

Faculté de droit et de criminologie

L'évolution de la responsabilité limitée des associés

Auteur : Auquier Thomas
Promoteur(s) : Yves De Cordt
Année académique 2020-2021
Master en droit, finalité droit de l'entreprise

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Introduction générale

La limitation de la responsabilité des associés au montant de leur apport est un principe fondamental aujourd'hui dans le droit des sociétés. Elle est l'une des motivations des actionnaires à investir dans le capital d'une société. Elle permet également de se lancer dans la vie économique, de faire face aux risques et de ne faire peser ces derniers que sur une mise certaine et déterminée dès le début de l'aventure économique. Sans elle, les capitaux ne circuleraient pas au sein des sociétés si chaque associé voyait peser sur lui telle une épée de Damoclès le risque de voir son patrimoine engagé pour satisfaire le gage des créanciers.

La limitation de la responsabilité va de paire avec la personnalité juridique de la société et de l'existence du capital social. Les biens sortant du patrimoine de l'associé entrent dans celui de la société.

Mais d'où vient ce principe ? Est-ce que nos ancêtres législateurs connaissaient déjà ce dernier ? Avait-il également le besoin de couvrir de tels risques ? C'est ce que nous allons analyser dans le cadre de ce mémoire. Il s'agira de « titiller » les origines historiques de la responsabilité limitée et d'en dégager une évolution au vu de notre législation actuelle dans le cadre de trois sociétés : la société en commandite simple, la société anonyme et la société à responsabilité limitée.

Titre 1. L'évolution historique de la responsabilité limitée

Introduction

Cet exposé historique n'a pas le mérite d'être exhaustif. En effet, il serait impossible de retracer l'entièreté de l'histoire de la responsabilité limitée des associés. Nous avons donc soigneusement sélectionné les institutions que nous jugeons les plus importantes. Afin de faciliter la lecture, nous renverrons aux annexes de ce présent mémoire afin que le lecteur puisse faire sa propre analyse de certains textes législatifs importants. Nous donnerons également un maximum d'informations historiques afin de rendre la première partie aussi compréhensible que possible. Cette dernière sera divisée de la sorte : nous débuterons par une brève analyse de certaines institutions utilisées dans l'Antiquité. Nous continuerons par l'analyse de deux sociétés fréquemment utilisées dans la pratique commerciale au Moyen-Âge : la *commanda* et la *compagnia*. Nous poursuivrons notre cheminement historique par les nouveautés apportées par l'époque des Temps Modernes et la

naissance officielle de la responsabilité limitée des associés de certains types de sociétés : les sociétés à charte. Nous constaterons que la période des Temps Modernes est le berceau de la première vague de mondialisation. Après cette étape importante, nous nous pencherons sur le Code de commerce de 1808, « petit frère raté » du Code civil. Celui-ci réglementait quatre sociétés commerciales : la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme et les associations commerciales en participation. En arrivant au 19^{ème} siècle, nous évoquerons deux étapes importantes : la révolution industrielle et la libéralisation des sociétés anonymes (qui est l'une des avancées apportées par la loi du 18 mai 1873). Nous terminerons volontairement cet exposé historico-juridique en 1935 par la naissance des sociétés de personnes à responsabilité limitée (SPRL) et les lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

L'objectif de la première partie de ce mémoire est, d'une part, de faire ressortir la portée de la responsabilité limitée à travers les âges et, d'une autre part, de souligner les garanties dont disposent les créanciers afin de satisfaire leur créance au sein de société où la responsabilité des associés est limitée au montant de leur apport. Depuis que le droit commercial existe, l'Homme a toujours cherché à limiter ce risque inhérent à la poursuite d'une activité économique. Nous évoquerons certains mécanismes d'origine contractuelle utilisés par les marchands afin de limiter la perte de leurs apports dans une activité commerciale déterminée.

Dans le but de ne pas perdre un lecteur ayant des difficultés avec l'Histoire, chaque chapitre sera daté et les événements historiques pertinents d'une certaine importance seront expliqués.

Chapitre 1. L'Antiquité (3200 ACN – 476 PCN)

Notre droit commercial n'est que faiblement influencé par les droits antiques dont le plus connu est le droit romain. Cela peut s'expliquer par plusieurs raisons dont deux particulièrement importantes. Tout d'abord, les deux peuples antiques les plus « influents » en méditerranée, à savoir les Romains et les Grecs, portaient très peu d'intérêt au commerce et au développement du droit commercial^{1 2} ; ce qui est paradoxal de la part d'un peuple connu aussi bien à l'époque qu'aujourd'hui comme un « peuple législateur ». Ensuite, il ne reste aujourd'hui que très peu de

¹ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, « Chapitre 1. L'Antiquité », in *Droit de l'entreprise*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 27.

² Les Romains faisaient la distinction suivante : il réservait aux classes aristocratiques l'*otium* et aux classes inférieures et aux étrangers le *neg-otium*. Cela se retrouve en substance chez les Grecs (à Athènes en tout cas) où le commerce était exercé par, certes, des personnages importants pour la cité, mais appartenant à la classe des métèques (hommes libres mais étrangers se trouvant juste au-dessus des esclaves et n'ayant aucun droit politique), voy. J-Ph. LEVY, « L'économie antique », Paris, P.U.F, 1964, p. 75.

traces écrites des pratiques commerciales antiques. La plus connue est le *Corpus iuris civilis* de l'Empereur Justinien (482- 565 PCN)³. Ce dernier nous servira de base pour l'analyse de certaines institutions antiques. Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait suivant : beaucoup trop souvent, l'historien fait preuve « d'eurocentrisme », c'est-à-dire qu'il analyse notre propre histoire comme dominant celle des autres civilisations. PHILIPPE NOREL, ancien économiste à l'université de Poitiers et dont l'ouvrage « L'Histoire économique globale »⁴ nous a beaucoup aidé dans la rédaction de ce mémoire ainsi que dans l'analyse de la réception de certaines institutions étrangères dans un ordre juridique donné, explique ce phénomène de la façon suivante : « l'ethnocentrisme européen se serait radicalisé, entre les 16^{ème} et 19^{ème} siècle, par la construction d'une identité européenne négative, c'est-à-dire contrastant trait pour trait avec l'identité musulmane, indienne, persane, etc. »⁵. Cette vision est moins présente de nos jours mais nous pouvons encore la constater dans certaines recherches d'historiens du droit.

Cette remarque en tête, nous pouvons à présent remarquer que le droit romain va reprendre la substance de plusieurs institutions étrangères commerciales et les intégrer dans son ordre juridique. De plus, à l'époque, le commerce se faisait en partie sur la *Mare Nostrum*, ce qui explique que certains des droits commerciaux antiques soient avant tout des droits maritimes. Citons-en quelques-unes particulièrement intéressantes pour l'étude de notre sujet.

LA *LEX RHODIA DE JACTU* (DIGESTE LIVRE 14, TITRE 2)

De nos jours, cette « loi » est à l'origine de la réglementation du jet maritime et de la contribution aux avaries communes (et se trouve aujourd'hui dans le Code Belge de la navigation)^{6 7}. Le jurisconsulte Paul la définit de la manière suivante : « Dans la loi Rhodienne, il est disposé que, si, pour alléger un navire, un jet de marchandise a été fait, avec la contribution de tous, sera réparé ce qui a été donné en faveur de tous. »⁸. BORIS BERNABE, professeur à l'Université de Franche-Comté, en donne une traduction plus explicite : « Il est prévu par la loi rhodienne que si l'on a jeté des marchandises dans la mer pour alléger le bateau, tous doivent contribuer à supporter la perte qui a

³ Justinien était un empereur romain d'Orient qui ordonna la codification du droit romain existant en quatre recueils bien connus des historiens-juristes : le *Codex*, le *Digeste*, les *Novelles* et les *Institutes*.

⁴ P. NOREL, « L'Histoire économique globale », Paris, Points, coll. Points économie, 2013.

⁵ P. NOREL, *op.cit.*, p.41.

⁶ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p. 28.

⁷ Il ne s'agit pas réellement d'une loi mais plutôt d'une coutume commune à toutes les îles grecques, dont Rhodes était le centre.

⁸ D. GAURIER, « Les 50 livres du Digeste de l'Empereur Justinien, édition traduite et annotée », Tome 1, Livres 1-26, p.540.

été faite en faveur de tous. »⁹. Ce célèbre usage grec devenu coutume romaine n'est pas à proprement parlé une limitation de la responsabilité des associés à leur apport, car il n'y a pas de société, ni de véritable associé. La limitation du risque économique est pourtant bien là : un navire est sur le point de sombrer, afin de sauver ce qu'il peut de l'expédition, le capitaine fait jeter à la mer une partie de la cargaison, et rejoint par la suite un port. Selon le principe de la *Lex Rhodia de jactu*, l'armateur du navire et les autres propriétaires du reste de la marchandise doivent indemniser le propriétaire de la marchandise perdue. Si nous envisageons cette hypothèse sous l'angle d'une association de commerçants mettant en commun des marchandises et un navire (comme des apports en nature), la protection de l'apport des « associés » est bien visible. En effet, il s'agit d'une répartition des risques, d'une contribution aux pertes.

L'institution suivante aura des impacts plus visibles dans notre droit des sociétés.

LE NAUTICUM FOENUS (DIGESTE LIVRE 22, TITRE 2)

Tout comme la *Lex Rhodia de jactu*, cette institution a survécu au temps, puisque qu'elle se trouve encore aujourd'hui dans notre droit positif à travers le prêt à la grosse aventure ou le contrat à la grosse. Il s'agissait également d'un usage grec au départ : un prêt maritime par lequel « un capitaliste remettait une somme d'argent à un transporteur maritime servant à financer des opérations de commerce. »¹⁰. Deux hypothèses se présentaient alors. Soit le bateau arrivait à bon port et le transporteur restituait le capital augmenté d'intérêts élevés, soit le bateau se perdait corps et bien et le transporteur ne devait rien rembourser¹¹ (vu qu'il aurait été dans l'impossibilité de rembourser le capitaliste car il perdait tout dans l'expédition). En termes de responsabilité limitée, nous voyons ici que le capitaliste n'engageait que son « apport ». Bien évidemment, ici non plus il ne s'agit pas d'une société, mais le *nauticum foenus* sera repris au Moyen-Âge lors de la redécouverte du « droit savant » dans l'élaboration de la *commenda*, et bien plus tard, dans la société en commandite simple.

Cette institution, purement contractuelle, était bien pratique pendant l'Antiquité et les marchands ne s'en sont pas privé : le capitaliste, en remettant une certaine somme à l'affréteur (entendez également capitaine, transporteur, etc.) voyait son capital couvert par une garantie relative. En effet, si le navire coulait ou que l'entreprise échouait, il ne perdait que la somme engagée. Le risque de

⁹ B. BERNABE, « L'espace du commercium. Essai de génétique juridique » in F. OSMAN (dir.), *Vers une lex mercatoria mediterranea*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.26.

¹⁰ B. BERNABE, *op.cit.*, p.26.

¹¹ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p. 28.

voir son capital disparaître était contrebalancé par des intérêts élevés si l'entreprise réussissait, ce qui avait un effet rassurant pour les bailleurs de fond.

Nous questionnerons les origines du contrat de *commenda* dans le chapitre traitant du Moyen-Âge en appliquant le raisonnement de P. NOREL.

LE CODE HAMMURABI : LE DROIT BABYLONIEN

De nos jours, il est impossible d'évoquer la *societas* romaine sans parler du Code Hammurabi. Dans notre introduction à ce chapitre sur l'Antiquité, nous avons souligné le fait qu'il était compliqué d'étudier le droit commercial antique en raison d'une absence de codification. Il existe une exception notable : le recueil des lois promulguées à Babylone par le roi Hammourabi durant le second millénaire avant notre ère. Ce recueil, gravé dans la pierre, comportait plusieurs articles de véritable droit commercial traitant de prêt à intérêt et de sociétés. Malheureusement, la pierre a été endommagée à plusieurs endroits et certaines parties sont, de nos jours, illisibles. Cependant, le fonctionnement de celle-ci met en évidence un lien possible (oserions-nous dire certain ?) avec le contrat de société romain. Nous n'avons ni le temps, ni la place d'examiner ce code en détails mais en voici les grandes lignes concernant notre sujet.

Les sociétés babyloniennes étaient formées soit pour « un genre d'affaires déterminé, ou soit pour une seule opération »¹². Nous le voyons ici, les Babyloniens connaissaient le concept de « société instantanée ». En revanche, la question de la responsabilité des associés n'était pas toujours évoquée dans les « contrats de société » (tablettes gravées en pierre) : dans le Code, une responsabilité solidaire était établie entre les associés pour tout engagement pris avec un tiers. Ceci signifie que tous les associés sont tenus au paiement des dettes prises (au nom ?) de la société¹³.

Pour le dire autrement, dans une recherche plus récente menée par S. Landuyt de l'université de Gand, « [C]elle-ci stipulait que lorsque des actifs sont mis à la disposition d'un tiers en échange de (une partie des) fruits (c'est-à-dire des bénéfices générés) de ces actifs, le propriétaire de ces actifs devait être soumis au risque de l'entreprise. »¹⁴.

¹² E. CUQ, « Les nouveaux fragments du Code de Hammourabi sur le prêt à intérêt et les sociétés » *In. Mémoires de l'Institut national de France*, tome 41, 1920, p. 239.

¹³ E. CUQ, *op.cit.*, p. 244.

¹⁴ S. LANDUYT, « Proloog: De historische wortels van de achtergestelde positie van de aandeelhouder » *in Efficiënte risicoverdeling in vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en de positie van de aandeelhouder*, 1ère édition, Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 61, traduction libre.

En revanche, sur certaines tablettes, la question de la responsabilité des associés n'était pas évoquée car il existait des exceptions au principe : l'une d'entre elles serait le fait de récompenser l'un des associés « d'avoir trouvé une bonne affaire »¹⁵. D'autres exceptions existent, mais nous laissons le soin aux historiens d'amener la lumière sur le Code Hammurabi.

Les Romains seront influencés en partie par cette institution existant au 2^{ème} millénaire avant notre ère.

LA SOCIETAS ROMAINE (DIGESTE LIVRE 17, TITRE 2)

A Rome, l'une des figures centrales créatrices de droit est le préteur, magistrat judiciaire. Il avait notamment pour mission de régler les rapports entre citoyens et non-citoyens dans le cadre des échanges commerciaux¹⁶. Sur base du principe de « bonne foi », le préteur va créer quatre contrats : *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *mandatum* et *societas*. Il s'agit de contrats commerciaux consensuels du *ius gentium*.

JEAN HILAIRE, professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris définit la *societas* de la façon suivante : « c'est un contrat consensuel synallagmatique parfait et de bonne foi par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun des biens ou tout ou partie de leur activité pour obtenir un avantage économique »¹⁷.

Comme pour toutes les autres institutions décrites jusqu'ici, la *societas* est marquée par un caractère personnel : il y a un rapport *intuitu personae* entre les associés (il s'agissait généralement de « société familiale »). Il n'y a pas de représentation entre les associés et celui qui traite avec un tiers devient débiteur ou créancier¹⁸. Une autre conséquence de ce caractère personnel est le fait que le contrat de *societas* ne crée que des droits et des obligations dans les relations entre associés¹⁹²⁰. L'associé voyait donc sa responsabilité illimitée mais elle n'était pas solidaire, à moins qu'il en soit décidé autrement avec ses coassociés. De plus, la *societas* n'avait pas, sauf exception, la personnalité juridique.

¹⁵ E. CUQ, *op.cit.*, p. 242.

¹⁶ B. BERNABE, *op.cit.*, p.25.

¹⁷ J. HILAIRE, « Introduction historique au droit commercial », Paris, P.U.F, 1986, p. 168.

¹⁸ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 169

¹⁹ S. LANDUYT, *op. cit.*, p. 61.

²⁰ DEL CHIARO, « Le contrat de société », Bar-le-duc, 1928, p. 226.

Nous voyons ici l'influence du droit oriental et les similitudes avec la société babylonienne. En revanche, en droit romain, les clauses léonines étaient prohibées. Ces dernières sont des clauses conclues entre les associés excluant certains d'entre eux aux pertes de la société (mais pas aux bénéfices) et excluant ainsi la responsabilité de ceux-ci. Selon S. LANDUYT, il y aurait un principe de droit naturel (disons de *ius gentium*) obligeant l'associé participant aux bénéfices de subir les risques inhérents à l'activité commerciale (« ondernemingsrisico »)²¹.

Toujours selon le même auteur, ce principe viendrait du *peculium* (Digeste Livre 15, Titre 1). Dans cette structure, le *pater familias* met à disposition certains biens (appelés *le peculium*) au bénéfice d'un membre de sa famille sous sa puissance ou d'un esclave. Ces biens restaient la propriété du *pater familias*. Avec ces biens, l'esclave ou le membre de sa famille pouvait faire du commerce au profit de ce dernier. La responsabilité du *pater familias* pour les obligations contractées par l'esclave était limitée au *peculium* tant qu'il ne participait pas lui-même au commerce. Toute perte subie par l'esclave au cours de l'activité commerciale entreprise pour son maître devait d'abord être déduite du *peculium*. « Le *peculium* était donc pour le *pater familias* ce que l'on peut aujourd'hui comprendre comme un apport subordonné, soumis au risque le plus élevé, à une société à responsabilité limitée »²².

Chapitre 2. Le Moyen-Âge (476 - 1453 PCN)

Les historiens divisent le Moyen-Âge en deux grandes périodes : le Haut Moyen-Âge (du 5^{ème} au 10^{ème} siècle) et le Bas Moyen-Âge (du 10^{ème} siècle au 15^{ème} siècle).

La première période est souvent qualifiée de sombre²³ et peu propice aux échanges commerciaux. En effet, elle sera marquée par la chute de l'Empire romain d'Occident à la suite des incursions germaniques d'abord, aux invasions sarrasines et aux razzias normandes ensuite. Parallèlement, pour répondre à une insécurité croissante, la société médiévale se développe sur le modèle de la féodalité : chaque seigneur local aura pour unique but de contrôler son territoire et envahir ses voisins. Contrairement à l'Empire romain, les seigneurs locaux ne se retrouvent plus sous une autorité centralisée. C'est également une période de guerre : à la suite de l'écclatement de l'empire de Charlemagne en 843 par le traité de Verdun, deux grandes puissances européennes commencent

²¹ S. LANDUYT, *op. cit.*, p. 62.

²² S. LANDUYT, *op. cit.*, p. 63, traduction libre.

²³ G-H. DUMONT, « Histoire de Belgique », Bruxelles, Librairie Hachette, coll. Marabout université, Bruxelles, 1977, p. 85.

à émerger des ruines de l'Empire carolingien : de la *Francie Occidentale* naîtra le Royaume de France, de la *Francie Orientale* naîtra le Saint-Empire romain germanique (l'Allemagne).

Une autre raison ayant freiné l'essor du commerce est la religion chrétienne et le mépris de cette dernière pour le lucre²⁴. En effet, alors que le pouvoir temporel romain chuta en même temps que l'Empire, le pouvoir spirituel (rappelons qu'elle était la religion officielle de l'Empire romain) lui subsiste et s'impose sur les nouveaux pouvoirs temporels (comprenez les princes). Ces deux pouvoirs interdiront l'usure pendant le Haut Moyen-Âge selon le célèbre proverbe « l'argent ne peut engendrer l'argent ». Ironiquement, cette interdiction sera levée et certains prêtres acceptés lors des premières croisades.

Entre le 10^{ème} et le 12^{ème} siècle, soit durant le Bas Moyen-Âge, un regain d'économie se manifeste, prend de l'ampleur et finit par toucher toute l'Europe occidentale. Ce regain économique voit son berceau se situer en Italie (Venise, Gênes et Pise puis Florence) et en Flandre (Anvers et Bruges). Ces villes portuaires se lancent dans le commerce maritime et la méditerranée redevient un lieu d'échanges économiques prospère²⁵ entre l'Occident, l'Orient et l'Afrique du Nord. Selon P. NOREL, l'ancienne *mare nostrum* devient le lieu d'une économie interconnectée²⁶. Plusieurs raisons expliquent ce renouveau économique²⁷. Nous en retiendrons deux : la redécouverte du droit savant par les juristes médiévaux et la naissance du capitalisme commercial.

En effet, au 11^{ème} siècle, le *Corpus iuris civile* fut redécouvert par l'Université de Bologne et les juristes médiévaux élaborèrent alors un droit nouveau fondé sur l'ancien droit antique considéré comme droit savant²⁸. Il s'agira de l'une des raisons de la naissance et de l'utilisation des deux

²⁴ La religion chrétienne érigeait la pauvreté évangélique en idéal (souvenons-nous de Saint Thomas d'Aquin). La recherche du lucre était durement condamnée : peine infamante, privation de sépulture, excommunication, incapacité civile, etc. voy. B. SCHNAPER, « La répression de l'usure et l'évolution économique », *Rev. hist. dr.*, 1969, p. 49 à 55.

²⁵ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p.41.

²⁶ P. NOREL, *op.cit.*, p. 47 à 68.

²⁷ Les échanges commerciaux ne se faisaient pas qu'autour de la méditerranée, il y avait deux grands axes de commerce : axe Nord-Sud reliant l'Europe du Nord à l'Afrique en passant par le centre névralgique italien, et l'axe Ouest-Est reliant l'Europe au continent asiatique en passant par l'Europe de l'Est (des pays comme la Pologne étaient de véritables « granges de l'Europe » et exportaient vers nos contrées des céréales). Cet essor est aussi marqué par le développement urbain : les villes accueillaient en leur sein les marchands, installant ainsi une sorte d'interdépendance : les villes avaient besoin de l'argent des marchands pour se développer et les marchands avaient besoin des villes pour commercer *intra-muros* sans être inquiétés pour leur sécurité. Le corollaire de ce développement est l'avènement d'une nouvelle classe sociale : les bourgeois. Le rapport à l'argent change également puisque ce dernier n'est plus seulement vu comme un étalon de la valeur des choses mais comme un instrument de capitalisation. Et enfin, plusieurs institutions juridiques naissent et favorisent cet essor : il s'agit des foires (avec les fameux privilèges de foire), l'invention de la faillite et la naissance des corporations.

²⁸ B. BASDEVANT-GAUDEMET et J. GAUDEMET, « Introduction historique au droit, XIII^e – XX^e siècles », Paris, L.G.D.J., 2003, p. 98.

contrats commerciaux les plus utilisés au Moyen-Âge : la *commenda* et la *compagna*. La première dérivant du *nauticum foenus* et la deuxième de la *societas*.

DU PRÊT AVEC RISQUE DE MER²⁹

Avant de nous lancer dans l'analyse de ses deux contrats de société, il nous faut d'abord évoquer l'analyse du risque inhérent à ce genre d'activité commerciale. Lorsqu'un capitaliste consentait un prêt à un marchand, ce dernier courrait le risque qu'en cas de circonstances défavorables, ce marchand soit dans l'impossibilité de rembourser le prêt. Parfois, aucun arrangement n'était possible puisque le bateau coulait corps et bien. Les capitalistes arrangèrent alors leur prêt et une conception nouvelle naquit : on transférait le risque d'une personne peu riche (le marchand) à une personne capable de supporter la perte (le capitaliste). Afin de contrebalancer ce « coût du risque », le prêt était augmenté par une répartition plus importante des bénéfices. Ce prêt, qui en droit romain était le *nauticum foenus*, acquit parallèlement au droit commercial, un caractère professionnel³⁰. De plus en plus d'hommes d'affaires l'utilisaient, ce qui explique en partie la naissance du contrat de *commenda* et une spécialisation de la *societas* en *compagna*.

