. in-4°). Cf. v° Pardessus (J.M.), in Larousse (P.), *Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle*, Paris, 1865-1888, t. 12, p. 229 et Berthelot, *La grande encyclopédie*, Paris, 1885-1902, t. 25, p. 1040-1041.

16. Chêne (Ch.), "La place des professionnels dans la formation des juristes aux XVII^e et XVIII^e siècles", *Annales d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique*, 1985, n° 2, p. 51-62 et spécialement p. 58.

de Boutaric¹⁷ enseigne, chaque année, par rotation un pan de la matière, à savoir : les *Institutes* de droit français, les traités de droit féodal et de droit canonique français et les commentaires sur les diverses Ordonnances de Louis XIV¹⁸. Il est curieux de constater qu'il explique l' "Ordonnance sur le commerce de terre", dans ses cours, au moins à trois reprises, spécialement en 1728-1729¹⁹ et que son commentaire est publié en 1743, dix ans après sa mort. Ce maître célèbre influence son disciple Claude Serres qui, en tant qu'avocat, enseigne comme professeur à l'Université de Montpellier notamment l'Ordonnance de 1673, en 1744-1745²⁰ et traite de la "société commerciale" au titre XXVI du livre III de ses *Institutions du droit français suivant l'ordre de Justinien*²¹.

De même Robert-Joseph Pothier, qui exerce les fonctions de conseiller au présidial d'Orléans dès 1720, puis celles de président jusqu'en 1772, obtient en 1749 dans sa ville même et sans cesser d'être magistrat, la chaire de droit français, laissée vacante par son ami Prévost de la Jannès. Auteur des *Coutumes d'Orléans, avec des observations nouvelles* qu'il écrit en collaboration avec ce dernier et Jousse²², il publie aussi les *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre*²³ - étude complète du droit romain - ainsi

17. François de Boutaric, juriconsulte français, né à Figeac en 1672, mort à Toulouse en 1733. Il fut d'abord avocat au Parlement de Toulouse, puis professeur de droit français à la Faculté des Droits de l'Université de cette ville, capitoul et chef de consistoire. Ses principaux ouvrages sont :

- les *Institutes de Justinien conférées avec le droit français*, 1738 ;
- le *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales*, 1741 ;
- *L'Explication sur le concordat*, 1747 ;
- le *Traité des libertés de l'Eglise gallicane, etc...*, 1747 ;
- *L'Explication des ordonnances sur les matières civiles, criminelles et de commerce*, 1753, 2 vol. in-4°.

Cf. "Boutaric (François de)", in Larousse (P.), *Grand dictionnaire...*, op.cit., II^e partie, p. 1155.

18. Chêne (Ch.), *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, Genève : Droz, 1982, spécialement p. 152-168 ; et c.r. St. Rials de cette thèse, *Annales des Facultés de Droit*, 1984, n° 1, p. 134-142 et spécialement p. 141.

19. *Explication de l'ordonnance ou édit du mois de mars 1673 servant de règlement pour le commerce des marchands négociants tant en gros qu'en détail 1728-1729* transcrit par un nommé Artiguelongue, marchand à Bagnères, B.U. Toulouse, ms. 223, cité par Poumarède (J.), "La chaire et l'enseignement du droit français à la Faculté des Droits de l'Université de Toulouse (1681-1792)", *Recueil de l'Académie de Législation*, 1967, 6^e série, t. IV, p. 41-131 et spécialement p. 103.

20. La liste des cours de Claude Serres est publiée d'après ses archives personnelles, dans Faucillon (J.M.), "Les professeurs de droit français de la Faculté de Droit de Montpellier (1681-1791)", *Mémoire de l'Académie des Sciences et Lettres de Montpellier-Lettres*, 1^{ère} série, t. 3 (1859-1863), p. 505-578 et spécialement p. 553, et arch. dép. Hérault I E 410.

21. Serres (Cl.), *Les institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien, accommodées (sic) à la jurisprudence moderne et aux nouvelles ordonnances, enrichies d'un grand nombre d'arrêts du Parlement de Toulouse*, A Paris : chez Jean de Nully, 1753, p. 511-519.

22. Pothier (R.J.), *Les coutumes d'Orléans avec des observations nouvelles*, en collaboration avec Prévost de la Jannès et Jousse, Orléans, 1740, 2 vol., in-8°.

23. Pothier (R.J.), *Les Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre*, 1748-1752.

qu'un grand nombre de traités parmi lesquels *Le contrat de société, avec appendices*²⁴ qui nous intéresse ici.

Claude-Joseph de Ferrière - bel exemple de réussite universitaire familiale, puisque son grand-père, son père Claude et lui-même ont été docteurs-régents de la Faculté des Droits de Paris, ces deux derniers étant aussi avocats au Parlement - jouit, encore de nos jours, d'une certaine notoriété, par le fait qu'il publie et développe divers ouvrages de son père. Il en est ainsi de l'*Introduction à la pratique* qui est devenue un *Dictionnaire de droit et de pratique* (1740, 2 vol. in - 4°) - c'est en cela qu'il nous intéresse ici puisqu'il a trait à certaines questions de droit commercial - et des *Institutes de Justinien*²⁵.

D'autres jurisconsultes, avocats ou magistrats, mais non professeurs, abordent le droit commercial, tantôt de manière accessoire comme Jean Domat²⁶ ou François Bourjon²⁷ ; d'autres, de manière plus approfondie, comme les divers commentateurs de l'Ordonnance de 1673 : Philippe Bornier qui consacre à celle-ci l'une de ses Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV avec celles de ses prédécesseurs²⁸ ; Daniel Jousse²⁹ et Jacques-Antoine Sallé³⁰.

Enfin, six ans avant la publication du "Code de commerce" napoléonien, paraissent en 1801 de Boucher³¹, *la Science des négociants* et les *Institutions Commerciales*. Et même dans *L'Encyclopédie* de Diderot figurent des éléments de droit commercial et également de la jurisprudence commerciale, dans le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle,*

24. Pothier (R.J.), *Le contrat de société*, 1765, in - 12.

25. Antonetti (G.), "Traditionalistes et novateurs à la Faculté des Droits de Paris au XVIII^e siècle", *Annales d'histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique, Les méthodes de l'enseignement du droit*, 1985, n° 2, p. 37-50 et spécialement p. 38-39 ; v° "Ferrière (Claude de)", in Larousse (P.), *Grand dictionnaire universel...*, op.cit., t. 8, p. 271 et Berthelot, *La grande encyclopédie*, op.cit., t. 17, p. 325-326.

26. Jean Domat, avocat du roi au présidial de Clermont-Ferrand pendant près de 30 ans, est l'auteur des *Lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689-1697, 5 vol. in-4°.

27. François Bourjon, avocat au Parlement depuis 1710, publie, en 1747, un ouvrage intitulé *le Droit commun de la France et la coutume de Paris réduite en principes*, s.l., 1770, 2^eme éd., 2 vol. in fol., dans lequel se trouvent des éléments de droit commercial à propos des sociétés.

28. Philippe Bornier, lieutenant particulier au présidial de Montpellier, publie en plus de deux traités sur les donations et les "légitimes" un ouvrage sur les *Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV avec celles de ses prédécesseurs*, Paris, 1678 ; réimprimé en 1719-1729.

29. Daniel Jousse, conseiller au présidial d'Orléans, en plus de sa collaboration avec Pothier à des notes sur la coutume d'Orléans, écrit aussi de nombreux commentaires sur les ordonnances, notamment sur celle du mois de mars 1673, Paris, 1755, in - 12.

30. Jacques-Antoine Sallé, dans *L'esprit des ordonnances de Louis XIV*, Paris, 1758, consacre un long passage à l'Ordonnance du commerce dans son tome II.

31. Boucher (P.B.), *Institutions commerciales traitant de la jurisprudence marchande et des usages du négoce...*, Bordeaux, Paris : chez Levrault Frères, An X, 1801.

*canonique et bénéficiale*³².

Tous ces auteurs considèrent-ils le droit commercial comme une discipline autonome ou au contraire persistent-ils à l'envisager dans les cadres traditionnels du droit civil ? Dans l'affirmative, l'on se trouverait en présence d'une véritable doctrine commercialiste ; dans la négative, en présence de simples commentateurs de l'Ordonnance de 1673, incapables de saisir le droit commercial dans toutes ses dimensions, en particulier dans sa richesse pratique. Nous essaierons de répondre à ces questions en prenant comme exemple les sociétés prévues au titre IV de l'Ordonnance de 1673. De toutes les matières qui composent le droit commercial, le droit des sociétés est certainement celui qui a connu les transformations les plus importantes au cours du XVIII^e siècle, avec notamment le développement des sociétés de capitaux. Il offre donc un bon critère de l'attention ou de l'inattention que les juristes commercialistes ont porté à la pratique et, par là même, à la spécificité de ce droit. Aussi tenterons-nous de découvrir si la doctrine a été capable d'enregistrer les besoins des commerçants rendus nécessaires par le développement des affaires, si elle a tenu compte des grandes innovations de la pratique qui a créé les sociétés de capitaux en marge de la législation, ou si, au contraire, elle s'est contentée de s'enfermer dans le cadre étroit du commentaire, adaptant ainsi une conception civiliste au droit commercial.

La doctrine a incontestablement accompli une oeuvre utile. Elle a, en effet, élaboré une théorie des sociétés de personnes, traitées certes, mais trop succinctement, dans les 14 articles du titre IV de l'Ordonnance, en essayant d'intégrer les sociétés de personnes en tant que catégorie juridique (I) et en fixant leur statut (II). En revanche, elle a montré une carence regrettable dans le domaine des sociétés de capitaux, en raison de son attachement excessif au texte du "Code marchand" et de son incompréhension concernant les changements rapides et les besoins nouveaux qui caractérisaient cette matière, négligée par lui (III).

I. - LES TENTATIVES D'INTEGRATION, PAR LA DOCTRINE, DES SOCIETES DE PERSONNES, EN TANT QUE CATEGORIE JURIDIQUE

La société de commerce, à peine réglementée par l'Ordonnance de 1673 ne trouve de principes précis, ni dans le droit romain, ni dans le droit coutumier. Son essor est une des manifestations les plus importantes de la coutume commerciale, et c'est surtout la pratique qui a déterminé son fonctionne-

32. Oeuvre de plusieurs jurisconsultes, le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale* est mis en ordre et publié dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle par Pierre Guyot, écuyer et ancien magistrat. Remanié sous Louis XVI par Merlin de Douai, il devient le *Répertoire de Jurisprudence*.

ment. Les théoriciens de notre ancien droit, au contraire, prennent une part relativement faible à son développement, et si, comme le mentionne H. Lévy-Bruhl, des commercialistes de valeur avaient établi des règles fermes et des catégories bien tranchées, cela aurait épargné bien des tâtonnements à l'institution naissante et évité nombre de procès³³. Il en résulte une certaine fluidité de la notion de société de commerce. Ainsi de grandes difficultés existent dans la pratique lorsqu'il s'agit de distinguer la société d'institutions voisines, comme l'indivision, le prêt ou le louage de services.

Le titre IV de l'Ordonnance ne prévoit pas de définition ni de classification des différentes sociétés, pas plus d'ailleurs que les actes de la pratique, ce qui est normal puisque les marchands sont des praticiens et non des théoriciens. Au contraire, certains auteurs "civilistes" tels que Domat et Pothier donnent une définition trop générale et inspirée du droit romain qui conviendra mal à la société commerciale³⁴. De même la doctrine, toutes tendances confondues, établit une classification des sociétés selon le degré de responsabilité des associés, à partir de l'article 1er du titre IV qui mentionne la nécessité de l'écrit pour créer une "société générale" ou "en commandite" et de l'article 8 qui concerne la responsabilité des associés en commandite. Ainsi Savary, puis Bornier, Boutaric et Jousse distinguent différentes catégories de sociétés, leur caractère commun étant présumé suffisamment connu.

