

COMMENTAIRE  
DU CODE DE COMMERCE  
ET DE LA LÉGISLATION COMMERCIALE.

I.

## OUVRAGES DU MÊME AUTEUR :

**ESSAI SUR LES PEINES ET LE SYSTÈME PÉNITENTIAIRE.** 1 vol. in-8°. Ouvrage couronné par l'Institut (Académie des sciences morales et politiques).

**TRAITÉ GÉNÉRAL DES ASSURANCES.** 2 vol. in-8°.

**HISTOIRE DE LA POSSESSION ET DES ACTIONS POSSESSOIRES EN DROIT FRANÇAIS.** 1 vol. in-8°. Ouvrage couronné par l'Institut (Académie des sciences morales et politiques).

**DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS ET DE LA NATURALISATION, etc.** 1 vol. in-8°.

Inv. N. 9700

# COMMENTAIRE

DU

# CODE DE COMMERCE

ET DE LA

## LÉGISLATION COMMERCIALE,

PAR ISIDORE ALAUZET,

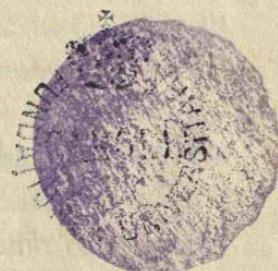
CHEF DE BUREAU AU MINISTÈRE DE LA JUSTICE.

TOME PREMIER.

27/10/1



Donatunca  
. E. STATESCU



PARIS,

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE

**COSSE ET MARCHAL**, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,

LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION,

*Place Dauphine, 27.*

---

1856

194X  
C/957 1961  
1956

BIBLIOTECA CENTRALĂ UNIVERSITARĂ  
BUCURESTI  
COTA..... 22314 .....

PC 200/06

TOME TOME

B.C.U. Bucuresti



C27101



... que j'aurais pu faire pour la rédaction de ce livre, et que je n'aurais pas été en mesure de le faire sans l'aide de M. Pardessus. Il m'a dédié son ouvrage à mon père, et il m'a écrit : « Je vous prie de me permettre de faire une dédicace à mon père, et de faire une autre à M. Pardessus, qui a été pour moi un véritable maître dans l'étude du droit commercial. »

Il a été d'autant plus difficile de faire ce choix que j'avais dans ma bibliothèque plusieurs ouvrages de M. Pardessus, dont deux éditions postérieures à celle que j'ai choisie. J'ai finalement décidé de faire une dédicace à M. Pardessus, et de faire une autre à mon père, car il a été pour moi un véritable maître dans l'étude du droit commercial.

M. Pardessus, dont la science déplore la perte encore récente, a laissé sur le sujet que j'ai traité un ouvrage devenu classique ; loin de moi la prétention de le faire oublier ; mais dans la quatrième édition du *Cours de Droit commercial*, dont deux éditions postérieures n'ont été, à peu près, que la reproduction textuelle, il avait dit lui-même : « Quelques personnes auraient désiré que « les notes où sont indiqués les arrêts de la Cour de cas- « sation présentassent l'analyse des espèces et le texte des « motifs. L'auteur n'a pas cru devoir déférer à ce vœu, « dont l'exécution aurait augmenté le nombre des volumes. « C'est la même considération qui l'a décidé à ne point « comprendre dans ses citations les jurisconsultes anciens « et modernes, ni même les arrêts des Cours royales. » (4<sup>e</sup> édit., *Préface*, p. iij et iv.) Cet ouvrage, dont M. Pardessus avait reconnu l'utilité, j'ai essayé de le faire.

Des modifications profondes d'ailleurs ont été à différentes reprises apportées au texte de la loi commerciale ; l'action de la jurisprudence est incessante ; les travaux d'hommes éminents sont venus se joindre à ceux de M. Pardessus, et quelque grande que soit l'autorité qui s'attache à son nom, il est désormais impossible de ne pas éclairer ou même rectifier quelquefois les règles qu'il a enseignées, en les rapprochant des opinions soutenues par MM. Delamarre et Lepoitvin, M. Delangle, M. Massé, M. Nouguier et tant d'autres, dont j'ai mis les ouvrages largement à contribution. Comment passer sous silence surtout les écrits de M. Troplong, dont l'influence n'a pas été moins puissante en droit commercial qu'en droit civil ?

J'ai adopté la forme du commentaire, comme la plus commode pour le lecteur, et si j'ai essayé de compléter le texte du Code de commerce par des emprunts faits à d'autres lois, j'ai dû respecter l'ordre adopté par le législateur. Sans doute, il eût semblé plus logique, après avoir parlé des personnes, des devoirs qui sont imposés aux commerçants, des institutions qui leur sont spécialement destinées, des officiers ministériels affectés aux transactions commerciales, de poser les principes généraux des conventions et d'expliquer ensuite, sans interruption, toute la série des contrats commerciaux, avant de passer au droit maritime, aux faillites et à la juridiction. Le texte, que j'ai suivi pas à pas, ne m'a point toujours permis de me conformer à cet ordre. Mais depuis un demi-siècle que le Code de commerce a été promulgué, il est devenu populaire ; chacun est habitué à la marche qu'il a adoptée et s'y soumet sans effort.

J'ai dû en conséquence rattacher aux articles 18 et sui-

vants le commentaire des dispositions du Code Napoléon qui posent les principes généraux du *Contrat de société*; à l'article 92, le commentaire du titre du *Mandat*; à l'article 95, le commentaire du *Nantissement*; à l'article 109, le commentaire des *Obligations conventionnelles, de la Vente, du Louage, du Prêt, du Cautionnement* et de quelques autres dispositions du Code Napoléon; je me suis occupé d'une manière spéciale des *Assurances terrestres*, des *Droits d'auteur*, des *Brevets d'invention*; j'avais déjà parlé des *marques et des dessins de fabrique*, des *usurpations de nom*, etc.; la table analytique placée à la fin de l'ouvrage rendra, dans tous les cas, les recherches faciles.

Dans le livre IV, j'ai dû également, pour être complet, faire des emprunts au Code de procédure civile et à quelques lois spéciales.

Ce n'est donc pas sans raison que j'ai annoncé, dans le titre de cet ouvrage, non-seulement le commentaire du Code de commerce, mais aussi celui de la législation commerciale, que j'ai taché d'exposer dans son ensemble.

Le cadre que je m'étais tracé était vaste, et pour n'omettre aucune chose utile, il a fallu m'interdire tout développement qui ne m'a pas semblé rigoureusement indispensable : ce n'est pas sans regret, sans esprit de retour peut-être, que j'ai renoncé à la méthode suivie par moi dans le *Traité général des Assurances* et dans l'*Histoire de la Possession*; au point de vue pratique même, l'étude des sources et des anciens docteurs est loin d'être sans utilité; mais après en avoir fait mon profit pour éclairer mes décisions, je me suis abstenu de discuter ces vieux documents du droit commercial, et par suite de les citer; je n'ai fait exception que pour l'admirable ordonnance de 1681, et ses



# CODE DE COMMERCE

ET

## LÉGISLATION COMMERCIALE.

### LIVRE I<sup>er</sup>.

#### Du Commerce en général.

### TITRE I<sup>er</sup>.

#### Des Commerçants.

#### ARTICLE 1<sup>er</sup>.

Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.

Acquisition implicite, 5 et s.	Étrangers, 11.	Machines à vapeur, 14.
Actes isolés, 2.	Fonctionnaires publics, 3.	Monopoles de l'Etat, 21.
Bouchers, 17.	Habitude, 2, 4.	Objets d'or et d'argent, 20.
Boulanger, 16.	Imprimeurs, 45.	Pharmacien, 48.
Cabarets, 49.	Incapacités, 9 et s.	Présumptions, 8.
Chose jugée, 8.	Incompatibilités, 3.	Profession principale, 2, 4.
Commerçants, 1, 8.	Interdits, 9.	Prodiges, 10.
Commerce illicite, 4.	Liberté du commerce, 12, 21.	Spectacles publics, 49.
Etabl.dang., insal.etc. 12 et s.	Libraires, 45.	Spéculation, 2, 4.

1. Le mot *commerçant* est générique; il comprend tous les individus désignés par les anciennes lois ou par l'usage sous les noms divers de *négociants*, *marchands*, *fabricants*, *manufacturiers*, *banquiers*, etc.; en un mot, tous ceux qui se livrent au négoce sont considérés par le Code de commerce comme ne-

formant qu'une seule et même classe ; dans aucun cas, il n'y a donc lieu de s'arrêter à cette circonstance , que la loi a employé l'une de ces expressions de préférence à une autre, ou a semblé même les mettre en opposition (1).