LA COMPAGNA

Selon J. HILAIRE, « la compagnie, société dont l'étymologie fait allusion à la vie domestique, au fait de partager le même pain, était très marquée par les tendances communautaires de la vie médiévale. Elle est sans doute née d'usages familiaux à partir de l'indivision successorale et de la gestion du patrimoine commun entre frères »³¹. Le caractère familial et *intuitu personae* est selon nous un héritage direct du droit romain (nous nuancerons ce point *infra*). Il s'agit également d'un contrat consensuel synallagmatique. En revanche, la *compagna* s'est écartée de sa forme originelle à propos de la responsabilité limitée de certains de ces associés. En effet, on retrouve dans certains statuts florentins traitant de compagnies familiales une responsabilité solidaire et illimitée étendue aux collatéraux avant d'être limitée aux frères exerçant commerce ou artisanat³². D'après les mots de M. CARMONA, cette « société » rassemblait pour le meilleur et pour le pire hommes et capitaux³³. Il s'agit d'insister sur le caractère personnel très étroit reliant les associés de cette forme de société.

²⁹ A-E. SAYOUS, « Les transformations des méthodes commerciales dans l'Italie médiévale », in. *Annales d'histoire économique et sociale*. 1^{ère} année, n°2, 1929, p. 164.

³⁰ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p. 51.

³¹ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 174.

³² J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 176.

³³ M. CARMONA, « Aspects du capitalisme toscan aux XVI^e et XVII^e siècles. Les sociétés en commandite à Florence et à Lucques », in. *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, tome 11 n°2, Avril-juin 1964, p. 82.

De fait, ce lien permettait à la *compagna* de présenter comme caractéristique pour les marchands la pérennité. Dans son analyse sur la structure des clans au Moyen-Âge, J. HEERS avait ces mots : « La *Compagnia* fut souvent, en Italie, la première forme d'organisation politique, précédant celle de la commune »³⁴. Appartenir à une *compagnia* dépasse le simple fait d'appartenir à une association de commerçants. Dans sa thèse de doctorat de l'Université de Lyon traitant de « La gestion des compagnies marchandes Italie Centre-Nord »³⁵, F. BALLE ne relie pas la *compagna* à la *societas* comme J. HILAIRE. En revanche, il préfère relier celle-ci à la famille au sens large comme étant une unité économique : « [...] les membres d'une même famille étaient, en principe, solidaires et responsables les uns vis-à-vis des autres. Leurs ressources étaient communes sans autre disposition à prendre »³⁶. Cette solidarité familiale irréfragable était même inscrite dans certains textes de loi. J. HEERS cite cette dernière dans un texte vénitien³⁷ : les membres d'une même famille devenaient obligatoirement associés sans qu'il y ait le moindre contrat d'association les reliant entre eux. La *compagna* était créée de manière pérenne et n'avait pas pour unique but la gestion commune d'une affaire familiale. Il y avait bel et bien un but commercial d'enrichissement collectif et de mise en commun de capitaux (et de personnes, pour reprendre les mots de M. CARMONA cité plus haut). Cette solidarité illimitée et solidaire signifiait donc qu'en cas de banqueroute³⁸, la totalité du patrimoine de chaque associé pouvait être saisi et ce, quel que soit le montant de leur apport.

Comme évoqué ci-dessus, ce type de contrat s'est professionnalisé sous deux angles : sa réception se faisait devant notaire et de nouveaux associés ne faisant pas partie de la famille rejoignaient « la société ». Cette dernière perdait petit à petit le caractère familiale vers le 12^{ème} siècle pour se tourner vers un contrat plus professionnel, tout en maintenant un lien personnel très étroit entre les associés. Ainsi, le régime de la responsabilité des associés fut modifié vers une institution ressemblant beaucoup à notre société en nom collectif³⁹. Nous pouvons donner un exemple législatif : un statut des Arts de Calimala (ville de Florence) datant de 1332 proclame la responsabilité illimitée et solidaire des associés d'une *compagna*⁴⁰.

³⁴ J. HEERS, « Le clan familial au Moyen Age : Etude sur les structures politiques et sociales des milieux urbains. », Paris, P.U.F, 1974, p. 208.

³⁵ F. BALLE, « La gestion des compagnies marchandes Italie centre-nord. Début XIIIe siècle - 1350. » Histoire. Université de Lyon, 2018, p. 380, *disponible sur HAL archive-ouverte.fr*.

³⁶ F. BALLE, *op. cit.*, p. 380.

³⁷ J. HEERS, *op. cit.*, p. 233.

³⁸ Il s'agit de l'ancêtre de la faillite.

³⁹ A-E. SAYOUS, *op.cit.*, p. 168.

⁴⁰ Article LVIII du livre I du statut des Arts de Calimana : *Che ciascuno compagno sia costretto in tutto per li debiti del compagno [...] non ostante alcuna legge, eccezione, o capitolo di Statuto [...] egli, ovvero alcuno de' suoi compagni*.

Les notaires italiens de l'époque intégrèrent un autre type d'engagement (provenant également du *corpus iuris civilis*) au contrat de société : le mandat. Les associés se donnent réciproquement mandat pour gérer la société⁴¹. Ce mandat a pour conséquence que, si un associé traite avec un tiers, il prend un engagement au nom de la société pour lui-même et pour tous ses associés⁴². Ce que nous venons de développer était un usage notarial. Le droit statutaire italien (entendez par là un statut pris par une ville) est intervenu afin de limiter cette responsabilité illimitée et solidaire⁴³ après le 13^{ème} siècle. Il existe trois limitations. Premièrement, les associés seront responsables solidairement et de manière illimitée si le contrat conclu avec un tiers est pris par au moins deux d'entre eux. Deuxièmement, les associés répondront des dettes de la société de manière solidaire en fonction du mandat du gérant (il sera tantôt spécial, tantôt général). Troisièmement, le contrat doit avoir été conclu en respectant l'intérêt commun de tous les associés (on commence à prendre en compte l'*affectio societatis*).

Toujours selon J. HILAIRE, au 16^{ème} siècle, un mandat tacite était présumé pour tous les associés, fondant ainsi une responsabilité illimitée et solidaire. Cette présomption de mandat tacite n'atténua néanmoins pas le principe de l'*intuitu personae* au sein de ce contrat de société.

Il existait également un autre moyen de limiter cette responsabilité illimitée et solidaire. Parfois, au sein de certaines *compagna* du 13^{ème} siècle, on retrouvait des clauses statutaires valablement opposables aux tiers limitant la responsabilité de certains associés.

Notons que F. BALLE remarque à plusieurs reprises dans sa thèse que ce régime de responsabilité illimitée n'était pas efficace du point de vue des créanciers et des associés⁴⁴. Historiquement, le lecteur doit savoir qu'au milieu du 14^{ème} siècle, les grandes villes commerciales italiennes furent touchées par de nombreuses banqueroutes. Selon le doctorant, nombreux furent les créanciers qui ne virent pas la satisfaction de leur créance au cours de ces banqueroutes (pourtant, même de nos jours, il est rare qu'un créancier soit totalement désintéressé dans une faillite). De plus, certains associés demandaient aux instances consulaires de ne plus être tenus solidairement aux dettes de la

(« Que chaque compagnon (associé) soit contraint en tout (à tous les égards) pour les dettes du compagnon (d'un des associés) (...) nonobstant toute loi, exception ou Statut (...) lui, ou n'importe lequel de ses compagnons (associés) », traduction libre), In. P. EMILIANI-GIUDICI, « Storia politica dei municipi italiani. », Florence, 1851, Appendice, p. 72, cité par F. BALLE, *op.cit.*, p. 382.

⁴¹ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 177.

⁴² M. CARMONA, *op.cit.*, p. 82.

⁴³ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 177.

⁴⁴ F. BALLE, *op.cit.*, p. 383.

compagna mais seulement à la responsabilité illimitée⁴⁵. Nous pouvons donc ajouter aux trois limitations par le droit statutaire italien une quatrième liée à ce que les crises financières nous ont appris : un risque systémique. Expliquons-nous. Comme dans le cas des BONSIGNARI, les instances consulaires ou communales exclurent la responsabilité de certains associés dans l'hypothèse où tenir ces derniers au désintéressement des créanciers auraient provoqué des banqueroutes à la chaîne à la suite d'un courant d'affaire entre différentes *compagna*.

Du point de vue des associés, ceux-ci voyaient leur patrimoine entièrement engagé pour la couverture de risques minimes. Le régime présentait un caractère surdimensionné pour de petits risques, forçant comme nous l'avons vu les autorités à intervenir en faveur des associés.

Les autorités sont également intervenues en faveur des créanciers en imposant à la *compagna* la constitution de certaines suretés (comme des garanties).

Nous terminerons l'analyse de la *compagna* par un commentaire fait par F. BALLE : au 14^{ème} siècle, après la série de banqueroutes, les commerçants issus de *compagna* imaginèrent un montage afin de limiter la responsabilité des actionnaires minoritaires. Il s'agissait de l'autonomisation juridique des succursales. Grâce à celle-ci, « Chaque succursale disposait de son propre capital dans lequel l'associé principal de la compagnie détenait la majorité. En cas de banqueroute d'une succursale, les associés secondaires de celle-ci, avec le partenaire principal, allaient devoir faire face aux créanciers, avec leurs propres biens, pas les associés minoritaires de la compagnie mère ou des autres succursales. On affirmait ainsi l'engagement fort des associés locaux du fait de leur activité propre, le focalisant sur leur domaine de responsabilité, en allégeant celles des partenaires seulement impliqués dans une autre succursale ».⁴⁶

Malgré cela, un siècle plus tard, le modèle de la *compagna* sera progressivement abandonné car il ne pouvait supporter l'afflux de capitaux importants nécessaires au développement du capitalisme et le régime de responsabilité illimitée et solidaire sera jugé trop contraignant.

LA COMMANDA

BORIS BERNABE, dans sa comparaison entre le *nauticum foenus* et le contrat de *commanda* définit ce dernier de la manière suivante : « [...] un commerçant (*le tractator*) reçoit d'un capitaliste (*le*

⁴⁵ Le chercheur donne l'exemple de la banqueroute des Bonsignari, famille de commerçants florentins, où les associés n'appartenant pas à la famille firent cette demande, acceptée par la commune, voy. F. BALLE, *op.cit.*, p. 384.

⁴⁶ F. BALLE, *op.cit.*, p. 384.

commandator) une somme d'argent, tandis que l'emprunteur s'engage à utiliser cette somme dans un but commercial déterminé. Le *tractator* s'obligeant à restituer la somme et à partager les gains en cas de réussite de l'opération »⁴⁷. Ainsi, il y avait un capitaliste qui fournissait une somme d'argent et un commerçant qui fournissait son travail, et parfois une partie minime du capital.

À son origine, la *commanda* était un moyen trouvé par les commerçants de contourner l'interdiction de prêt imposée par l'Eglise. Entre le 12^{ème} et le 15^{ème} siècle, cette interdiction disparut car une nouvelle figure du marchand émergea : *il mercante perfetto* (le marchand vertueux)⁴⁸, ce qui amena l'Eglise à changer sa doctrine : cette dernière estimait que le risque supporté par le capitaliste dans l'activité commerciale justifiait le montant des intérêts. La différence majeure avec le prêt maritime est que ce dernier n'est pas vraiment une association au sens juridique du terme : la rémunération du prêteur était fixée préalablement entre 10 et 30 %, « que l'opération permît de dégager un gain important ou conduisît à une perte »⁴⁹.

Le prêt maritime a commencé à perdre de l'intérêt aux yeux des commerçants au moment où les commerçants ont préféré une participations aux bénéfices de l'opération plutôt qu'un taux fixe pris en fonction du prêt⁵⁰.

Contrairement à la *compagna*, le contrat de *commanda* était conclu pour une durée déterminée, généralement le temps nécessaire au voyage. Le caractère *intuitu personnae* propre à la *compagna* s'estompe ici mais persiste : seul un lien économique et financier unit le *tractator* et le *commandator*. Ce caractère persiste car ce type de contrat de société était conclu entre plusieurs personnes appartenant à un groupe restreint. Le capitaliste ne confiait pas son argent à n'importe quel commerçant ou navigateur, il fondait son choix sur les capacités personnelles de son futur associé à diriger une expédition commerciale, qu'elle soit terrestre ou maritime.

La nouveauté apportée par le contrat de *commanda* était une limitation de la responsabilité « totale » de l'un des associés, le capitaliste. En effet, la responsabilité de ce dernier était strictement limitée à l'apport fourni, tandis que celle du commerçant (le *tractator*) était en principe illimitée. Il faut également comprendre que cette responsabilité « illimitée » était une conception plutôt théorique. D'abord, car elle ne pouvait pas excéder le montant apporté par le *commandator*

⁴⁷ B. BERNABE, *op.cit.*, p. 28.

⁴⁸ D. DE RUYSSCHER, « Divers — Éthique et droit commercial – La crise devant la réflexion historique », *J.T.*, 2014/15, n° 6559, p. 272. Saint Thomas d'Aquin considérait déjà au 13^{ème} siècle qu'on ne pouvait rien reprocher à un homme riche tant que ce dernier était vertueux.

⁴⁹ F. BALLE, *op.cit.*, p. 365.

⁵⁰ A-E. SAYOUS, *op.cit.*, p. 166.

(oserions-nous parler de capital social ?). Ensuite, parce que si une *commanda* échouait, les causes n'étaient pas nombreuses : naufrage, piraterie, mutinerie, etc. Généralement, la navire disparaissait corps et biens. Le *tractator* était dans la majorité des cas un marchand ne possédant aucun fond ou patrimoine palpable (d'où la naissance de cette institution où le commerçant reçoit un capital afin d'exercer son activité), il était dans la majorité des cas dans l'impossibilité de rembourser le capital et de réparer tous les dommages résultant de l'échec de l'entreprise.

Une autre particularité propre à la *commanda* est l'autonomie laissée aux associés⁵¹, surtout au *tractator*. En effet, pendant toute la durée du voyage, le capitaliste n'a pas de beaucoup de contrôle à exercer sur ce dernier. Ce qui justifiait la responsabilité limitée du *commandator* : il ne pouvait vérifier que le *tractator* employait correctement le capital reçu. Cependant, les autorités communales et consulaires vinrent donner certains moyens de contrôle au capitaliste. F. BALLE cite un statut de Marseille datant du 13^{ème} siècle dont les articles 19 et 20 du livre III « [...] précisaient ainsi comment un commanditaire pouvait passer des instructions au commandité pendant son voyage, et comment celui-ci devait y obéir »⁵². De plus, si le navire revenait de l'expédition, un contrôle *a posteriori* pouvait se faire sur l'emploi des sommes octroyées.

Cette forme de contrat de société se révéla, comme le lecteur s'en doute, plus souple que la *compagna*. Mais contrairement à cette dernière, la *commanda* était un moyen de s'associer avec des étrangers. De plus, les « commanditaires » n'étaient pas tous des marchands : il y avait des personnes appartenant au clergé, des femmes, etc.

Pour terminer l'analyse de cette institution, nous pouvons nous pencher sur un problème qui n'est toujours pas résolu : celui des origines de la *commanda* et de la responsabilité limitée de l'un des associés. Pour ne pas perdre le lecteur et afin de rendre l'exposé le plus compréhensible possible, nous avons délibérément affirmé que la *commanda* était une reprise du *nauticum foenus* du droit romain. Cela n'est pas totalement exact et nous permet de rebondir sur l'analyse de « l'eurocentrisme » de P. NOREL. Trois origines peuvent être distinguées : byzantine (et romaine), juive et arabe (Afrique du Nord et Maghreb). Nous ne développerons pas les origines juives de ce contrat car elles sont très peu présentes dans la littérature⁵³. Premièrement, analysons l'origine

⁵¹ F. BALLE, *op.cit.*, p. 369.

⁵² F. BALLE, *op.cit.*, p. 367.

⁵³ Un autre point peut être soulevé quant aux origines juives de la *commanda* : l'Eglise a, très tôt, interdit l'usage du prêt à intérêt. C'est l'une des raisons pour laquelle au Moyen-Âge, beaucoup de banquiers et bailleurs de fond étaient juifs ou Lombards. Or, comme nous l'avons vu avec l'exemple de Saint Thomas d'Aquin, l'Eglise tolérait la pratique du contrat de *commanda*. Il est plus que certain que les juifs présents en Europe n'ont pas influencé de manière profonde la *commanda*.

byzantine du contrat de *chreokoinonia*, reprise du *nauticum foenus*. Il faut savoir que le droit romain antique n'est pas parvenu aux légistes du Moyen-Âge que par l'intermédiaire de Bologne et de la redécouverte du *Corpus iuris civilis*. Il est plus que probable que les pratiques « commerciales » romaines arrivèrent en partie en Italie par le biais de l'Empire Byzantin (nouvel appellation de l'Empire romain d'Orient, qui tomba en 1453 PCN). En effet, les marchands italiens commerçaient avec leurs homologues byzantins depuis longtemps au 12^{ème} siècle. « Malgré le peu d'information à la disposition des historiens, il ne semble pas que l'Antiquité ait connu un équivalent des compagnies commerciales, dont le Moyen Âge aurait pu s'inspirer »⁵⁴. Enfin, le contrat de *chreokoinonia* ne limitait pas la responsabilité du « capitaliste »⁵⁵. Deuxièmement, les origines arabes (maghrébines surtout) nous semblent, à la lecture de la thèse de F. BALLE et des ouvrages de P. NOREL, être les plus pertinentes. D'abord, parce que les marchands italiens, dans l'exercice du commerce en méditerranée, avaient pour principaux partenaires leurs homologues arabes (Marocains, Egyptiens, Syriens, etc.). François BALLE cite les recherches de l'historien d'A.E. LIEBER pour affirmer que le monde arabo-musulman était un acteur primordial du commerce international médiéval⁵⁶. Les deux principaux contrats arabes étaient le *qirād* et le *mudāraba*. P. NOREL cite deux auteurs (A. UDOVITCH⁵⁷ et M. CIZAKCA⁵⁸) appuyant le fait que la *commanda* est une reprise de la technique arabe, en insistant sur le fait que dans le *mudarāba*, le capitaliste n'est tenu responsable qu'au prorata de l'investissement en capitaux fournis, et non en fonction de sa fortune totale. Cet auteur situe ces contrats en Egypte deux siècles avant l'apparition de la *commanda*. Nous verrons dans le chapitre suivant que ce type de contrat de société sera toujours utilisé, notamment dans le cadre du capitalisme toscan, mais perdra du terrain face à un nouveau type de « compagnie » : les sociétés à charte.

Chapitre 3. Les Temps Modernes (1453 – 1789)

Lorsqu'on évoque la période historique des Temps Modernes, deux dates sont mentionnées pour la débiter : 1453 et la chute de l'Empire romain d'Orient, 1492 et la découverte des Amériques par Christophe COLOMB. Les deux dates sont bien évidemment très importantes, la première marque la fin d'un empire antique qui fit rêver les plus grands législateurs européens, et la deuxième offre

⁵⁴ F. BALLE, *op.cit.*, p. 393.

⁵⁵ P. NOREL, « Commerce et finance, l'hypothèse musulmane », in. P. NOREL, L. TESTOT et al., *Une histoire du monde global*, Sciences humaines éditions, coll. Ouvrages de synthèse, p. 44.

⁵⁶ A.E LIEBER, « Eastern Business Practices and Medieval European Commerce », *The Economic History Review*, 1968, 21, p. 230-243, cité par F. BALLE, *op.cit.*, p. 395.

⁵⁷ A. L. UDOVITCH, « Partnership and Profit in Medieval Islam », Princeton University Press, 1970.

⁵⁸ M. CIZAKCA, « A Comparative Evolution of Business Partnerships : The Islamic World and Europe, with specific references to the Ottoman », archives, Brill, 1996.

une perspective nouvelle pour la vieille Europe. Jusqu'alors, le commerce était « principalement » concentré dans la méditerranée (prenons cette affirmation avec des pincettes, car comme nous l'avons vu plus haut⁵⁹, l'Europe commerçait également par voie terrestre avec l'Asie). À partir du 16^{ème} siècle, il se déroulera à travers l'Atlantique et dans les nouvelles colonies. La première mondialisation est en marche⁶⁰. Pour que cette dernière soit réalisable, deux phénomènes vont naître concomitamment : l'extension du régime capitaliste et la naissance des Etats-nations. Ces deux phénomènes auront d'importantes conséquences sur le droit des sociétés.

Premièrement, le capitalisme connaît une évolution au 16^{ème} siècle. Durant le Moyen-Âge, ce dernier était principalement contenu dans les grandes villes par des législations protectionnistes adoptées par les pouvoirs locaux. Comme nous l'avons vu avec la *compagna* et la *commanda*, les capitaux ne circulaient pas de manière constante en dehors de ces grandes villes. Avec l'ouverture d'un commerce international, les marchands vont avoir besoin d'une structure et d'un outil juridique capable de faire circuler les capitaux. La véritable structure qui favorisera cette circulation sera la société (laquelle ou lesquelles ? Nous les développerons succinctement). Mais cette circulation de capitaux se heurte à un problème, « dans un monde où on ne connaît que la monnaie métallique »⁶¹. Les marchands reprirent au 15^{ème} siècle un outil financier d'origine arabo-musulmane⁶² : la lettre de change⁶³. Grâce à ces deux mécanismes, les capitaux vont pouvoir sortir des villes et circuler dans le monde entier.

Deuxièmement, les Temps Modernes constituent un terreau propice au développement des grands Etats européens : Espagne, Portugal, Provinces-Unies (les Pays-Bas), Angleterre et France. Ces pays vont intervenir de manière directe et indirecte dans l'économie afin de développer leur politique coloniale respective. En effet, c'est la grande période de la colonisation des Amériques et de l'Asie. Les Etats, que nous pouvons qualifier de « modernes » à partir de la fin du 16^{ème} siècle, interviendront de manière directe en créant le mercantilisme (l'Etat a la tâche d'orienter l'activité économique). Son intervention directe qui nous occupera ci-après sera l'invention des compagnies de commerce, véritables sociétés anonymes de droit public. Les grandes puissances européennes interviendront de manière indirecte en étatisant le droit commercial : chaque Etat va intégrer les

⁵⁹ P. NOREL, « L'Histoire économique globale », Paris, Points, coll. Points économie, 2013.

⁶⁰ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p. 56.

⁶¹ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p. 59.

⁶² F. BRAUDEL, « Civilisation matérielle, économie et capitalisme. XVe XVIIIe siècle, t. II, Paris, Armand Colin, 1979, p. 458.

⁶³ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 251.

coutumes que les marchands du monde entier utilisaient⁶⁴. Sans être une véritable période de codification, plusieurs législations commerciales européennes similaires verront le jour. Nous analyserons l'une d'entre elles, la plus connue, l'ordonnance française de mars 1673 plus connue sous le nom de « Code Sary » et son chapitre propre aux sociétés reconnues de la pratique commerciale.

L'ÉVOLUTION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE : D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNE À UNE SOCIÉTÉ DE CAPITALAUX

L'évolution du capitalisme entraîna une modification profonde des sociétés. Pendant le Moyen-Âge, comme nous l'avons vu, il s'agissait de sociétés de personnes (marquées par un caractère *intuitu personae*). Le soudain afflux de capitaux, le développement du capitalisme et de la première mondialisation obligèrent les sociétés, en particulier la *commanda*, à modifier leur structure et leur rapport aux capitaux. La *commanda* évolua : en Moyen-Âge, elle possédait plutôt les caractéristiques d'une association, pendant les Temps Modernes elle va acquérir les caractéristiques d'une véritable société (bien que toujours marquée par le droit contractuel).

Nous pouvons distinguer deux ordres juridiques distincts pour l'appréhension de cette évolution : le droit italien du 15^{ème} au 17^{ème} siècle d'abord (berceau des *commanda*) et le droit français au 17^{ème} et au 18^{ème} siècle.