A) *Essai d'une définition par Domat et Pothier*

1) Pour Domat, "*la société est une convention entre deux ou plusieurs personnes par laquelle ils (sic) mettent en commun entr'eux, ou tous les biens ou une partie ; ou quelque commerce, quelque ouvrage, ou quelque autre affaire, pour partager tout ce qu'ils pourront avoir de gain, ou souffrir de perte, de ce qu'ils auront mis en société*"³⁵. "*Elle ne peut se contracter que par le consentement de tous les associés qui doivent se choisir et s'agrée réciproquement, pour former entr'eux une liaison qui est une espèce de fraternité ; les associés se doivent choisir réciproquement*"³⁶.

2) Selon Pothier, "*la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent ou s'obligent de mettre en commun quelque chose pour faire en commun un profit honnête dont elles s'obligent réciproquement*

33. Lévy-Bruhl (H.), "Les différentes espèces de sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles", *R.H.D.*, 1937, p. 294-332, spécialement p. 294-295.

34. Lévy-Bruhl (H.), *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris : Domat-Montchrestien, 1938, p. 14.

35. Domat (J.), *Lois civiles dans leur ordre naturel, De la Société*, Livre I, titre 8, section 1, I, p. 294.

36. Domat (J.), *Lois civiles...*, *op.cit.*, section 2, I, p. 299.

*de se rendre compte*³⁷. Cette définition que reprendra à peu près dans les mêmes termes le Code civil à l'article 1832 est encore trop générale. Pothier qui écrit un traité sur le contrat de société ne s'intéresse qu'à la société civile. Il s'abstient en effet de toute définition lorsqu'il arrive aux sociétés commerciales. Pour lui, la société de commerce n'est qu'une variété de la société civile. Il considère la première, conformément à la théorie traditionnelle venant du droit romain, comme dépendant exclusivement de la volonté des contractants. L'idée fondamentale est qu'il faut être deux au minimum pour fonder une société, d'où la notion de communauté et la nécessité de se rendre compte réciproquement. Ceci correspond à des rapports d'amitié, de fraternité qui sont nécessaires dans une communauté. Les associés se sont donc choisis en vertu d'un certain *intuitus personae*. Enfin la mention du "profit honnête" lié à la prohibition du prêt à intérêt qui est maintenue dans l'Ordonnance de 1673, reste en relation avec la mentalité chrétienne de l'époque³⁸. Savary le précise dans *Le parfait négociant* lorsqu'il affirme : "*Le commerce est utile mais il doit demeurer dans les normes fixées par la religion*". Ces traits s'appliquent aussi bien aux sociétés civiles qu'aux sociétés commerciales entre lesquelles notre ancien droit ne faisait aucune différence. Ils inspireront la définition de la société qui figurera dans le "Code civil". L'absence de théorisation permettra à la pratique de façonner les sociétés de commerce sous l'Ancien Régime. A partir de cette définition, il est possible aux auteurs de classer les sociétés.

B) Classification des différentes sociétés de personnes

L'Ordonnance de 1673 distingue deux sortes de sociétés de personnes, chacune correspondant à des besoins différents : les sociétés avec un capital restreint qui est uniquement celui des associés ou "sociétés générales" et les sociétés déjà existantes qui ont besoin de fonds extérieurs ou "sociétés en commandite". La doctrine et la pratique de l'époque font une autre distinction entre les sociétés durables et les sociétés d'un moment, à but immédiat et limité qui sont appelées "sociétés anonymes".

Le principe qui sert de fondement à cette distinction est tiré de l'importance de la responsabilité des associés envers le public. Ainsi, dans une "société générale", tous les associés sont solidaires et tenus *in infinitum* ; dans une "société en commandite", seuls sont indéfiniment responsables les commandités, appelés souvent complémentaires, les commanditaires ne pouvant subir de perte au-delà de leur apport ; dans la "société anonyme", le seul asso-

37. Pothier (R.J.), *Traité du contrat de société*, t. 2, Paris : Debure, Orléans : Rouzeau-Montaut, 1774, p. 1, n° 1.

38. Lévy-Bruhl (H.), "Un document inédit sur la préparation de l'Ordonnance sur le commerce de 1673", *R.H.D.*, 1931, p. 649-681 et spécialement p. 651.

cié responsable, vis-à-vis du public est celui avec qui l'on a traité. Ces critères ne sont pas fermement établis. De plus cette classification faite entre les sociétés de personnes est incomplète puisqu'elle laisse de côté les sociétés de capitaux qui existent pourtant au temps de Colbert, notamment les Compagnies coloniales, telle celle des Indes ainsi que les sociétés privées par actions.

1) La "société générale"

La société la plus courante à l'époque de l'Ordonnance de 1673, mais qui perd progressivement du terrain au bénéfice des autres, est la société dite générale appelée aussi, libre ou en nom collectif. Pour Savary, elle est la première de trois sortes de sociétés. "*Elle se fait entre deux, trois ou quatre personnes, pour faire le commerce, sous leurs noms collectifs, qui sont connus d'un chacun ; c'est-à-dire que la raison de la société est sous les noms de Pierre, François et Paul en Compagnie*"³⁹. Ce nom collectif constitue la raison sociale de la société. Il est parfois formé des noms des associés liés ensemble par "et" tel et tel "en compagnie". Cette dénomination existe également pour les sociétés en commandite, d'où un risque de confusion entre les deux variétés de société.

La "société générale" comprend deux ou plusieurs commerçants (rarement plus de quatre) qui mettent en commun un certain capital pour le faire fructifier pendant un temps déterminé et partager entre eux les bénéfices et éventuellement les pertes, suivant une proportion fixée d'avance dans l'acte constitutif. Il s'agit souvent des membres d'une même famille ou encore d'un patron et de son employé. Les associés sont toujours des commerçants, ce qui n'est pas nécessairement le cas dans les sociétés en commandite. Il peut arriver, mais cela est rare, que les associés mettent en commun tout leur patrimoine ; tel est le cas d'une société de tous biens. Cette société étant créée pour quelques années, l'*intuitus personae* y joue un rôle important ce qui explique la responsabilité solidaire et indéfinie de tous les associés. Selon l'article 7 du titre IV de l'Ordonnance, la solidarité des membres des "sociétés générales" aux dettes de la société semble être le principe de cette forme de société. Néanmoins, cette règle n'est pas impérative et peut être écartée par des clauses expresses. Il en est de même de la responsabilité indéfinie ; les associés peuvent limiter leurs pertes à condition de le mentionner dans leur acte de société pour que le public soit averti. Enfin la société générale se dissout à la mort de l'un des associés. L'analyse de cette société permet de constater que ses contours restent flous puisque la responsabilité solidaire et indéfinie de ses membres peut être écartée dans les clauses qui figurent dans l'acte de société.

Les auteurs en ce domaine n'apportent rien de nouveau. Ainsi

39. Savary (J.), *Le parfait négociant ou instruction générale... pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France et des pays étrangers...*, 8^e édition, revue et corrigée par Philémon-Louis Savary, chanoine de l'église royale de Saint-Maur, son fils, Paris : chez Claude Robustel, 1721, t. 1, 2^eème partie, p. 2.

Toubeau⁴⁰, Bornier⁴¹, Boutaric⁴², Pothier⁴³ et Jousse⁴⁴ se contentent de donner une définition de la “société générale” très voisine de celle de Savary et de classer les trois sortes de sociétés sans même préciser que les associés en nom collectif peuvent limiter leur responsabilité au moyen de clauses. Comme la “société générale”, la “société en commandite” et la “société anonyme” manquent de netteté.

2) La société en commandite.

Le titre IV de l'Ordonnance de 1673 prévoit seulement, à l'article 8, la limitation de responsabilité de “ceux de ses associés qui ne sont obligés que jusqu'à concurrence de leur part”. Au contraire, Savary définit cette société comme celle “qui se constitue entre deux personnes, dont l'une ne fait que

40. Toubeau (J.), *Les institutes de droit consulaire ou la jurisprudence des marchands...*, Bourges, Paris, 1682, liv. II, tit. III, ch. II : *Des societez générales libres et ordinaires* : “Il y a trois sortes de societez entre marchands, ainsi que j'ay dit, et suivant la division qu'en fait M. Savary. Je ne parleray icy que de la première, qui est ordinaire et la plus naturelle, que notre Ordonnance appelle générale et que Le Prêtre... appelle société libre, dans laquelle les associez confèrent également et de leurs biens et de leurs soins ; et desquels tous les noms sont connus, tous les actes et les ordres se donnent sous les noms de tous spécifiquement, au nom de Jean, de Jaques et de Pierre associez, ou collectivement, sous le nom de Jean, ou de Pierre et compagnie. Il y en a dans lesquelles on prend un tiers, un quart etc.... La société se peut contracter de tous biens presents et à venir ou de quelque commerce et negociation particulière”.

41. Bornier (Ph.), *Conférences des ordonnances de Louis XIV...*, Nelle édition..., t. II, Paris, 1760 ; *Conférences des nouvelles ordonnances, édit du roy servant de règlement pour le commerce des negocians et marchands, tant en gros qu'en détail...* mars 1673, titre IV, Des sociétés, “En quelle forme doit être rédigée la société générale ou en commandite”, Article 1er, p. 382 : “Il y a deux sortes de compagnies, ou sociétés de banque et marchandise..., l'une appelée : compagnie libre et l'autre en commandite. La compagnie libre oblige non seulement ceux qui en portent le nom, mais aussi les associés en icelle, tant pour le fonds ou capital qu'ils y ont mis, que pour le plus qu'ils pourraient y avoir de perte, ni plus ni moins, que si tous étaient nommés et solidairement obligés”.

42. Boutaric (Fr. de), *Explication de l'Ordonnance de Louis XIV... concernant le commerce...*, Toulouse : Gaspard Henault, 1743, t. II, tit. IV : *Des societez*, art. 1er, p. 23 : “La société générale, en ce sens n'est autre chose qu'une société libre et collective, c'est-à-dire une société contractée sous le nom de tous les associez, et en laquelle tous les associez et chacun des associez agit, contracte et s'oblige et en s'obligeant, oblige indéfiniment la société” ; et Boutaric (Fr. de), *Les institutes de l'empereur Justinien...*, Toulouse : Gaspard Henault et Jean-François Forest, 1757, tit. XXVI, *De societate*, p. 495, même définition.

43. Pothier (R.J.), *Traité du contrat de société*, t. II, Paris : Debure, Orléans : Rouzeau-Montaut, 1774, ch. II, art. II, S.III : *Des sociétés pour un commerce*, p. 53-55.

44. Jousse (D.), *Commentaire sur l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673 et Dupuy de la Serra, L'art des lettres de change avec des notes* par V. Bécane, 2^e édition, Paris : Joubert, 1841, tit. IV, *Des sociétés*, p. 74-77 : “Les sociétés qui peuvent avoir lieu en fait de négoce et de banque sont de trois sortes. La première, appelée “société générale” ou ordinaire est celle qui se contracte entre deux ou plusieurs personnes et dans laquelle les associez confèrent également leur argent et leurs soins. Tous les actes de cette société se passent sous les noms des associez qui l'ont contractée, soit que ces noms soient exprimés chacun en particulier, soit qu'ils soient exprimés collectivement, v.g. sous le nom d'un tel et compagnie”.