Deux choses sont à considérer pour savoir si un individu est commerçant : 1<sup>o</sup> s'il a fait des actes de commerce ; 2<sup>o</sup> si ces actes ont été assez souvent répétés pour qu'ils aient constitué une habitude et soient devenus, ainsi que le dit la loi, sa *profession habituelle*.

« Tels et tels actes que Jacques a exercés constituaient-ils des actes de commerce? disent MM. Delamarre et Lepoitvin, c'est la question de droit. Pourquoi de droit? Parce que la loi a défini les actes de commerce et qu'il s'agit de savoir si ceux attribués à Jacques sont compris dans la définition. Ces actes se sont-ils assez multipliés, se sont-ils succédé d'assez près et assez longtemps pour constituer une habitude? C'est la question de fait. Pourquoi de fait? Parce que la loi ne définit pas l'*habitude*, comme elle a défini les actes de commerce et la profession de commerçant. C'est chose laissée à l'appréciation du juge (2). »

Nous ne nous occupons ici que de la seconde question ; c'est sous l'art. 632 que nous traiterons la première.

2. Le projet du Code de commerce portait profession *principale*, cette rédaction fut modifiée sur l'observation du Tribunat (3). Ainsi, les individus qui concilieraient l'habitude des faits de commerce avec des fonctions qui y seraient étrangères, ne pourraient pas, en justifiant que leur profession principale n'a rien de commercial, se soustraire aux diverses obligations qui pèsent sur les commerçants.

D'un autre côté, quelques actes isolés de commerce ne suffisent pas pour donner la qualité de commerçant ; et ces actes, même habituels, sont insignifiants s'ils ne constituent pas une

(1) Cod. Nap., art. 1308 et 1445.

(2) Contr. de comm., t. 5. n. 10.

(3) M. J. B. Pâris estime que cette substitution n'a eu pour résultat que de rendre moins claire la pensée du législateur (*Dr. comm.*, n° 186); cette appréciation nous paraît inexacte.

profession ; ou, en d'autres termes, s'ils ne sont pas accomplis dans un but de spéculation et pour se procurer des bénéfices éventuels (1). « Il faut que cette habitude d'actes commerciaux, dit M. Pardessus, ait eu lieu comme moyen de se procurer des bénéfices, et non de faire venir ses affaires personnelles. Ainsi, un homme qui, pour faire venir ses revenus de la province, pour acquitter le prix d'achats relatifs à son usage personnel, tirerait ou endosserait journallement des lettres de change, ne devrait pas être réputé commerçant (2). »

La même décision s'appliquerait aux comptables de deniers publics ; ils ne peuvent opérer leurs paiements ou mouvements de fonds que par des remises de place en place, des virements, des opérations de banque ; l'exercice habituel de ces actes de commerce ne leur attribuera pas la qualité de commerçant, parce qu'il est un devoir de la fonction qu'ils remplissent : « Peu importe, dit encore M. Pardessus, qu'ils soient en rapport de comptes courants avec des banquiers ou qu'ils se livrent à des négociations de change, toutes ces opérations, quoique les rendant justiciables des tribunaux de commerce, ne les constituent pas commerçants (3) ; » tandis qu'il a été jugé avec raison qu'un receveur particulier des finances pouvait être déclaré commerçant, lorsqu'il s'était livré habituellement à des opérations de banque étrangères à ses fonctions, l'exercice d'une profession déterminée, autre que celle de commerçant, ne pouvant établir, nous le répétons, aucune incompatibilité (4).

La même règle a été appliquée à un avocat qui se livrait habituellement à des opérations de change et aux fonctions d'agent d'affaires : « Attendu, dit l'arrêt, qu'il n'y a pas à s'enquérir de la qualité de celui qu'on soutient être commerçant; qu'il y a seulement à apprécier la nature et le nombre des actes de commerce auxquels il s'est livré (5). » Ainsi encore, un notaire,

(1) Bédarride, *Comm. du C. comm.*, t. 1<sup>er</sup>, n. 24.

(2) *Dr. comm.*, n. 79.

(3) *Dr. comm.*, n. 79.

(4) Cass., 5 juill. 1837 (S.V.37.1.923).

(5) Montpellier, 11 mai 1844 (S.V.44.2.351).

ne doit pas être réputé commerçant par cela seul qu'il a fait quelques actes de commerce, s'il n'est pas prouvé qu'ils constituaient chez lui une profession habituelle (1); mais ses fonctions ne font pas obstacle à ce qu'il ne puisse, dans d'autres circonstances, être déclaré commerçant (2).

Il faudrait décider de même pour tout autre officier ministériel, pour tout fonctionnaire, pour toute personne, quels que soient son état, son caractère ou le titre dont elle serait revêtue.

La profession habituelle peut exister sans notoriété publique, et n'être révélée que par la déconfiture (3).

Ces principes sont soutenus par tous les auteurs.

Aucune exception ne peut donc être établie au principe posé par la loi.

**3.** Certaines incompatibilités, sans doute, n'en subsistent pas moins ; mais elles ne peuvent avoir pour conséquence de soustraire ceux qui ont exercé habituellement des actes de commerce, à toutes les conséquences qui résultent des faits accomplis ; leur faute ne peut, à coup sûr, leur créer un privilége ; en effet, disaient les auteurs du Code du commerce : « Si la loi commerciale se compose de lois d'exception, ce n'est pas pour l'avantage des commerçants qu'elles sont faites, c'est pour l'intérêt de tous. » S'il existe certaines personnes, à qui la position qu'elles occupent interdit le commerce, il faut donc entendre ce principe dans ce sens, que c'est l'exercice même des fonctions qu'elles remplissent qui leur devient impossible ; mais la qualité de commerçant, avec toutes les conséquences qu'elle entraîne, leur reste acquise, sans qu'elles puissent, sous aucun prétexte, la répudier.

Ainsi, le commerce est défendu aux magistrats, aux avocats, aux notaires, aux officiers ministériels ; si, contrairement aux règles auxquelles ils sont assujettis, ils ont fait leur profession habituelle d'actes de commerce, les magistrats seront punis des peines prononcées par la loi (L. du 20 avr. 1810, art. 49 et suiv.) ; les avocats, rayés du tableau (Décr. du 14 sept.

(1) Bordeaux, 30 avr. 1840 (S.V.40.2.429). *Id.* 1<sup>er</sup> mars 1841 (S.V.41.2.635).

(2) Cass., 28 mai 1828 et 15 avr. 1844 (S.V.44.1.540).

(3) Cass., 15 avr. 1844 (S.V.44.1.540).

1810, art. 18; ord. du 20 nov. 1822); les notaires, les avoués devront également être poursuivis disciplinairement (L. du 25 vent. an 11, art. 53; arr. du 15 frim. an 9, art. 8, 9 et 10; décr. du 30 mars 1808, art. 102 et 105); les ecclésiastiques encourraient les censures spirituelles, en vertu des canons de l'Eglise; la destitution frapperait les consuls, les élèves consuls et drogmans, ainsi que les chanceliers (Ordonn. du 3 mars 1781, titre I<sup>er</sup>, art. 20; arr. du 2 prair. an 11, art. 22; ordonn. du 20 août 1853, art. 54), qui se livreraient directement ou indirectement au commerce; mais ces règles n'ont d'intérêt qu'en ce qui concerne la fonction qu'exercent ces diverses personnes; les actes commerciaux accomplis par elles n'en sont pas moins parfaitement valables; la qualité de commerçant et toutes ses suites leur sont incontestablement acquises aux conditions communes. A notre point de vue, nous n'avons donc point, à proprement parler, à nous occuper de ces incompatibilités. Nous parlerons tout à l'heure des incapacités dérivant de l'état civil. Il est donc permis de dire, de la manière la plus générale, qu'il n'existe pas d'incompatibilité dérivant du rang ou de la fonction; les contrats commerciaux consentis par toute personne capable de contracter conservent leurs effets, non-seulement contre elle, mais encore à son profit, soit qu'ils n'aient été qu'accidentels, soit qu'ils aient été habituels.

Les agents de change et les courtiers, quoique commerçants, ne peuvent faire des opérations de commerce ou de banque pour leur compte, sous peine de destitution et d'amende (Cod. comm., 85 et 87), nous en reparlerons plus tard; mais dès à présent, disons que pour eux également les obligations commerciales, dans lesquelles ils sont intervenus doivent être exécutées.