Commençons par le droit italien et replongeons dans les statuts des grandes villes. Pour les caractéristiques principales des *commanda*, nous renvoyons le lecteur au chapitre 2 à la section traitant de cette association. Pour plus de compréhension, nous commencerons à parler ici de véritables sociétés en commandite simple et par actions, et non plus de contrat de *commanda* car le phénomène « sociétal », l'appréhension des sociétés par les acteurs commerciaux (et autres comme nous le verrons) se développe durant la période des Temps Modernes. À la suite de la lecture des différents statuts, une nouvelle pratique émergea dans les cités Italiennes à la fin du 15^{ème} siècle. Cette pratique n'est pas reprise dans la thèse de F. BALLE et par d'autres auteurs évoquant le contrat de *commanda* au Moyen-Âge, nous laissant affirmer que cette dernière ne se faisait pas ou qu'elle n'était pas encore encrée dans les mentalités. À la fin du 15^{ème} siècle et au début du 16^{ème}

⁶⁴ Les historiens et les juristes ont longtemps parlé de la *lex mercatoria* : celle-ci sera constituée des coutumes commerciales et des usages communs aux marchands des pays « du monde entier » (de l'époque, comprenez l'Europe et la méditerranée). Cette *lex mercatoria*, comme peut s'en douter le lecteur, n'est qu'une construction théorique homérique : les règles régissant les contrats commerciaux étaient différentes d'un endroit à l'autre. Et même si certaines institutions comme les sociétés étaient communes à beaucoup de pays (C.F. notre commentaire sur la *commanda*), les règles régissant leur application étaient bien souvent différentes. Voy. D. DE RUYSSCHER, *op.cit.*, p. 270 – 273.

siècle, une nouvelle condition s'ajouta pour limiter la responsabilité du commanditaire : la publication par l'enregistrement auprès des tribunaux « de commerce » (par exemple, pour Florence, il s'agit du Tribunal de la *Mercanzia*⁶⁵) de la société⁶⁶. Le privilège de la responsabilité limitée à la somme engagée pouvait être invoqué à l'égard des tiers à cette seule condition. Il s'agissait ici d'une protection des tiers et des associés commanditaires. En effet, les tiers pouvaient, avant de contracter avec le ou les commandité(s), savoir vers qui se tourner en cas de banqueroute. Grâce à la publication, il pouvait anticiper la somme maximale qu'ils pourraient percevoir. D'autres informations se trouvaient dans les registres tenus par les autorités. Par exemple, dans les registre de la ville de Lucques (ville toscane se trouvant au Nord de Pise), étaient enregistrés les noms des commandités et des commanditaires, leurs titres et qualités, leur résidence et à défaut leur nationalité (comprenez plutôt « leur ville »), le montant des sommes placées, le siège social, la durée de la société, son mode de résiliation, etc.⁶⁷ Il s'agissait également d'une mesure de protection des associés commanditaires puisque si un créancier se tournait vers lui pour réclamer sa créance, le commanditaire pouvait lui apporter valablement la preuve que le montant sera limité. La *commanda* du Moyen-Âge commence à perdre son caractère personnel et nous voyons apparaître une nouvelle entité sociale distincte des associés⁶⁸. Ceci à plusieurs conséquences. Premièrement, de plus en plus de personnes « non-commerçantes » investissent dans le capital des sociétés en commandite. Non seulement de toutes les catégories de la population mais accueillant en plus une masse croissante d'étrangers à la cité⁶⁹ (qui ne font pas toujours des apports dans la monnaie locale, d'où l'importance des lettres de change). Deuxièmement, chaque société en commandite a une pluralité de commanditaire, qu'elle n'avait pas forcément auparavant en vertu de son caractère *intuitu personae*. Dans certaines commandites, il est fréquent que les commanditaires ne soient pas tous nommés. Par exemple, la Compagnie *Rinuccini et Marsilio degl'Albizzi d'Ancône* fournit un apport en son nom et au nom d'un ami désigné par les initiales « A.S. »⁷⁰. Troisièmement, cette pluralité de commanditaires (sans oublier la présence de plusieurs commandités également) amena la pratique à subdiviser le capital de la société en commandite en actions. La société en

⁶⁵ M. CARMONA, *op.cit.*, p.83.

⁶⁶ Statut de la cour de la *Mercanzia* du 26 mars 1585, Florence.

⁶⁷ M. CARMONA, *op.cit.*, p. 84.

⁶⁸ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 194.

⁶⁹ CARMONA analyse les statuts florentins et constate une grande diversité quant à la profession et quant à la qualité des commanditaires : des prêtres, des femmes représentées par procureur, des enfants mineurs représentés par leurs tuteurs ou le magistrat compétent, des organismes publics visant à fournir du travail aux chômeurs, d'autres commerçants n'ayant aucun lien d'affaire avec la société en commandite (des boulangers, des épiciers-charcutiers, des cardeurs, etc.). La ville de Lucques verra ses commanditaires moins diversifiés à cause de son caractère plus aristocratique. Voy. C. CARMONA, *op.cit.*, p. 85.

⁷⁰ CARMONA, *op.cit.*, p.86.

commandite, avec ces nouveaux éléments, perdit également un autre de ses éléments : une durée limitée dans le temps. À l'origine, une *commanda* était généralement (exceptées quelques exceptions) limitée à la durée d'un voyage aller-retour. Avec la nouvelle stabilité qu'elle apporte avec un nombre plus important de commanditaires, un capital divisé en actions, la commandite reçoit de plus en plus dans la pratique un caractère de stabilité : généralement prévue pour 3 à 5 ans lors de son enregistrement, cette dernière est reconduite, de manière tacite ou expresse. MAURICE CARMONA a retrouvé dans les archives de Florence une société en commandite s'étendant sur une durée de 46 ans (même si cela est extraordinaire). La subdivision du capital permet également le développement d'un système de participation entre différentes commandites où certaines personnes étaient associées dans plusieurs commandites. Notons également que la distinction entre personne morale (la société en commandite) et personne physique (les associés) permet l'apparition de commanditaire personne morale : c'est la société en commandite qui avance les fonds auprès d'une autre société en commandite. Durant les 16^{ème} et 17^{ème} siècle (peut-être avant mais nous n'en avons pas trouvé de trace dans les sources), les cités italiennes voient apparaître une espèce de concentration financière où sont étroitement liées *compagna* et sociétés en commandite. Ainsi, véritable alternative au prêt, un capitaliste pouvait véritablement « fractionner » le risque sur plusieurs sociétés. Fait également intéressant, les sociétés en commandites italiennes remplacèrent le commandité en un gérant salarié. En vertu des courants d'affaires liant commerçants italiens et commerçants flamands, le modèle italien de la société en commandite fut régulièrement utilisé en Flandre, notamment à Anvers.

Le droit français quant à lui s'écartera du modèle italien en le complexifiant et en n'appliquant pas les principes de ce dernier, notamment en termes de responsabilité limitée du commanditaire. Ce qui est assez déroutant puisque la particularité de la *commanda* était la limitation de la responsabilité de l'un des associés. Et ce qui est encore plus étonnant, c'est que la société en commandite « version française » était utilisée fréquemment. Pour certains voyages, cette société s'adaptait bien au commerce colonial⁷¹. Elle était également utilisée pour fructifier le capital des différentes maisons de commerce ou manufactures. À l'instar des Compagnies de commerce (voir *infra*), COLBERT a accordé certains privilèges à des commanditaires. Pourtant, le commanditaire évoluait dans « une zone d'ombre dangereuse pour les tiers »⁷². Trois commentaires peuvent être fait pour les sociétés en commandite françaises. Premièrement, la pratique voulait que les sociétés ne soient pas enregistrées, comme c'était le cas pour les commandites italiennes. Les tiers

⁷¹ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 194.

⁷² J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 195.

contractants avec la société ne pouvaient donc voir « la solvabilité » (si nous osons le dire) de celle-ci. Le plus étonnant, c'est que parfois certains commanditaires figuraient dans la raison sociale comme des associés commandités⁷³. Ce qui a de graves répercussions en termes juridiques : cela signifiait que le commanditaire était tenu de manière illimitée, et solidairement avec les commandités aux yeux des tiers. Deuxièmement, le commanditaire pouvait poser des actes de gestion vu que la commandite n'était pas enregistrée. Il en résultait qu'il pouvait poser des actes de gestion à l'insu des tiers. Or, rappelons-le, dans le modèle italien, si le commanditaire posait un acte de gestion, il pouvait être tenu responsable sur son patrimoine si une créance naissait de cet acte. Troisièmement, la pratique ne définissait pas vraiment l'étendue de la responsabilité du commanditaire : était-il tenu vis-à-vis des tiers ou uniquement vis-à-vis du commandité ? ROBERT JOSEPH POTHIER, conseil au tribunal d'Orléans au 18^{ème} siècle penchait pour la seconde option⁷⁴. L'équilibre protection des associés – protection des tiers présent dans la société en commandite italienne était rompu dans la commandite française. Pourtant, il existait une législation sur la commandite française, nous le verrons dans la partie consacrée à l'analyse du Code Savary.

LES COMPAGNIES DE COMMERCE

Bien qu'utiles pour les commerçants et possédant une forme assez souple, la société en commandite simple ne possédait pas une forme suffisante pour drainer d'immenses masses de capitaux indispensables au commerce outre-Atlantique. Comme nous l'avons évoqué ci-dessus, le contrat de société était marqué par un caractère *intuitu personae* au Moyen-Âge. À partir du 15^{ème} siècle, ce dernier change et devient marqué par un caractère *intuitu pecuniae* : on ne met plus l'accent sur la personne de l'associé, mais sur les capitaux que ce dernier apporte.

Le 17^{ème} siècle voit l'apparition de compagnies à charte, qui sont à l'origine de nos sociétés de capitaux⁷⁵. Elles apparaissent surtout dans les Provinces-Unies et en Angleterre. Les exemples les plus connus sont la Compagnie néerlandaise des Indes orientales fondée en 1602 par les Etats généraux des Provinces Unies⁷⁶ et la Compagnie britannique des Indes orientales⁷⁷ fondée en 1600 par la reine Elisabeth 1^{ère}. En France, deux compagnies de ce type furent créées par COLBERT en

⁷³ J. HILAIRE, *ibidem.*, p.195.

⁷⁴ R. J. POTHIER, « Traité des obligations », Vol. 1, 1761, p. 276 et ss. Version corrigée par M. DUPIN en 1824 disponible sur gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France. Version originale disponible sur books.google.be. Voy. J. HILAIRE, *ibidem*, p. 195.

⁷⁵ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p. 61.

⁷⁶ P. BONNASSIEUX, « Les grandes Compagnies de commerce, étude pour servir l'Histoire de la colonisation », Paris, Librairie Plon, 1892, p. 40, disponible en ligne sur gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

⁷⁷ P. BONNASSIEUX, *op.cit.*, p. 101.

1664 : la Compagnie des Indes orientales et la Compagnie des Indes occidentales⁷⁸. Nous étudierons ces deux dernières compagnies (principalement celle des Indes orientales) car l'analyse des textes législatifs est plus aisée en vieux français. Les différents principes analysés se retrouvent *mutatis mutandis* dans les autres chartes et édits des Compagnies de commerce européennes.

La *ratio legis* de ces Compagnies est assez simple à comprendre : à l'époque, c'était la seule structure juridique capable de concentrer les capitaux nécessaires au financement des expéditions lointaines et extrêmement risquées (ces dernières pouvaient durer des années, ne permettant pas toujours l'utilisation de la société en commandite simple dans laquelle, comme nous l'avons vu plus haut lors de l'analyse du contrat de *commanda*, le capitaliste n'avait pas beaucoup de moyens pour surveiller le « commandité »). Cela dit, le succès de ces Compagnies fut assez mitigé en France, car la figure du « petit commerçant indépendant » marquait ce système juridique et les idées conservatrices du commerce (nous le verrons lors de l'analyse du Code de commerce de 1808). Analysons les points communs des Compagnies de commerce européennes.

Premièrement, les Compagnies étaient toutes fondées par le Roi ou par les autorités publiques. Ces dernières n'étaient donc pas l'œuvre de particuliers comme les *commanda* et les *compagna* (même si le caractère élitiste de cette dernière permettait à certains de contrôler les grandes villes italiennes). Afin d'attirer les investisseurs, et dans un objectif de protectionnisme, les Compagnies de commerce étaient dotées d'avantages considérables⁷⁹ : elles recevaient du Roi le pouvoir exclusif d'administrer et d'organiser les territoires conquis par ces dernières, créant ainsi des monopoles, les marchandises importées dans leur métropole respective étaient exemptes de droit de douanes, elles étaient propriétaires (mais au nom du Roi) des terres conquises, etc. Ces privilèges découlent directement de l'autorisation royale. De plus, ces privilèges n'étaient pas absolus, ils servaient plutôt les intérêts de la puissance publique exercée par le Roi ou les autorités⁸⁰. Par exemple, le Roi Louis XIV révoqua en 1674 la concession octroyée à la Compagnie française des Indes occidentales et s'appropriera les terres conquises par la défunte Compagnie⁸¹ (dont les résultats furent meilleurs que sa sœur des Indes orientales).

⁷⁸ A. LEFEBVRE-TEILLARD, « La société anonyme au XIXe siècle », P.U.F, Paris, 1985, p. 5.

⁷⁹ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p. 61.

⁸⁰ Par exemple, la Compagnie néerlandaise des Indes orientales était étroitement surveillée par les Etats Généraux et certaines grandes villes commerçantes comme Amsterdam qui se partageaient la tâche de nommer les directeurs (ancêtres des administrateurs).

⁸¹ L. HUPPEE, « L'établissement de la souveraineté européenne au Canada », Faculté de droit de l'Université de Laval, *Les cahiers de droit*, vol. 50, n°1, mars 2009, p. 173.

Deuxièmement, et là est le point le plus important à nos yeux, les investisseurs (comprenez les associés) étaient soumis à une responsabilité limitée aux sommes investies dans le capital de la Compagnie⁸², ce qui signifie que le droit de gage des créanciers ne s'étendait pas aux patrimoines privés des différents associés. L'article 2 de la charte de la Compagnie des Indes orientales stipulait : « *Les Directeurs ny les Particuliers Intéressés ne pourront être tenus pour quelque cause ou prétexte que ce soit, de fournir aucune somme au-delà de celle pour laquelle ils le seront obligés dans le premier établissement de la Compagnie, soit par manière de supplément ou autrement* »⁸³. L'article distingue deux hypothèses sur la somme fournie : au moment de la souscription du capital et au moment de l'augmentation de capital. La souscription au capital est l'acte par lequel un futur associé s'engage à acquérir une ou des actions d'une société. Le moment où ce dernier fournira effectivement la somme promise sera appelé « la libération au capital ». Ce qui signifie que le créancier peut porter son action sur la somme promise. Mais il ne peut dépasser cette dernière. Les créanciers personnels des débiteurs ne pouvaient pas saisir les « effets » des associés, mais seulement leurs dividendes⁸⁴.

Ce fut une avancée majeure dans le droit des sociétés car pareil avantage était totalement novateur et réduisait pour la première fois le droit de gage des créanciers⁸⁵. Comme nous l'avons vu avec la *commanda*, la limitation de la responsabilité des associés existait déjà, mais elle ne s'appliquait que pour un type spécifique d'associé : le commanditaire. Or, dans les Compagnies de commerce, tous les associés bénéficient de ce régime où leur responsabilité est limitée à leur apport.

Mais cette avancée ne s'arrête pas là et va encore plus loin. Dans le droit « classique » des sociétés (prenez l'exemple de la *commanda*), il y avait cette idée que les directeurs (« administrateurs », dirigeants peuvent être des synonymes) devaient être soumis au régime de la responsabilité illimitée, et s'ils dirigeaient à plusieurs la société, ils seraient tenus *in solidum*, s'ils posaient des actes au nom de la société. En guise de comparaison, prenons la *commanda*. Dans cette dernière, seul le commerçant recevant les fonds (commandité ou *tractator*) voyait sa responsabilité être

⁸² T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p. 63.

⁸³ Déclarations du Roy : l'une, portant établissement d'une Compagnie pour le commerce des Indes Orientales ; l'autre en faveur des officiers de son Conseil et Cours Souveraines intéressées, en ladite Compagnie et en celle des Indes Occidentales. Registrée en Parlement le 1^{er} septembre 1664. Disponible en ligne sur gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

⁸⁴ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 201.

⁸⁵ H. LEVY-BRUHL donne une explication *a contrario* de la lecture de l'article 2 combiné à l'article 5 de la charte de la Compagnie française de Indes orientales : il distingue responsabilité interne et externe pour justifier le fait que les actionnaires pouvaient être tenus à une responsabilité illimitée. L'analyse est intéressante mais est incompatible avec l'évolution des sociétés par actions dont l'essence même est de limiter la responsabilité des actionnaires à leur apport. Voy. H. LEVY-BRUHL, « Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècle », Paris, 1938, p. 243.

illimitée : un créancier pouvait satisfaire sa créance sur le patrimoine privé du commandité. Nous pouvons expliquer cette dernière par le fait que même s'il peut recevoir certains « ordres » s'apparentant plutôt à des conseils de gestion et d'emploi des fonds apportés, le commandité était libre de poser tous les actes qu'il jugeait nécessaire à la réussite de l'opération commerciale. Comme nous l'avons expliqué plus haut, le capitaliste n'avait pas beaucoup de pouvoir sur le commandité. En revanche, dans les Compagnies de commerce, les directeurs voyaient également leur responsabilité limitée à leur apport et voyaient ainsi leur patrimoine privé protégé⁸⁶. Bien évidemment, les directeurs n'étaient pas protégés pour tous les actes qu'ils posaient : seulement ceux pris au nom de la société⁸⁷. Cette limitation était justifiée par les risques exceptionnels pris par les dirigeants de ces sociétés aux accents fort hasardeux (ils étaient envoyés « à l'autre bout du Monde » et étaient confrontés à de très nombreux risques : les indigènes, les puissances ennemies, les dangers liés à de telles expéditions, la découverte d'une terre hostile, etc.).

L'article 5 de la charte de la Compagnie des Indes reprenait ce nouveau principe : « *Les Directeurs de ladite Compagnie ne pourront être inquiétez ny contraints en leurs personnes & biens pour raisons des affaires de ladite Compagnie, ny les effets d'icelle susceptibles d'auncuns hypotheques pour nos affaires, ni saisis pour ce qui pourroit nous être deub par les Particuliers interessez en icelle* ».

Chose intéressante dans la Compagnie des Indes, il existait une assemblée générale des actionnaires qui devait dicter la conduite de la Compagnie aux directeurs. Il existait même des commissaires de surveillance. Mais comme dit plus haut, la périodicité statutaire et le pouvoir des actionnaires n'étaient pas respectés : les ordres venaient du Roi et lui seul décidait du « sort » de la Compagnie.

Certains de ces principes seront repris plus tard au 18^{ème} siècle par les sociétés par actions.

LE CODE SAVARY ET LES SOCIÉTÉS (1673)

Comme nous l'avons évoqué plus haut, le droit commercial n'était pas codifié au 17^{ème} siècle. Il en résultait une multitude d'usages et de coutumes dont l'application était différente pour chaque

⁸⁶ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p.4.

⁸⁷ Dans la pureté des principes du droit des sociétés, nous pourrions avancer que les actes étaient pris en respectant l'intérêt social de la société. Ce qui n'était pas vraiment le cas dans les Compagnies puisqu'il y a eu de nombreuses hypothèses dans lesquelles le Roi ou les autorités sont intervenus pour protéger et justifier des actes qui n'entraient clairement pas dans la conception moderne de « l'intérêt social ». Les Compagnies restaient sous le contrôle tangible de ceux qui les avaient créées. Voy. L. HUPPEE, *op.cit.*, p. 153 et ss.

région. COLBERT, grand ministre du roi Louis XIV, décida de confier à un Conseil de réforme⁸⁸ la rédaction d'un édit codifiant les usages et coutumes hérités du Moyen-Âge. Ce dernier vit le jour en mars 1673 sous la plume de JACQUES SAVARY, ancien négociant parisien qui connaissait en profondeur le droit italien⁸⁹ (au Moyen-Âge, comme nous l'avons vu, le droit commercial est en partie d'origine italienne). L'ordonnance porta le nom « Édit du roi servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands tant en gros qu'en détail », mais il fut surtout connu dans la pratique comme le « Code Savary ».

Très vite, ce code fut dépassé tellement il était lacunaire : « En 122 articles et XII titres, le droit commercial est codifié »⁹⁰. En comparaison, le code de Commerce de Napoléon en comportait 650. Il faut se rendre compte que le Code Savary n'apportait rien de nouveau ; il ne codifiait que des usages et coutumes existants, d'application au Moyen-Âge. Le manque d'anticipation dont il souffrait le vit bientôt subir une décodification quelques années après sa publication.

En ce qui nous concerne, le code ne comportait que 14 articles relatifs aux sociétés, seulement 2 de ces articles concernent notre sujet. Nous comprenons vite que le code est dépassé dès son entrée en vigueur à propos des sociétés : codifiant le droit coutumier médiéval, ce dernier ne connaissait que les sociétés de personnes. Or, comme nous l'avons vu avec les Compagnies de commerce, les 17^{ème} et 18^{ème} siècles sont marqués par l'apparition des sociétés de capitaux. Par exemple, le code Savary n'évoquait même pas ces Compagnies ou ne faisait pas la différence entre les sociétés en commandite simple et les sociétés en commandite par actions⁹¹ (qui existaient pourtant dans la pratique).

Comme nous venons de le dire, deux articles parlaient de la responsabilité des associés. Tout d'abord l'article 7 stipulait que « *Tous Associés seront obligés solidairement aux debtes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé ; au cas qu'il ait signé pour la compagnie & non autrement* »⁹². Il s'agit de la responsabilité que nous retrouvons dans la *compagna*. Cette société a évolué durant les Temps Modernes et porta le nom de « société générale » en France de l'Ancien

⁸⁸ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p. 67.

⁸⁹ J. MONEGER, « De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au Code de commerce français de septembre 2000 - Réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification », *Revue Internationale de droit économique*, 2004/2 t. XVIII, 2, p. 176.

⁹⁰ J. MONEGER, *ibidem*, p. 176.

⁹¹ D. VAN GERVEN, « Les associés commandités sont-ils par nature commerçants lorsque la société en commandite simple l'est ? Quelques réflexions sur la personnalité morale des sociétés à responsabilité illimitée », *R.C.J.B.*, 2013/3, p. 409.

⁹² Edit du Roy de mars 1673, servant de règlement pour le commerce des négociants & marchands, tant en gros qu'en détail, disponible sur gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

Régime. Nous consacrerons une section à l'analyse de l'évolution des anciennes « *compagna* ». Que le lecteur garde cet article en tête, ce dernier sert de « socle commun » au régime de la responsabilité des associés. Tous les associés sont solidaires des dettes de la société sauf exception (il n'y en a qu'une : les sociétés en commandite).

Il y avait ensuite l'article 8 relatif aux associés commanditaires dont le contenu était court : « *Les associés en commandite ne seront obligés que jusques à la concurrence de leur part* ». Mais comment les tiers pouvaient-ils déterminer « la part » des commanditaires ? Reprenons ce que nous avons présenté lors de l'analyse des sociétés en commandites françaises. L'article 1 de l'ordonnance prévoyait que toute société (générale ou en commandite) fasse l'objet d'un écrit. L'article 2 prévoyait lui que seules les sociétés entre marchands et commerçants soient enregistrées aux greffes de la juridiction consulaire. Mais, dans de nombreuses sociétés en commandites, certains commanditaires étaient des particuliers qui n'avaient pas la qualité de « commerçants ». Ce qui avait pour conséquence que la commandite n'était pas rendue publique⁹³. De plus, le capital social n'était pas non plus porté à la connaissance des tiers, car ce dernier ne regardait que les associés⁹⁴.

Le régime de la responsabilité des associés y était bien sommaire, il n'y avait également aucune mention de la responsabilité des administrateurs. Il faudra attendre Napoléon et le Code de commerce pour avoir une codification plus poussée sur le sujet.