*mettre son argent dans la société, sans faire aucune fonction d'associé et l'autre donne quelquefois son argent, mais toujours son industrie pour faire sous son nom le commerce de marchandises dont ils sont convenus ensemble*⁴⁵. Et il poursuit un peu plus loin : *“La société en commandite est ainsi appelée, parce que celui qui donne ses deniers à un autre qui n'apporte en la société bien souvent que son nom, sous lequel le commerce se fait, et son industrie pour en avoir la conduite est toujours le maître, car c'est lui qui maintient le commerce sans quoi il ne pourrait pas subsister. Il n'y a rien de si utile à l'Etat et au public que les sociétés en commandite...”*⁴⁶.

De même pour Toubeau⁴⁷, *“cette société se contracte entre deux ou plusieurs personnes, dont l'une sans aucune autre action de société, ne fait qu'y conférer son argent et l'autre y donne son nom, son argent et son industrie ou son nom et son industrie seulement”*.

Il résulte de ces deux définitions de la fin du XVII^e siècle que le contrat de commende, à l'origine de cette société, est perdu de vue. De plus, Savary qui tente de distinguer les rôles respectifs des deux catégories d'associés n'inclut pas, dans sa définition, la limitation de responsabilité du commanditaire, alors qu'il fait toutefois allusion à son absence de participation à la gestion. Ainsi le commanditaire apparaît tantôt passif et seulement soucieux du rendement de ses capitaux, tantôt actif et dominateur. Toubeau pense de la même manière que Savary dans ce domaine. Au contraire, Bornier⁴⁸, Boutaric⁴⁹, Pothier⁵⁰ et Jousse⁵¹ insèrent la limitation de responsabilité du commanditaire dans leur définition de la société en commandite.

Ces différentes définitions montrent que cette variété de société bénéficiée de capitaux qu'apportent les associés en commandite. Il existe donc deux sortes d'associés : les associés gérants ou commandités appelés aussi “complimentaires” responsables comme ceux d'une “société générale” et les commanditaires, connus parfois nominativement et dont les parts, en principe, ne sont pas négociables⁵². Ces derniers ne sont pas responsables indéfiniment mais simplement jusqu'à concurrence du montant de leur commandite. Nous verrons plus loin en détail la différence de responsabilité entre ces deux catégories d'associés.

Les sociétés en commandite présentent un double avantage. Le pre-

45. Savary (J.), *Le parfait négociant*, op.cit., p. 2.

46. *Ibid.*, p. 13.

47. Toubeau (J.), *Les institutes de droit consulaire ou la jurisprudence des marchands*, op.cit., p. 73.

48. Bornier (Ph.), *Conférences des ordonnances de Louis XIV*, op.cit., p. 383.

49. Boutaric (Fr. de), *Explication de l'ordonnance de Louis XIV*, op.cit., p. 23.

50. Pothier (R.J.), *Traité du contrat de société*, op.cit., p. 55-56, n° 60.

51. Jousse (D.), *Commentaire sur l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, op.cit., p. 78.

52. Cette société correspond à la commandite simple des articles 23 et suivants de la loi de 1966.

mier est de trouver de l'argent auprès de riches particuliers qui limitent leur responsabilité. Ces capitaux permettent, soit de créer directement une société en commandite (simple), soit de transformer une société générale en commandite à une époque où naissent en France la grande entreprise et les manufactures, alors que pourtant, le crédit n'est pas encore organisé. Le second avantage est que les deux premiers ordres de la société : clergé et noblesse, sont autorisés à faire fructifier leurs capitaux sans dérogeance. En effet, tandis qu'ils n'ont pas le droit d'être associés dans une "société générale" puisque celle-ci doit être publiée, ils peuvent au contraire placer leur argent dans les commandites, ce qui leur permet à la fois de participer à l'expansion économique du royaume et de bénéficier de façon discrète et même anonyme, sans être commerçant, des revenus issus du commerce, la société en commandite n'étant pas nécessairement publiée. Dans *Le parfait négociant*, Savary explique "aux personnes de qualité tant de la noblesse que de la robe" qu'il n'est pas déshonorant pour elles d'entrer dans des sociétés en commandite. Il donne, à cet effet, quatre raisons :

"La première est qu'elles n'exercent point le commerce mais donnent seulement leur argent à des marchands qui, faisant le négoce sous leurs noms, leur donnent participation dans les profits et pertes qu'ils font...". De ce fait, *"elles ne font aucune action servile et vilaine qui les puisse déshonorer...elles se font rendre compte de la négociation qui aura été faite de leur argent et reçoivent les profits... . Tout cela ne déroge point à leur noblesse ni à leur qualité"*.

La seconde raison est que les sociétés en commandite se forment avec des négociants qui font le commerce en gros. Puis les marchandises sont vendues aux marchands en détail qui les débitent au public. Il n'y a, selon Savary, *"rien de bas ni d'abject"* puisque Louis XIII, par l'ordonnance du mois de janvier 1627, article 452, les a anoblis et que la plupart de ceux qui entreprennent des manufactures le sont également⁵³.

53. De même, Louis XIV a anobli ou maintenu dans leur noblesse les entrepreneurs de plusieurs manufactures de draperie ainsi que leurs associés au moyen de trois lettres patentes : "la première du mois de juillet 1646 porte établissement d'une manufacture de draps en la ville de Sedan à l'instar de celle de Hollande en faveur des sieurs Nicolas Cadeau, Jean Binet et Zueil de Marseille, marchands de la ville de Paris qu'il a annoblis". La deuxième du mois d'octobre 1665 crée une manufacture de draps en la ville d'Abbeville à l'imitation de ceux d'Espagne et de Hollande, en faveur du sieur Josse Vanrobais, marchand hollandais. Il lui est permis d'associer à ladite manufacture les personnes qu'il jugera à propos, sans que pour autant ses associés "dérogent à noblesse, sous prétexte de commerce et de marchandise". "La troisième du 16 décembre 1698 portant établissement d'une manufacture de draps de laine et de draps de soie et de laine de toutes couleurs en la province de Champagne dans les villes de Châlons et de Reims en faveur des sieurs Sauvage et de Champlain, écuyer, et Vernier son associé, par laquelle il leur est permis d'associer les personnes que bon leur semblera sans que pour autant lesdits de Champlain, Vernier et leurs associés dérogent à noblesse, sous prétexte de commerce et de marchandise". Cf. Savary (J.), *Le parfait négociant, enrichi d'augmentation par Jacques Savary des Bruslons, nlle édition, revue et corrigée... par Philémont-Louis Savary, chanoine de l'église royale de Saint-Maur, son fils*, Paris : chez les frères Estienne, 1757, t. 1, 2ème partie, p. 14-15.

La troisième raison est : puisque les gentilshommes de France sont autorisés à faire le commerce sur mer, à l'étranger, par des voyages au long cours, sans déroger à leur noblesse⁵⁴, ils peuvent à plus forte raison constituer des sociétés en commandite, avec des négociants eux-mêmes nobles, à qui ils donneront leur argent et de qui ils recevront ensuite des profits.

La quatrième et dernière raison est que presque dans toute l'Italie, notamment à Gênes, Venise et Florence, la noblesse qui a des galères pour faire le négoce en Méditerranée, considère le trafic comme une chose honorable. De même en Angleterre, même la plus haute noblesse fait le commerce de la laine et du bétail sans déroger, de la même manière que les marchands et les paysans.

Savary conclut donc qu'en France, les gentilshommes et "*les autres personnes de la robe*" peuvent, sans difficulté, fonder des sociétés en commandite avec des marchands et des négociants en gros, puisqu'ils sont anoblis par l'ordonnance de Louis XIII. Par ce moyen, ils ont la possibilité de s'enrichir et d'augmenter considérablement leur fortune.

3) La "société anonyme"

Cette société présente un double caractère : elle est à la fois occulte comme l'est la société en commandite à l'égard des commanditaires et momentanée. Selon Savary "*elle se fait sous aucun nom*"⁵⁵. Chaque associé travaille de son côté sous son nom puis chacun rend compte à l'autre ou aux autres associés des profits et des pertes. Savary des Bruslons précise encore que "*le public n'est pas informé de cette société*". Il affirme qu'elle s'appelle aussi momentanée parce qu'elle dure souvent le temps qu'il faut pour acheter et partager les marchandises ou les deniers provenant de la vente qui en a été faite⁵⁶. Ainsi la "société anonyme" se distingue de la "société générale", par son caractère occulte qui présente un inconvénient et c'est sans doute pour cette raison que l'Ordonnance de 1673 ne l'a pas prévue. Savary des Bruslons mentionne que ce type de société est très utilisée par les marchands et négociants pour accaparer certaines marchandises d'où il en résulte des abus. Ainsi par exemple les droits des créanciers se trouvent parfois à la merci de la bonne foi

54. *Édit du Roy portant que les nobles pourront faire le commerce de mer sans déroger à la noblesse, donné à Saint-Germain-en-Laye, au mois d'août 1669 et édit du roy qui permet aux nobles, excepté (à) ceux qui sont revêtus de charges de magistrature, de faire commerce en gros et qui déclare quels sont les marchands et les négociants en gros, donné à Versailles au mois de décembre 1701. "Les édits des mois de mai et d'août 1664 qui établissent les compagnies du commerce des Indes Orientales et Occidentales ont prévu que toutes personnes de quelque qualité qu'elles soient pourront y entrer et participer sans déroger à la noblesse, ni préjudicier aux privilèges d'icelles"* (sic), cf. Savary (J.), *Le parfait négociant*, op.cit., t. 1, 2^e partie, p. 16-21.

55. Savary (J.), *Le parfait négociant*, op.cit., p. 2.

56. Savary des Bruslons (J.), *Dictionnaire universel de commerce*, op.cit., t. 3, v^o "société", col. 144-149 et spécialement col. 145-146.

ou de la collusion de ces associés, dont ils ignorent jusqu'à l'existence. Néanmoins, si la législation passe sous silence la "société anonyme", du moins ne l'interdit-elle pas expressément. Cette société se fait, soit verbalement, soit par écrit, soit encore par lettres missives. Les mentions sont très brèves et tiennent souvent dans un seul article. Savary et son fils distinguent quatre sortes de "sociétés anonymes".

La première est celle que Savary appelle "comptes en participation" et son fils "société participe ou par participation". Elle se constitue ordinairement par lettres missives. Selon l'exemple pris par Savary des Bruslons : deux négociants, dont l'un habite Nantes et l'autre Paris, se mettent en relations d'affaires. Celui de Nantes propose à son ami de Paris d'acheter avec lui certaines marchandises actuellement entreposées dans un navire venant des Indes Orientales. L'ami de Paris lui répond qu'il accepte, achète telles marchandises dans telle proportion et qu'il veut bien participer aux profits et pertes de la vente en proportion de la part qu'il y prend. A la suite de cette réponse, le marchand de Nantes achète puis vend les marchandises en question.

Le second type de "société anonyme" se forme dans les foires et marchés et consiste dans l'engagement pris par trois ou quatre marchands de s'associer pour acheter des marchandises pendant la foire, puis se les partager selon une proportion débattue d'avance dans le but "*de ne pas surenchérir les uns sur les autres*"⁵⁷. Ces sociétés, presque toujours imprévues, se font très souvent oralement et sont donc réglées par la bonne foi.

La troisième variété consiste en une entente entre gros marchands, qui après avoir accaparé dans un "pays", c'est-à-dire dans une province, certaines marchandises rares, conviennent de ne les céder dans des foires et marchés qu'à un prix fixé d'avance par eux, "*en sorte que ceux qui veulent en acheter sont dans l'obligation absolue de passer par ce qu'ils veulent ou s'en retourner sans en acheter*". Savary des Bruslons conclut que cette sorte de société est très préjudiciable au commerce. Il s'agit d'un monopole qui, selon lui, devrait être absolument défendu et puni⁵⁸.