Pour ne rien omettre sur cette question, nous rappellerons enfin les art. 175 et 176 du Code pénal: «Tout fonctionnaire, dit l'art. 175, tout officier public, tout agent du Gouvernement, qui, soit ouvertement, soit par actes simulés, soit par interposition de personnes, aura pris ou reçu quelqu'intérêt que ce soit dans les actes, adjudications, entreprises ou régies, dont il a ou avait, au temps de l'acte, en tout ou

« en partie l'administration ou la surveillance, sera puni d'un emprisonnement de 6 mois au moins et de 2 ans au plus, et sera condamné à une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et des indemnités, ni être au-dessous du douzième.

« Il sera de plus déclaré à jamais incapable d'exercer aucune fonction publique.

« La présente disposition est applicable à tout fonctionnaire ou agent du Gouvernement qui aura pris un intérêt quelconque dans une affaire dont il était chargé d'ordonnancer le paiement, ou de faire la liquidation. »

L'art. 176 ajoute : « Tout commandant des divisions militaires, des départements ou des places et villes, tout préfet ou sous-préfet, qui aura, dans l'étendue des lieux où il a le droit d'exercer son autorité, fait ouvertement, ou par des actes simulés, ou par interposition de personnes, le commerce de grains, grenailles, farines, substances farineuses, vins ou boissons, autres que ceux provenant de ses propriétés, sera puni d'une amende de 500 fr. au moins, de 10,000 fr. au plus et de la confiscation des denrées appartenant à ce commerce. »

Celui qui vend sciemment, en pareille circonstance, est complice, disent MM. Delamarre et Lepoitvin; et le contrat est nul des deux côtés (1).

Si les tiers n'ont pas agi sciemment, ce qu'il appartient aux tribunaux criminels de décider, l'acte sera valable et licite de la part du vendeur qui a pu ignorer la qualité de son acheteur, ou son intention, en faisant cet achat.

Les mêmes règles s'appliqueraient au courtier et au commissionnaire (2).

Disons, toutefois, que ces dispositions de la loi pénale n'ont jamais été appliquées; les difficultés qu'elles pourraient faire naître sont donc bien peu à craindre.

**4.** Les faits qui peuvent attribuer la qualité de commerçant à toute personne, quelles que soient sa position ou les

(1) *Contr. de comm.*, t. 1<sup>er</sup>, n. 61.

(2) *Dalloz, Rép.*, v<sup>o</sup> *Commerçant*, n. 125.

fonctions qu'elle occupe, sont souverainement appréciés par les Cours impériales. Il ne peut y avoir, en cette matière, ouverture à cassation, si l'arrêt déclare, d'une manière explicite, qu'il résulte de tous les éléments de la cause que le défendeur se livrait habituellement à des actes de commerce (1). Toutefois, on a fait valoir à diverses reprises, devant la Cour de cassation, que l'*habitude* des actes de commerce ne suffit pas, ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure, si ces actes ne constituent pas une *profession*, parce que la profession seule entraîne nécessairement l'idée de spéculation, sans laquelle on ne conçoit pas de négoce ; tandis que l'habitude des actes commerciaux a souvent une cause tout à fait étrangère à la spéculation : les arrêts que nous citons doivent être entendus dans ce sens, quoique la Cour de cassation n'ait pas exigé que les arrêts des Cours impériales continsent, à cet égard, une mention spéciale.

Les actes d'un commerce illicite ou honteux ne pourraient être relevés contre celui qui les a commis, pour lui attribuer la qualité de commerçant. Quand on traite avec une personne faisant un commerce défendu ou infâme, on traite au comptant.

**5.** Si celui à qui les faits confèrent la qualité de commerçant ne peut la repousser sous aucun prétexte, en dehors des conditions que nous avons exposées, cette qualité peut-elle jamais s'acquérir implicitement : « Devrait-on notamment, dit M. Bédarride, tenir comme commerçant celui qui se serait qualifié tel dans le contrat dont on lui demande l'exécution ; celui qui aurait pris ou accepté cette qualité dans des actes ou des procédures ; celui, enfin, à qui elle aurait été déférée par des jugements passés en force de chose jugée (2). » Chacune de ces trois questions mérite un examen particulier.

**6.** La simple qualification de commerçant, prise dans un contrat ou une obligation, ne peut donner à celui qui a soumis cet acte la qualité de commerçant : « Attendu, a dit la Cour de Riom, qu'il ne suffit pas de supposer une fausse

(1) Cass., 28 mai 1828. *Id.* 27 avr. 1841 (S.V.41.4.385). *Id.* 19 fév. 1850 (S.V.50.4.187).

(2) *Comm. du C. comm.*, t. 1<sup>er</sup>, n. 48.

qualité, pour attribuer au tribunal de commerce une compétence, qui, sans cela, ne lui appartiendrait pas; qu'il ne peut point dépendre des parties d'altérer la vérité des faits et de leur qualité, pour se donner d'autres juges que ceux qu'elles doivent avoir dans l'ordre public » (1). La Cour de Paris a jugé, cependant, que le souscripteur d'un billet qui, dans la signature qu'il y appose, prend la qualité de commerçant, doit être considéré comme tel (2); mais cette décision ne nous semble pas fondée. L'énonciation de la qualité de ceux qui apposent leur signature sur un billet à ordre, a-t-on dit, « n'est point un des éléments nécessaires et constitutifs de cette sorte d'engagement. Rarement on y trouve exprimée celle du souscripteur, et jamais celle des endosseurs. Il n'est donc pas vrai de dire que cette énonciation offre au tiers porteur une garantie qu'il doit regarder comme certaine, et dont il serait injuste de le priver. Si sa confiance augmente, en raison de la qualité des personnes qui se sont engagées, ce n'est point sur les qualifications qu'elles ont pu se donner que se fonde cette confiance, mais sur la connaissance personnelle qu'il a de l'état qu'elles exercent réellement.

« Maintenant et en principe, la déclaration de celui qui s'engage peut-elle suffire pour lui attribuer une qualité qu'il n'a pas? C'est demander si un mineur perdra le droit de faire rescinder ses engagements, parce que dans l'acte qui les constate il aura dit qu'il était majeur; si l'obligation d'une femme mariée serait valable, par cela qu'elle se serait déclarée libre dans le contrat. Il ne suffit pas, pour être commerçant, de se donner ce titre. Celui-là seul est réputé tel, qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle. Les billets à ordre ne pouvant donner lieu à la contrainte par corps contre ceux qui les ont souscrits ou endossés, qu'autant qu'ils sont commerçants, c'est un véritable excès de pouvoir que de condamner par corps, pour raison d'un simple billet à ordre, celui qui n'exerce pas des actes de commerce et n'en fait pas sa profession habituelle, quelle que soit la qualification qu'il a

---

(1) Riom, 17 mars 1809; Turin, 20 mai 1807; Liège, 28 août 1811.  
 (2) Paris, 28 juin 1813.

pu se donner. L'art. 2, tit. I<sup>er</sup> de la loi du 15 germ. an 6, annulait toute stipulation de contrainte par corps non autorisée par la loi. L'art. 2063 C. civ. dit aussi que, hors les cas qu'il a spécialement déterminés, *il est défendu à tous juges de prononcer la contrainte par corps; à tous notaires et greffiers de recevoir des actes dans lesquels elle serait stipulée; et à tous Français, de consentir de pareils actes, encore qu'ils eussent été passés en pays étranger; le tout à peine de nullité, dépens, dommages et intérêts.* Or, la loi ne tolère pas qu'on arrive par des voies indirectes à ce qu'elle défend de faire directement. Lorsqu'elle prohibe la stipulation de la contrainte par corps, elle proscrit aussi les fausses énonciations qui tendraient à soumettre le débiteur à cette contrainte. Autrement il arriverait trop souvent que, pressé par une nécessité impérieuse, le débiteur se mettrait à la discrétion de son créancier, en se prêtant à toutes les suppositions que ce dernier exigerait. Tout ce qui doit résulter de cette circonstance, c'est de mettre à la charge de celui qui s'est dit commerçant la preuve qu'il ne l'est pas » (1).

Nous admettons, sans hésiter, ces règles comme les seules qui puissent être suivies; des arguments tirés d'anciens arrêts seraient aujourd'hui sans force et ont, du reste, été combattus par Guyot et Merlin (2).