LA COMPAGNIE MÉDIÉVALE AUX TEMPS MODERNES

Nous serons assez bref sur cette partie car nous ne répéterons que ce qui a été dit pour la *compagna* du Moyen-Âge. En droit français, il s'agit d'une reprise de l'ancienne compagnie italienne. Ces sociétés couvraient toute sorte d'entreprise. Mais à l'instar des sociétés en commandite françaises, la pratique n'était pas fixée avec rigueur sur ces sociétés. Il y avait un décalage entre les deux types de sociétés italiennes où les règles étaient précises tout en laissant une marge de manœuvre certaine aux associés et leur reprise dans les usages français. De plus, nous remarquons que dans la pratique des marchands français, sociétés en commandite et sociétés générales se mélangeaient.

Petite précision pour le lecteur appréciant certains faits historiques. Le nom de cette société n'était pas vraiment défini par la pratique (même si l'ordonnance de 1673 avait épinglé le nom « société

⁹³ Des raisons fiscales dissuasives peuvent également l'expliquer : l'enregistrement était soumis à un impôt direct dont le nom nous échappe malheureusement, certains l'appellent « droit de contrôle ».

⁹⁴ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 197.

générale »)⁹⁵. On retrouvait pêle-mêle les noms société générale, société libre ou en nom collectif. Cette dernière provenait de la raison sociale de la société. Si deux associés s'unissaient, la société portait le nom « X et Y en compagnie ». Si la société comportait plusieurs associés, elle portait le nom de l'un des associés suivi de « en compagnie » (le fameux « & Co. ») : la raison sociale constituait alors le nom collectif. Refermons la parenthèse.

En ce qui concerne la responsabilité des associés, comme le lecteur peut s'en douter, ceux-ci étaient tenus sur l'ensemble de leur patrimoine privé. Ils étaient également responsables *in solidum* pour toutes les dettes sociales. Ce qui est assez étonnant, prouvant que la pratique n'était pas très au fait en termes de responsabilité, c'est de retrouver des clauses dans « l'acte social » instaurant la solidarité des associés pour les dettes commerciales⁹⁶. Cette solidarité était nécessaire car dans une partie importante des cas, le gage des créanciers n'aurait reposé sur peu de choses si la responsabilité des associés n'avait été fixée qu'au montant de leur apport. Expliquons-nous. Contrairement à la *compagna* italienne, la société générale n'était pas, pour la majorité des cas, une « affaire de famille » reposant sur un véritable clan (même si le caractère familiale a persisté pour de nombreuses sociétés générales). Le phénomène associatif a bien évolué depuis le Moyen-Âge. Il arrivait que certaines sociétés soient constituées sans véritable capital tangible. Imaginons l'hypothèse d'une société générale (de fait, rappelons que les sociétés étaient rarement enregistrées au temps du Code Savary) constituée entre deux artisans. Le « capital » pourrait être seulement constitué de deux apports en industrie où chaque associé apporte son savoir-faire et ses compétences. Celui-ci aurait difficilement saisisable pour les créanciers. JEAN HILAIRE précise également que « la notion de capital était encore vague et les divers éléments constituant ce capital ne se distinguaient que lentement du patrimoine personnel des associés »⁹⁷.

DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS (MILIEU ET FIN 18ÈME SIÈCLE)

Comme nous l'avons dit ci-avant, les origines des sociétés par actions se retrouvent dans les Compagnies de commerce pour ce qui est du droit français. Les Anglais connaissaient ce phénomène bien avant, au 16^{ème} siècle. Il faut déjà savoir que le pouvoir royal encadrait certaines compagnies (des sociétés « générales ») dès le 15^{ème} siècle et les dotait de la personnalité juridique : il s'agissait des *regulated companies*⁹⁸. Plus tard donc, au 16^{ème} siècle, ces sociétés sont dotées d'un

⁹⁵ C.F. article 1 du Code Savary dans les annexes.

⁹⁶ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 190.

⁹⁷ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 191.

⁹⁸ J.-M. THIVEAUD, « Les grandes sociétés par actions et les compagnies coloniales de l'Europe des Temps Modernes du XVI^e au XVII^e siècle », *Revue d'économie financière*, n°55, 1999, p. 228.

capital social unique (appelé *joint-stock*), divisé en parts d'un montant plus ou moins fixe (appelé *shares*). Elles changent également de noms et deviennent les biens connues *joint-stock companies*⁹⁹. À l'instar des Compagnies de commerce françaises, elles sont soumises à l'approbation du Parlement ou du Roi : ceux-ci deviennent des associés de la société. Par cette approbation appelée incorporation, le régime de la responsabilité des associés change. Il passe de la responsabilité illimitée et solidaire à la responsabilité limitée (au montant de leur apport) et solidaire.

En droit français, les premières sociétés par actions se confondaient avec les sociétés en commandites par actions. Toutes deux naissaient de la division du capital social en parts appelées « actions ». Progressivement, certaines sociétés en commandites étendirent le privilège du commanditaire à tous les associés, limitant ainsi leur responsabilité à leur seul apport, exprimé au travers de leurs actions. À la fin du 18^{ème} siècle, la distinction s'opérait plus nettement dans le sens où la société par actions ne comportait que des actionnaires et la société en commandite comportait des actionnaires et des commandités responsables¹⁰⁰. Mais il ne s'agit ici que d'une distinction juridique, dans la pratique, peu d'associés faisaient la différence entre ces deux sociétés. Le juriste devait voir dans la pratique si oui ou non un ou plusieurs des associés étaient tenus de manière illimitée et solidairement aux dettes de la société. De cette ambiguïté naissait, selon nous, la conséquence suivante : les sociétés par actions n'étaient pas soumises à l'autorisation des autorités comme l'étaient les Compagnies de commerce un siècle plus tôt. Cette ambiguïté se ressent également par l'absence de la mention de ces sociétés dans le Code Savary en 1673.

Mais comme nous l'avons évoqué, et il s'agit ici d'un tournant dans le droit des sociétés, à la fin du 18^{ème} siècle les sociétés par actions se distinguèrent des commandites par leur structure, calquée sur celle des Compagnies de commerce¹⁰¹. Les sociétés par actions se dotèrent d'administrateurs, de conseils d'administration et d'assemblées d'actionnaires (nous pouvons parler d'assemblée générale). L'apport de cette nouvelle structure au droit des sociétés des Temps Modernes (marquant son déclin et l'entrée imminente d'une nouvelle codification) est la montée en puissance de l'actionnaire. En effet, dans les Compagnies de commerce, l'actionnaire était relégué au second plan, voir complètement délaissé. La figure ayant les « pleins » pouvoirs (à nuancer avec ce que

⁹⁹ J.-M. THIVEAUD, *op.cit.*, p. 228.

¹⁰⁰ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 204.

¹⁰¹ A.-E. SAYOUS, « Les sociétés anonymes par actions : leur nature dégagée par la méthode historique d'après l'histoire de la Compagnie des Indes orientales de 1602 à 1623 », *Revue d'économie politique*, 1902, Vol. 16, No. 7 (1902), p. 621.

nous appellerons « le droit de regard royal ») dans ces Compagnies était l'administrateur, le directeur¹⁰². Dans les sociétés par actions, les actionnaires prirent le pouvoir. C'était ceux-ci qui dictaient les lignes directrices de la société durant les assemblées générales où ils firent pression auprès des administrateurs. Il faut comprendre que ce tour de force intervenait aux alentours de 1789 et voguait avec les idées révolutionnaires.

Un autre point peut être avancé en termes de responsabilité, celle de ses administrateurs. Auparavant, dans les Compagnies de commerce, ceux-ci voyaient leur responsabilité limitée par la volonté du Roi, cela se trouvait inscrit dans l'acte fondateur de la société (voyez l'article 5 de la charte de la Compagnie des Indes orientales). Avec les sociétés par actions, ce sont les actionnaires qui votent la décharge de leur responsabilité sur leurs biens personnels pour tous les engagements pris au nom de la société¹⁰³. Les administrateurs, qui sont généralement (mais pas toujours) des associés comme les autres, ne reçoivent plus leur pouvoir de quelqu'un extérieur à la société et à sa « vie sociale » mais sont légitimés par les actionnaires, par leurs pairs.

Il faut également souligner qu'ils s'agissaient de sociétés privées échappant au contrôle royal. Nous pouvons commencer à développer un point important que nous poursuivrons dans l'analyse du Code de commerce : le contrôle gouvernemental. Souvenez-vous, dans le régime mercantiliste de l'Ancien Régime, les Compagnies de commerce étaient toutes fondées par une charte, une autorisation du Roi. Le Roi (ou le gouvernement en fonction du pays étudié) intervient directement dans le capital de la société en devant coassocié en achetant des actions de ladite Compagnie et en lui octroyant des privilèges. À cela va s'ajouter une nouvelle dimension : celle du contrôle¹⁰⁴. Disons-le clairement, et cette conception va marquer le droit des sociétés pendant encore longtemps, les sociétés par actions effrayent. Elles sont « anonymes », obscures, sans aucun contrôle. Le lecteur pourrait être étonné (nous le fûmes également) de voir ainsi une volonté de freiner les libertés individuelles à la fin du 18^{ème} siècle, le siècle des Lumières où justement l'individu, sa Raison et la liberté des choix qu'il pose étaient centraux. Cette « peur » se comprenait à la lumière des différents scandales qui ont touché les premières grandes sociétés par actions : La Compagnie des Mers du Sud (septembre 1720) et la banqueroute de LAW (17 juillet 1720). Il s'agissait de deux krachs boursiers, le premier en Angleterre, le deuxième en France. À partir du moment où les actions ont été considérées dans la pratique juridique du 18^{ème} siècle comme des

¹⁰² **Parlez des abus des admin dans le texte sociétés par actions au 16^{ème} siècle, après page 13**

¹⁰³ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 207.

¹⁰⁴ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 6.

biens meubles¹⁰⁵ et donc dans le commerce, il y eu une spéculation démesurée des titres de ces sociétés. Dans les deux cas, les sociétés (la Compagnie des Mers du Sud pour l'un et la Banque générale pour l'autre) émirent des actions ayant une valeur fictive et surévaluée, mais par suite d'une propagande alléchante des autorités, les petits épargnants¹⁰⁶ se ruèrent acheter des actions des dites sociétés. Lorsque la valeur de ses actions dégringola à la suite de leur conversion en « espèces sonnantes et trébuchantes », beaucoup des actionnaires se retrouvèrent ruinés. Cela provoqua une aversion pour ce type de sociétés et un nouveau type de contrôle sur celles-ci : en Angleterre cela se traduisit par l'adoption du *Bubble act* en 1720 interdisant en principe la constitution des sociétés par actions (sauf autorisation exceptionnelle du Parlement ; il s'agira des *incorporated companies*¹⁰⁷) et en France s'instaura un contrôle du marché des actions au 18^{ème} siècle. À la fin de l'Ancien Régime, les révolutionnaires supprimèrent certaines sociétés par actions¹⁰⁸ (notamment la Caisse d'Escompte pour les dangers politiques qu'elle représentait) pour ensuite les rétablir¹⁰⁹. Le droit ne suivait pas la pratique et avait un côté discriminatoire dans le sens où toutes les sociétés qui divisaient leur capital en actions ne voyaient pas forcément celles-ci faire l'objet de transactions spéculatives¹¹⁰. Dans certaines sociétés, les actions ne quittaient pas le groupe restreint des associés.

Nous reparlerons de cet aspect dans l'étude de la société anonyme du Code de commerce.

Chapitre 4. Napoléon et le Code de commerce de 1808

DE QUELQUES TEXTES RÉVOLUTIONNAIRES

Avant de nous lancer dans l'analyse du Code de commerce, il nous faut mentionner certains textes, dont deux en particulier, qui revêtent d'une grande importance en droit commercial : le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier. Ces deux textes, que nous retrouvons dans toutes les introductions des cours de droit de l'entreprise, ont été adoptés par les instances révolutionnaires et portaient un regard peu cajoleur sur le droit d'association. Contrairement au Code de commerce qui était empreint d'une idéologie « d'Ancien Régime », les deux textes révolutionnaires étaient imprégnés

¹⁰⁵ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 205.

¹⁰⁶ La Banque générale, créée sous la forme d'une commandite par action par JOHN LAW et autorisée par le régent Philippe d'Orléans en mai 1716, avait son siège social situé rue Quincampoix à Paris, où des auteurs contemporains racontent que des milliers de particuliers de toutes classes sociales se disputaient les titres de la société. Voy. E. FAURE, « Chapitre XX – L'or coule dans la rue Quincampoix » in *La banqueroute de Law*, Galimard, coll. Trente journées qui ont fait la France, 1977, p. 243 à 255.

¹⁰⁷ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁸ Décrets des 24 août 1793 et 26-29 germinal an II.

¹⁰⁹ Loi du 30 brumaire an IV.

¹¹⁰ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 8.

des idées libérales et individualistes des Lumières. La *ratio legis* de ces deux textes était la promotion de la liberté d'entreprendre, d'une part, et de la mise en concurrence d'une multiplicité de petites entreprises contribuant au bien des consommateurs, d'autre part.¹¹¹ Les révolutionnaires mettaient en avant l'entreprise personne physique au détriment de l'entreprise personne morale distincte de ses associés ; ceux-ci associaient « sociétés » à « Compagnies de commerce royales » avec une note péjorative.

Le décret d'Allarde adopté par l'Assemblée générale les 2 et 17 mars 1791 abolissait les corps de métiers tels que les corporations et les manufactures et prônait le libre accès individuel aux activités commerciales¹¹². Les individus devenaient égaux et organisaient leurs relations par la figure du contrat¹¹³. Par ce décret, les révolutionnaires supprimaient de nombreuses institutions dotées de la personnalité juridique, ce qui aura de grandes conséquences en droit des sociétés. Cette suppression aurait pour source la crainte des « gens de mainmorte »¹¹⁴. Il s'agit de l'idée que les corporations, le corps de métiers, les congrégations religieuses ; etc. étaient des êtres abstraits et donc incapables de mourir à l'inverse des personnes physiques. Ce qui avait pour conséquences que les biens de ces êtres abstraits ne s'aliénaient pas, qu'ils n'étaient pas transmissibles par succession et qu'ils n'étaient donc pas dans le commerce. L'Etat se voyait de ce fait privé des droits de succession et d'aliénation. Cette crainte de la « mainmorte » serait l'une des raisons (il y en a d'autres) pour lesquelles les Etats belge et français avaient des réticences à donner la personnalité juridique aux sociétés et aux associations.

La loi Le Chapelier également adoptée par l'Assemblée générale les 14 et 17 juin 1791 interdisait les citoyens d'une même profession de constituer l'ancêtre d'un syndicat et évitant ainsi la réinsertion des corporations. Selon J. ELLUL, la liberté du travail était alors considérée comme supérieure à la liberté d'association¹¹⁵.

¹¹¹ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p. 69.

¹¹² Art. 7 du décret des 2 et 17 mars 1791 : « À compter du 1er avril prochain il sera libre à toute personne de faire tel ou tel négoce ou d'exercer telle profession, tel art ou métier qu'elle trouvera bon, mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements qui sont ou pourraient être faits ».

¹¹³ Y. DE CORDT, « Le bicentenaire du Code de commerce », *R.D.I.D.C.*, 2007/3, p. 385.

¹¹⁴ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p. 70.

¹¹⁵ J. ELLUL, « Histoire des institutions », t.4, XVIe-XVIIIe siècle, Paris, P.U.F., p. 40.

Alors que STENDHAL s'émerveillait du Code civil et écrivait qu'il en lisait chaque matin une partie pour se nourrir l'esprit¹¹⁶, le Code de commerce ne reçut pas les mêmes éloges. Sa rédaction fut beaucoup trop rapide¹¹⁷ et bousculée par de nombreux scandales de l'époque : les spéculations de fournisseurs des armées et de nombreuses faillites, ce qui eut le don d'irriter l'Empereur qui en força la rédaction¹¹⁸. Souvent appelé « Code de boutiquiers », il était essentiellement réservé aux commerçants (ce qui avait un caractère corporatiste en contradiction avec les principes proclamés sous la Révolution). Ce code était d'avantage axé sur les actes de commerce que sur la personne du commerçant¹¹⁹.

En ce qui nous concerne, le Code de Commerce ne développa qu'une législation succincte sur le droit des sociétés : à peine une trentaine d'articles que nous retrouvons au livre II du titre III. Il s'agissait essentiellement d'une reprise du Code Savary de 1673 en y apportant toutefois certains développements par rapport au droit civil, aux sociétés de personnes faisant l'objet du Code Savary et au développement officiel de la société anonyme. En tout, le Code connaissait trois formes de sociétés commerciales (la société en nom collectif, la société en commandite et la société anonyme) et une forme d'association commerciale (l'association commerciale en participation).

a. Le droit commercial est l'exception du droit civil

L'article 18 du Code de commerce stipulait « *Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce, et par les conventions des parties* »¹²⁰. De cet article, plusieurs éléments peuvent être analysés.

¹¹⁶ J. MONEGER, *op.cit.*, p. 173.

¹¹⁷ Pourtant, sa rédaction avait commencé sous les meilleurs auspices et il aurait pu englober une bonne partie des coutumes et usages commerciaux de l'époque. La commission qui rédigea le projet envoya ce dernier pour observation aux tribunaux d'appels et aux conseils de commerce de la France de l'époque, ce qui englobait les anciens Pays-Bas autrichiens (presque l'entièreté de notre territoire belge) et la Principauté de Liège rattaché en France en 1792. Ce qui eut pour conséquences que nos régions participèrent à l'élaboration du Code de commerce. Pour un historique complet, voy. J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 79 à 91 et P. WEBER, « La grande histoire de la Belgique », Paris, Perrin, 2013, p. 189 à 199.

¹¹⁸ L'épisode des faillites des fournisseurs de l'armée poussa Napoléon à insister pour qu'une procédure extrêmement sévère soit prévue en cas de faillite. Y. DE CORDT, *op.cit.*, p. 386.

¹¹⁹ Y. DE CORDT, *op.cit.*, p. 386. L'article 1 du Code de commerce était rédigé comme suit : « *Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle* ». Cet article comportait un renvoi aux articles 632 et suivants sur la notion (centrale) d'actes de commerce. Voy. J. MONEGER, *op.cit.*, p. 180.

¹²⁰ Code de commerce du 15 septembre 1807, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1808, art. 18. Texte original disponible sur gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

Premièrement, le Code affirmait que le droit commercial constituait un faisceau de règles faisant exception au droit civil¹²¹, ce qui avait pour effet que les principes généraux étaient contenus dans le Code civil et que les règles particulières se trouvaient dans le Code de commerce. Or cela a des conséquences en termes de solidarité. Comme nous l'avons vu jusqu'ici, la solidarité commerciale est la règle pour les marchands et commerçants ; ceux-ci sont tenus pour chaque dette commerciale sur l'ensemble de leur patrimoine et s'ils sont plusieurs, ils seront tenus *in solidum*. Cependant, la solidarité des débiteurs est l'exception en droit civil¹²², ce qui donnait lieu à une distinction fondamentale dans certains sociétés : l'associé commerçant et l'associé non-commerçant. La distinction est à ce point fondamentale que le premier peut être déclaré en faillite tandis que le second ne le peut point.

Deuxièmement, par ce renvoi au Code civil, le Code de Commerce affirmait l'existence d'une nouvelle distinction à opérer au sein des sociétés : les sociétés commerciales régies par le droit commercial et les sociétés civiles régies par le droit civil. Malgré cela, aucun des deux codes n'en précisait les critères. La jurisprudence interviendra pour poser le critère de distinction qui sera l'objet de la société (ce premier critère se révélera bien vite insuffisant).

Troisièmement, la société était définie comme un contrat. On se posait alors la question de savoir si ce contrat donnait naissance à une copropriété entre les associés ou à une personnalité juridique à part entière¹²³. Le Code sous-entendait ce principe sans l'affirmer. La Cour de cassation française le confirma en 1834 : seules les associations ou sociétés en participations n'étaient pas des personnes morales¹²⁴. Le caractère contractuel de la société laissait une grande liberté aux associés (aux parties) d'organiser comme bon leur semblaient l'organisation générale de la société. Les règles d'administration ou la répartition des pertes et des bénéfices étaient considérées comme d'ordre public et dérogeaient au droit civil.

b. La société en nom collectif (art. 20 à 22 C. Com.)

Contrairement au Code Savary de 1673, le Code de commerce donnait une définition de la société en nom collectif en son article 20 : « [...] elle est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale »¹²⁵. Comme nous

¹²¹ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 208.

¹²² Voy. C. civ., art. 1202 « La solidarité ne se présume point, il faut qu'elle soit expressément stipulée (...) ».

¹²³ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 209.

¹²⁴ Citée par J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 215.

¹²⁵ C. Com., art. 20.

pouvons le constater, il s'agissait toujours d'une société de personnes, où le caractère *intuitu personae* constituait un élément central de ce contrat¹²⁶. L'article 21 du Code laissait quant à lui la possibilité d'inscrire le noms des associés dans la raison sociale.

L'article 22 posait le principe de la responsabilité des associés : « *Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de sociétés sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale* »¹²⁷. Il y avait ici une reprise de ce nous retrouvions dans le Code Savary, quoi qu'il s'agît ici d'une responsabilité non plus générale mais spéciale à la société en nom collectif. Afin d'invoquer la responsabilité illimitée et solidaire des associés, il fallait réunir les trois conditions suivantes. Premièrement, les associés tenus *in solidum* sur leur patrimoine devaient avoir leur nom inscrit dans l'acte de société qui était rendu public et donc porté à connaissance des tiers. Deuxièmement, il fallait que l'un des associés ait contracté avec un tiers au nom de la société. Si ce dernier s'engageait en son nom propre, ses coassociés n'étaient pas tenus responsables. Troisièmement, cet engagement devait être pris au nom de la société et entrant dans sa raison sociale. À défaut, l'associé était tenu personnellement de la dette. La personnalité juridique qui lui sera reconnue par la jurisprudence française se dégagera plutôt mal de celle de ses associés. En effet, étant tenus solidairement, le capital social partage le même sort que le patrimoine des associés.

En Belgique (après 1830), les créanciers disposaient d'une action directe à l'encontre des associés de la société en nom collectif. Ceci signifiait que les créanciers pouvaient directement s'adresser aux associés afin de satisfaire leurs créances sans passer par la personne morale. Nous pouvons le comprendre par le fait que les patrimoines des associés et de la société se confondaient et que la pratique héritée des cours françaises distinguait mal les deux. Le tribunal de première instance de Bruxelles le permit en premier dans un jugement du 15 juillet 1841¹²⁸ et le confirma par la suite dans un jugement du 14 août 1841¹²⁹ et dans un autre du 20 novembre 1841¹³⁰.

¹²⁶ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, H. CULOT, « Sociétés en nom collectif et société en commandite », in *Droit des sociétés*, 5^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 451.

¹²⁷ C. Com., art. 22.

¹²⁸ Trib. 1^{ère} inst. Bruxelles, 15 juillet 1841, *Journal du Palais – Recueil de la jurisprudence belge et des arrêts notables*, 1841, p. 339.

¹²⁹ Trib. 1^{ère} inst. Bruxelles, 14 août 1841, *ibidem*, p. 407.

¹³⁰ Trib. 1^{ère} inst. Bruxelles, 20 novembre 1841, *Journal du Palais - Recueil de la jurisprudence belge et des arrêts notables*, 1842, p. 69.

c. La société en commandite (art. 23 à 28 C. Com.)

Ici encore, le Code de commerce était plus précis que le Code Savary ; c'était la société de personnes à laquelle le plus d'articles y étaient consacrés. L'article 23 donnait une définition de la société : « *Elle se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, et un ou plusieurs bailleurs de fonds, que l'on nomme commanditaires ou associés en commandite* »¹³¹. Le même article précisait que le nom social est celui d'un ou plusieurs des associés du premier type, le nom d'un commanditaire ne pouvait pas être inscrit dans la raison sociale. L'article distinguait enfin les deux types d'associés que l'on retrouvait dans une commandite : le commandité et le commanditaire. L'un était voué à la gestion de société et l'autre n'était qu'un bailleur de fond restant dans l'anonymat¹³².