La quatrième espèce de "société anonyme" se forme entre plusieurs négociants pour l'importation et la vente de certaines denrées dans des circonstances exceptionnelles notamment dans le cas d'une disette de blé en France, tandis, par exemple, qu'il y en a en abondance en Pologne. Trois ou

57. Domat dénie la qualité de société à cette deuxième variété, en raison de l'absence de l'élément personnel qu'en romaniste il exige de toute société ; cf. Domat (J.), *Lois civiles...*, *op.cit.*, I, 8, 2, 7 : "*Si deux ou plusieurs personnes voulant acheter une même chose conviennent, pour ne pas enchérir les unes sur les autres, de l'acheter tous ensemble ou par l'un d'eux ou par une tierce personne, cette convention leur rend commune la chose achetée, mais ne la met pas en société, car ils ne sont pas liés par le choix des personnes, mais seulement par la chose qu'ils ont en commun*".

58. Savary des Bruslons (J.), *Dictionnaire universel de commerce*, Genève : chez les frères Cramer et Claude Philibert, 1750, 6ème édition, t. 3, v° "société", col. 863-871 et spécialement col. 870.

quatre marchands s'associent alors pour effectuer l'opération par acte sous seing privé, mais un seul d'entre eux est chargé d'aller acheter le blé et de le vendre à son retour. Dans ce cas, c'est uniquement lui qui existe aux yeux du public.

Savary des Bruslons poursuit : les "sociétés anonymes" se font non seulement entre marchands et négociants mais encore avec "*des personnes de qualité, de robe et d'épée*" qui font valoir leur argent. Boutaric, Pothier et Jousse n'apportent rien de nouveau dans leur commentaire à propos des "sociétés anonymes" par rapport à la famille Savary. Toubeau précise qu'elles ne requièrent point de solennités, d'enregistrement ni d'inscription sur le tableau parce qu'elles ne regardent pas le public. Néanmoins, ils nous apprennent qu'elles font l'objet de quantité de procès devant les juridictions consulaires bien qu'une action ne puisse naître qu'entre associés⁵⁹. Bornier ajoute enfin que la "société anonyme" se fait sur le champ, verbalement et n'est fondée que sur la foi du marchand⁶⁰.

II. - LA FIXATION PAR LA DOCTRINE DU STATUT JURIDIQUE DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES

L'Ordonnance de 1673 a prévu certaines règles générales impératives pour les sociétés de personnes ; elles seront reprises par la suite, tant pour celles-ci, que pour les sociétés de capitaux dans le "Code de Commerce" napoléonien. Ainsi, quant à la forme, elle exige un écrit et une publicité - l'écrit est désormais davantage conforme à la notion d'ordre qu'impose la monarchie -, quant au fond, elle définit la responsabilité des associés, ce qui a permis, comme nous l'avons dit, de classer les sociétés. L'oeuvre de la doctrine consiste à fixer le statut juridique des sociétés de personnes, d'une part en confirmant l'exigence de l'écrit et de l'enregistrement des sociétés, d'autre part en commentant l'article 7 qui prévoit la solidarité de tous les associés aux dettes de la société, et l'article 8 qui établit la limitation de responsabilité des associés en commandite jusqu'à concurrence de leur part.

A) L'écrit et la publicité

1) L'écrit

Selon l'article 1er du titre IV, "*toute société générale ou en comman-*

59. Toubeau (J.), *Les institutes de droit consulaire ou la jurisprudence des marchands*, op.cit., p. 110.

60. Bornier (Ph.), *Conférences des ordonnances de Louis XIV...*, op.cit., p. 383.

dite sera rédigée par écrit ou par devant notaires ou sous signature privée ; et ne sera reçue aucune preuve par témoins contre ou outre le contenu, en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis l'acte, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de cent livres". Comme le mentionne Jousse, cet article ne concerne pas seulement les sociétés entre marchands, négociants et banquiers, mais aussi entre gens d'affaires et toutes autres personnes qui s'associent pour un commerce de marchandises, d'argent ou d'autres entreprises. Seules les "sociétés anonymes" se font souvent verbalement car, si l'on s'en rapporte aux paroles des associés ou des témoins, il n'y aurait le plus souvent dans les contrats de société aucune certitude⁶¹. Les sociétés entre marchands et négociants se font ordinairement sous seing privé, mais comme le souligne également Savary, il serait parfois préférable de les faire par devant notaire, pour que les associés puissent prendre une hypothèque sur tous les biens meubles et immeubles de l'un et de l'autre⁶².

2) L'enregistrement de l'extrait des sociétés et la publicité

Selon l'article 2, "*l'extrait des sociétés entre marchands et négociants tant en gros qu'en détail sera enregistré au greffe de la juridiction consulaire, s'il y en a, sinon en celui de l'hôtel commun de la ville ; et s'il n'y en a point, au greffe de nos juges des lieux, ou de ceux des seigneurs, et l'extrait inséré dans un tableau exposé en lieu public ; le tout à peine de nullité des actes ou contrats passés tant entre les associés qu'avec leurs créanciers et ayant-cause*".

Cet article est d'une importance capitale puisqu'il établit, pour la première fois, la publicité légale. Il n'est donc pas nécessaire, comme le fait remarquer Jousse que l'acte de société soit enregistré en entier, il suffit que cela se fasse par extrait⁶³. En outre poursuit l'auteur, "*cet article ne parlant point des personnes qui ne sont ni marchands ni négociants qui auraient fait des sociétés en commandite avec un marchand, il en résulte que ces personnes ne sont pas tenues d'enregistrer l'acte de leur société*" ; le plus souvent, en effet, elles ne veulent pas être connues du public⁶⁴.

Bornier et Boutaric estiment aussi que les sociétés en commandite ne sont pas assujetties à cette formalité. En effet, selon Boutaric⁶⁵, les tiers ne contractent pas avec ces personnes qui apportent seulement leurs capitaux et ne s'obligent qu'à concurrence du "fonds" qu'elles donnent. Pour Bornier⁶⁶, elles ne veulent pas que le public sache qu'elles sont associées avec des marchands ni que leur nom soit exposé en lieu public.

61. Jousse (D.), *Commentaire sur l'Ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, op.cit., p. 82-83.

62. Savary (J.), *Le parfait négociant*, op.cit., t. 1, 2ème partie, p. 6.

63. Jousse (D.), *Commentaire sur l'Ordonnance du commerce...*, op.cit., p. 83.

64. *Ibid.*, p. 84-85.

65. Boutaric (Fr. de), *Explication de l'ordonnance de Louis XIV*, op.cit., p. 26.

66. Bornier (Ph.), *Conférences des ordonnances de Louis XIV...*, op.cit., p. 384.

Le contenu de l'extrait de l'acte de société :

L'article 3 prévoit que certaines mentions doivent figurer dans l'acte de société notamment les noms, surnoms, qualités et demeures des associés et les clauses extraordinaires s'il y en a pour la signature des actes, enfin le temps auquel elle doit commencer et finir. De plus, selon l'article 4, tous actes portant changement d'associés, nouvelles stipulations ou clauses pour la signature seront enregistrés et publiés et n'auront lieu que du jour de la publication. Le but de ces deux articles est d'assainir le monde des marchands, d'éviter les fraudes, d'empêcher les sociétés fictives ou d'hommes de paille. Comme le fait remarquer Boutaric⁶⁷, grâce aux mentions : noms, surnoms, qualités et domiciles des associés qui figurent dans l'extrait, le public, c'est-à-dire les tiers, sait exactement à quelles sociétés il a à faire. Elles permettent de mieux identifier les associés et de contracter plus sûrement avec eux, tous étant solidaires, même si l'un d'eux seulement a signé. De même, les clauses extraordinaires doivent être insérées dans l'extrait, par exemple celle qui autorise un seul des associés à tirer les lettres de change, à l'exclusion des autres ou passer des ordres pour la société. L'Ordonnance n'exige pas que soient indiquées dans l'extrait enregistré, les conditions ou les clauses concernant personnellement les associés, notamment le montant du capital social appelé "fonds" que chacun des associés est tenu d'apporter dans la société, ni la manière selon laquelle ils sont obligés de partager les profits et de supporter les pertes. Ainsi, toutes ces mentions jugées inutiles puisqu'elles n'intéressent pas le public ne doivent pas être enregistrées au greffe de la juridiction consulaire. En effet, comme le constate Jousse, "*l'enregistrement est jugé aussi peu nécessaire aujourd'hui par rapport au public que par rapport aux associés quelque sage que soit le règlement contenu dans ces articles, l'usage contraire a prévalu*".

La sanction en cas de non publicité :

L'article 2 rend la publicité obligatoire à peine de nullité de tous les actes passés entre associés mais aussi des contrats passés par eux avec des tiers. En édictant une sanction aussi sévère, l'Ordonnance heurte la mentalité des commerçants qui tient fermement au respect du secret des affaires. Les associés ne souhaitent pas en général que leurs noms soient connus et publiés. La sanction du défaut d'enregistrement et de publicité prévue par l'Ordonnance est la nullité absolue de la société dont peuvent se prévaloir aussi bien les associés que les tiers. Consulté sur cette question, Savary confirme d'abord dans *Le parfait négociant* la solution radicale prise par l'article 2⁶⁸. Mais lorsqu'il se rend compte qu'un tel système va à l'encontre de l'intérêt des tiers, il admet dans son parère XL que soit prononcée une nullité

67. Boutaric (Fr. de), *Explication de l'Ordonnance de Louis XIV...*, op.cit., p. 27-28.

68. Savary (J.), *Le parfait négociant*, op.cit., t. 1er, 2ème partie, p. 7.

relative⁶⁹. “*Car autrement, commente Boutaric à ce propos, si une société ne devait avoir aucun effet par le fait qu'elle n'aurait pas été enregistrée, que deviendraient les profits qui auraient été faits pendant le temps que la société aurait duré et à qui devrait-on les adjuger ? Que deviendraient pareillement les dettes passives et par qui devraient-elles être supportées ? Il est évident que l'Ordonnance ne requiert l'enregistrement que par rapport au public et afin qu'il ne soit pas trompé par des sociétés dont les conditions lui étaient inconnues*”⁷⁰.

Tandis que Toubeau ne mentionne pas que l'usage n'est pas d'enregistrer les sociétés⁷¹, Bornier précise que l'acte de société n'est pas pourtant déclaré nul, même s'il n'a pas été enregistré⁷². Jousse approuve l'enregistrement de l'acte mais il observe que si cette formalité est sagement établie, l'usage contraire a prévalu. Il est rare, écrit-il, que les sociétés de marchands soient enregistrées. Cette nullité ne se prononce guère devant les tribunaux, soit au regard des associés entre eux, soit au regard de leurs créanciers, contre la disposition de l'article 6⁷³ ; mais il faut pour cela que la société soit prouvée par ailleurs, soit par des lettres, soit par d'autres actes passés entre les parties ou avec leurs créanciers.