Il va de soi qu'à plus forte raison, l'homme qui fait le commerce ne peut décliner la qualité de commerçant, en se fondant sur ce qu'il a pris une qualité différente dans le contrat. Ce sont les faits, non la volonté, qui font le commerçant.

7. La décision sera-t-elle la même si la qualification de commerçant a été prise par une personne, ou lui a été donnée sans réclamation de sa part, dans un acte de procédure? Nous n'en faisons aucun doute (3). La jurisprudence, toutefois, semble au premier abord au moins être hésitante; et la Cour de cassation elle-même a rejeté un pourvoi formé par

(1) Dalloz, Rép., v° *Commerçant*, n. 99.— Sic, Bédarride, n. 51; Pardessus, n° 79; Orillard, n. 154; J. B. Paris, n. 176.

(2) Rép., v° *Consul des marchands*.

(3) Dalloz, Rép., n. 101, et les autorités citées ci-dessus.

ne peut exister aucune difficulté à faire regarder comme absolument nul, tout engagement commercial pris par un individu dans une semblable position ; leurs tuteurs ne peuvent avoir le pouvoir de faire le commerce pour eux : l'intérêt dominant, c'est la protection due à l'interdit.

L'interdiction peut également être la suite d'une condamnation (C. pén., art. 29) ; cette interdiction cesse après que le condamné a subi sa peine (C. pén., art. 30) ; pendant sa durée, nous ne voyons pas comment le condamné pourrait se livrer à des actes de commerce ; dans tous les cas, les raisons qui ont voulu qu'il fût dessaisi de ses biens (C. pén., art. 51) ne permettent pas de douter que ses engagements seraient radicalement nuls.

**10.** Le prodigue ne peut, aux termes de l'art. 513, C. Nap., plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier et en donner décharge, aliéner ni grever ses biens d'hypothèques, sans l'assistance de son conseil judiciaire ; selon M. Dalloz, cette assistance suffirait également pour qu'il pût faire des actes de commerce isolés, à raison desquels il serait justiciable des tribunaux consulaires ; mais non se livrer à l'exercice habituel du commerce (1). Ces deux propositions nous semblent contradictoires ; que décider, en effet, si ces actes de commerce isolés sont jurement répétés et constituent une profession habituelle ? Nous croyons que le prodigue n'est habile à faire aucun acte de commerce ; le conseil judiciaire ne peut lui donner cette capacité ; les tiers sont suffisamment avertis de ne pas considérer comme commerçant sérieux, un individu engagé dans de pareils liens. Il n'existe aucun doute que le prodigue ne pourrait pas être autorisé d'une manière générale par le conseil judiciaire : « laisser au conseil judiciaire une telle faculté, disait la Cour de cassation, ce serait investir ce conseil du pouvoir de lever une incapacité déclarée par justice et qu'une déclaration de justice peut seule faire cesser » (2). Le prodigue, pas plus que l'interdit, ne pourrait donc contracter une société commerciale.

(1) V° *Commerçant*, n. 128.

(2) Cass., 3 déc. 1850 (J.P.51.2.638).

La loi du 31 mai 1854, ayant aboli la mort civile, il est désormais inutile de parler des personnes qui en étaient frappées.

**11.** Nous ne rangeons point parmi les incapables, les étrangers : « En France, dit M. Massé, les étrangers sont admis à faire le commerce comme les Français, et sans condition de domicile ou de réciprocité, puisque le commerce, en lui-même, est de droit naturel, et que tous les actes, dont l'ensemble le compose, pris séparément, sont eux-mêmes de droit naturel(1). » Il faut dire seulement que si les étrangers continuent à être régis par leur statut personnel pour tous les actes de la vie civile, il n'en est pas de même pour les actes commerciaux. La législation française donne libéralement à tous les étrangers liberté entière de commerçer en France; elle n'exige d'eux aucune garantie particulière; ne les soumet à aucune charge, qui ne pèse également sur les nationaux; le peu d'entraves, que la législation civile a laissé subsister encore, disparaissent en matière commerciale (C. Nap., art. 16); c'est bien le moins, qu'elle ne leur donne pas, en outre, des priviléges, en les exemptant des règles établies dans l'intérêt des tiers; ils restent donc soumis à toutes les obligations des commerçants français; à toutes les conséquences que cette qualité entraîne. Ainsi, ils ne pourront alléguer les dispositions de lois particulières à leur patrie, qui ne reconnaissent la qualité de commerçant qu'à ceux qui ont rempli certaines formalités; ou établissent des incapacités et des priviléges pour les nobles, par exemple, pour les militaires, pour les ecclésiastiques, ou pour toute autre cause non admise par la loi française. Français ou étranger, en droit commercial, c'est tout un.

**12.** La liberté pour toute personne de faire « tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier, qu'elle trouvera bon », a été proclamée par l'art. 7 de la loi du 2-17 mars 1791; une déclaration nouvelle de ce principe a été regardée comme inutile par le conseil d'Etat (2). Cette liberté forme le droit commun en France; mais elle ne peut être absolue.

(1) *Le Droit commercial dans ses rapports, etc.*, t. 2, n. 49.

(2) Procès-verbaux, 4 nov. 1806. Locré, t. 17, p. 118.

Dans l'état social, il n'existe pas de principe qui n'ait reçu de limitation. Des mesures d'exception peuvent donc résulter de la volonté formelle du législateur, et ont été prises, en effet, en différentes circonstances, sans qu'elles aient pu porter une atteinte réelle au principe de liberté, qui doit être appliquée toutes les fois qu'une disposition légale, explicite et précise, ne l'a pas restreint. L'ensemble de ces règles exceptionnelles forme la législation industrielle proprement dite, distincte de la législation commerciale, que nous étudions. Nous devons renvoyer, pour un examen approfondi de la matière, aux ouvrages spéciaux (1), et nous borner à quelques notions sommaires.

En premier lieu, tous les établissements reconnus dangereux, insalubres ou incommodes, ont dû être soumis à des mesures restrictives, soit pour leur création, soit pour leur exploitation. Le décret du 15 oct. 1810 et l'ordonnance du 14 janv. 1815, combinés avec quelques dispositions du décret du 25 mars 1852 sur la décentralisation administrative, sont les documents à consulter.

Ces établissements ont été divisés en trois classes : la première comprend ceux qui doivent être éloignés de toute habitation particulière ; la seconde, ceux qui sont soumis à une règle moins sévère, mais dont la création n'est permise que sous quelques restrictions imposées dans l'intérêt des propriétaires du voisinage. Dans la troisième classe, sont placés les établissements qui doivent rester simplement soumis à la surveillance particulière de la police (L. 15 oct. 1810, art. 1<sup>er</sup>).

L'énumération de ces divers établissements et leur classement ont été faits par les lois spéciales, d'après le degré d'incommode ou le danger qu'ils présentent ; c'est ainsi que *la fabrication du suif* est placée dans la première classe, à cause de l'odeur très-désagréable qu'elle répand et du danger d'in-

(1) M. Ambroise Rendu, dans un ouvrage récemment publié, sous le titre de *Traité pratique de droit industriel*, a rassemblé avec soin et classé avec beaucoup de méthode les éléments un peu épars de la législation industrielle qui nous régit ; cet ouvrage, où nous avons souvent puisé nous-même, sera un guide sûr pour ceux qui y auront recours.

cendie qu'elle présente ; que *la fonte et le laminage du cuivre* offrant les mêmes inconvenients, mais à un degré moindre, ont été mis dans la deuxième classe. Les usines, où sont préparés par la macération les *chairs ou débris d'animaux*, n'ont d'autre inconvenient que leur odeur très-désagréable ; elles n'en ont pas moins été placées dans la première classe : la loi n'exige pas que l'établissement soit dangereux, en même temps qu'il est insalubre ou incommodé, pour en déterminer le classement ; les conditions sont alternatives, l'une ou l'autre suffit.

On peut citer, comme exemples des établissements rangés dans la troisième classe : *les chantiers de bois à brûler*, à cause du danger d'incendie ; *les moulins à huile*, à cause de l'odeur.

La différence essentielle entre les établissements de première et de deuxième classe, c'est que la création des premiers ne peut être autorisée que s'ils sont éloignés de toute habitation, et à la distance réglée par l'administration ; mais une fois l'établissement régulièrement fondé, si des constructions sont élevées dans le voisinage, la fermeture de l'usine ne peut être demandée (D. 15 oct. 1810, art. 9).