Le Code posait ensuite dans son article 26¹³³ la responsabilité limitée du commanditaire : son apport dans le capital social, souscrit ou libéré. Celle-ci pouvait être aggravée dans deux cas. D'abord, s'il avait inscrit son nom dans la raison sociale, il perdait sa qualité de bailleur de fond pour devenir un associé commandité. Ce fut rarement le cas, car si le commanditaire voyait son nom inscrit dans la raison sociale, c'était pour poser des actes de gestion et participer à l'administration de la société, ne faisant donc pas de lui un commanditaire. Les commandités faisaient également des apports à la société. Ensuite, l'associé commanditaire était tenu sur l'ensemble de son patrimoine et solidairement avec les commandités s'il posait un acte de gestion (article 28 du Code de commerce¹³⁴). En effet, l'article 27 précisait « *L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration* »¹³⁵. Or, s'il posait le moindre acte de gestion, il était obligé solidairement pour toutes les dettes de la société. Cette responsabilité solidaire n'était plus « limitée » qu'au seul acte de gestion faisant naître l'obligation.

Contrairement au Code Savary, les tiers désirant s'engager avec la société étaient protégés par une obligation de publicité. En effet, et cela vaut également pour les sociétés en nom collectif, l'article 42 disposait comme suit : « *L'extrait des actes de sociétés en nom collectif et en commandite doit être remis [...] au greffe du tribunal de commerce [...] pour être transcrit dans le registre et affiché pendant trois mois dans la salle des audiences [...]* »¹³⁶. Le montant des apports y était inscrit. Les

¹³¹ C. Com., art. 23.

¹³² J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 210.

¹³³ C. Com., art. 26.

¹³⁴ C. Com., art. 28.

¹³⁵ C. Com., art. 27.

¹³⁶ C. Com., art. 42

créanciers pouvaient également s'intéresser aux gérants (commandités) afin de voir si ces derniers étaient solvables ou non.

Des questions d'interprétation pouvaient se poser sur le concept « d'actes de gestion » prévus à l'article 28. Quelle en était la portée ? L'interdiction portait-elle sur les actes que pouvait poser un commanditaire en relation directe avec des tiers (représentation de la société) ou portait-elle également sur des actes internes ? Le Conseil d'Etat français, dans un avis du 17 mai 1809, interprétait les articles 27 et 28 du Code de Commerce de manière moins restrictive. Le commanditaire pouvait faire affaire avec la société qu'il commanditait, poser certains actes qui ne concernaient que la gestion interne. L'acte ne devait pas être posé avec un tiers en représentation de la société¹³⁷. L'idée d'une telle disposition était de ne pas donner une fausse idée de la solvabilité du gérant (si le tiers était en relation avec le commanditaire, l'idée que se faisait celui-ci aurait été biaisée). Ainsi, l'utilisation des compétences techniques du commanditaire pouvait avoir lieu dans les relations internes de la commandite.

En revanche, le Code de commerce ne comportait qu'un seul article sur les sociétés en commandite par actions. Seul l'article 38¹³⁸ autorisait les commandites à diviser leur capital en actions, sans plus de détails. Soit le Code confondait la commandite simple et la commandite par actions, soit cette dernière n'était régie par aucune disposition particulière. C'est cette deuxième hypothèse qui traduisait au mieux la réalité au début du 19^{ème} siècle : il s'agissait d'une société de capitaux qui n'était pas régie par les dispositions du droit commercial. Ce qui explique une grande partie de son succès (et de ses excès) durant ce siècle.

d. La société anonyme (art. 29 à 37 C. Com.)

Les différents scandales qui avaient ébloussé certaines sociétés par actions au 18^{ème} siècle (voir infra) avaient suscité une méfiance envers les sociétés de capitaux. Les rédacteurs du Code de Commerce avaient donc prévu un régime sévère et étroitement contrôlé.

L'article 29 stipulait « *La société anonyme n'existe point sous un nom social ; elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés* »¹³⁹ et l'article 30 consacrait qu'« *elle est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise* »¹⁴⁰. Etant une société de capitaux, elle ne pouvait être

¹³⁷ J. HILAIRE, *op.cit.*, p. 219.

¹³⁸ C. Com., art. 38.

¹³⁹ C. Com., art. 29

¹⁴⁰ C. Com., art. 30

connue au travers des personnes et était donc désignée par son objet. Cela permettait de la différencier de la société en commandite où les noms des associés commandités responsables et solidaires étaient inscrits dans la raison sociale. Trois précisions peuvent être apportées sur la société anonyme : la responsabilité des associés, des administrateurs et le régime de l'autorisation gouvernementale.

La limitation de la responsabilité des associés était inscrite à l'article 33 du Code : « *Les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société* »¹⁴¹. Il s'agissait d'une reprise de ce nous retrouvons dans les chartes des Compagnies de commerce. Ce principe ne sera pas remis en cause au 19^{ème} siècle, ce sera plutôt sa mise en œuvre qui sera appliquée¹⁴². En effet, que se passe-t-il si l'associé ne libère pas l'apport promis ? L'obligation première des associés est de libérer les actions qu'ils ont souscrites¹⁴³. Pour cela, nous pouvons distinguer les moyens reconnus à la société pour obtenir son apport et ceux donnés aux créanciers (pour qui le capital social est leur gage). Durant la vie « sociale », seuls les organes dirigeants (c'est-à-dire les administrateurs) pouvaient exercer les poursuites et forcer le paiement à l'égard des associés récalcitrants et retardataires. La chose se compliquait lors de la dissolution de celle-ci. Quels étaient les moyens des créanciers ? Face au silence du Code, la doctrine suivie de la jurisprudence française entama le débat. Pour commencer, une procédure était inscrite à l'article 51 du Code en cas de contestations entre associés : « *Toute contestation entre associés, et pour raison de la société, sera jugée par des arbitres* »¹⁴⁴. Cette disposition en tête, nous devons rappeler au lecteur que tout ce qui touchait au capital social sous l'Ancien Régime était considéré comme « secret ». Or, cette idée perdura dans la pratique, et les associés réglaient cela entre pairs afin de ne pas faire intervenir des arbitres dans le capital social. La même idée avait germé dans l'esprit des créanciers¹⁴⁵. D'abord, l'article 1166 du Code civil reconnaissait au créancier de la société une action oblique pour obliger l'associé à fournir la totalité de son apport¹⁴⁶. Celui-ci, afin d'exercer son action, devait exiger les sommes non en son nom propre mais au nom de la société. Ensuite, les créanciers de la société avaient-ils en plus de l'action oblique une action directe envers l'actionnaire récalcitrant ? Sous l'Ancien Régime, cela avait été débattu pour le commanditaire et les grands auteurs de l'époque

¹⁴¹ C. Com., art. 33

¹⁴² A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 217.

¹⁴³ C. JASSOGNE, J. LEBEAU, « La responsabilité des formateurs de société - La responsabilité des fondateurs de société - La responsabilité des associés », in *Traité pratique de droit commercial*, Tome 4 – Les sociétés, vol. 2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 615.

¹⁴⁴ C. Com., art. 51

¹⁴⁵ C. LYON-CAEN, « Traité de droit commercial », Paris, 2^{ème} édition, 1892, p. 307.

¹⁴⁶ L'article 1166 du Code civil disposait : « *Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* ».

avaient répondu par la négative¹⁴⁷. La doctrine et la jurisprudence refusèrent dans un premier temps de reconnaître cette action directe aux créanciers de la société. Dans un second temps, dans les années 1840 en France, un courant favorable à l'action directe traversa la doctrine¹⁴⁸. La Cour de cassation française consacra cette doctrine dans un arrêt du 28 mars 1855. La jurisprudence belge autorisera dans un premier temps l'action directe¹⁴⁹. Cette doctrine sera rejetée par la suite par l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 30 décembre 1840¹⁵⁰. Le pourvoi introduit contre cet arrêt sera rejeté par la Cour de cassation¹⁵¹ en 1843, confirmant ainsi le fait que le créancier d'une société anonyme ne peut se prévaloir de l'action directe. Nous développerons un dernier point sur la responsabilité des associés dans le paragraphe consacré à l'autorisation gouvernementale.

Il existait des associés différents des simples actionnaires : les administrateurs. L'article 31 du Code de commerce disposait que « *La société anonyme est administrée par des mandataires à temps révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits* »¹⁵². Les administrateurs n'étaient pas tous des associés comme il est indiqué dans l'article. L'aggravation de la responsabilité en tant qu'associés ne concerne dans l'explication qui va suivre que les administrateurs associés (bien que le régime s'appliquait à tous les administrateurs). L'article 32 délimitait la responsabilité des administrateurs dans le cadre de leur fonction : « *Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. – Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société* »¹⁵³. Dans cet article, deux types de responsabilité sont à dégager : celle liée aux engagements de la société et celle liée au mandat.

La première était donc celle liée aux engagements de la société. Le principe était assez clair : les administrateurs ne sont ni solidaires ni responsables des engagements pris au nom de la société. Les créanciers ne pouvaient donc pas poursuivre ceux-ci sur leurs biens personnels en cas d'insuffisance d'actif¹⁵⁴ et seule la société était responsable des engagements. Nous avons déjà vu cette responsabilité dans les Compagnie de commerce. Pour rappel, il s'agissait ici d'une exonération exorbitante de responsabilité du droit commun des sociétés. Il s'agissait également de

¹⁴⁷ LEVY-BRUHL cite POTHIER in H. LEVY-BRUHL, *op.cit.*, p. 171 à 172.

¹⁴⁸ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op.cit.*, p. 218. L'auteur cite TROLONG, MALPEYRE, JOURDAIN ET BEDARRIDE.

¹⁴⁹ Bruxelles, *Affaire Serra c. Morel*, 31 décembre 1839, *Jurisprudence Belge*, 1841, p. 101.

¹⁵⁰ Bruxelles, *Affaire Baglietto c. Defacqz*, 30 décembre 1840, *Belgique Judiciaire*, t. I, p. 564.

¹⁵¹ Cass., 18 mars 1843, *Jurisprudence Belge*, 1843, p. 223.

¹⁵² C. Com., art. 31

¹⁵³ C. Com., art. 32

¹⁵⁴ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op.cit.*, p. 305.

l'un des motifs de l'autorisation gouvernementale et de la méfiance que l'on continuera à avoir au 19^{ème} siècle à propos des sociétés anonymes.

La deuxième est liée au mandat. Les administrateurs pouvaient être responsables dans l'inexécution ou dans la mauvaise exécution de leur mandat. Comme le Code de commerce ne mentionnait aucune autre règle à propos du mandat, il fallait se référer au droit civil. Ce dernier est défini par l'article 1984 du Code civil : « *Le mandat ou la procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* »¹⁵⁵. L'article 1989 laissait donc la possibilité d'exercer un mandat à titre gratuit. L'administrateur devait ainsi répondre du dol et des fautes commises dans l'exécution de son mandat¹⁵⁶, mais sa responsabilité était atténuée dans le cas où il exerçait un mandat à titre gratuit (celui-ci était exprimé dans les statuts de la société). Il faut savoir que cette responsabilité sera peu, voire quasi pas invoquée devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire français à la suite de l'adoption du Code de commerce en vertu de l'arbitrage obligatoire intervenant dans les contestations entre associés prévu à l'article 51 dudit Code. De plus, selon LEFEBVRE-TEILLARD, tous les statuts des sociétés anonymes françaises constituées avant 1845 contenaient des clauses de renonciation aux voies de recours. Deux petites précisions avant de terminer ce paragraphe. Tout d'abord, en cas de faillite, les créanciers se tournaient vers les administrateurs afin de réclamer des dommages et intérêts sur base de l'article 1382¹⁵⁷ combiné à une faute de gestion dans l'exercice du mandat. Ceux-ci devaient alors prouver qu'un dommage porté aux créanciers résultait d'une faute commise par l'administrateur en tant que mandataire. Ensuite, « pour que la responsabilité des membres du conseil d'administration soit engagée, il faut dans l'ensemble plus qu'une simple négligence ou faute légère, une faute caractérisée et grave »¹⁵⁸.

Le dernier commentaire que nous pouvons apporter à l'analyse de la société anonyme dans le Code de commerce est l'autorisation gouvernementale. En effet, le prescrit de l'article 37 du Code de commerce était le suivant : « *La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du roi, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue [...]* »¹⁵⁹. L'article 40 poursuivait en imposant que cet acte soit public. Nous pouvons nous poser la question suivante : est-ce que cette autorisation

¹⁵⁵ C. Civ., art. 1984.

¹⁵⁶ C. Civ., art. 1992

¹⁵⁷ C. Civ., art. 1382.

¹⁵⁸ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op.cit.*, p. 308.

¹⁵⁹ C. Com., art. 37.

gouvernementale était à l'origine de la limitation de la responsabilité des associés ? Deux réponses peuvent être apportées à cette question.

Tout d'abord, nous pouvons répondre par la positive : si les associés disposaient du régime bénéfique de la limitation de leur responsabilité, c'était parce que la société anonyme recevait sa personnalité juridique de l'autorisation royale. De ce fait, si une société était constituée sans recevoir l'approbation royale, la société était réputée nulle. Or, les actionnaires d'une société nulle étaient considérés aux yeux des tiers comme des actionnaires « ordinaires », c'est-à-dire responsables *in infinitum* de dettes de la société (qui sera alors considérée comme une société de fait) et *in solidum* si cette société possédait un caractère commercial¹⁶⁰. La *ratio legis* de cette autorisation était une véritable méfiance dans les esprits de l'époque envers l'abandon de la responsabilité illimitée et solidaire des associés. Pour certains, il s'agissait d'une source d'instabilité du crédit. L'exposé des motifs du Code de commerce contenait ce passage de R. DE SAINT-JEAN-D'ANGÉLY : « Les sociétés anonymes sont un moyen efficace de favoriser les grandes entreprises, d'appeler en France les fonds étrangers, d'associer la médiocrité même et presque la pauvreté aux avantages des grandes spéculations, d'ajouter au crédit public et à la masse circulant dans le commerce. Mais trop souvent des associations, mal combinées dans leur origine ou mal gérées dans leurs opérations, ont compromis la fortune des actionnaires et des administrateurs, altéré momentanément le crédit général, mis en péril la tranquillité publique. Il a donc été reconnu 1° que nulle société de ce genre ne pourrait exister que d'après un acte public ; 2° que l'intervention du gouvernement était nécessaire pour vérifier d'avance sur quelles bases on voulait faire reposer les opérations de la société et quelles pouvaient en être les conséquences »¹⁶¹.

Nous pouvons également répondre par la négative et cette réponse est selon nous la plus plausible : la limitation de la responsabilité des associés n'était pas subordonnée à l'autorisation gouvernementale. L'idée de cette subordination provenait des Compagnies de commerce du 17^{ème} siècle. Il est vrai que ces dernières reconnaissaient la responsabilité limitée de leurs actionnaires. Pourtant, une autre société connaissait déjà ce principe : la société en commandite ou le contrat de *commanda*. En effet, dans celle-ci, seul le commanditaire voyait sa responsabilité limitée à son apport. Pourtant ce type de société ne devait pas recevoir l'approbation des autorités pour exister. Si les Compagnies de commerce étaient soumises à l'approbation royale, c'était pour deux raisons. Premièrement, il s'agissait des sociétés de droit public d'initiative royale et non privée. Ce n'étaient

¹⁶⁰ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op.cit.*, p. 38.

¹⁶¹ Cité par R. Th. TROLONG, « Commentaire du contrat de société en matière civile et commerciale », Bruxelles, Meline, Cans et Cie, 1843, p. 174.

pas les particuliers qui créaient ces sociétés mais bien le Roi. Deuxièmement, si leur création était subordonnée à une autorisation royale, c'était également parce qu'elles jouissaient toutes de privilèges (pas de tarif douanier, privilèges fiscaux, monopole d'exploitation de terres et de ressources, droit de rendre la justice, etc.). Ces privilèges étaient tellement extravagants qu'ils ne pouvaient qu'être donnés par le Roi. La nature d'institutions de droit public n'était que l'expression de la politique coloniale et commerciale du Roi¹⁶². La Cour de cassation a rendu un arrêt allant dans notre sens le 26 mai 1842¹⁶³ en affirmant que l'article 37 du Code de commerce n'est pas à l'origine de la limitation de la responsabilité des associés et en soulignant le fait que la responsabilité des commanditaires avait été affirmée sans crainte par les auteurs du Code.

L'origine de la responsabilité limitée des associés dans la société anonyme est la même, selon nous, que celle des commanditaires : permettre un afflux important de capitaux dans la société tout en assurant à ceux qui les apportent que le risque économique qu'ils supportent ne sera en principe pas plus élevé que la somme apportée. À une époque où le système bancaire n'était pas performant, le commerce a besoin des capitaux pour se développer et les capitaux ont besoin des outils du commerce pour circuler.

Le contrôle qu'exerçait le gouvernement était alors souverain puisque ce dernier était le seul à décider d'accorder ou non l'autorisation. Cela aura pour principale conséquence de freiner et d'entraver la constitution de sociétés anonymes tout au long du 19^{ème} siècle en France et en Belgique. En effet, à cause de cette autorisation, la période de formation de la société est particulièrement longue exposant les fondateurs à des risques importants qu'ils doivent financer sur leurs propres deniers¹⁶⁴. Une raison pratique pouvait également expliquer cette entrave : si les statuts devaient être approuvés par le gouvernement, quand ceux-ci étaient approuvés, ils ne pouvaient plus être modifiés. Ceci avait des conséquences négligeables pour la société, étant l'outil le plus propice à la flexibilité et à la mouvance du droit commercial, ici soumise à une rigidité excessive.

ANNE LEFEBVRE-TEILLARD a dénombré les sociétés anonymes créées après l'entrée en vigueur du Code de commerce (ici nous ne savons distinguer les sociétés françaises des sociétés belges car toutes avaient la nationalité française) : en 1808, seules 6 sociétés ont été constituées ; de 1808 à

¹⁶² T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p. 75.

¹⁶³ Cass., 26 mai 1842, *Pas.*, I, 1842, p. 223.

¹⁶⁴ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p. 77.

1822, le gouvernement français a délivré 62 autorisations ; sur l'année 1822, 14 sociétés anonymes ont été constituées¹⁶⁵.

Nous pouvons mettre ceci en lien avec un article écrit par N. THIRION et paru au Journal des tribunaux¹⁶⁶ : l'époque s'étendant de 1789 à 1873 est marquée par un capitaliste individualiste. Comme nous l'avons évoqué plus haut dans l'introduction du Code de commerce, les pères fondateurs du libéralisme économique privilégiaient les petites unités de production économique : c'est la figure du commerçant avant la société. Il y avait une crainte des groupements économiques. Cela se justifiait d'abord par des raisons économiques. En effet, l'émergence de tels groupes pouvaient venir fausser le jeu de la concurrence entre les petits commerçants. Des raisons politiques pouvaient également être apportées : « il fallait limiter le risque de la constitution d'Etat dans l'Etat, c'est-à-dire de pouvoir privés qui pourraient représenter une menace pour la puissance publique »¹⁶⁷.

En 1815, Napoléon est vaincu à Waterloo et la Belgique est rattachée aux Pays-Bas par le Congrès de Vienne. Cela ne changera rien en droit des sociétés en Belgique. De fait, le régime néerlandais autorisait aussi peu la constitution des sociétés anonymes que la France. Il y eut une seule exception : la Société Générale en 1822 (*Algemeene Nederlandsche Maatschappij ter Begunstiging van de Volksvlijt*). Lorsque la Belgique devint indépendante en 1830, les premiers gouvernements unionistes utilisèrent l'autorisation gouvernementale dans un but politique et le Code de commerce fut maintenu. En effet, elle permettait aux autorités belges d'éviter que des capitaux hollandais viennent « coloniser » l'économie belge naissante. Malheureusement, cela freina également la constitution de sociétés anonymes belges.

Chapitre 5. Révolution industrielle, Belgique indépendante et la loi belge du 18 mai 1873

LA RÉVOLUTION INDUSTRIELLE ET L'INDÉPENDANCE DE LA BELGIQUE

Le 19^{ème} siècle est marqué par une industrialisation exponentielle, les historiens et les économistes appellent cette dernière « la Révolution industrielle »¹⁶⁸. L'Occident, pendant ce siècle, va subir un raz-de-marée de découvertes techniques : du chemin de fer en 1804 à la mise en conserve en 1830

¹⁶⁵ Tableau voy. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op.cit.*, p. 65.

¹⁶⁶ N. THIRION, « Cent septante-cinq ans de droit des sociétés en Belgique », *J.T.*, 2005, p. 314 à 315.

¹⁶⁷ N. THIRION, *ibidem*, p. 314.

¹⁶⁸ L. MEIGNEN, « Histoire de la révolution industrielle et du développement – 1776 à 1914 », P.U.F., Economie, Paris, 1996, p. 7.

en passant par l'éclairage public au gaz en 1802. Toutes ces inventions vont faire naître de nouveaux besoins en confort au sein d'une partie de la population, et la mondialisation devient plus dense que jamais malgré les conflits Franco-Anglais persistants, puis Franco-Allemands. Au sein de grandes villes va se développer la nouvelle unité de production : l'usine. Celle-ci eut grandement besoin de main-d'œuvre. Or, à la suite de la « mécanisation » de l'agriculture, ce secteur a de moins en moins besoin de main d'œuvre. On assiste alors à un exode rural vers les villes. Ces nouvelles structures de production vont pourtant avoir besoin de capitaux frais et rapidement disponibles, ce qui ne sera pas le cas au début du siècle. En effet, les systèmes bancaires n'étaient pas aptes à recevoir et gérer les capitaux nécessaires pour ce capitalisme naissant sous sa nouvelle forme, sa forme moderne : le capitalisme industriel. Le système bancaire, la finance et les détenteurs de capitaux étaient marqués par un traditionalisme. L'organisation bancaire reposait sur la haute banque traditionnelle implantées dans les grandes capitales et dans quelques rares grandes villes commerciales¹⁶⁹, dont les principales préoccupations étaient les rentes et les emprunts de l'Etat. Les placements des particuliers étaient surtout marqués par une gestion très civiliste « en bon père de famille », et par le rôle privilégié des notaires. Au risque de ne pas plaire aux économistes, nous ne pouvons expliquer les différentes phases de développement et les transitions qui opèrent dans l'expansion du capitalisme industriel. Pour faire simple pour le lecteur, l'expansion se fait par « bons » appelés phases de développement. De profondes crises d'adaptations, qu'elles soient monétaires, financières, etc., marquent le passage d'une phase de développement à une autre. Le tout étant assez cyclique : cela provient des modifications du marché et des anticipations des producteurs et des spéculateurs.

Le contexte international au 19^{ème} siècle est également un élément clé dans la compréhension dudit siècle. À la suite des « exemples » américains et français, l'Europe est traversée par une vague de révolutions nationales¹⁷⁰ dont la Belgique en est un bon exemple en 1830. Ces révolutions vont montrer une bourgeoisie, cette ancienne classe de commerçants, monter au pouvoir en s'appuyant sur les masses, souvent ouvrières. Deux éléments peuvent être soulignés de ce contexte européen : la naissance du droit social et celle du droit antitrust. D'abord, les victimes du capitalisme moderne et de la grand industrie veulent se faire entendre : c'est la naissance de la question sociale¹⁷¹. En effet, le postulat civiliste de l'égalité juridique fait fi des inégalités économiques au sein d'une

¹⁶⁹ L. MEIGNEN, *ibidem*, p. 210.

¹⁷⁰ La Pologne rate sa première révolution en novembre 1830, la Suisse devient également indépendante en 1830, suivie de la révolution républicaine française de 1848 suite à la restauration de la monarchie en 1830, l'Italie devient elle indépendante en 1861.