L'auteur des notes sur Bornier nous apprend vers 1678 que les formalités d'enregistrement au greffe et d'affiche dans un tableau sont tombées en désuétude. Il signale en outre que “*les actes de société ne se publient ni ne s'enregistrent point*”. D'accord avec la pratique, les juridictions consulaires elles-mêmes composées de commerçants admettent très rapidement que les dispositions de l'Ordonnance de 1673 concernant la publicité des sociétés sont tombées en désuétude. Ainsi un arrêt du Parlement de Paris du 21 juillet 1681, soit huit ans après la promulgation de l'Ordonnance, déclare que les sociétés de commerce non enregistrées sont néanmoins valables si leur existence est prouvée ; et un peu plus tard, la “*Conservation des foires de Lyon*”, par

69. Savary (J.), *Le parfait négociant, op.cit.*, t. II contenant les parères ou avis et conseils, 3è éd. revue et augmentée de 39 nouveaux parères par Jacques Savary des Bruslons, Paris : Claude Robustel, 1724, Parère XL du 19 septembre 1682, pp. 324, 327, 328 : pour préserver les intérêts des tiers ayant contracté avec un associé agissant sous un nom social, Savary en arrive à admettre, pour éviter des fraudes entre associés, qu'une société ainsi frappée de nullité, subsiste en tant que “*société anonyme*”, c'est-à-dire en participation puisque cette dernière échappe à l'enregistrement. Un avis des députés du Commerce, à propos d'une affaire judiciaire, en date du 21 mai 1779, devait reprendre l'essentiel de cette interprétation.

70. Boutaric (Fr. de), *Explication de l'Ordonnance de Louis XIV...*, *op.cit.*, p. 25.

71. Toubeau (J.), *Les institutes de droit consulaire ou la jurisprudence des marchands, op.cit.*, p. 93.

72. Bornier (Ph.), *Conférences des ordonnances de Louis XIV...*, *op.cit.*, p. 384.

73. Article 6 : “*Les sociétés n'auront effet à l'égard des associés, leurs veuves et héritiers, créanciers et ayants cause que du jour où elles auront été registrées et publiées au greffe du domicile de tous les contractants et du lieu où ils auront magasin*”. Selon Jousse, cette clause n'est point observée dans l'usage à l'égard des associés, leurs veuves et héritiers. Les clauses et conditions portées par les actes de sociétés s'exécutent entre eux dès qu'ils les ont signées bien que ces sociétés n'aient point été suivies de publication et d'enregistrement, mais elles n'ont point lieu par rapport au public.

un acte de notoriété du 9 mars 1729, atteste que l'usage de cette ville, autorisé par jurisprudence des arrêts, "*est de ne pas regarder comme une nullité le défaut d'enregistrement d'une société de commerce*"⁷⁴. Le Parlement de Paris, celui de Rouen et celui de Douai suivent les mêmes pratiques. Une réaction se produit au Parlement de Bordeaux en 1787, mais elle est en fait de courte durée⁷⁵. Ainsi, pour ne pas sanctionner les tiers qui ont traité de bonne foi avec des associés, les tribunaux refusent de déclarer nulle rétroactivement, une société qui n'a pas été enregistrée. De ce fait, peu de sociétés sont publiées.

B) La responsabilité des associés

L'article 7 du titre IV pose le principe que "*tous associés seront obligés solidairement aux dettes de la société, encore qu'il y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la compagnie et non autrement*".

Cette règle, en fait, est propre au droit commercial. En effet, comme l'explique Pothier⁷⁶, elle est une exception au principe général de droit, suivant lequel, lorsque plusieurs personnes contractent ensemble une obligation, elles sont censées ne le faire chacune que pour leur part, si elles n'ont pas expressément déclaré qu'elles la contractent solidairement. Elle est fondée sur la faveur du commerce pour que les marchands qui forment une société aient plus de crédit. L'article 8 prévoit la responsabilité des associés en commandite qui sont obligés uniquement jusqu'à concurrence de leur part.

1) Les dettes des sociétés en nom collectif

La véritable caractéristique des "sociétés générales" est la responsabilité solidaire et indéfinie des associés. Néanmoins, ces traits ne sont pas aussi nets qu'il le paraît.

Pour qu'une dette consistant, comme le dit Jousse, en achats et ventes de marchandises, promesses, billets et autres actes concernant le négoce, soit réputée "dette de la société" et oblige ainsi solidairement chacun des associés, il faut deux conditions : elle doit d'abord avoir été contractée par une personne ayant le pouvoir d'obliger tous les associés et ensuite l'avoir été au nom de la société.

1ère condition :

En premier lieu, pour que l'un des associés ait ce pouvoir, il est

74. Guyot (P.), *Répertoire universel de jurisprudence...*, *op.cit.*, v° "société", p. 329.

75. Boucher (P. B.), *Institutions commerciales*, *op.cit.*, n° 935, p. 172.

76. Pothier (R. J.), *Traité du contrat de société*, *op.cit.*, p. 93-94.

nécessaire que les autres lui aient donné expressément ou tacitement la possibilité d'administrer les affaires de la société ou bien que celui qui a contracté avec lui, ait cru qu'il l'avait ; sans cela, la dette qu'il a contractée, bien qu'elle soit au nom de la société et pour ses affaires, n'oblige les autres associés que jusqu'à concurrence de ce que la société en a profité. Pothier rappelle, à ce propos, que cette clause particulière aurait dû être insérée dans l'extrait du contrat de société qui normalement devait être publié. Cette disposition de l'Ordonnance étant tombée en désuétude, l'usage, dans les sociétés de commerce, est que les associés se donnent réciproquement le pouvoir de contracter et de gérer les affaires les uns pour les autres. Jousse⁷⁷ ajoute que, dans l'acte de société dûment enregistré, il ne faut pas qu'il y ait de clause interdisant à l'un quelconque des associés de pouvoir engager les autres, car autrement la "compagnie" ne serait pas obligée par la signature de cet associé. Et celui qui aurait ainsi signé, bien que ce soit pour elle, demeurerait seul engagé envers ceux avec qui il aurait négocié.

2ème condition :

Lorsque l'un des associés a le pouvoir d'agir, il faut, pour que la perte oblige les autres associés, qu'elle ait été contractée au nom de la société et pour cela, comme l'indique l'article 7, l'associé doit ajouter à sa signature "pour la compagnie". L'Ordonnance de Colbert a donc tranché dans le sens du formalisme le plus strict en optant pour la sécurité du commerce en général. La signature sociale engage donc la société et entraîne la solidarité de ses membres à l'égard des tiers. Néanmoins, si elle a prévu cette obligation, l'on rencontre dans la pratique des clauses expresses figurant dans des actes de "société générale" qui écartent la solidarité ou qui limitent la responsabilité des associés. Il suffit de le faire savoir au public dans l'acte de société. Ainsi, les contours de la "société générale" restent imprécis puisque ses traits les plus caractéristiques - la responsabilité solidaire et indéfinie de ses membres - peuvent lui faire défaut. L'Ordonnance, sur ce point, est donc souvent peu appliquée.

2) Les dettes des sociétés en commandite : la situation des commanditaires

Selon l'article 8 du titre IV, "*les associés en commandite ne seront obligés que jusqu'à concurrence de leur part*" c'est-à-dire du "fonds" qu'ils ont mis dans la société et non au-delà. L'originalité de cette société repose sur la limitation de responsabilité de ces associés au montant de leur apport en capital tandis que les commandités sont tenus *in infinitum et in solidum* comme dans une "société générale". Dans sa forme première, la société en commandite constitue une société de personnes : il s'agit en fait de la commandite "simple" ou "par intérêts", ce qui signifie que ses parts ne sont pas négociables. A la fin du XVIII^e siècle, lorsque son capital est divisé en actions, la

77. Jousse (D.), *Commentaire sur l'Ordonnance...*, op.cit., p. 92.

commandite devient une société de capitaux. Elle est donc un instrument très souple. En réalité, *“telle qu'elle était pratiquée dans le commerce français, elle reposait même sur un véritable contresens par rapport au modèle italien dont elle provenait”*⁷⁸.

On estime alors d'une manière générale que le commanditaire ne doit pas “paraître”, de ce fait, très souvent, les commandites ne sont pas enregistrées. Il arrive parfois, au contraire, que le commanditaire figure dans la raison sociale comme si c'était un commandité. Dans les rapports internes, ce dernier est soit soumis aux décisions du commanditaire, soit tenu seulement de rendre des comptes et si pour Savary le commanditaire apporte son argent sans avoir “aucune fonction d'associé”, en fait, la pratique l'a autorisé à intervenir dans les actes de gestion jusqu'à la fin du XVIIIème siècle.

En outre, l'étendue de sa responsabilité n'est pas clairement définie. Est-il tenu vis-à-vis des tiers c'est-à-dire des créanciers ou uniquement à l'égard du commandité ou complémentaire ? Pothier penche pour la deuxième opinion⁷⁹. Au contraire, la première opinion, qui paraît la plus répandue est exprimée par Bourjon en ces termes : *“L'associé en commandite ne peut être engagé par le fait des autres au-delà des fonds qu'il a mis dans la société.... De là il s'ensuit qu'en abandonnant ces fonds sur lesquels la poursuite des créanciers est limitée à son égard, il ne peut être actionné de leur part”*. Cette doctrine paraît avoir été celle des rédacteurs de l'Ordonnance. Il existe d'ailleurs une liaison entre les articles 7 et 8 qui, du reste, portent une rubrique commune : *“De l'obligation des associés pour le paiement des dettes de la société”*. L'article 7 la déclare indéfinie dans les sociétés ordinaires et l'article 8 stipule qu'elle est limitée dans les sociétés en commandite.

Il résulte de cette position incertaine que le commanditaire peut effectuer des actes de gestion sans que les tiers connaissent l'existence de la commandite puisque la publicité prévue par l'Ordonnance n'est pas obligatoire. Mais s'il s'immisce dans les affaires de la société, il peut être considéré comme ayant pris la qualité d'associé gérant et de ce fait devenir responsable sur sa fortune personnelle au-delà de sa commandite.

Savary a pourtant montré les inconvénients graves du défaut d'enregistrement : le commanditaire, selon l'usage, n'apparaît pas sur les livres

78. Hilaire (J.), *Introduction historique au droit commercial*, Paris : P.U.F., 1986, p. 192.

79. Pothier (R. J.), *Traité du contrat de société, op.cit.*, S II, n° 102 : *“Dans les sociétés en commandite n'y ayant que l'associé principal et dans les sociétés anonymes n'y ayant que l'associé connu qui fasse seul et en son nom les contrats de la société, c'est une conséquence qu'il n'y a que lui seul qui s'oblige et que les associés en commandite, de même que les associés inconnus, ne sont point tenus des dettes de la société envers les créanciers, avec qui l'associé principal ou connu a contracté, suivant les principes établis supra n. 101. Ils n'en sont tenus qu'envers leur associé principal et connu qui les a contractées, devant l'en acquitter chacun pour la part qu'il a en la société, sçavoir l'associé anonyme indéfiniment et l'associé en commandite, seulement jusqu'à concurrence du fonds qu'il a mis dans la société”*.

comme associé mais seulement comme créancier, d'où les possibilités de fraude en cas de faillite. La pratique déduit du privilège de limitation de responsabilité que le commanditaire ne doit pas paraître en nom dans l'activité de la société et elle considère que la commandite n'a pas à être connue du public. Aussi la différence entre elle et la "société anonyme" s'estompe-t-elle. A l'inverse du droit statutaire des cités italiennes où existe un équilibre entre le privilège du commanditaire et les intérêts des tiers, dans la pratique française, cet équilibre est entièrement sacrifié au seul profit des associés.

Deux difficultés existent à propos de la responsabilité du commanditaire. La première vient de l'article 8 selon lequel cet associé n'est obligé que jusqu'à concurrence de sa part. Tous les auteurs y compris Jousse⁸⁰ sont d'accord pour affirmer que le mot "part" signifie la mise du commanditaire et dans la pratique cette interprétation n'a jamais été démentie.