L'autorisation pour les établissements de première et de deuxième classe doit être demandée au préfet, qui statue, sauf le droit réservé aux parties intéressées, soit le pétitionnaire, soit l'opposant, qui peuvent, l'un et l'autre, se pourvoir au conseil d'Etat.

La loi exige que la demande soit soumise à une enquête ouverte à la mairie ; et, en outre, quand il s'agit d'établissements de première classe, qu'il y ait apposition d'affiches pendant un mois reproduisant les termes de la demande.

Si les conditions, sous lesquelles l'autorisation a été accordée, ne sont pas exécutées, elle peut être révoquée.

Le classement, établi par les règlements en vigueur, peut être modifié par de nouveaux règlements d'administration publique, lorsque les conditions d'existence des établissements classés auraient changé par les progrès de l'industrie. En outre, des industries nouvelles peuvent être créées qui soient de nature à être soumises aux mesures de précaution que nous venons de faire connaître.

En dehors des établissements classés ou susceptibles de l'être, il peut en exister qui présentent des inconvénients; à l'égard de ceux-ci, l'autorité municipale conserve toutes les attributions de police qu'elle tient des lois qui l'ont organisée, et la Cour de cassation a déclaré légal, un arrêté du maire de Lons-le-Saulnier ordonnant qu'un dépôt d'os non classé, répandant une odeur putride et dangereuse pour la salubrité publique, serait transporté hors de la ville; le pouvoir municipal est, au contraire, presque dessaisi de toute action à l'égard des établissements classés (1).

**15.** Il est difficile que la plupart des établissements dont nous venons de parler ne causent un préjudice aux habitations voisines; cette considération n'est donc pas suffisante aux yeux de l'autorité administrative, si ce préjudice ne dépasse pas une certaine limite, pour refuser l'autorisation qui lui est demandée; mais tous les auteurs, comme une jurisprudence constante du conseil d'Etat et de la Cour de cassation, jurisprudence fondée sur le texte formel de l'art. 11 du décret du 15 oct. 1810, accordent à la personne lésée le droit de demander des dommages-intérêts devant les tribunaux civils, pour le préjudice qui lui est causé; l'autorisation est une garantie pour l'industriel que l'autorité judiciaire ne pourra pas ordonner la suppression de son établissement; mais il reste soumis à la responsabilité civile de ses actes; et nous ne pouvons mettre en doute, que la réparation ne soit due, qu'il y ait dommage matériel proprement dit, ou simplement dépréciation, diminution d'utilité, d'agrément, de valeur par suite du bruit, de la fumée ou de l'odeur. Une juste limitation doit être apportée cependant à cette règle; la Cour de cassation, dit M. Rendu, « a posé en principe dans ses plus récents arrêts, que si une réparation civile peut être due pour tout dommage réel, quelle qu'en soit la nature, celui, par exemple, provenant d'un bruit considérable, elle ne l'est cependant, que lorsque le préjudice excède les obligations ordi-

---

(1) Cass., 21 déc. 1848 (S.V.49.4.539). *Id.* 1<sup>er</sup> mars 1842 et 23 nov. 1843; Rendu, n. 103.

naires du voisinage et dépasse les bornes de la tolérance réciproque que se doivent les propriétés contigüës (1). »

Les établissements classés ou non classés, autorisés ou non autorisés, restent donc soumis au droit commun ; si chacun peut disposer de sa propriété de la manière la plus absolue, pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements (Cod. Nap., art. 544), c'est en restant soumis à l'obligation de réparer tout le dommage que, par son fait, il a causé à autrui (Cod. Nap., art. 1582).

**14.** Au nombre des inventions nouvelles qui se sont produites depuis 1810, il faut mettre au premier rang les machines à vapeur ; leurs inconvénients ont été appréciés, et elles ont été rangées sans distinction dans la deuxième classe des établissements dangereux ou incommodes, mais elles ont dû attirer, en outre, à un autre point de vue et d'une manière particulière, l'attention de l'administration.

Les machines à vapeur servent de moteurs pour la navigation ou établies sur terre ; les usines à gaz ; les hauts-fourneaux ; les usines à feu situées dans le voisinage des forêts ; les fabriques de poudre ; les établissements placés dans le rayon des douanes ; les abattoirs, les ateliers d'équarrissage, dépôts d'engraiss, etc., et les usines sur les cours d'eau, forment une catégorie spéciale d'établissements soumis à des règles indépendantes de celles qui s'appliquent aux établissements dont nous venons de parler : nous ne pouvons, sans sortir tout à fait de notre sujet, expliquer en détail la législation à laquelle est soumis chacun de ces établissements, mais ces règles, nous le répétons, sont indépendantes des principes généraux qui régissent les trois classes d'établissements insalubres, incommodes ou dangereux (2).

**15.** Le principe de liberté entière a été limité encore pour quelques autres industries, qui ont dû être réglementées sous divers rapports de police : ce sont celles qui sont relatives à

(1) *Tr. prat. de Droit industriel*, n. 100. Cass., 27 nov. 1844 (S.V.44.1.811); 20 fév. 1849 (S.V.49.1.346).

(2) Voir A. Rendu, 1<sup>re</sup> part., 2<sup>e</sup> sect., chap. 1 et 2.



Les boulangers ne peuvent abandonner l'exploitation qu'ils ont entreprise, qu'un an après la déclaration qu'ils sont tenus de faire de cette intention (1).

**17. Bouchers.** La loi du 16-24 août 1790, qui a servi de fondement à la législation restrictive applicable aux boulangers, a également autorisé l'autorité municipale à réglementer le commerce de la boucherie; mais son pouvoir se borne à exiger une déclaration préalable (2). L'autorité municipale a, en outre, le droit de soumettre l'exploitation de cette industrie à des prescriptions particulières, dans l'intérêt de la salubrité publique; et, en vertu de la loi du 19 juill. 1791 (tit. 1<sup>e</sup>, art. 30), de taxer même le prix auquel la viande doit être vendue.

L'édit de février 1776, art. 6, déclaré par la Cour de cassation encore en vigueur, défend aux bouchers, comme aux boulangers, à peine de 500 fr. d'amende, de quitter leur profession moins d'un an après la déclaration qu'ils en auraient faite.

Dans la ville de Paris, le nombre des bouchers est limité (arr. du 8 vend. an 11, ord. du 18 oct. 1829).

**18. Pharmaciens.** Les seuls individus qui remplissent les conditions imposées par la loi peuvent embrasser la profession de pharmacien; et la fabrication ou la vente de médicaments est interdite à toute autre personne, même présentant des garanties scientifiques, qui paraîtraient tout à fait rassurantes, tels que les docteurs en médecine. Des conditions spéciales sont imposées dans l'intérêt de la sûreté publique (Loi du 21 germ. an 11), et ont été rigoureusement maintenues par la jurisprudence.

**19. Spectacles, Industries sur la voie publique, Cabarets.** Toute entreprise théâtrale est soumise à l'autorisation préalable du ministre de l'intérieur à Paris, et des préfets dans les départements (L. 9 sept. 1855); les industries qui s'exercent sur la voie publique doivent obtenir la permission du

(1) Cass., 18 fév. 1848 (S.V.48.1.381). Edit de fév. 1776, art. 6. Rendu, n. 267 et 282.—*Contra, Dalloz, v<sup>e</sup> Boulanger, n. 26.*

(2) Cass., 6 mars 1834 (S.V.32.1.195).

maire (L. du 16-24 août 1790, tit. 11, art. 3); les cabarets, cafés et autres établissements du même genre, celle du préfet, qui peut ordonner la fermeture de ceux existants, par mesure de sûreté publique ou après une condamnation encourue (Décret du 29 déc. 1851). L'autorité municipale conserve, en outre, le droit de régler les heures de fermeture de ces établissements, et de prendre les mesures qui lui semblent nécessaires dans l'intérêt de l'ordre et de la tranquillité, notamment quand ils servent de local à des bals publics.

**20.** Enfin, la loi du 19 brum. an 6, en organisant un système de garantie pour la fabrication et la vente des objets d'or et d'argent, a soumis les orfèvres et bijoutiers, les fabricants de plaqué ou de doublé d'or et d'argent, et tous ceux qui se livrent à ce commerce, à des obligations spéciales, qui ont pour but de prévenir les fraudes si faciles en pareille matière ; mais sous tout autre rapport, cette industrie est complètement libre.