¹⁷¹ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p. 80.

relation de travail. Un nouveau droit va émerger pour protéger la partie faible, c'est le droit du travail (ou droit social). Ensuite, avec le développement du libéralisme économique, ce dernier va très vite montrer ses points faibles dans le sens où il portait en lui-même les germes de sa destruction. Le principe du libéralisme économique « laisser-faire, laisser-aller » va ériger certaines entreprises en quasi-monopoles, ce contre quoi le libéralisme tendait lutter. Ce sera l'objet de ce droit antitrust.

Dans la jeune Belgique, le climat politique et économique était assez tendu. En effet, l'économie belge de l'époque avait un besoin crucial en capitaux, et la seule structure capable de drainer des capitaux importants était la société anonyme. Cette idée va d'ailleurs s'installer un peu partout en Europe dans les années 1850. Or, comme nous l'avons évoqué ci-dessus, l'autorisation gouvernementale freinait considérablement la constitution de telles sociétés (ce que nous avons commenté pour la France se répétait en Belgique). Ce qui était paradoxale, ce furent les premiers actes du gouvernement. Après avoir proclamé notre indépendance, le gouvernement provisoire adopta plusieurs décrets. L'un d'eux, celui du 16 octobre 1830¹⁷² proclamait la liberté d'association en ces termes : « *Le Gouvernement provisoire, considérant que les entraves mises à la liberté d'association sont des infractions aux droits sacrés de la liberté individuelle et politique arrête : 1. Il est permis aux citoyens de s'associer comme ils l'entendent dans un but politique, religieux, philosophique, littéraire, industriel ou commercial ; [...] 3. Aucune mesure préventive ne peut être prise contre le droit d'association. [...]* »¹⁷³. Ce droit fut ensuite inséré dans la Constitution à l'ancien article 20 (actuel article 27). Pourtant, le gouvernement maintint le Code de commerce hérité des Français et le principe de l'autorisation gouvernementale pour diverses raisons dont les deux plus importantes étaient selon nous le contrôle de l'économie belge dans le sens protectionniste à l'encontre des capitaux hollandais et la crainte des élites catholiques de voir les masses ouvrières ne plus être contrôlées par les autorités catholiques et se tourner vers le socialisme. La Cour de cassation va valider le principe de l'autorisation gouvernementale dans un arrêt du 26 mai 1842¹⁷⁴. Un auteur que nous avons cité dans l'analyse des sociétés de capitaux du début du 18^{ème} siècle, TROPLONG, faisait un lien entre l'interprétation donnée par l'arrêt et le *Bubble act* de 1720¹⁷⁵. Sans entrer dans les détails, nous ne sommes pas d'accord avec son interprétation dans le sens où le contexte économique et politique de l'Angleterre au début du 18^{ème} siècle n'est pas le même que celui de la Belgique au 19^{ème} siècle. Selon notre point de vue, il s'agissait vraiment, de la part des

¹⁷² *Mémento des ASBL 2020*, Waterloo, Kluwer, 2020, p. 4. Disponible sur bibliothèques.wallonie.be.

¹⁷³ *Mémento des ASBL 2020*, *ibidem*, p. 4. Souligné par nous.

¹⁷⁴ Cass., 26 mai 1842, *Pas.*, 1842, I, p. 218.

¹⁷⁵ R. TH. TROPLONG, *op.cit.*, p. 176.

autorités belges de l'époque, d'un contrôle de l'économie Belge et d'une crainte « non-fondée » (ou pas, l'avènement du socialisme en sera la preuve) des élites catholiques.

Très vite, dans les années 1850, l'économie belge connut une telle expansion, que ce soit par ses ressources naturelles (charbon, la houille, etc.) ou par ses usines fleurissantes (bassins métallurgiques et les usines textiles), que cette dernière va appeler le gouvernement à libérer les sociétés anonymes. Celles-ci, par la limitation de la responsabilité de tous ces associés, permettait la meilleure attraction des capitaux nécessaires au développement de l'économie. Le gouvernement belge devant ces nouveaux éléments va, à l'instar des autres pays européens (Angleterre en tête en 1857), libérer la société anonyme par la loi du 18 mai 1873.

LA LOI DU 18 MAI 1873 SUR LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES ¹⁷⁶

Cette loi remplaça le Titre III du Code de commerce que nous avons étudié plus haut. L'article 2 de la loi reconnaissait l'existence de cinq sociétés commerciales : la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société anonyme et la société coopérative. Celles-ci étaient dotées de la personnalité juridique¹⁷⁷. L'article 3 reconnaissait les associations commerciales momentanées et les associations commerciales en participation, celles-ci n'étaient pas dotées de la personnalité juridique. Nous serons assez bref sur l'analyse des sociétés et nous n'analyserons pas les associations commerciales.

Les articles 15 à 17 de la loi traitaient de la société en com collectif. Nous retrouvons les mêmes caractéristiques que dans le Code de commerce concernant la responsabilité des associés¹⁷⁸.

Les articles 18 à 25 traitaient quant à eux de la société en commandite simple. Les principes restaient les mêmes que ceux que nous trouvions dans le Code de commerce en termes de la responsabilité illimitée du commandité et de la responsabilité limitée aux apports du commanditaire. L'action oblique était inscrite à l'article 123 de la loi et s'appliquait dans le cadre de la société en commandite simple : le créancier de la société pouvait exercer cette action au nom de la société et forcer le commanditaire à verser la somme promise. L'action directe n'était pas reconnue par le texte. La société en commandite par actions était distincte de la société en

¹⁷⁶ Les articles pertinents sont reproduits en annexe.

¹⁷⁷ T. TILQUIN, V. SIMONART, « Préliminaires – Le droit commun des sociétés », *Traité des sociétés.*, t 1., Diegem, Kluwer, 1996, p. 17 à 25.

¹⁷⁸ Art. 17 de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales : « *Les associés eu nom collectif sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale* ».

commandite simple et se retrouvait inscrite aux articles 74 à 84 de la loi. Celle-ci devenait donc « un type de société commerciale à part entière et autonome, soumis aux dispositions régissant les sociétés anonymes, sous réserve de règles particulières »¹⁷⁹.

Le législateur avait été particulièrement inspiré dans la rédaction des articles concernant la société anonyme puisque les articles 27 à 77 régissaient cette société. Quatre commentaires peuvent y être apportés. Premièrement, la responsabilité des fondateurs (les premiers associés, qu'on ne retrouvait pas dans le Code de commerce français) était renforcée. L'article 34 disposait que « *[L]es fondateurs sont solidairement responsables envers les intéressés soit de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites pour les actes de souscription, soit de la nullité d'une société constituée par eux et dérivant du défaut d'acte authentique ou d'une des conditions requises par l'art. 29* »¹⁸⁰. Deuxièmement, à l'instar de celle des fondateurs, la responsabilité des administrateurs était accentuée¹⁸¹. En effet, l'article 52 de la loi était plus poussé que l'article 32 du Code de commerce : « *Les administrations sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion. Ils sont solidairement responsables soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages-intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent titre ou des statuts sociaux. Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance* »¹⁸². Nous voyons apparaître dans cet article la notion de « décharge ». Le principe était le suivant : en cas de fautes commises par les administrateurs de la société, un administrateur pouvait être déchargé de sa responsabilité à deux conditions. Tout d'abord, la faute ne devait pas lui être imputable et ensuite, il devait avoir dénoncé la faute commise par ses pairs à l'assemblée générale. Un autre fait intéressant était la délégation de la gestion journalière par les administrateurs à des associés ou à des particuliers en vertu de l'article 53 de la loi. Le deuxième alinéa de l'article précisait que « *[L]a responsabilité de ces agents, à raison de leur gestion, se détermine conformément aux règles générales du mandat* »¹⁸³. Troisièmement, une société anonyme pouvait être constituée de manière libre, l'autorisation préalable du gouvernement étant supprimée. L'article 29 exigeait qu'elle « *[...] est définitivement constituée que si le nombre des associés est de sept au moins, si le capital social est intégralement souscrit et si le vingtième au moins du capital*

¹⁷⁹ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, H. CULOT, *op.cit.*, p. 188.

¹⁸⁰ Art. 34 loi du 18 mai 1873.

¹⁸¹ L'article 51 de la loi posait la base que nous retrouvons dans le Code de commerce : « *Les administrateurs ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société* ».

¹⁸² Loi du 18 mai 1873., art. 52.

¹⁸³ Loi du 18 mai 1873., art. 53.

consistant en numéraire est versé »¹⁸⁴. En revanche, pour constituer une société anonyme, il fallait l'existence d'un ou plusieurs actes authentiques. Quatrièmement, et nous y voyons ici une réponse aux diverses craintes que les esprits avaient à propos de la société anonyme depuis son existence, la protection des actionnaires et celle du crédit passaient par une publicité accrue « des actes de vie » de la société¹⁸⁵. Par exemple, l'article 41 de la loi prescrivait une publicité annuelle du capital social à la suite du bilan. Comme nous pouvons le voir, la structure de la société anonyme était pyramidale, extrêmement hiérarchisée : l'administrateur en tant qu'homme fort de l'entreprise au sommet et la cohorte des actionnaires à la base¹⁸⁶. Pour terminer l'analyse de la société anonyme, nous remarquons que le législateur de 1873 n'imposait pas de capital minimum pour la constitution d'une telle société. C'est assez étonnant de la part de ce dernier puisque l'obligation d'un capital minimum protège les tiers désirant contracter avec la société (en leur offrant ainsi une certaine garantie) et assure de ce fait le crédit (qui était une préoccupation du législateur de 1873).

Enfin, la loi du 18 mai 1873 introduisait un nouveau type de société née du mouvement coopératif ouvrier anglais du début du 19^{ème} siècle¹⁸⁷ : la société coopérative. Elle avait pour but de réunir au sein d'une même société des commerçants et des clients afin de favoriser une activité particulière (de consommation ou de crédit). Les associés de telles sociétés étaient mis sur un pied d'égalité (chaque associé avait une voix). De plus, la société coopérative était marquée par un refus d'accumulation de profits¹⁸⁸ car ceux-ci étaient distribués sous forme de ristourne. En ce qui nous intéresse, la responsabilité des associés était ici un choix et non une obligation. En effet, l'article 86 alinéa 3 disposait que « *Les associés peuvent s'engager solidairement ou divisément, indéfiniment ou jusqu'à concurrence d'une certaine valeur* »¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Loi du 18 mai 1873., art. 29

¹⁸⁵ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *op.cit.*, p. 85.

¹⁸⁶ N. THIRION, *op.cit.*, p. 315.

¹⁸⁷ P. NICAISE, « Le nouveau droit des sociétés coopératives », Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 10.

¹⁸⁸ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, H. CULOT, *op.cit.*, p. 789.

¹⁸⁹ Loi du 18 mai 1873., art. 86.

Chapitre 6. Les sociétés de personnes à responsabilité limitée (la loi du 9 juillet 1935) et les lois coordonnées sur les sociétés commerciales (arrêté royal du 30 novembre 1935)

LA LOI DU 9 JUILLET 1935 MODIFIANT LA LOI SUR LES SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES ET INSTITUANT LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

Nous nous permettons de faire un « bon dans le temps » pour arriver au 20^{ème} siècle, avec l'aboutissement (qui ne sera que théorique comme nous le verrons) de la responsabilité limitée dans les sociétés. Au 20^{ème} siècle, on remarquait en Europe continentale un recul de la société en commandite. Un mouvement s'étendant sur presque 40 ans plaidait pour la constitution d'une nouvelle forme de société accessible aux petites et aux moyennes entreprises ayant un régime plus souple que celui prévu pour la société anonyme. En effet, la société anonyme était (et est toujours) très utilisée dans le cadre de grandes entreprises : au 19^{ème} siècle, il s'agissait des grands industriels. Or, il y avait un manque flagrant d'une structure intermédiaire entre la société anonyme où la responsabilité des associés était limitée et la société en nom collectif où la responsabilité y était illimitée et dont l'utilisation était trop dangereuse pour le monde des entrepreneurs. Si la société tombait en faillite, les créanciers pouvaient se saisir directement sur le patrimoine privé des associés de la société. Une nouvelle structure s'imposait.

Le mouvement débuta en Allemagne en 1898 par l'adoption de la loi du 29 avril. Cette dernière contenait des règles spécifiques pour une forme de société limitant la responsabilité des associés comme dans une société anonyme mais ne faisant pas appel au public. C'est la raison pour laquelle elle fut dotée d'un régime plus souple en allégeant les formalités de constitution¹⁹⁰. Ce fut la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (G.m.b.H.). Peu après, les Anglais suivirent le mouvement en 1908 mais sans créer une nouvelle forme de société. Ceux-ci distinguaient depuis longtemps dans la pratique les « *public companies* » des « *private companies* ». Ils dotèrent seulement les secondes de règles plus souples avec l'adoption du *Companies consolidation act* du 21 décembre 1908. Le modèle allemand arriva en France à la suite de la victoire des alliés lors de la première guerre mondiale et à l'annexion de l'Alsace-Lorraine à la France. Les commerçants de ces régions

¹⁹⁰ M. COIPEL, « Chapitre 1. Présentation de la société privée à responsabilité limitée », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 4, Les sociétés privées à responsabilité limitée, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 1.

utilisaient la société allemande et le gouvernement français préféra intégrer ce modèle afin de réaliser l'unité du droit national¹⁹¹ en adoptant la loi du 7 mars 1925 et créant ainsi la SARL.

En Belgique, l'adoption d'une telle structure relevait d'un dilemme à propos de la protection des tiers. Cette dernière ne vaudrait plus grand-chose si la responsabilité limitée était obtenue trop facilement dans le cadre de petites entreprises. Soit, le régime prévu était beaucoup moins exigeant mais cela porterait préjudice aux tiers, soit il appliquait un régime similaire à celui de la société anonyme mais la distinction entre les deux sociétés n'existerait plus¹⁹². Le but d'une telle société « était de donner à des associés peu nombreux, n'ayant pas l'intention de solliciter le marché des capitaux, les avantages de la responsabilité limitée sans devoir recourir à la structure lourde de la société anonyme »¹⁹³. C'est ce que nous retrouvons dans la loi du 9 juillet 1935¹⁹⁴. Finalement, le modèle offert par la loi ne se distinguait que très peu des sociétés anonymes : il était plus souple dans le nombre de fondateurs (2 au lieu de 7 dans une société anonyme) mais il était plus rigide en imposant un capital minimal en guise de garantie pour les tiers. Le régime de 1935 n'est pas très intéressant à étudier comme nous avons pu le faire pour les autres sociétés : il s'agit ni plus ni moins d'une société anonyme à caractère fermé. Le régime actuel de la SRL est plus complet que l'ancien régime de la SPRL.

DES LOIS COORDONNÉES SUR LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES (30 NOVEMBRE 1935) AU CODE DES SOCIÉTÉS

La loi du 18 mai 1873 avait connu de très nombreuses modifications depuis son entrée en vigueur. De nombreuses dispositions se retrouvèrent en dehors de cette loi, donnant lieu à un faisceau de lois disparates applicables au droit des sociétés. Ceci appela bien vite à une coordination (assez étonnamment, la « codification » ne semblait pas intéresser les juristes de l'époque). Celle-ci intervint par l'adoption de l'arrêté royal du 30 novembre 1935 : ce dernier n'apporta presque aucune modification, il s'agissait juste d'une coordination formelle.

Après la Seconde Guerre mondiale, l'ensemble des lois sur les sociétés commençait à être dépassé et ne répondait plus aux besoins du monde des affaires. Ajoutez à cela une dose européenne dans les années 70-80 et nous assistions à un droit encore plus disparate. Une codification était

¹⁹¹ M. COIPEL, *ibidem*, p. 1.

¹⁹² J. VAN HOUTTE, « Traité des sociétés de personnes à responsabilité limitée », t. 1, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 44.

¹⁹³ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, H. CULOT, *op.cit.*, p. 787.

¹⁹⁴ Loi du 9 juillet 1935 modifiant la loi sur les sociétés coopératives et instituant les sociétés de personnes à responsabilité limitée, *M.B.* 10 juillet 1935.

nécessaire. Tous ces textes de lois virent leur contenu rassemblé au sein d'un code dont l'un des auteurs fut notre ancien ministre de la Justice K. GEENS : ce code s'appela sobrement le Code des sociétés et fut adopté le 7 mai 1999¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Loi du 7 mai 1999 contenant le Code des sociétés, *M.B.* 6 août 1999.

Titre 2. La responsabilité limitée aujourd'hui dans la société en commandite simple, la société anonyme et la société à responsabilité limitée

Introduction

Dans l'exposé historique repris ci-dessus, nous avons développés de nombreux points relatifs à la responsabilité des associés. Nous avons développé la responsabilité illimitée des associés de la *societas* romaine à la société en nom collectif, le mécanisme contractuel de la *commanda* à la société en commandite simple, voir par actions, les Compagnies de commerce au développement de la société anonyme, les moyens d'actions des créanciers telles que l'action oblique et l'action directe, nous avons commencé l'analyse de la responsabilité des administrateurs. Aujourd'hui, de nombreux principes se retrouvent inscrits, parfois même au mot près (par exemple certains articles de la loi du 18 mai 1873 se retrouvent inscrits dans le CSA). Dans cette partie, nous examinerons les attributs liés à la personnalité morale de la société. Ensuite, nous verrons que le CSA a introduit un régime tout à fait spécial sur la responsabilité des administrateurs. Nous analyserons ensuite la responsabilité des associés au sein de la commandite simple (ci-après Scom), de la société anonyme (ci-après SA) et enfin de la société à responsabilité limitée (ci-après SRL).

Chapitre 1. Les sociétés sont des personnes morales ¹⁹⁶

La personnalité juridique est une fiction par laquelle une société se voit conférer une personnalité propre, distincte de celle des membres qui la composent, lui permettant de bénéficier de droits et d'assumer des obligations¹⁹⁷. Cette fiction n'est produite que « par l'effet de la volonté du législateur et dont l'objet est de donner une armature institutionnelle à un ensemble d'intérêts pour en faciliter la mise en œuvre collective »¹⁹⁸. Pour se faire, la société dispose d'un patrimoine sociale et elle agit par l'intermédiaire de ses organes qui la représentent. Ce qui signifie qu'elle sera directement engagée par la faute de ceux-ci.

¹⁹⁶ Le CSA ne connaît qu'une seule société qui n'est pas dotée de personnalité juridique : la société simple.

¹⁹⁷ P. HERMANT, M. PETRE, « Les principes généraux du droit des sociétés », in C. JASSOGNE (dir.) *Traité pratique de droit commercial*, 2^{ème} édition, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 41.

¹⁹⁸ J. VAN RYN, P. VAN OMMESELAGHE, « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1973, p. 355.

La société dispose d'un patrimoine social propre, distinct de celui de ses associés. Ceci a plusieurs conséquences en termes de responsabilité des associés. Tout d'abord, lorsqu'un actionnaire fait apport, le bien quitte son patrimoine pour entrer dans celui de la société. Ce qui signifie que le créancier d'un associé ne pourra pas saisir le bien apporté dans le patrimoine de la société pour recouvrer sa créance¹⁹⁹ : ils pourront saisir les parts ou actions qui sont en la propriété de l'associé, mais pas les biens sociaux²⁰⁰. Ce qui aura pour corolaire que l'actionnaire dispose d'un droit de créance et non d'une copropriété²⁰¹. Pour voir l'étendue du droit des créanciers, il faut déterminer les sociétés à responsabilité limitée de celles à responsabilité illimitée.

Le Code des sociétés de 1999 comportait quatre sociétés à responsabilité limitée : la société anonyme, la société privée à responsabilité limitée, la société coopérative à responsabilité limitée et la société européenne. Deux types de sociétés limitaient la responsabilité à un type de leurs actionnaires : il s'agit de la société en commandite simple et la commandite par actions. Et enfin, trois sociétés où la responsabilité des associés était illimitée : la société en nom collectif, la société coopératives à responsabilité illimitée et le groupement européen d'intérêt économique.

Le CSA connaît quant à lui les mêmes sociétés à responsabilité limitée, mais en changeant certains noms, c'est-à-dire la société anonyme, la société à responsabilité limitée et la société coopérative. Les deux commandites n'ont pas été modifiées. Il ne connaît que de la société en nom collectif et la société simple comme société où la responsabilité est illimitée. À cela, il faut ajouter les sociétés de formes européennes : la société européenne, la coopérative européenne et le groupement européen d'intérêt économique.

La distinction du choix du type de la société dépendra évidemment de ce critère : les futurs associés préféreront opter pour une société où leur responsabilité est limitée. « Les titulaires de profession libérale n'auront pas nécessairement la même préoccupation, d'autant que leurs règles déontologiques leur imposent souvent de continuer à répondre sur leurs biens de certaines dettes de la société, à tout le moins à l'égard des clients »²⁰².

¹⁹⁹ P. HERMANT, M. PETRE, *op.cit.*, p. 42.

²⁰⁰ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, H. CULOT, *op.cit.*, p. 250.

²⁰¹ J. J. STRYCKMANS, « Droit des sociétés. Chronique de jurisprudence », *J.T.*, 1971, p. 857.

²⁰² P. HERMANT, M. PETRE, *op.cit.*, p. 13.

Cette distinction a pour conséquence que l'autonomie du patrimoine de la société est absolue dans les sociétés à responsabilité limitée et est relative dans les sociétés à responsabilité illimitée.

LA SOCIÉTÉ EST REPRÉSENTÉE PAR SES ORGANES

L'article 2 : 49 du CSA dispose que « *Les personnes morales agissent par leurs organes dont les pouvoirs sont déterminés par le présent code, l'objet et les statuts. Les membres de ces organes ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la personne morale* »²⁰³. Ce qui signifie en vertu de la théorie de l'organe, les membres de l'organe de la société qui agissent en son nom s'identifie à la personne morale. La société est représentée aux yeux des tiers par ses organes, si une faute est commise, les membres de ces derniers ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société²⁰⁴. C'est ce que nous avons vu dans l'analyse de la charte de la Compagnie des Indes orientales. Le lecteur s'en doute, cette responsabilité (cette immunité oserions-nous) connaît des limites, ne permettant pas aux membres des organes d'une société de se réfugier derrière cette dernière. Nous parlerons dans le chapitre suivant de la responsabilité des administrateurs.

Pour que la théorie de l'organe s'applique, il faut que l'organe ait agi dans la limite de ses attributions²⁰⁵ : le tiers doit avoir connaissance du fait que la personne physique (l'organe) avec qui elle contracte agisse au nom de la société et qu'il ne s'engage pas personnellement²⁰⁶. Ce qui revient à dire que les personnes physiques composant l'organe seront responsables pour tous les actes pris en dehors de leurs attributions. Le CSA vient apporter deux nuances à cette règle : d'abord, la société sera liée par les actes accomplis par l'organe même si celui-ci excède son objet²⁰⁷. Pour se défaire de cette responsabilité, la société devra prouver que le tiers a agi en connaissance de cause et qu'il savait que l'organe dépassait ses attributions. Ensuite, les restrictions statutaires limitant les attributions des organes ne sont pas opposables aux tiers²⁰⁸. Un autre point important est le fait que la responsabilité de la société n'exclut pas la responsabilité personnelle de l'organe, puisque c'est par eux que la société fonctionne.

²⁰³ CSA, art. 2 : 49.

²⁰⁴ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, H. CULOT, *op.cit.*, p. 253.

²⁰⁵ P. HERMANT, M. PETRE, *op.cit.*, p. 65.

²⁰⁶ Bruxelles, 30 mars 1983, *R.P.S.*, 1984, p. 31.

²⁰⁷ CSA, art. 5 : 74 (pour la SRL), 7 : 94 et 7 : 112 (pour la SA).

²⁰⁸ CSA, art. 5 : 73 (pour la SRL), 7 : 93 et 7 : 110 (pour la SA).

Chapitre 2. La responsabilité des administrateurs

Lorsque nous évoquons la responsabilité des administrateurs des associés dans le cadre de la responsabilité limitée des associés, nous pensons bien évidemment à l'hypothèse de l'administrateur qui est également actionnaire.