Une deuxième difficulté se pose au sujet des bénéfices sociaux attribués annuellement aux commanditaires. Doivent-ils être considérés comme leur appartenant ou au contraire peuvent-ils être réclamés, en cas de faillite de la société, par les créanciers sociaux ? Dans l'ancien droit, les auteurs pensent que les intérêts, même échus, font masse avec le capital social et forment en conséquence, le gage des créanciers sociaux. C'est ce qu'affirme Bornier⁸¹ dans son commentaire de l'article 8. Tandis que les rédacteurs du "projet Miromesnil"⁸², comme nous le verrons plus loin, résolvent la difficulté en faisant une distinction entre les sommes prélevées par les commanditaires pour leur subsistance et leur entretien qui demeurent leur propriété définitive et le reste qui devra être rapporté en cas de perte.

3) La responsabilité des associés dans la "société anonyme"

Il est difficile de trouver un critère permettant de distinguer les "sociétés anonymes" des commandites en raison de l'indétermination de ce dernier concept. Si, comme de nos jours la responsabilité du commanditaire était toujours limitée à sa mise, on pourrait dire : dans la commandite, l'associé n'est pas tenu *in infinitum* et dans la "société anonyme" il n'est pas tenu *in solidum*. Mais cette formule n'est vraie que très approximativement. En effet,

80. Jousse (D.), *Commentaire sur l'Ordonnance...*, *op.cit.*, article 8, p. 94-97. "Les associés en commandite ne sont ordinairement tenus que jusqu'à concurrence du fonds qu'ils ont mis dans la société, et non au-delà : il n'y a que ceux dont la société porte le nom qui soient obligés indistinctement aux dettes. On met ordinairement cette clause dans l'acte de société en commandite, comme une des premières conditions de cette société".

81. Bornier (Ph.), *Conférences des ordonnances de Louis XIV...*, *op.cit.*, art. 8, p. 387-388. "Les associés en commandite ne peuvent pas être obligés solidairement, parce qu'ils ne portent pas le nom de la société et que la commandite oblige seulement les associés pour le fonds et capital qu'ils ont mis en icelle, ... ceux entre les mains de qui le fonds est remis pour en faire négoce ne pourront obliger les associés que pour leur part et portion du fonds et profit...".

82. Lévy-Bruhl (H.), *Un projet de Code de commerce à la veille de la Révolution : le projet Miromesnil*, *op.cit.*, p. 113 (tit. IV, art. 5).

dans notre ancien droit, il existe des sociétés qualifiées de commandite où l'associé commanditaire est tenu intégralement. En outre, l'absence de solidarité des associés des "sociétés anonymes" n'est pas toujours reconnue. Néanmoins existe un principe général confirmé par Savary⁸³, Jousse et Pothier selon lequel seul l'associé connu s'oblige envers les tiers. Pour Jousse⁸⁴, "il n'y a que celui qui fait l'achat des marchandises qui soit obligé envers le vendeur originaire et le correspondant ne l'est point". Selon Pothier⁸⁵, "Dans les sociétés anonymes (ou en participation) n'y ayant que l'associé connu qui fasse seul en son nom les contrats de la société, ... il n'y a que lui seul qui s'oblige, et... les associés inconnus ne sont point tenus des dettes de la société envers les créanciers avec qui l'associé... connu a contracté". Ainsi, les associés anonymes, étant ignorés des créanciers sociaux, échappent à leurs poursuites directes.

Malgré le succès mérité au lendemain de sa mise en vigueur, l'Ordonnance de 1673 présente des imperfections. En plus de la médiocrité relative de son plan, elle laisse de côté la question des commissionnaires et reste très insuffisante sur la lettre de change, les faillites et banqueroutes, la compétence de la juridiction consulaire ainsi que les sociétés. Ses principaux commentateurs lui reconnaissent à la fois des qualités et des défauts. À côté des travaux de la doctrine, existent aussi un mémoire plus critique d'un auteur resté anonyme de la fin du XVII^e siècle et trois projets de réforme de l'Ordonnance de 1673, datant du XVIII^e siècle.

Ce commentaire manuscrit rédigé entre 1678 et 1686⁸⁶ présente une âpre critique contre les dispositions du "Code marchand" qui ne répond plus aux besoins réels du négoce ; cette situation retient particulièrement alors l'attention des milieux commerciaux et de l'autorité publique.

L'un des motifs de la création du Conseil de commerce en 1700 est la rédaction d'une nouvelle Ordonnance du commerce destinée à remplacer celle de 1673 qui manque de clarté et d'exactitude⁸⁷. Le nouveau Conseil de commerce se préoccupe encore en 1715 de cette réforme, d'où la naissance du pro-

83. Savary (J.), *Parère XXIII*.

84. Jousse (D.), *Commentaire sur l'Ordonnance...*, *op.cit.*, tit. IV "Des sociétés", p. 79.

85. Pothier (R. J.), *Traité du contrat de sociétés*, *op.cit.*, S II, p. 101-102, n. 102.

86. Ce commentaire intitulé *Observations sur l'édit de règlement pour le commerce du mois de mars 1673*, communément appelé le "Code marchand" se trouve dans la collection Morel de Thoisy, vol. 465, fol. 280-336, (Bibliothèque Nationale, Département des imprimés). Il a fait l'objet d'une publication de la part de Vandebossche (A.), *Contribution à l'histoire des sources du droit commercial, un commentaire manuscrit de l'Ordonnance de mars 1673*, Paris : Editions Cujas, 1976.

87. Dans sa séance du 17 février 1702, le Conseil de commerce décide que "ses députés travailleront à la révision de l'Ordonnance de 1673" ; cf. Lafon (J. L.), *Les députés du commerce et l'Ordonnance de mars 1673. Les juridictions consulaires : principe et compétence*, Paris : Editions Cujas, 1979, p. 1, note 2 et les références.

jet de révision manuscrit établi par la Chambre de commerce de Rouen⁸⁸. Un autre projet de réforme, cette fois sur la législation des sociétés de commerce, élaboré au Conseil de commerce en 1748, est tenté mais n'aboutit pas⁸⁹.

Dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle, le monde des négociants, toujours insatisfait, demande avec insistance la révision de l'Ordonnance. Il se fait entendre par ses députés qui sont des marchands et souvent aussi d'anciens membres de la juridiction consulaire ainsi que par *Le Journal du commerce*, sa gazette. En 1774, le Garde des sceaux, Hue de Miromesnil reprend le dossier et entame une large consultation auprès des juridictions consulaires et des Chambres de commerce. Toutes répondent qu'elles souhaitent "une loi, qui en rendant la jurisprudence consulaire uniforme dans le Royaume, assurera le repos des négociants et donnera un nouvel essor au commerce". Les commerçants attendent de cette révision une mise à jour du droit en vigueur et une plus grande unité. Le "projet Miromesnil"⁹⁰ qui tend à "réviser l'Ordonnance dans une atmosphère politique de vive opposition à l'Angleterre" est achevé dans les dernières années du règne de Louis XVI mais n'aboutit pas non plus.

Tous ces projets de réformes, proposés en grande partie par des praticiens des affaires concernent l'ensemble du droit commercial, mais en matière de sociétés - objet de notre article - ils tentent seulement d'affiner la notion de société de personnes. Pour cela, ils proposent seulement quelques correctifs au titre IV de l'Ordonnance de 1673 à propos surtout de la nécessité de l'écrit, de l'enregistrement et de la limitation de responsabilité du commanditaire. Il est néanmoins curieux de constater que ces praticiens ne font aucun commentaire sur les sociétés de capitaux alors qu'elles sont une pure création de la pratique. Seuls, le "projet Goineau" et le "Code de commerce" de 1807 reconnaîtront officiellement leur existence juridique.

88. Il s'agit du *Mémoire des syndics de la Chambre de commerce de la province de Normandie concernant l'Ordonnance de 1673* qui a fait l'objet d'une publication de la part de Vandebossche (A.), *Un projet de Code de commerce sous la Régence*, Paris : Economica, 1980, (collection : Droit des affaires et de l'entreprise), Bibliothèque Nationale, Ms.fr. 4778, fol. 153-171.

89. Lévy-Bruhl (H.), "Le régime fiscal des sociétés de commerce au XVIII^e siècle, (Documents inédits)", *R.H.D.*, 1934, 4^e série, t. XIII, p. 65-80.

90. Cette réforme de la législation commerciale se rattachait à un mouvement général tendant à réviser et à unifier la législation dans tous les domaines y compris en matière pénale. Sur l'histoire et le contenu de ce projet : cf. Lévy-Bruhl (H.), *Un projet de Code de commerce à la veille de la Révolution : le projet Miromesnil (1778-1789)*, Paris : Imprimerie nationale, 1932 ; et "Les origines du Code de commerce français", *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, Padoue, 1938, vol. III, p. 219-224 ; Reulos (M.), "Une source du Code de commerce : le projet Miromesnil", *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1948, t. 1er, p. 224-229 ; Blum (E.), "Le projet de révision attribué à Miromesnil de l'Ordonnance de mars 1673 sur le commerce", *N.R.H.D.*, 1913, p. 511-543.

III. - L'ABSENCE DE DOCTRINE EN MATIERE DE SOCIETES DE CAPITAUX

L'Ordonnance de 1673 n'a pas prévu les sociétés de capitaux créées par la pratique alors qu'elles existaient pourtant à cette époque. Aussi la doctrine, trop liée à la lettre du texte et prisonnière de sa méthode de raisonnement, les a-t-elle également ignorées, refusant ainsi de comprendre qu'elles représentaient un des instruments juridiques privilégiés du capitalisme naissant.

De même, les praticiens : marchands et négociants n'ont pas souligné la carence laissée par les auteurs en ce domaine ni proposé de les intégrer dans leurs projets de réforme de l'Ordonnance qui ont jalonné le XVIII^e siècle. Ce sera le "projet Gorneau" de l'an IX (1801) - oeuvre des praticiens - lui-même tributaire du "projet Miromesnil" (1778-1789) qui sera le premier à s'intéresser aux sociétés de capitaux, puis le "Code de commerce" de 1807 les reconnaîtra juridiquement.

A) L'existence des sociétés de capitaux

L'Ordonnance de 1673 n'a pas prévu les sociétés de capitaux alors qu'à cette époque existent les compagnies coloniales notamment celles des Indes occidentales et orientales qui correspondent déjà à nos commandites par actions. Une brève allusion à ces compagnies est faite néanmoins dans le préambule. Seuls Savary et Bornier se contentent d'insérer dans leurs commentaires les édits royaux qui ont donné naissance aux grandes compagnies de navigation et de commerce colonial sans toutefois leur consacrer de développements doctrinaux. Pothier n'y fait même pas allusion alors qu'elles jouent à l'époque un rôle important dans l'économie du royaume. Le manque de considération de la doctrine à leur égard est dû sans doute au fait qu'elles entrent difficilement dans le cadre étroit de la société de commerce et qu'elles présentent aussi un caractère semi-public⁹¹.

Le roi, en effet, qui détient souvent 20% de leur capital, les fait bénéficier de nombreux privilèges. Certaines ont une armée, une flotte et même parfois le droit de battre monnaie. Les plus anciennes sont destinées au commerce des mers lointaines, à la navigation au long cours et à la colonisation. Elles sont créées par un acte royal qui sert de charte constitutive.