**21.** Nous devons faire mention également, comme contraire au principe absolu de liberté, du monopole qui appartient à l'Etat ou à ses préposés, pour certaines industries. Le débit de la poudre à tirer n'est permis qu'aux personnes commissionnées par le Gouvernement (L. 13 fruct. an 5, 23 pluv. an 15, 16 mars 1819 ; O. 19 juill. 1829 ; L. 24 mai 1824) ; les maîtres de poste tiennent également du Gouvernement des droits exclusifs (L. 19 frim. an 7 et 1<sup>er</sup> prair. an 7). Le transport des dépêches, l'achat, la fabrication et la vente du tabac, sont des industries dont le Gouvernement s'est réservé l'exercice.

Ces exceptions nombreuses sans doute, mais qui peuvent toutes, à des points de vue divers, être justifiées, laissent intact, nous le répétons, le principe de liberté comme droit commun.

---

#### ARTICLE 2.

Tout mineur émancipé de l'un et de l'autre sexe, âgé de dix-huit ans accomplis, qui voudra profiter de la faculté que lui accorde l'article 487 du Code

civil, de faire le commerce, ne pourra en commencer les opérations, ni être réputé majeur, quant aux engagements par lui contractés pour faits de commerce, — 1<sup>o</sup> s'il n'a été préalablement autorisé par son père, ou par sa mère, en cas de décès, interdiction ou absence du père, ou, à défaut du père et de la mère, par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal civil; — 2<sup>o</sup> si, en outre, l'acte d'autorisation n'a été enregistré et affiché au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile.

Absence, 26.	Capacité, 25.	Enregistrement, 23.
Acte sous seing privé, 23.	Commerce permis, 23.	Interdiction, 26.
Affiche, 23.	Conditions, 22, 23.	Privation des droits civils, 27.
Age, 23.	Déclaration inexacte, 24.	Ratification, 23.
Autorisation, 23, 26 et s.	Dol, 24.	Révocation, 29.
Banqueroute, 24.	Emancipation, 23, 29.	Société, 28.

**22.** La disposition qui permet au mineur d'être commerçant n'a pas été admise sans difficulté, mais, sous l'impression des règles suivies dans l'ancien droit, le Code civil avait dit : « Le mineur émancipé qui fait un commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce (Cod. Nap., art. 487) : la question était donc décidée en principe, et les exceptions, si l'on voulait en poser, pouvaient être dangereuses : « Le législateur, disait M. Cretet au conseil d'Etat, ne doit entreprendre de fixer lui-même les exceptions, qu'autant qu'il serait assuré de prévoir tous les cas qui en appellent ; prévoyance qui est au-dessus des forces humaines. Mais toutes ces exceptions se trouvent naturellement établies par le fait. Pour s'en convaincre, il suffit de faire attention à ce qui se passe ; quelque capital qu'un adolescent apporte dans le commerce, jamais, s'il opère seul, il n'obtiendra de crédit ; la trop grande jeunesse éloigne la confiance. On ne peut donc faire réellement le commerce à cet âge, qu'autant qu'on est associé avec un ancien négociant, ou qu'on épouse une veuve, ou qu'on succède à son père. C'est ainsi que, par le fait, l'article qui autorise à s'établir à dix-huit ans se trouve réduit aux

seules hypothèses auxquelles il soit utile de l'appliquer (1). » Ces explications ne font aucun obstacle, bien entendu, à ce qu'un mineur puisse être commerçant en dehors de ces hypothèses, s'il remplit d'ailleurs toutes les conditions imposées par la loi.

Ces conditions sont au nombre de quatre : 1<sup>o</sup> être émancipé; 2<sup>o</sup> avoir atteint l'âge de dix-huit ans; 3<sup>o</sup> être autorisé par qui de droit; 4<sup>o</sup> que cette autorisation ait été enregistrée et affichée.

**25.** L'émancipation avait été exigée par le Code Napoléon : « On ne peut s'écartier du Code civil, disait Cambacères, qui exige que pour faire le commerce on ait obtenu une émancipation générale dans les formes qu'il détermine (2). » Le projet qui voulait une émancipation spéciale fut donc écarté (3).

Les formes de l'émancipation sont réglées par le Cod. Nap. (art. 477 et suiv.); le mineur est également émancipé de plein droit par le mariage (Cod. Nap., art. 476).

Le Code Napoléon permet d'émanciper le mineur âgé de quinze ans (Cod. Nap., art. 477); pour être commerçant, l'article 2, Cod. comm. exige, dans tous les cas, l'âge de dix-huit ans.

L'autorisation de la famille nécessaire au mineur est indépendante de l'émancipation et de la condition d'âge; c'est une garantie nouvelle ajoutée dans l'intérêt du mineur. La loi ne se contente pas d'un simple consentement qui pourrait être verbal et même tacite; elle exige une autorisation écrite, puisqu'elle doit être enregistrée et affichée (4).

Cette autorisation semble devoir être donnée devant un notaire; ou devant le juge de paix, assisté de son greffier, en même temps que l'émancipation; ou au greffe du tribunal de commerce; et, dans tous les cas, signée par le père ou la mère; il est nécessaire que la vérité de l'écriture et de la signature soit parfaitement établie, et si l'ascendant qui doit accorder l'autorisa-

(1) Procès-verbaux, 4 nov. 1806. Locré, t. 16, p. 128.

(2) Id. p. 130.

(3) Id. p. 131.

(4) Pardessus, n. 58.

tion ne savait pas signer, l'intervention d'un officier public deviendrait indispensable (1). M. Pâris pense que l'autorisation donnée sous seing privé serait valable (2), et l'on ne peut se dissimuler que le texte de la loi, en s'abstenant d'indiquer aucune forme particulière, est favorable à cette opinion ; ce serait aux personnes qui ne trouveraient pas dans un pareil acte une garantie suffisante à ne pas s'en contenter (3).

Enfin, la loi a exigé, comme complément de garantie, que l'acte d'autorisation du mineur émancipé, âgé de dix-huit ans, fût enregistré et affiché au tribunal de commerce du lieu où il veut établir son domicile. Le registre où l'acte est transcrit est spécial et public. L'affiche doit avoir lieu dans l'auditoire du tribunal. Il semble naturel de décider par analogie, puisque la loi est muette à cet égard, que la durée doit être d'une année (Cod. proc. civ., art. 872) (4). M. Pâris croit que l'affiche devrait être maintenue jusqu'à ce que le mineur eût atteint sa majorité (5). Si telle eût été la volonté du législateur, il en aurait dû faire mention expresse ; les personnes intéressées peuvent toujours consulter le registre.

Si l'autorisation n'a pas reçu une publicité suffisante, il en résultera que les tiers refuseront de contracter avec le mineur ; quant à lui, il ne pourra jamais se prévaloir de la durée trop courte de l'affiche, pour se faire restituer contre ses engagements.

L'autorisation doit être expresse et donnée avant que le mineur n'entreprene le commerce ; elle n'a d'effet que pour l'avenir ; elle ne peut venir après coup, valider les opérations qui auraient été faites avant qu'elle ne fût obtenue et couvrir la nullité dont elles ont été frappées dès l'origine (6). C'est presque à regret, les discussions le prouvent, que le conseil d'Etat a autorisé les mineurs à faire le commerce (7) :

(1) Pardessus, n. 57; Molinier, n. 149.

(2) *Comm. du Code comm.*, n. 277.

(3) Bédarride, n. 87.

(4) Pardessus, n. 57; Molinier, n. 150.

(5) *Comm. du Code comm.*, n. 286.

(6) Bourges, 26 janv. 1828 (D.P. 29.2.52).

(7) Procès-verbaux, 4 nov. 1806. Locré, t. 17, p. 124 et s.

l'esprit de la loi est donc que toutes les conditions qu'elle a posées soient rigoureusement exigées; les tiers avertis agiront en conséquence. Mais si le mineur, parvenu à sa majorité, ratifiait formellement les actes accomplis pendant sa minorité, sans doute, la nullité serait couverte (1).