Le CSA a introduit un nouveau régime à propos de la responsabilité des administrateurs, bien différents de ce que nous avons étudié avec les anciennes sociétés anonymes. Ce régime est inscrit aux articles 2 : 56 et 2 : 57 du CSA. Contrairement à ce qui était prévu dans le Code des sociétés de 1999, il s'agit ici d'un régime commun à toutes les sociétés et associations. Ce régime s'applique aussi bien aux administrateurs de droit qu'aux administrateurs de fait. Les délégués à la gestion journalière sont également visés.

En résumé, le régime est le suivant : les administrateurs seront responsables pour les fautes de gestion commises dans l'exercice de leur mandat, pour les violations du Code ou des statuts, en cas de faute grave et caractérisée et pour les fautes aquiliennes qu'ils auraient commises. Cette responsabilité est limitée par un plafond que le CSA introduit.

La faute de gestion est similaire à celle que nous avons relevée dans l'étude la société anonyme sous le Code de commerce : l'administrateur doit remplir correctement sa mission de mandataire²⁰⁹. Le mandat doit être compris comme celui du Code civil. Une différence peut être apportée à ce que nous avons dit plus haut. De nos jours, le fait que le mandat n'est pas rémunéré ne constitue pas une atténuation de sa responsabilité. La doctrine et la jurisprudence considèrent l'administrateur comme un mandataire professionnel. De plus, ce dernier a souvent un intérêt direct dans la société²¹⁰. Les alinéas 2 et 3 de l'article 2 : 56 précisent que « *lorsque l'organe d'administration forme un collège, elles sont solidairement responsables des décisions et des manquements de ce collège. Même si l'organe d'administration ne forme pas un collège, ses membres répondent solidairement tant envers la personne morale qu'envers les tiers, de tout dommage résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou aux statuts de cette personne morale* »²¹¹. Un administrateur peut être déchargé de cette responsabilité solidaire s'il dénonce la faute auprès de l'organe d'administration (faisant écho à ce que nous avons vu dans la partie historique). Le juge

²⁰⁹ M. DELVAUX, « La responsabilité des fondateurs, associés, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL », volume 1, in *Guide juridique de l'entreprise, traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre II, livre 24.3, Kluwer, 2013, p. 78.

²¹⁰ C. PARMENTIER, « La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite », *R.D.C.*, 1986, p. 749.

²¹¹ CSA, art. 2 : 56.

contrôlera cette responsabilité de manière marginale et vérifiera que l'administrateur s'est comporté de manière prudente et diligente, et ce dans l'intérêt social²¹². En tant que faute commise en tant que mandataire, seule la société pourra invoquer la responsabilité de son administrateur.

La deuxième hypothèse qui pourrait entamer la responsabilité des administrateurs est une faute violant les statuts sociaux et/ou le CSA. Les statuts étant rendus public par leur publication au *Moniteur belge* les tiers peuvent invoquer la responsabilité des administrateurs. Dans le cas d'une faute commise par un organe collégial, l'administrateur qui veut se voir déchargé de la responsabilité solidaire peut également dénoncer la faute suivant l'article 2 : 56 alinéa 4. Pour ce qui est de la violation du Code, les tiers subissant un dommage ne devront pas prouver le lien de causalité entre la faute et le dommage dans deux hypothèses : en cas de violation de la procédure de la sonnette d'alarme et en cas du non-respect des formalités de dépôts des comptes annuels à la BNB²¹³.

La troisième hypothèse est visée par le Code de droit économique (ci-après CDE) et intervient en cas de faillite de la société. Elle est inscrite aux articles XX. 225, XX. 226 et XX. 227 du CDE et vise trois hypothèses distinctes. L'article XX. 225 CDE vise l'hypothèse où l'administrateur peut être tenu personnellement, avec ou sans solidarité (s'il y a plusieurs administrateurs) de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance de l'actif en cas de faute grave et caractérisée.²¹⁴ Le comportement doit donc être fautif par toute personne raisonnable et lié à une intention de dol²¹⁵. L'article XX. 227 CDE permet au curateur de tenir l'administrateur personnellement responsable des dettes sociales à l'égard de la masse s'il a poursuivi de manière déraisonnable l'activité de la société déficitaire. Et enfin, l'article XX. 226 donne la possibilité au curateur ou à l'Office nationale de sécurité sociale d'intenter une action en responsabilité à l'égard de l'administrateur en cas de non-paiement des cotisations sociales. Deux conditions doivent être réunies : « [...]s'il est établi qu'au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ils ont été impliqués dans au moins deux faillites ou liquidations d'entreprises à l'occasion desquelles des dettes de sécurité sociale n'ont pas été honorées, pour autant qu'ils aient [...] la

²¹² L'intérêt social a été défini par la Cour de cassation dans un arrêt du 28 novembre 2013 : « L'intérêt social est déterminé par le but de lucre collectif des associés actuels et futurs ». Cass., 28 novembre 2013, *R.P.S.*, 2014, p. 41.

²¹³ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, H. CULOT, *op.cit.*, p. 285.

²¹⁴ C. ALTER et L. BERMOND, « Le nouveau droit de l'insolvabilité », Larcier, Bruxelles, 2017, p. 129

²¹⁵ Gand (7^{ème} chambre), 24 octobre 2005, *T.R.V.*, 2005, p. 473.

qualité de dirigeant, ancien dirigeant, membre ou ancien membre d'un comité de direction ou de surveillance [...] »²¹⁶.

La quatrième et dernière hypothèse est celle de la faute aquilienne. Nous n'entrerons pas dans les détails. Il s'agit d'une référence à l'article 1382 du Code civil. Les administrateurs commentant une faute extracontractuelle engagent leur responsabilité envers les tiers. Elle peut résulter de la faute de gestion ou de la violation d'une obligation édictée par la loi.

La responsabilité des administrateurs est limitée à un montant maximal (un plafond) qui est légalement défini à l'article 2 : 57 CSA : il se calcul en fonction du chiffre d'affaires et du total du bilan. Cette limitation s'applique par fait ou ensemble de faits quels que soient le montant du dommage, le nombre de victimes ou de défendeurs, ou le fondement de la responsabilité (sauf aux 3 hypothèses du §3 de l'article). Le champ d'application de cette limitation de la responsabilité est assez large : il porte tant sur la responsabilité pour faute de gestion, pour violation du Code et des statuts, pour faute aquilienne que sur la faute de gestion grave et caractérisée (voir art. XX .225 et XX. 227 CDE). Il ne porte pas sur le régime prévu à l'article XX. 226 CDE. Le plafond ne s'applique également pas en cas de faute légère présentant un caractère habituel, en cas d'intention frauduleuse ou à dessin de nuire dans le chef de la personne responsable ou dans les obligations de garantie en cas d'émission de nouvelles actions ou d'augmentation de capital.

Chapitre 3. La responsabilité des associés

LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE

L'article 4 : 22 alinéa 3 définit la société en commandite : « *La société est en commandite lorsqu'elle est contractée par un ou plusieurs associés indéfiniment et solidairement responsables des engagements sociaux, dénommés les commandités, et un ou plusieurs autres associés qui procèdent seulement à des apports en numéraire ou en nature et ne participent pas à la gestion, dénommés les associés commanditaires* »²¹⁷. Comme nous l'avons vu plus haut, la distinction entre les commandités indéfiniment et solidairement responsables et les commanditaires n'engageant que leur mise est toujours d'application. Comme à l'ancien article 205 du Code des sociétés, le renvoi à la société en nom collectif apparaît dans l'article du CSA. En effet, le Code des sociétés disposait que lorsqu'il y avait plusieurs associés indéfiniment responsables, la société était en nom

²¹⁶ CDE, art. XX. 226.

²¹⁷ CSA, art. 4 : 22.

collectif à leur égard et qu'elle était en commandite à l'égard des bailleurs de fonds²¹⁸. Cela dit, la société en commandite reste « un dérivé » de la société en nom collectif.

Auparavant, on regardait lors de la faillite de la commandite si l'objet de cette dernière était civil ou commercial (car la distinction entre société civile et commerciale perdurait depuis). Si l'objet de la société était commercial, alors le commandité était considéré comme un commerçant et tombait alors également en faillite. Ce fut l'objet d'un arrêt très critiqué de la Cour de cassation du 19 décembre 2008²¹⁹. À la suite de la réforme du droit de l'entreprise et du droit de la faillite, la commandité n'est plus considéré comme un commerçant mais comme une entreprise.

La responsabilité du commanditaire peut se voir aggraver dans plusieurs cas, que nous avons déjà étudié ci-avant. D'abord, si le nom du commanditaire apparaît dans la dénomination sociale, il sera tenu solidairement vis-à-vis des tiers de tous les engagements de la société. Ensuite, l'interdiction d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la société est toujours d'application. Des tempéraments peuvent y être apportés : les actes de gestion interne peuvent être accomplis par le commanditaire ainsi que les actes urgents et de simple administration dans le cas du décès du gérant²²⁰. En cas d'immixtion de la part du commanditaire, l'article 4 : 25 §2 du CSA distingue deux sanctions : « *L'associé commanditaire est solidairement tenu, à l'égard de tiers, de tous les engagements de la société auxquels il aurait participé en contravention à la prohibition du paragraphe 1er. Il est tenu solidairement à l'égard des tiers au même titre que les commandités, de l'ensemble des engagements de la société s'il a habituellement géré les affaires de la société ou si son nom fait partie de la dénomination de la société* »²²¹.

Et enfin, les créanciers de la société disposent d'une action directe prévue à l'article 4 : 24, alinéa 2 afin de contraindre le commanditaire à libérer son apport.

²¹⁸ C. JASSOGNE, « La société en commandite simple », in C. JASSOGNE (dir.) *Traité pratique de droit commercial*, 2^{ème} édition, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 153.

²¹⁹ Cass., 19 décembre 2008, *R.P.S.*, p. 491 à 504 avec note V. SIMONART. Voy. Également M. COIPEL, « Faut-il remettre en cause la solution traditionnelle qui attribue la qualité de commerçant aux associés d'une SNC et au(x) commandité(s) d'une SCS ? », *R.D.C.-T.B.H.*, 2009/9, p. 940-947.

²²⁰ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, H. CULOT, *op.cit.*, p. 467.

²²¹ CSA, art. 4 : 25.

Comme nous l'avons déjà vu, la responsabilité limitée des actionnaires d'une société anonyme est très étendue. Ceux-ci ne sont responsables qu'au montant de leur apport. Certaines protections ont été mises en place afin de garantir le gage commun des créanciers.

Premièrement, l'art. 7 : 2 du CSA prévoit un capital minimum lors de la constitution d'une société anonyme. Ce dernier doit s'élever à minimum 61 500 euros.

Deuxièmement, en plus d'un capital minimum, celui-ci doit être suffisant à la lumière d'une activité projetée sur une période de deux ans (art. 7 : 3, §1^{er} du CSA). Ceci se retrouve dans l'exigence de l'élaboration d'un plan financier : ce plan doit démontrer que la société possède assez de moyens financiers pour honorer les dettes exigibles pendant les deux premières années de son existence²²². « C'est aussi une mesure de protection. S'il est vrai que les fondateurs manifestement négligents et imprévoyants assument, pendant trois ans, une responsabilité en cas de faillite de la société, le plan financier, en exprimant objectivement la manière dont les fondateurs ont réfléchi et conçu leur projet, diminue l'arbitraire d'une appréciation *a posteriori*. Aussi longtemps que les fondateurs ont agi sans dépasser la marge raisonnable de divergence d'opinions eu égard aux éléments qu'ils pouvaient prévoir au moment de la constitution, il n'y a aucune raison de les rendre responsables »²²³. L'action en responsabilité ne sera intentée que par le curateur au profit de la masse : les fondateurs seront solidairement responsables. La responsabilité des fondateurs repose sur des obligations inscrites aux articles 7 : 17, 7 : 19 et 7 : 21 du CSA : ils doivent vérifier la souscription intégrale du capital, que la somme minimum de 61 500 soit souscrite, vérifier également qu'au moins un quart de chaque action ait été libéré lors de la constitution et que la totalité de l'apport soit libéré 5 ans après la constitution²²⁴, respecter l'interdiction faite à la société de souscrire à ces propres actions, etc. Les fondateurs devront réparer le préjudice résultant de l'événement (art. 7 : 18 CSA). L'obligation à la dette sera solidaire pour les fondateurs.

Troisièmement, les créanciers de la société anonyme peuvent forcer les versements des apports non-libérés par justice en vertu de l'article 2 : 144 du CSA.

²²² Gand, 17 mars 2003, *T.R.V.*, 2005, p. 50, cité par J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, H. CULOT, *op.cit.*, p. 489.

²²³ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, H. CULOT, *op.cit.*, p. 490.

²²⁴ X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Les sociétés commerciales – Examen de jurisprudence (1991-2005), *R.C.J.B.*, 2008, p. 451.

Certains mécanismes qui opèrent dans la société anonyme se retrouvent dans la société à responsabilité limitée (SRL). Cette société est également la seule pouvant être constituée par une seule personne : c'est souvent le cas lorsqu'une personne physique passe en société, la forme de la SRL est appelée à devenir la forme de base pour les petites entreprises.

Tout d'abord, et contrairement à la SA, il n'y a plus d'exigence de capital minimum dans la SRL ; plus aucun montant n'est imposé depuis l'entrée en vigueur du CSA²²⁵. L'article 5 :3 du CSA impose que « *les fondateurs veillent à ce que la société à responsabilité limitée dispose lors de sa constitution de capitaux propres qui, compte tenu des autres sources de financement, sont suffisants à la lumière de l'activité projetée* »²²⁶. En revanche, à l'instar de la SA, les fondateurs doivent remettre un plan financier détaillé au notaire où un budget est estimé sur une période de deux ans (art. 5 : 4 du CSA). Si la société tombe en faillite dans les trois ans suivant sa constitution, les fondateurs seront responsables pour insuffisance manifeste de capitaux propres.

De plus, les fondateurs sont tenus à des obligations de garantie qui concernent la souscription intégrale des actions ainsi que la libération de leurs actions. « Ils sont en outre tenus de la libération des actions souscrites par la société, par sa filiale, ou par un tiers pour le compte de celles-ci »²²⁷.

Enfin, nous pouvons citer M. COIPEL lorsque ce dernier évoque une rupture particulière de la responsabilité limitée des associés d'une SRL : la rupture volontaire²²⁸. Celle-ci intervient surtout auprès des banques. En effet, il arrive que l'actif net de la SRL ne suffise pas en guise de garantie pour la banque. Généralement, celle-ci va adjoindre en caution de la société le patrimoine du dirigeant (qui est souvent le fondateur).

²²⁵ H. CULOT, « La SRL sans capital : quels sont les (réels) changements ? », in O. CARPASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 160.

²²⁶ CSA, art. 5 : 3.

²²⁷ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, H. CULOT, *op.cit.*, p. 497.

²²⁸ M. COIPEL, *op.cit.*, p. 27.

Conclusion

Depuis que l'homme développe une activité commerciale, l'idée du crédit y est primordiale. De l'Antiquité à nos jours, les commerçants ont besoin de fonds pour développer leur activité. Or, il est tellement plus facile de « commercer » en groupe que seul, le phénomène associatif est également très présent. Il est plus facile pour l'être humain de sectionner le risque sur plusieurs têtes. L'évolution de la responsabilité limitée des associés en est un bon exemple.

Durant l'Antiquité, la responsabilité et la solidarité était la règle, donnant ainsi naissance à une règle qui traversa les âges : celle de la solidarité commerciale. En effet, cette dernière protégeait le commerce forçant les marchands à ne pas commercer avec n'importe qui. Plus le cocontractant était solvable, moins le risque était grand. Cette solidarité était également une protection du crédit dans un monde marqué par l'adage « le temps c'est de l'argent ». Les transactions marchandes ont toujours eu un besoin de célérité, la solidarité vient jouer en garantie en cas de mauvaises estimations. Mais très vite au Moyen-Âge, le besoin de faire intervenir encore plus de capitaux se fit ressentir. Alors les marchands imaginèrent un contrat permettant de limiter la responsabilité du capitaliste en cas de problèmes. Ce besoin de limiter la responsabilité perdura et se renforça aux files des siècles.

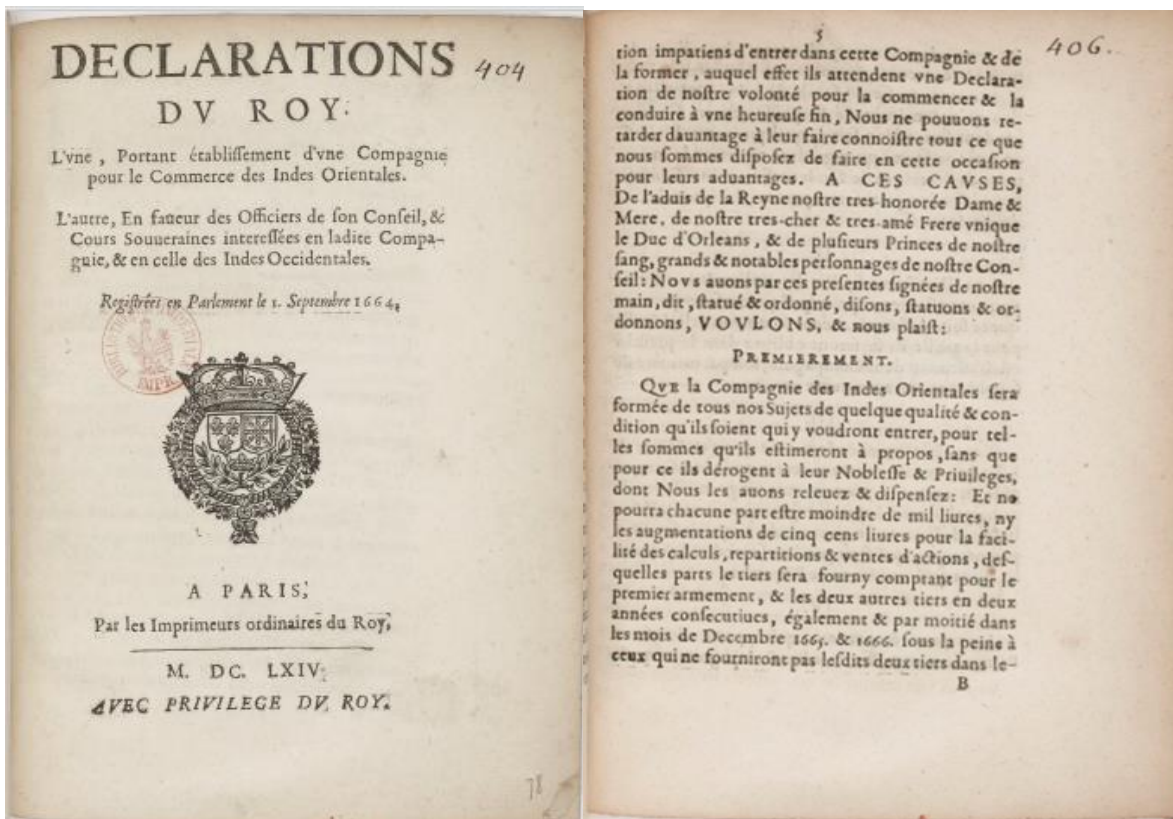
Il fut très intéressant de constater que certaines règles propres au droit des sociétés se réfèrent à d'antiques coutumes médiévales. De nos jours, les sociétés servant de base aux entreprises sont la société anonyme et la société à responsabilité limitée, toutes deux des sociétés de capitaux limitant la responsabilité de leurs membres. Le législateur n'a perdu de vue les intérêts des tiers et des créanciers en leur accordant certaines garanties. Il fut très intéressant de voir que le droit commercial plonge parfois ces racines aussi loin dans les âges que le droit civil.

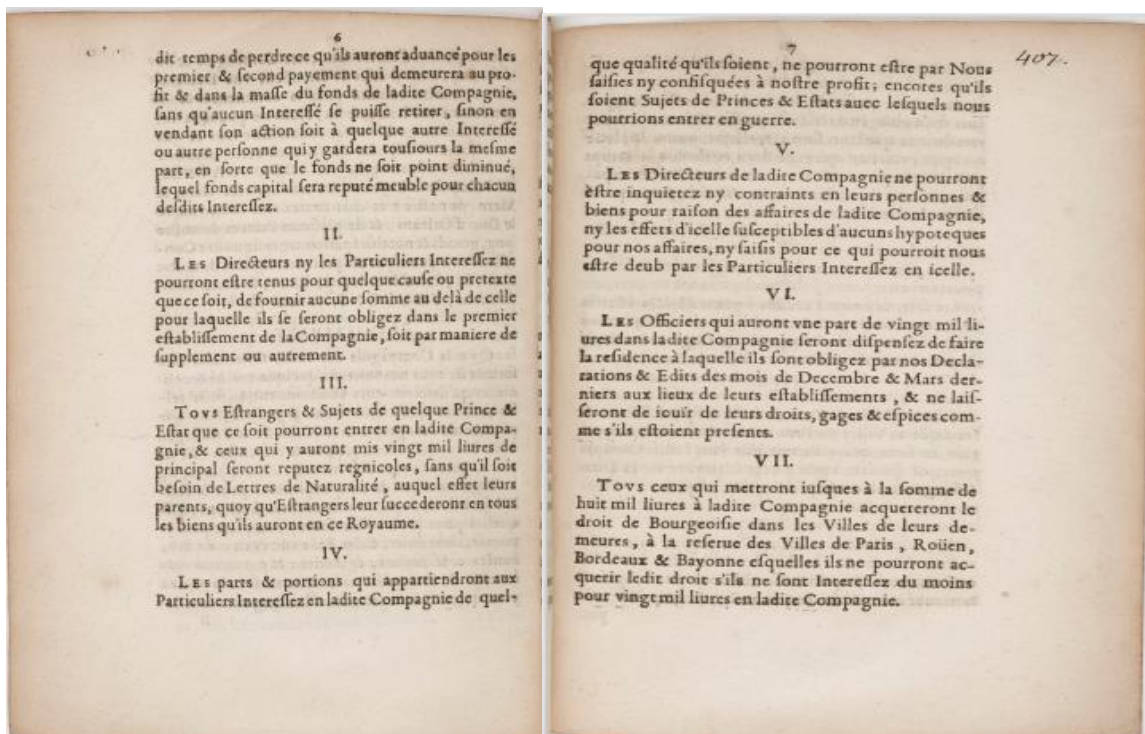
Un proverbe anonyme dit « avant de savoir où aller, il faut savoir d'où l'on vient ». Ce fut l'objet de ce mémoire d'avantage tourner vers le passé que vers le futur. Qu'est-ce que ce dernier pourrait nous offrir ? D'avantages de protection des créanciers comme à l'époque de la société anonyme pour freiner certaines dérives ou bien encore plus de liberté dans la limitation de la responsabilité des associés ? La trop récente (et future) jurisprudence à la suite de l'adoption du CSA nous apportera sûrement des réponses, du moins, nous l'espérons.