De plus, un édit de mai 1686 autorise la création d'une Compagnie générale des assurances et de prêt à la grosse aventure qui se spécialise dans

91. "Nos anciens commercialistes ont témoigné là d'un manque de clairvoyance tout à fait regrettable", cf. Lévy-Bruhl (H.), "Les différentes espèces de sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles", *R.H.D.*, 1937, p. 319.

ces deux pratiques du droit maritime. Puis, au début du XVIII^e siècle, des banques, comme celle de Law ou encore des compagnies d'assurances sont liées à ces compagnies coloniales qui ont la personnalité morale. A côté de celles-ci, existent aussi des manufactures royales qui ne sont pas en régie mais fonctionnent sous forme de "sociétés anonymes" dont l'exemple le plus célèbre est celui de la manufacture royale des glaces de Saint-Gobain créée en 1665, soit huit ans avant l'Ordonnance de 1673.

Ces manufactures ne sont pas des compagnies royales, à la différence des compagnies coloniales. Ce sont des sociétés privées par actions. Un acte émanant du pouvoir royal - souvent en fait un acte de concession de monopole - bien que nécessaire pour leur formation n'est pas le caractère essentiel de ces compagnies. En effet, que la société par actions soit fondée par acte royal - elle est alors soustraite à la réglementation des corporations telle la manufacture de draps fins créée à Abbeville au XVIII^e siècle par Josse Vanrobais - ou par acte privé, elle échappe au contrôle royal. Ce type de société revêt deux formes : les plus nombreuses sont composées exclusivement d'actionnaires et représentent nos sociétés anonymes actuelles sans en avoir le nom ; d'autres sont des commandites par actions qui se multiplient dans le dernier tiers du XVIII^e siècle et surtout après la Révolution.

Un acte royal est souvent nécessaire. Ainsi, beaucoup de sociétés par actions sont créées avec une participation massive du second ordre. En effet, les nobles hésitent à se tourner vers les activités commerciales malgré les édits promulgués par Louis XIV⁹² relevant à l'avance de la dérogeance les associés nobles éventuels qui entrent dans ces sociétés⁹³. Celles-ci sont parfois fort riches à la fin de l'Ancien Régime, telle la manufacture de toiles peintes, appartenant à Oberkampf, technicien et philanthrope français d'origine allemande, installée à Jouy-en-Josas⁹⁴ qui en 1789, a un capital social de près de 9 millions. Profitant de l'anonymat qu'assure l'action, "*ils pullulent dans les sociétés minières et métallurgiques, ainsi à Saint-Gobain, ils sont majoritaires à l'assemblée des actionnaires*"⁹⁵. Le recrutement de ces derniers se fait donc à l'époque de façon massive dans la noblesse et dans les milieux de la haute finance qui sont attachés à elle par des liens d'alliance⁹⁶.

La société par actions va s'étendre à toute la grande industrie, aux mines d'Anzin ou de Carmaux, aux canaux, aux eaux, aux fermes générales,

92. Chaussinand-Nogaret (G.), *La noblesse au XVIII^e siècle de la Féodalité aux Lumières*, Paris : Hachette, 1976, p. 128 et s..

93. Harel (M.), *Une manufacture de draps fins à Abbeville au XVIII^e siècle, la manufacture Vanrobais*, Thèse de doctorat en droit, dactyl., 1970, Faculté de droit de Paris, p. 102.

94. Chassagne (S.), *Oberkampf. Un entrepreneur capitaliste au Siècle des Lumières*, Paris : Aubier-Montaigne, 1980, (Coll. historique).

95. Richard (G.), *La noblesse d'affaires au XVIII^e siècle*, Paris : A. Colin, coll. U, 1975.

96. C'est notamment l'un des aspects principaux de l'ouvrage de Chaussinand-Nogaret (G.), *La noblesse au XVIII^e siècle, op. cit.*, Cf. en particulier le chapitre 5 intitulé "Noblesse et capitalisme", spécialement p. 150. Cette vogue n'atteint qu'une partie du second ordre en province, à Versailles et à Paris.

au grand commerce, à la banque, au domaine des navires de course et à partir de 1750 aux premières grandes compagnies d'assurances terrestres par actions⁹⁷. Elle permet dès lors de drainer d'énormes capitaux venant de très nombreux porteurs qui peuvent spéculer donc négocier leur part. Mais à la différence de la société de personnes, il faut que ces spéculateurs ne soient pas responsables sur leurs biens personnels au-delà du montant de leur apport. La société de capitaux s'est développée en se fondant sur la réunion de ces deux idées : la négociabilité des parts et la limitation de responsabilité au montant de l'apport. En raison du silence de l'Ordonnance et de la doctrine, la pratique représentée par les notaires et les praticiens du droit commercial sans avoir élaboré une théorie juridique des sociétés de capitaux les a laissées se développer. Ainsi, sous l'Ancien Régime, excepté lorsqu'elle désire obtenir un monopole ou un autre privilège, la société par actions se constitue librement⁹⁸.

B) Les carences de la doctrine commercialiste

Trop attachée à la lettre du "Code marchand", cette doctrine n'a pas su élaborer des principes fermes en matière de sociétés. "*Se montrant sur ce point inférieure à sa tâche*"⁹⁹, elle n'a pas pris en compte, même au XVIII^e siècle, la réalité, ni les besoins du commerce, notamment l'existence des sociétés de capitaux.

Nous pouvons distinguer deux catégories parmi les gens de la doctrine : les jurisconsultes qui sont d'anciens marchands ou négociants et ceux qui n'ont jamais fait de commerce, de pratique dont la principale activité est d'être professeur de "droit français", docteur-régent ou encore magistrat ou avocat.

La doctrine, dans son ensemble, joue au sein de la hiérarchie des sources du droit, un rôle très modeste : elle se contente seulement d'expliquer et d'interpréter l'"Ordonnance sur le commerce de terre" qui tient une place essentielle. Elle n'est nullement indépendante du législateur mais au contraire le suit pas à pas dans ses commentaires avec un très grand respect. Parfois, elle reprend la jurisprudence et l'approuve quand elle va dans son sens.

Les écrits des représentants de la doctrine pure : - professeurs, magistrats et avocats - bien que très nombreux, consistent tous en des com-

97. Bouvier-Ajam (M.), *Histoire du travail en France des origines à la Révolution*, 2^e éd., Paris : L.G.D.J., 1981, p. 526.

98. Au contraire, le régime suivant, après avoir établi la liberté du commerce par la loi Le Chapelier des 2-17 mars 1791, supprime les sociétés par actions par un décret du 24 août 1793. La loi du 30 brumaire an IV (21 novembre 1795) autorise à nouveau la constitution des sociétés de capitaux. Mais il faudra attendre le "Code de commerce" de 1807 pour que la société anonyme puisse se constituer avec l'autorisation du Gouvernement.

99. Lévy-Bruhl (H.), *Histoire juridique des sociétés de commerce aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris : Domat-Montchrestien, 1938, p. 10.

mentaires de l'Ordonnance de 1673, même ceux qui paraissent sous forme de traités tels ceux de Jousse et de Pothier. Ils se replient rapidement dans ce cadre étroit et sclérosé et se coupent de la pratique. De ce fait, ils ne parviennent pas à percevoir le droit commercial comme un droit autonome. Trop imbus de droit romain qu'ils ont appris à l'Université, comme les juristes humanistes, ils raisonnent en civilistes. Etudiant l'ensemble des Ordonnances de Louis XIV, les auteurs tels que Bornier, Boutaric, Ferrière ou Pothier ne sont pas spécialisés dans un domaine particulier mais ils les commentent en s'inspirant les uns des autres. Leur technique routinière du commentaire de l'Ordonnance de 1673 les enferme encore dans cette tradition c'est-à-dire dans le système juridique latin où la *consuetudo mercatorum*, désormais intégrée pour l'essentiel au droit interne, s'appuie sur les juridictions consulaires¹⁰⁰. Leur enseignement consiste donc dans l'explication mot à mot de l'Ordonnance et parfois dans un commentaire succinct. Quand l'article est désuet, les auteurs sont très souvent embarrassés et lorsque le texte présente une grave lacune, ils ne proposent rien.

Dans l'avertissement de son nouveau commentaire sur les Ordonnances des mois d'août 1669 et mars 1673, Jousse expose sa méthode qu'il estime très utile. Il rappelle tout d'abord l'accueil favorable qui a été fait à ses nouveaux commentaires, imprimés depuis quelques années, sur les Ordonnances de 1667 et 1670. Il espère aussi que ceux qu'il fera sur les Ordonnances d'août 1669 et du commerce de mars 1673, seront reçus, aussi favorablement du public. Inséré dans un volume d'une taille moyenne, il précise avoir écrit son commentaire après avoir consulté les meilleurs spécialistes à savoir Savary "*rédacteur du traité du commerce de terre et de mer*" et Toubeau. Jousse indique qu'il va suivre la même méthode qu'il a déjà utilisée précédemment. Ainsi, il explique les passages les plus importants du texte auquel il ajoute tout ce qui est nécessaire pour faciliter sa compréhension. Il met en peu de mots, quand cela lui paraît opportun, les raisons ou motifs des dispositions de l'Ordonnance. Il mentionne les édits, déclarations et arrêts rendus depuis 1669 et 1673 qui ont corrigé ou expliqué ces Ordonnances, à la suite de chaque article ; et lorsque le texte est clair, il le cite seulement. Il note les anciens "règlements" en usage rendus sur la matière qui n'ont pas été modifiés, puis il mentionne parfois leurs dispositions dans des notes se rapportant aux articles qui leur servent d'explication. Enfin, il indique à propos de chacun d'eux les citations et renvois aux autres articles auxquels ils se réfèrent et qui servent à les éclairer¹⁰¹.

Ces juristes qui n'ont jamais fait de commerce ont le grave tort d'ignorer la pratique alors qu'elle est à l'origine de la création des sociétés de capitaux. "*Le silence de la doctrine à leur égard est dû à une certaine paresse*

100. Hilaire (J.), "Droit du commerce et influences européennes dans le système juridique français", *Droits*, 14, p. 43.

101. Jousse (D.), *Nouveau commentaire sur les ordonnances des mois d'août 1669 et mars 1673, ensemble sur l'édit du mois de mars 1673, touchant les épices*, Nelle édition, corrigée et augmentée, Paris : Debure, 1761, III-V.

d'esprit. Obnubilés par la société romaine qui est une société de personnes, excepté la société de publicains, ils ne semblent pas avoir vu leur intérêt économique..."¹⁰². D'ailleurs la typologie des sociétés est incertaine dans la pratique. En France et même en Europe, beaucoup d'entre elles rentrent difficilement dans le cadre tracé par Savary : la plupart sont mal définies ou ne le sont pas du tout, tant elles sont de dimensions modestes. On passe, par d'insensibles transitions, des sociétés de personnes aux sociétés de capitaux, le goût pour les catégories juridiques tranchées étant moins prononcé alors, que depuis la codification napoléonienne.

Parmi les autres gens de la doctrine, Savary, son fils : Savary des Bruslons et Toubeau, tous anciens négociants, font des commentaires plus intéressants que ceux des représentants de la doctrine pure.

Savary, tout d'abord, entrevoit mieux que les autres auteurs l'auto-nomie du droit commercial par rapport au droit civil. Ayant débuté jeune dans le métier, rompu aux usages du commerce issus du droit statutaire italien, il a l'avantage de ne pas recevoir une formation de romaniste et d'être uniquement commerçant et consultant. Aussi apparaît-il comme un commercialiste plus original, plus novateur puisqu'il commente l'Ordonnance de 1673 dans *Le parfait négociant* et *Les parères*, tout en restant très pratique. Néanmoins, il est regrettable qu'utilisant souvent la méthode de l'exégèse, il ne parvienne pas à dépasser la lettre du texte au point que son étroitesse de vue lui fasse ignorer les sociétés de capitaux.