L'autorisation pourrait être conçue en termes limitatifs et désigner le genre de commerce pour lequel le mineur est exclusivement habilité; mais à défaut de mention très-expresse à cet égard, il faut dire avec la Cour de Caen : « Qu'il n'y a pas lieu d'objecter contre cette autorisation qu'elle ne détermine pas la branche d'affaires dont le mineur devait s'occuper, parce que cela n'est exigé par aucune loi (2). »

**24.** L'art. 1510, Cod. Nap., décide que le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit, ou de son quasi-délit; on admet donc, d'un commun accord, que, s'il a employé des manœuvres frauduleuses pour faire croire qu'il était majeur, l'art. 1510 serait applicable; mais nous ne saurions croire avec M. Pardessus que le mineur serait de plein droit valablement engagé, si l'autorisation contenait mention d'une émancipation qui n'aurait réellement pas eu lieu, et qu'une fausse énonciation suffise pour faire nécessairement présumer qu'il y a dol ou quasi-délit (3). La raison de décider pour nous réside dans l'art. 1307 du Cod. Nap. : « La simple déclaration de majorité faite par le mineur, dit-il, ne fait point obstacle à sa restitution. » Il devrait en être de même, selon nous, si la déclaration inexacte s'appliquait à l'émancipation. Sans doute, la personne ayant signé la déclaration serait responsable de son fait; mais le mineur ne serait pas commerçant; une énonciation mensongère ne peut le priver du bénéfice que la loi lui accorde et qui va jusqu'à l'empêcher des peines de la banqueroute, qu'il ne peut encourir hors des termes exprès de l'art. 2, Cod. comm. (4); il faudrait que

(1) Lyon, 6 juin 1845 (S.V.46.2.374).

(2) Cass., 11 août 1828.

(3) *Droit comm.*, n. 58.

(4) Cass., 2 déc. 1826; 17 mars 1853 (S.V.53.1.230).

les juges déclarassent, en fait, qu'il y a eu de la part du mineur manœuvres frauduleuses.

**25.** La loi, sous cette restriction, est générale, sans distinction ; on ne s'est pas dissimulé que le pouvoir absolu donné au père pourrait avoir pour conséquence la ruine du mineur ; mais on a espéré que la crainte au moins d'être entachés eux-mêmes par la faillite d'un de leurs proches déterminerait les parents à ne pas consentir à ce qu'il s'y expose (1). C'est la seule garantie, et elle est toute morale. Il peut se faire, en effet, que l'autorisation n'ait d'autre but que de couvrir avec la fortune du mineur le déficit d'un frère, par exemple, engagé dans le commerce (2) ; quels qu'aient été les motifs qui ont dirigé les parents ; quelles que soient les conséquences pour le mineur, les tiers ne peuvent en souffrir, et il est valablement engagé, si toutes les formalités ont été scrupuleusement remplies. Il n'est donc pas douteux que, sous les conditions de la loi, le mineur ne doive être entièrement assimilé au majeur pour tous les faits relatifs à son commerce, ayant la même capacité, privé du privilége de se faire restituer, contraignable par corps, enfin, dans une position identique à celle d'un majeur. C'est la disposition formelle des art. 487 et 1508, Cod. Napoléon.

Mais cette capacité entière est restreinte aux actes du commerce entrepris par le mineur, et ne s'étend pas aux actes de la vie civile. La Cour de cassation, en outre, a décidé que c'est aux individus qui se livrent, avec un mineur, à des opérations de commerce, à s'assurer préalablement s'il est habile à les faire d'après les dispositions des lois civiles et commerciales ; et que leur négligence à cet égard, qu'ils ne doivent imputer qu'à eux-mêmes, ne peut exciter en leur faveur l'exercice de la vindicte publique contre un mineur qui ne doit être classé parmi les commerçants que dans certains cas, et sous des conditions absolues et dirimantes (4). Les actes faits par le mi-

(1) M. Cretet, Procès-verbaux, 4 nov. 1806. Locré, t. 16, p. 128.

(2) Caen, 11 août 1828.

(3) Cass., 2 déc. 1826.—*Sic*, Cass., 17 mars 1853 (S.V.53.1.230). Cod. Nap., art. 1425.

neur n'auront pas le caractère d'actes de commerce, pas plus que lui la qualité de commerçant : le mineur seul pourrait demander la nullité du contrat ; les personnes capables qui ont contracté avec lui sont valablement engagées dans tous les cas (1).

**26.** L'autorisation doit être donnée par le père du mineur, ou par la mère en cas de décès, d'interdiction ou d'absence du père ; à défaut de la mère frappée des mêmes empêchements, par le conseil de famille ; mais la délibération prise à cet effet doit être homologuée par le tribunal civil, qui se prononce en connaissance de cause.

Le père ou la mère dispensés, exclus ou destitués de la tutelle, ou la mère remariée, à qui elle n'a pas été conservée, n'en ont pas moins, suivant l'opinion générale, le droit d'émaniciper leur enfant : peuvent-ils aussi lui donner l'autorisation nécessaire pour faire le commerce ? M. Molinier se prononce pour la négative : « Les père et mère, dit-il, pourraient bien *dissoudre*, par l'émancipation, les liens encore existant de la puissance paternelle ; mais ils ne sauraient conférer au mineur, dont ils n'administrent plus les biens, la capacité de faire le commerce, qui nécessite celle de s'engager et d'aliéner. Le conseil de famille serait appelé à donner l'autorisation (2). » Cette opinion semble fort contestable à M. Dalloz (3) ; elle nous paraît complètement inadmissible. L'émancipation n'a pas pour effet de dissoudre les liens de la puissance paternelle, qui restent intacts après cet acte ; elle n'a pour but que d'étendre la capacité du mineur, quant aux biens ; l'autorisation de faire le commerce n'est qu'un pas de plus, quelle qu'en soit la portée, dans la même voie ; et la loi n'a pas dit que le père non tuteur ne pourrait le faire (4).

Plusieurs des auteurs qui ont écrit sur le droit civil ont refusé à la mère le droit d'émanciper son enfant, en cas d'absence même déclarée, ou d'interdiction du père ; le texte de

(1) Code Nap., art. 1125. Lyon, 6 juin 1845 (S.V.46.2.374).

(2) Molinier, t. 1<sup>er</sup>, n° 145.

(3) Rép., v<sup>o</sup> Commerçant, n. 138.

(4) Paris, Comm. du Code de comm., n. 264 et 265.

notre article est formel pour donner à la mère, dans ces deux cas, le droit d'autoriser l'enfant mineur à faire le commerce : qui peut le plus peut le moins ; et il faut bien conclure de ce texte qu'elle peut émanciper le mineur, tout au moins, quand il est âgé de dix-huit ans. L'exercice du droit qui lui appartient ne pourrait, quand la loi est muette, être soumis à la censure des tribunaux ; et nous ne pensons pas qu'il faille entendre, dans un autre sens, un passage de M. Pardessus, auquel on pourrait donner peut-être une portée plus étendue (1).

**27.** La question sera plus embarrassante, si l'absence n'est pas déclarée. M. Dalloz pense qu'un acte de notoriété délivré dans les formes prescrites par l'art. 155 du Cod. Nap., et dont la loi se contente, en pareil cas, pour autoriser le mariage, suffirait pour lever la difficulté (2). Il ne nous semble pas qu'il y ait analogie. Nous ne partageons pas non plus l'opinion de M. Pardessus, qui enseigne que la mère pourra agir, en recourant elle-même à l'autorisation du tribunal, suivant les formes tracées par le Code de proc. civ. (art. 861 à 864). Ces règles ont été écrites pour protéger les intérêts matériels de la femme, la poursuite de ses droits en justice, et elle doit s'y soumettre, même lorsque l'absence de son mari a été déclarée, ou qu'il est interdit. M. Pâris se fonde, pour soutenir la même opinion, sur l'art. 141, Cod. Nap., qui ne nous paraît en aucune manière applicable, puisque les droits accordés à la mère, dans ce cas, restreints à ce que l'état des choses rendait indispensable, ne sont que temporaires (3).

En adoptant, comme système, d'interpréter en toute occasion l'art. 2 dans un sens restrictif, nous croyons qu'il faut décider qu'une simple présomption d'absence ne donne pas à la mère le droit d'autoriser son enfant à faire le commerce. Nous avons dit que, même dans le cas d'absence déclarée ou d'interdiction, le pouvoir de la femme pour émanciper avait été contesté ; il le serait à plus forte raison, si l'absence n'é-

(1) *Droit comm.*, n. 57.

(2) *Rép.*, v<sup>o</sup> *Commerçant*, n. 139.

(3) Pardessus, n. 57 ; Pâris, n. 263.

tait que présumée ; et, dans tous les cas, il ne s'ensuivrait pas qu'elle pût agir conformément à l'art. 2, dont nous ne pensons pas que les termes doivent être étendus.