Annexes

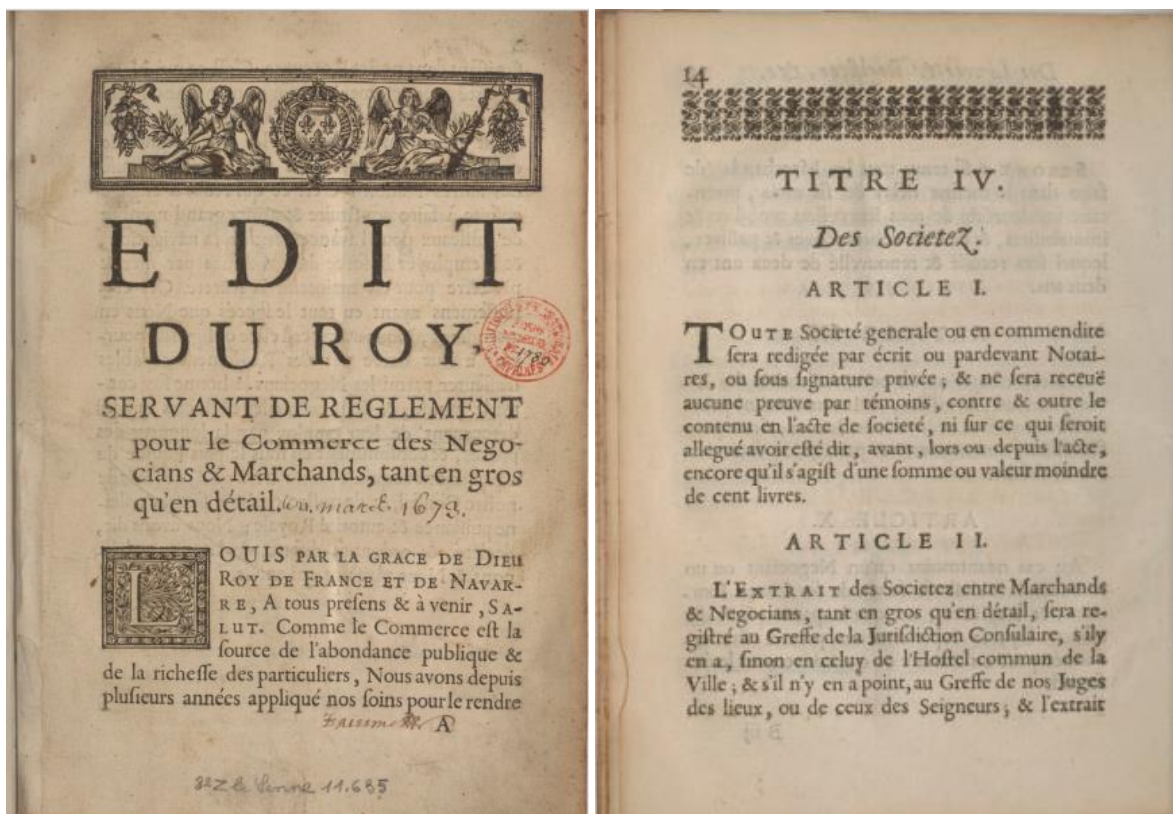
DÉCLARATIONS DU ROY : L'UNE, PORTANT ÉTABLISSEMENT D'UNE COMPAGNIE POUR LE COMMERCE DES INDES ORIENTALES ; L'AUTRE EN FAVEUR DES OFFICIERS DE SON CONSEIL ET COURS SOUVERAINES INTÉRESSÉES, EN LADITE COMPAGNIE ET EN CELLE DES INDES OCCIDENTALES. REGISTRÉE EN PARLEMENT LE 1ER SEPTEMBRE 1664

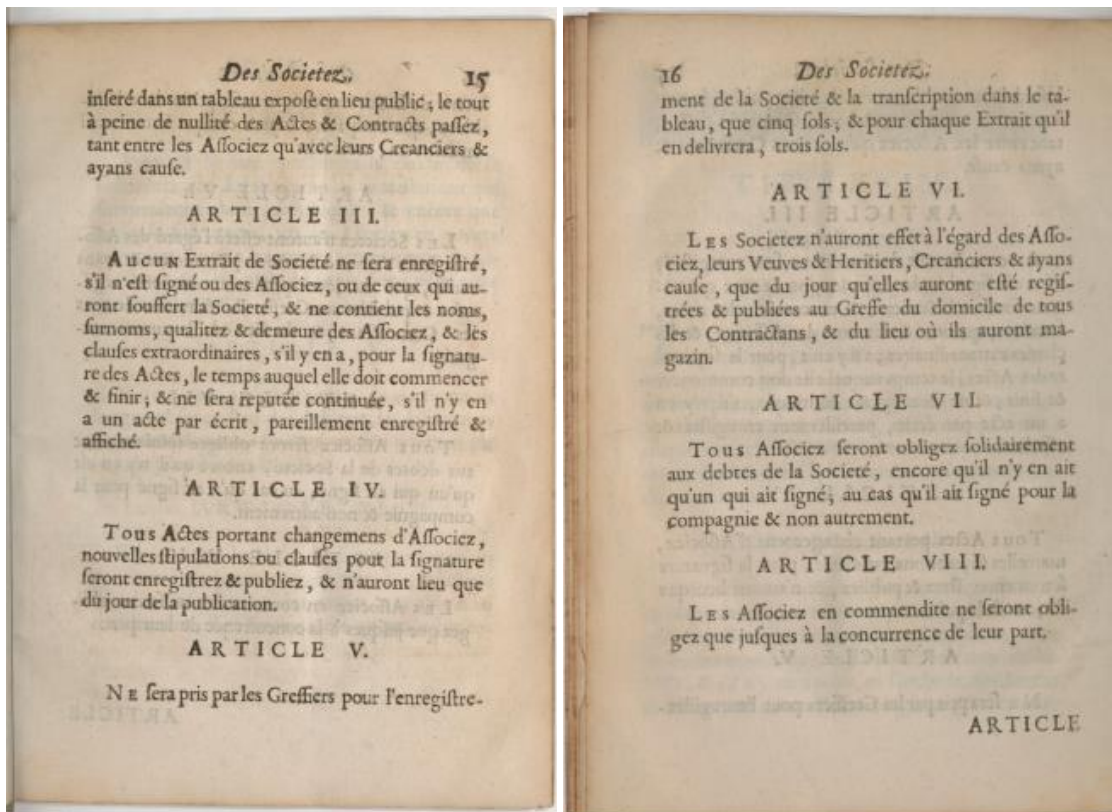
(source : gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France)





EDIT DU ROY DE MARS 1673, SERVANT DE RÈGLEMENT POUR LE COMMERCE DES NÉGOCIANTS & MARCHANDS, TANT EN GROS QU'EN DÉTAIL
(source : gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France)





LA LOI DU 18 MAI 1873 SUR LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Article 1er. Les sociétés commerciales sont celles qui ont pour objet des actes de commerce.

Elles se règlent par les conventions des parties, par les lois particulières au commerce et par le droit civil.

Article 2. La loi reconnaît cinq espèces de sociétés commerciales:

La société en nom collectif;

La société en commandite simple;

La société anonyme;

Le société en commandite par actions;

La société coopérative.

Chacune d'elles constitue une individualité juridique distincte de celle des associés.

Article 3. Il y a, en outre, des associations commerciales momentanées et des associations commerciales en participation, auxquelles la loi ne reconnaît aucune individualité juridique.

(...)

Article 15. La société en nom collectif est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale.

Article 16. Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale.

Article 17. Les associés en nom collectif sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale.

Article 18. La société en commandite simple est celle que contractent un ou plusieurs associés responsables et solidaires que l'on nomme commandités, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds, que l'on nomme commanditaires.

Article 19. La raison sociale comprend nécessairement, le nom d'un ou de plusieurs associés commandités.

Le nom d'un associé commanditaire ne peut faire partie de la raison sociale.

Article 20. Lorsqu'il y a plusieurs associés indéfiniment responsables, la société est en nom collectif à leur égard et en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds.

Article 21. L'associé commanditaire n'est passible des dettes et pertes de la société que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a promis d'y apporter.

Il peut être contraint par les tiers à rapporter les intérêts et les dividendes qu'il a reçus, s'ils n'ont pas été prélevés sur les bénéfices réels de la société et, dans ce cas, s'il y a fraude, mauvaise foi ou négligence grave de la part du gérant, le commanditaire pourra le poursuivre en paiement de ce qu'il aura dû restituer.

Article 22. L'associé commanditaire ne peut, même en vertu de procuration, faire aucun acte de gestion.

Les avis et les conseils, les actes de contrôle et de surveillance et les autorisations données aux gérants pour les actes qui sortent de leurs pouvoirs, n'engagent pas l'associé commanditaire.

Article 23. L'associé commanditaire est solidairement tenu, à l'égard des tiers, de tous les engagements de la société auxquels il aurait participé en contravention à la prohibition de l'article précédent.

Il est tenu solidairement, à l'égard des tiers, même des engagements auxquels il n'aurait pas participé, s'il a habituellement géré les affaires de la société ou si son nom fait partie de la raison sociale.

Article 26. La société anonyme est celle dans laquelle les associés n'engagent qu'une mise déterminée.

Article 27. Elle n'existe point sous une raison sociale ; elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés.

(...)

Article 29. Une société anonyme n'est définitivement constituée que si le nombre des associés est de sept au moins, si le capital social est intégralement souscrit et si le vingtième au moins du capital consistant en numéraire est versé.

Article 30. La société peut être constituée par un ou plusieurs actes authentiques, dans lesquels comparaissent tous les associés et qui constatent l'existence des conditions indiquées en l'article précédent.

(...)

Article 43. Les sociétés anonymes sont administrées par des mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits.

(...)

Article 51. Les administrateurs ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société.

Article 52. Les administrations sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.

Ils sont solidairement responsables soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages-intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent titre ou des statuts sociaux. Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance.

Article 53. La gestion journalière des affaires de la société, ainsi que la représentation de la société, en ce qui concerne cette gestion, peuvent être déléguées à des directeurs, gérants et autres agents, associés ou non associés, dont la nomination, la révocation et les attributions sont réglées par les statuts.

La responsabilité de ces agents, à raison de leur gestion, se détermine conformément aux règles générales du mandat.

Bibliographie

Législation

Statut de la cour de la *Mercanzia* du 26 mars 1585 (Florence).

Statut des Arts de Calimana, art. LVIII du livre I (Florence).

Ordonnance sur le commerce (Code Savary), art. 1. 1673 (France).

Déclarations du Roy registrées en Parlement le 1^{er} septembre 1664.

Décret d'Allarde, 2 et 17 mars 1791 (France).

Décrets des 24 août 1793 et 26-29 germinal an II.

Loi du 30 brumaire an IV.

Loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales.

Loi du 9 juillet 1935 modifiant la loi sur les sociétés coopératives et instituant les sociétés de personnes à responsabilité limitée, *M.B.* 6 août 1999.

Loi du 7 mai 1999 contenant le Code des sociétés, *M.B.* 6 août 1999.

Code civil, art. 1166 ; 1202 ; 1984 ; 1992.

Code de commerce, art. 1 ; 18 ; 20 ; 22 ; 23 ; 27 ; 29 ; 30 ; 31 ; 32 ; 33 ; 37 ; 42 ; 51.

Code des sociétés et des associations, art. 2 : 49 ; 2 : 56 ; 4 : 22 ; 4 : 25 ; 5 : 3 ; 5 : 73 ; 5 : 74 ; 7 : 93 ; 7 : 94 ; 7 : 112 ; 7 : 110.

Code de droit économique, art. XX. 226.

Jurisprudence

Cass., 18 mars 1843, *Jurisprudence Belge*, 1843.

Cass., 26 mai 1842, *Pas.*, I, 1842.

Cass., 19 décembre 2008, *R.P.S.*, avec note SIMONART V.

Cass., 28 novembre 2013, *R.P.S.*, 2014.

Bruxelles, *Affaire Serra c. Morel*, 31 décembre 1839, *Jurisprudence Belge*, 1841.

Bruxelles, *Affaire Baglietto c. Defacqz*, 30 décembre 1840, *Belgique Judiciaire*, t. I.

Bruxelles, 30 mars 1983, *R.P.S.*, 1984.

Gand, 17 mars 2003, *T.R.V.*, 2005.

Gand (7^{ème} chambre), 24 octobre 2005, *T.R.V.*, 2005.

Trib. 1^{ère} inst. Bruxelles, 15 juillet 1841, *Journal du Palais – Recueil de la jurisprudence belge et des arrêts notables*, 1841.

Trib. 1^{ère} inst. Bruxelles, 14 août 1841, *Journal du Palais – Recueil de la jurisprudence belge et des arrêts notables*, 1841.

Trib. 1^{ère} inst. Bruxelles, 20 novembre 1841, *Journal du Palais - Recueil de la jurisprudence belge et des arrêts notables*, 1842.

Doctrine

ALTER C. et BERMOND L., « Le nouveau droit de l'insolvabilité », Larcier, Bruxelles, 2017.

BALLE F., « La gestion des compagnies marchandes Italie centre-nord. Début XIII^e siècle - 1350. » Histoire. Université de Lyon, 2018 (*disponible sur HAL archive-ouverte.fr*).

BASDEVANT-GAUDEMET B. et GAUDEMET J., « Introduction historique au droit, XIII^e – XX^e siècles », Paris, L.G.D.J., 2003.

BERNABE B., « L'espace du commercium. Essai de génétique juridique » in « *Vers une lex mercatoria mediterranea* » (sous la dir de OSMAN F.), 1^{ère} édition, Bruxelles, Bruylant, 2012.

BONNASSIEUX P., « Les grandes Compagnies de commerce, étude pour servir l'Histoire de la colonisation », Paris, Librairie Plon, 1892, disponible en ligne sur gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

BRAUDEL F., « Civilisation matérielle, économie et capitalisme. XV^e XVIII^e siècle, t. II, Paris, Armand Colin, 1979.

CARMONA M., « Aspects du capitalisme toscan aux XVI^e et XVII^e siècles. Les sociétés en commandite à Florence et à Lucques », in. *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, tome 11 n°2, Avril-juin 1964.

CIZAKCA M., « A Comparative Evolution of Business Partnerships : The Islamic World and Europe, with specific references to the Ottoman », archives, Brill, 1996.

COIPEL M., « Faut-il remettre en cause la solution traditionnelle qui attribue la qualité de commerçant aux associés d'une SNC et au(x) commandité(s) d'une SCS ? », *R.D.C.-T.B.H.*, 2009/9.

COIPEL M., « Chapitre 1. Présentation de la société privée à responsabilité limitée », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 4, Les sociétés privées à responsabilité limitée, Bruxelles, Larcier, 2021.

CULOT H., « La SRL sans capital : quels sont les (réels) changements ? », in CARPASSE O., CULOT H. et DIEUX X. (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019.

CUQ E., « Les nouveaux fragments du Code de Hammourabi sur le prêt à intérêt et les sociétés » *In. Mémoires de l'Institut national de France*, tome 41, 1920.

DE RUYSSCHER D., « Divers — Éthique et droit commercial – La crise devant la réflexion historique », *J.T.*, 2014/15, n° 6559.

DELVAUX M., « La responsabilité des fondateurs, associés, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL », volume 1, in *Guide juridique de l'entreprise, traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre II, livre 24.3, Kluwer, 2013.

DELVAUX T., FAYT A., GOL D., PASTEGGER D., SIMONIS M., THIRION N., *Droit de l'entreprise*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Larcier, 2012.

DEL CHIARO E., « Le contrat de société », Bar-le-duc, 1928.

DIEUX X. et DE CORDT Y., « Les sociétés commerciales – Examen de jurisprudence (1991-2005) », *R.C.J.B.*, 2008.

DUMONT G-H., « Histoire de Belgique », Bruxelles, Librairie Hachette, coll. Marabout université, Bruxelles, 1977.

EMILIANI-GIUDICI P., « Storia politica dei municipi italiani. », Florence, 1851, Appendice.

ELLUL J., « Histoire des institutions », t.4, XVIe-XVIIIe siècle, Paris, P.U.F.

FAURE E., « Chapitre XX – L'or coule dans la rue Quincampoix » in *La banqueroute de Law*, Galimard, coll. Trente journées qui ont fait la France, 1977.

GAURIER D., « Les 50 livres du Digeste de l'Empereur Justinien, édition traduite et annotée », Tome 1, Livres 1-26.

HEERS J., « Le clan familial au Moyen Age : Etude sur les structures politiques et sociales des milieux urbains. », Paris, P.U.F, 1974.

HERMANT P., PETRE M., « Les principes généraux du droit des sociétés », in C. JASSOGNE (dir.) *Traité pratique de droit commercial*, 2^{ème} édition, Waterloo, Kluwer, 2014.

HILAIRE J., « Introduction historique au droit commercial », Paris, P.U.F, 1986.

HUPPEE L., « L'établissement de la souveraineté européenne au Canada », Faculté de droit de l'Université de Laval, *Les cahiers de droit*, vol. 50, n°1, mars 2009.

JASSOGNE C., LEBEAU J., « La responsabilité des formateurs de société - La responsabilité des fondateurs de société - La responsabilité des associés », in *Traité pratique de droit commercial*, Tome 4 – Les sociétés, vol. 2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 615.

JASSOGNE C., « La société en commandite simple », in JASSOGNE C (dir.) *Traité pratique de droit commercial*, 2^{ème} édition, Waterloo, Kluwer, 2014.

LANDUYT S., *Efficiënte risicoverdeling in vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en de positie van de aandeelhouder*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Intersentia, 2020.

LEFEBVRE-TEILLARD A., « La société anonyme au XIX^e siècle », P.U.F, Paris, 1985.

LEVY J-PH, « L'économie antique », Paris, P.U.F, 1964.

LEVY-BRUHL H., « Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècle », Paris, 1938.

LIEBER A.E., « Eastern Business Practices and Medieval European Commerce », *The Economic History Review*, 1968.

MALHERBE J., DE CORDT Y, LAMBRECHT P., MALHERBE P., CULOT H., « Droit des sociétés », 5^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, 2020.

LYON-CAEN C., « Traité de droit commercial », Paris, 2^{ème} édition, 1892.

Mémento des ASBL 2020, Waterloo, Kluwer, 2020, disponible sur bibliothèques.wallonie.be.

MEIGNEN L., « Histoire de la révolution industrielle et du développement – 1776 à 1914 », P.U.F., Economie, Paris, 1996.

MONEGER J., « De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au Code de commerce français de septembre 2000 - Réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification », *Revue Internationale de droit économique*, 2004/2 t. XVIII, 2.

NICAISE P., « Le nouveau droit des sociétés coopératives », Bruxelles, Bruylant, 1992.

NOREL P., « Commerce et finance, l'hypothèse musulmane », in. NOREL P., TESTOT L. *et al.*, *Une histoire du monde global*, Sciences humaines éditions, coll. Ouvrages de synthèse, 2012.

NOREL P., « L'Histoire économique globale », Paris, Points, coll. Points économie, 2013.

PARMENTIER C., « La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite », *R.D.C.*, 1986.

POTHIER R. J., « Traité des obligations », Vol. 1, 1761, Version corrigée par DUPIN M. en 1824 disponible sur gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France. Version originale disponible sur books.google.be.

SAYOUS A.-E., « Les sociétés anonymes par actions : leur nature dégagée par la méthode historique d'après l'histoire de la Compagnie des Indes orientales de 1602 à 1623 », *Revue d'économie politique*, 1902, Vol. 16, No. 7 (1902).

SAYOUS A.-E., « Les transformations des méthodes commerciales dans l'Italie médiévale », in. *Annales d'histoire économique et sociale*. 1^{ère} année, n°2, 1929.

SCHNAPER B., « La répression de l'usure et l'évolution économique », *Rev. hist. dr.*, 1969.

STRYCKMANS J. J., « Droit des sociétés. Chronique de jurisprudence », *J.T.*, 1971.

THIRION N., « Cent septante-cinq ans de droit des sociétés en Belgique », *J.T.*, 2005.

THIVEAUD J.-M., « Les grandes sociétés par actions et les compagnies coloniales de l'Europe des Temps Modernes du XVIe au XVIIe siècle », *Revue d'économie financière*, n°55, 1999.

TILQUIN T., SIMONART V., « Préliminaires – Le droit commun des sociétés », *Traité des sociétés.*, t 1., Diegem, Kluwer, 1996.

TROLONG R. TH., « Commentaire du contrat de société en matière civile et commerciale », Bruxelles, Meline, Cans et Cie, 1843, p. 174

UDOVITCH A.L., « Partnership and Profit in Medieval Islam », Princeton University Press, 1970.

VAN GERVEN D., « Les associés commandités sont-ils par nature commerçants lorsque la société en commandite simple l'est ? Quelques réflexions sur la personnalité morale des sociétés à responsabilité illimitée », *R.C.J.B.*, 2013/3.

VAN HOUTTE J., « Traité des société de personnes à responsabilité limitée », t. 1, Bruxelles, Larcier, 1962.

VAN RYN J., VAN OMMEESLAGHE P., « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1973.

WEBER P., « La grande histoire de la Belgique », Paris, Perrin, 2013.

Table des matières

Introduction générale	1
Titre 1. L'évolution historique de la responsabilité limitée	1
Introduction	1
Chapitre 1. L'Antiquité (3200 ACN – 476 PCN)	2
LA <i>LEX RHODIA DE JACTU</i> (DIGESTE LIVRE 14, TITRE 2)	3
LE NAUTICUM FOENUS (DIGESTE LIVRE 22, TITRE 2)	4
LE CODE HAMMURABI : LE DROIT BABYLONIEN.....	5
LA SOCIETAS ROMAINE (DIGESTE LIVRE 17, TITRE 2)	6
Chapitre 2. Le Moyen-Âge (476 - 1453 PCN)	7
LA COMPAGNA.....	9
LA COMMANDA.....	12
Chapitre 3. Les Temps Modernes (1453 – 1789)	15
L'ÉVOLUTION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE : D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNE À UNE SOCIÉTÉ DE CAPITAUX	17
LES COMPAGNIES DE COMMERCE	20
LE CODE SAVARY ET LES SOCIÉTÉS (1673).....	23
LA COMPAGNIE MÉDIÉVALE AUX TEMPS MODERNES	25
DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS (MILIEU ET FIN 18ÈME SIÈCLE).....	26
Chapitre 4. Napoléon et le Code de commerce de 1808	29
DE QUELQUES TEXTES RÉVOLUTIONNAIRES.....	29
LE CODE DE COMMERCE ET LES SOCIÉTÉS	31
Chapitre 5. Révolution industrielle, Belgique indépendante et la loi belge du 18 mai 1873	41
LA RÉVOLUTION INDUSTRIELLE ET L'INDÉPENDANCE DE LA BELGIQUE.....	41
LA LOI DU 18 MAI 1873 SUR LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	44
Chapitre 6. Les sociétés de personnes à responsabilité limitée (la loi du 9 juillet 1935) et les lois coordonnées sur les sociétés commerciales (arrêté royal du 30 novembre 1935)	47
LA LOI DU 9 JUILLET 1935 MODIFIANT LA LOI SUR LES SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES ET INSTITUANT LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES À RESPONSABILITÉ LIMITÉE	47
DES LOIS COORDONNÉES SUR LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES (30 NOVEMBRE 1935) AU CODE DES SOCIÉTÉS.....	48
Titre 2. La responsabilité limitée aujourd'hui dans la société en commandite simple, la société anonyme et la société à responsabilité limitée	50
Introduction	50
Chapitre 1. Les sociétés sont des personnes morales	50
LA SOCIÉTÉ A UN PATRIMOINE PROPRE	51
LA SOCIÉTÉ EST REPRÉSENTÉE PAR SES ORGANES	52

Chapitre 2. La responsabilité des administrateurs.....	53
Chapitre 3. La responsabilité des associés	55
LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE	55
LA SOCIÉTÉ ANONYME ET LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE	57
Conclusion.....	59
Annexes.....	60
DÉCLARATIONS DU ROY : L'UNE, PORTANT ÉTABLISSEMENT D'UNE COMPAGNIE POUR LE COMMERCE DES INDES ORIENTALES ; L'AUTRE EN FAVEUR DES OFFICIERS DE SON CONSEIL ET COURS SOUVERAINES INTÉRESSÉES, EN LADITE COMPAGNIE ET EN CELLE DES INDES OCCIDENTALES. REGISTRÉE EN PARLEMENT LE 1ER SEPTEMBRE 1664.....	60
EDIT DU ROY DE MARS 1673, SERVANT DE RÈGLEMENT POUR LE COMMERCE DES NÉGOCIANTS & MARCHANDS, TANT EN GROS QU'EN DÉTAIL	61
LA LOI DU 18 MAI 1873 SUR LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	62
Bibliographie.....	65