D'autres praticiens dont certains en tant qu'anciens juges-consuls deviennent députés des Chambres de commerce ou du Bureau du commerce, jouent à la fin du XVII^e siècle et au cours du XVIII^e siècle, un rôle important dans l'élaboration des projets de réforme de l'Ordonnance de 1673. Comblant ainsi certains vides juridiques laissés par elle, ils vont prendre le relais de la doctrine souvent défaillante en faisant le lien entre cette dernière et la législation. Quelques-unes de leurs dispositions finiront même par être intégrées, un peu plus tard, dans le "Code de commerce" de 1807.

CONCLUSION

La notion de société, qui ne trouve de principe ferme ni dans le droit romain, ni dans le droit coutumier, tous deux mal adaptés à l'essor du grand commerce moderne, reste imprécise malgré la réglementation en fait superficielle de l'Ordonnance de 1673. Il est dommage que les auteurs aient joué un rôle minime en matière du droit des sociétés ; s'il en avait été autrement, de nombreux procès auraient pu être évités. En somme, il n'existait pas de doctrine commercialiste dans l'Ancienne France. N'ayant pas été une véritable

102. Vandenbossche (A.), *Cours d'histoire du droit*, p. 18.

source de droit commercial en ce domaine, elle est restée à l'écart des innovations et des projets de réforme qui ont été uniquement l'oeuvre des praticiens.

Le "projet Gorneau" :

Après la chute de l'Ancien Régime et avant la promulgation du "Code de commerce" en 1807 par Napoléon, un projet, dont le principal auteur est Gorneau, "*juge au tribunal d'appel de Paris*"¹⁰³, propose pour la première fois une réglementation complète pour toutes les sociétés de commerce. La commission de l'an IX qu'il préside, composée de sept membres - certains sont d'anciens négociants, devenus par la suite juges-consuls et d'autres des magistrats en fonction - rédige un "projet de Code de commerce" en l'espace de huit mois, du 13 Germinal an IX (3 avril 1801) au 13 Frimaire an X (4 décembre 1801). La rapidité surprenante avec laquelle elle accomplit sa mission prouve que Gorneau et ses collaborateurs se sont largement inspirés du "projet Miromesnil" qu'ils connaissaient même si celui-ci n'avait pas été imprimé¹⁰⁴. Mais aucun de ces deux projets n'a été influencé par la doctrine¹⁰⁵.

Dès le 13 frimaire an X, Chaptal, ministre de l'Intérieur, présente le projet au Gouvernement. Si les membres de la commission reprennent dans une large mesure les "Ordonnances de Louis XIV sur le commerce de terre et de mer", ils proposent néanmoins une classification nouvelle des sociétés dans le titre III¹⁰⁶. Ainsi, l'article 13 prévoit quatre espèces de sociétés commerciales : la société en nom collectif (ancienne "société générale") ; la société en commandite ; la société en participation (ancienne "société anonyme") et la société par actions. Sur ce dernier point, il n'y a aucun apport doctrinal. On ne peut se référer, outre le précédent des anciennes compagnies de colonisation, qu'à des usages, encore en formation mais qui ont grandement évolué dans les deux dernières décennies¹⁰⁷. On rétablit la société par actions mais dans le sens de la

103. Lefebvre-Teillard (A.), *La société anonyme au XIXème siècle*, Paris, P.U.F., 1985, p. 1-19 ; et Szramkiewicz (R.), *Histoire du droit des affaires*, Paris : Montchrestien, 1989, p. 138 et p. 270-274.

104. On est certain, en effet, qu'en 1778 "les commissaires avaient consulté alors différentes Chambres de commerce et que plusieurs jurisconsultes notamment les sieurs Benoît et Gorneau, procureurs aux consuls, avaient été entendus" : cf. une pièce datée du 12 mars 1789, Archives Nationales, K 867. Le "projet Miromesnil" et le "projet Gorneau" sont donc les maillons de la chaîne qui relie le "Code de Commerce" de 1807 à l'Ordonnance de 1673 : cf. Lévy-Bruhl (H.), "Les origines du Code de commerce français", *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, Padoue, 1938, vol. III, p. 219-224 et spécialement p. 224.

105. Boucher, dans ses *Institutions commerciales traitant de la jurisprudence marchande et des usages du négoce* de l'an X (1801), n'en parle pas et n'apporte rien de nouveau quant aux sociétés. Il se contente seulement de rappeler à ce propos les commentaires essentiels de Savary, Toubeau, Bornier, Boutaric et Jousse. De même, Pardessus, dans son *Cours de droit commercial* de 1821, 2ème édition en 5 volumes, ne donne aucune précision sur le "projet Gorneau".

106. *Projet de Code du commerce présenté par la commission nommée par le Gouvernement le 13 Germinal an IX*, Paris : Imprimerie de la République, frimaire an X, p. 41-45.

107. Hilaire (J.), *Introduction historique au droit commercial*, Paris : P.U.F., 1986, p. 208.

rigueur puisque le projet la soumet, sans aucune référence particulière à la commandite, à l'autorisation gouvernementale¹⁰⁸. Ce texte, comme le "projet Miromesnil" n'introduit pas l'action dans les sociétés en commandite mais le fait que l'autorisation du Gouvernement est nécessaire pour pouvoir constituer une société par actions risque d'avoir pour résultat de faire disparaître les commandites par actions. Au contraire, à l'égard des commandites par intérêt, ce projet, comme le précédent, améliore le système prévu par l'Ordonnance de 1673¹⁰⁹.

Enfin le projet de l'an IX reprend le système d'enregistrement prévu par le "projet Miromesnil" en assurant la publicité des commandites tout en préservant l'anonymat des commanditaires mais dans une formule plus générale qui inclut les actionnaires. L'article 23, en effet, prévoit que : "(...) *L'extrait doit contenir les noms, prénoms, qualités et demeures des associés autres que les actionnaires et les commanditaires ; la désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société ; le montant des valeurs fournies par actions ou en commandite*".

Une fois élaboré par la Commission, Chaptal présente au Gouvernement le "projet de Code de commerce", avec un rapport indiquant l'esprit général du travail. Il le fait alors imprimer en plusieurs centaines d'exemplaires et l'envoie aux "tribunaux d'appel", aux tribunaux civils et aux tribunaux de commerce pour qu'ils fassent des observations écrites dans le délai de deux mois. La commission nomme Gorneau président, Vital-Roux et Legras pour qu'ils étudient les réponses et renvoient le projet. Une fois amendé¹¹⁰, il est envoyé au Conseil d'Etat où normalement il aurait dû être étudié et discuté avant de passer devant les assemblées législatives : Tribunal, Corps législatif et Sénat. Mais au Conseil d'Etat, il n'en est plus question jusqu'en 1806.

A cette date, des faillites retentissantes, dues à la crise de la Banque

108. *Projet de Code du commerce présenté par la commission nommée par le Gouvernement le 13 germinal an IX*, article 20 § 5 : "La société par actions ne peut avoir lieu sans l'autorisation du Gouvernement".

109. Ainsi l'article 16 prévoit que "le nom de l'associé commanditaire ne peut faire partie du nom social et il n'est tenu que de la perte des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société". De plus, il va plus loin que le "projet Miromesnil" pour deux raisons : tout d'abord il rapproche la situation de l'actionnaire de celle du commanditaire : "l'actionnaire n'étant tenu que de la perte du montant de son action" : article 20 § 6, ce qui est nouveau ; ensuite il prévoit la possibilité pour le commanditaire d'intervenir dans la gestion de la société et tire alors la conséquence de la limitation de sa responsabilité et de son anonymat. Ainsi, selon l'article 17, "l'associé commanditaire ne peut concourir comme gérant aux achats, ventes, obligations et engagements concernant la société" ; et l'article 18 prescrit qu'"en cas de contravention à la prohibition mentionnée à l'article précédent, cet associé est obligé solidairement avec les associés ordinaires, pour toutes les dettes de la société". Le problème de l'immixtion du commanditaire dans la gestion est ainsi abordé directement.

110. *Révision du projet de Code de commerce, précédée de l'analyse raisonnée des observations... des tribunaux, par les citoyens Gorneau, Legras et Vital-Roux*, Paris, an XI-1803, 2 parties en 1 volume.

de France, attirent de nouveau l'attention sur le projet. Une nouvelle commission est alors constituée ; elle rédige ce qui est devenu le Code actuel, tout en s'inspirant du "projet Gorneau" qu'elle a sous les yeux. Il est repris, considérablement modifié par les sections de Législation et de l'Intérieur, discuté en séance générale et présenté successivement aux différentes assemblées en cinq lois distinctes ; la loi du 15 septembre 1807 les réunit en un seul Code appelé "Code de commerce" applicable à partir du 1er janvier 1808.

Le "Code de commerce" :

Les Codes napoléoniens règlent les sociétés d'une façon assez embryonnaire en reprenant l'essentiel de ce qui existait antérieurement sans prévoir le développement extraordinaire que vont prendre les sociétés par actions au cours du XIX^{ème} siècle. Ces règles se trouvent à la fois dans le "Code civil" et dans le "Code de commerce".

Le "Code civil" pose les principes généraux en matière de sociétés civiles ou commerciales, dont les dispositions sont parvenues jusqu'à nous par les articles 1832 à 1873 anciens. Certains de ces textes ont été modifiés par la loi du 24 juillet 1966 et l'ensemble est refondu par la loi du 4 janvier 1978. Il régit spécialement les sociétés civiles dont certaines : les sociétés universelles de tous biens sont déjà périmées à cette époque.

Le "Code de commerce" de 1807 consacre le titre III (articles 18 à 64) de son Livre I aux sociétés. En fait, ce sont les articles 18 à 50 qui les définissent et posent leurs règles. Il ne fait pas de distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux mais énumère trois sortes de sociétés commerciales existant à ce moment là : la société en nom collectif, ancienne "société générale", la société en commandite et la société anonyme qui succède aux grandes compagnies mais qui ne peut exister qu'avec l'autorisation du Gouvernement¹¹¹.

Le "Code de commerce" admet que le capital de la commandite puisse être aussi divisé en actions, ce qui reconnaît implicitement la distinction entre commandites simples et commandites par actions. C'est en réalité la société en commandite par actions qui se développera jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle, en raison de la responsabilité personnelle du commandité et de la liberté de constitution qui en résulte, si bien que dans la première moitié du XIX^{ème} siècle on parlera de "la fièvre des commandites".

L'article 42 du "Code de commerce" fait état d'un quatrième type de société : l'association en participation, simple contrat passé entre associés, ne faisant naître aucune personne morale et qui, sous l'Ancien Régime, portait le

111. La société anonyme ne sera effectivement pratiquée qu'à partir du moment où l'autorisation du Gouvernement ne sera plus nécessaire pour la constituer, c'est-à-dire à partir de la loi du 23 mai 1863 pour les sociétés dont le capital était inférieur à 20 millions, et surtout à partir du moment où elle sera réglementée spécialement par la grande loi du 24 juillet 1867.

nom de “société anonyme” parce qu’elle était inconnue des tiers.

Au total, cinq sortes de sociétés sont prévues dans le Code. C’est la doctrine qui les classera en sociétés de personnes ou sociétés par intérêt (société en nom collectif, commandite simple ou par intérêt, association en participation) et en sociétés par actions ou sociétés de capitaux (commandite par actions et société anonyme).

C’est donc l’un des mérites du Code d’avoir, pour la première fois, incorporé dans une loi d’ensemble sur les sociétés commerciales des dispositions propres aux sociétés par actions, bien que le contrôle assez strict exercé par le Gouvernement en vue de l’autorisation ait freiné le développement de la société anonyme.