**28.** L'art. 2 a soulevé une question difficile à résoudre ; quelque générale que soit la loi, le père pourrait-il autoriser son fils mineur à passer un contrat commercial avec lui-même ? La négative a été décidée. Il a paru que la loi n'avait pas besoin de s'expliquer à cet égard ; les principes généraux suffisent. Cette autorisation, étant une garantie exigée dans l'intérêt du mineur, ne peut légalement émaner de la personne même qui traite avec lui ; ce n'est pas là un acte sérieux. « Il est de principe en droit, dit la Cour de Douai, que nul ne peut être auteur dans sa propre cause : d'où il suit que le père n'a pu valablement autoriser son fils à contracter avec lui-même, puisque, dans la réalité, c'est bien moins celui qu'on autorise qui contracte que celui de qui l'autorisation émane, et qu'un père qui autorise son fils mineur n'agit que comme le représentant légal de ce dernier. (1) » Le père, agissant d'un côté pour compléter la capacité de son fils, et d'un autre côté en son nom, contracte pour ainsi dire avec lui-même ; et la garantie qu'on a voulu donner au mineur disparaît complètement.

Cette règle évidente, surtout s'il s'agissait d'un acte spécial, ne peut cesser d'être vraie quand il s'agit d'une autorisation générale.

M. Bédarride a soutenu toutefois avec force l'opinion contraire : « Concluons donc, dit-il, que le législateur n'a nullement entendu, dans le cas d'une association entre le père et le fils, intervertir une règle fondée sur le respect de la puissance paternelle. Pourquoi l'eût-il fait, d'ailleurs ? Deveait-il supposer que le père voulût entraîner son enfant dans l'abîme dans lequel il allait lui-même être précipité ? Une pareille crainte eût imprimé à la loi un caractère d'immoralité, qui explique pourquoi elle n'a dû ni pu s'en préoccuper. La loi ne dispose pas pour les cas exceptionnels : or, un père

(1) Douai, 24 juin 1827.

méditant traitreusement la perte et la ruine de son enfant est une de ces honteuses exceptions qui ne méritent pas d'être prévues (1). Il faut admettre cependant que, lorsqu'un père a passé un contrat de société avec son fils, que cet acte a été remis, suivant les règles du droit commun, au greffe du tribunal de commerce, transcrit sur un registre, affiché et publié dans les journaux, il eût été puéril d'exiger l'accomplissement des formalités énumérées par l'art. 2; le père ne pourrait pas, en même temps qu'il contracte avec son fils, ne pas lui accorder, autant qu'il est en lui, l'autorisation nécessaire pour que le contrat soit valable. Ce fait a donc été en dehors des prévisions de la loi et nous pensons qu'elle n'a pas voulu l'autoriser.

**29.** Lorsque l'émancipation résulte du mariage, elle ne peut être révoquée; dans toute autre circonstance, si les engagements contractés par le mineur émancipé, par voie d'achats ou autrement, sont réduits pour cause d'excès par les tribunaux (C. Nap., art. 484), il peut être privé du bénéfice de l'émancipation, laquelle lui sera retirée en suivant les mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la lui conférer (C. Nap., art. 485).

Si le mineur dont l'émancipation est révoquée était commerçant, il cesse dès ce moment de remplir l'une des conditions qui étaient exigées et ne peut plus continuer le commerce: mais cette révocation ne pourrait avoir d'effet contre les tiers qu'après avoir été enregistrée et affichée de la même manière que l'avait été l'autorisation (2); et il ne pourrait y avoir lieu à réduire ses obligations commerciales antérieurement contractées, puisqu'il était réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce (C. Nap., art. 487).

Le père, la mère, ou le conseil de famille, peuvent-ils, directement et par leur seule volonté, retirer au mineur l'autorisation qu'ils lui ont accordée de faire le commerce?

En outre du moyen qui consiste à faire révoquer l'émanci-

(1) *Comm. du Code comm.*, t. 1<sup>er</sup>, n. 90.

(2) Molinier, n. 457; Dalloz, *Rép.*, v<sup>o</sup> *Commerçant*, n. 159.

pation et qui n'est pas applicable, il est vrai, au mineur émancipé par le mariage, les personnes compétentes peuvent encore lui faire nommer un conseil judiciaire comme prodigue (G. Nap., art. 513 à 515), et, par ce moyen, arriver aussi indirectement, dans tous les cas, à lui interdire le commerce. Mais tous les auteurs, si l'on excepte M. Bravard (1) et M. Pâris (2), sont d'accord pour enseigner que l'autorisation ne pourra pas être retirée isolément. Nous ne voyons pas sur quel principe on s'appuie pour ne pas permettre le retrait pur et simple de l'autorisation : rien dans le texte n'indique, suivant nous, qu'une autorisation, peut-être imprudemment donnée, doive être irrévocable; pour le décider ainsi, il faut supposer, ainsi que le dit M. Pâris, « qu'il est entré dans l'intention du législateur de condamner une famille à assister, les bras croisés, à la consommation de la ruine et du déshonneur d'un mineur commerçant incapable, parce qu'elle aurait eu le malheur de se faire illusion sur son aptitude. » Il est à remarquer qu'en ce qui concerne la femme mariée, personne ne met en doute que le mari ne puisse révoquer l'autorisation donnée par lui.

### ARTICLE 3.

**La disposition de l'article précédent est applicable aux mineurs même non commerçants, à l'égard de tous les faits qui sont déclarés faits de commerce par les dispositions des articles 632 et 633.**

**50.** Les art. 632 et 633 du Code de commerce, sans donner à ceux qui ont accompli les faits qu'ils énumèrent la qualité de commerçants, les soumettent néanmoins à la juridiction commerciale, et même, dans certains cas, à la contrainte par corps. Le Tribunat prévit une difficulté qui pouvait s'élever à cette occasion; il fit observer que les dispositions de l'art. 2 proté-

(1) *Man. du Droit comm.*, p. 48.

(2) *Comm. du Code comm.*, n. 81.

geaient, « contre leur inexpérience, les mineurs qui voulaient profiter de la faculté de faire le commerce, mais que la loi devait étendre sa prévoyance sur les mineurs qui, sans se consacrer à cette profession, pouvaient être dans le cas de faire quelques-uns des actes réputés faits de commerce » (1).

L'art. 3 fit droit à cette observation; et à défaut de l'accomplissement de toutes les formalités indiquées par l'art. 2, le mineur, même pour tous les faits réputés par la loi actes de commerce, reste exclusivement soumis aux règles du droit civil et couvert par la protection qu'il lui accorde. « La disposition de l'art. 3, dit M. Vincens, a peu d'usage. On ne voit pas comment on se livrerait à tant de formalités pour quelques spéculations passagères, et comment un tribunal civil homologuerait la permission de faire des actes de commerce en faveur d'un mineur non patenté : mais cette règle a l'effet d'empêcher les effets sérieux de contrats faits à l'insu des parents, dans lesquels il serait si facile que des manœuvres usuraires se déguisassent sous la forme et sous le prétexte d'actes de commerce » (2).

#### ARTICLE 4.

**La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari.**

Absence, 38.	Consentement, 33, 34.	Publicité, 36.
Authorité de justice, 38, 39, 40.	Continuation de comm., 40.	Refus, 39.
Authorisation, V. Consentement.	Femme mineure, 32.	Révocation, 40.
Commerçante, 34.	Interdit, 38.	Société, 34, 35.
Commerce permis, 34.	Mineur, 37.	
Communauté, 35, 44.	Preuve, 36.	

**31.** Quel que soit le régime sous lequel le mariage a été contracté, la femme est incapable de faire le commerce sans

(1) Observations du Tribunat. Locré, t. 47, p. 300.

(2) *Exposition raisonnée de la législ. comm.*, t. 4<sup>er</sup>, p. 233.

le consentement de son mari. Ce consentement ne peut donc cesser d'être nécessaire, si, postérieurement au mariage, les époux sont judiciairement séparés de biens. La règle sera la même encore, si la femme était déjà marchande publique quand elle s'est mariée. L'article porte : non que la femme ne peut *devenir*, mais bien ne *peut être* marchande publique sans le consentement de son mari. « Il est difficile de comprendre, disait Cambacérès, comment la femme qui a passé sous la puissance maritale pourrait s'en affranchir et faire le commerce de sa seule autorité » (1).

L'expression de marchande publique est synonyme de commerçante.

**52.** Si la femme mariée est mineure, elle doit, après avoir obtenu le consentement de son mari, se conformer, en outre, aux prescriptions de l'art. 2, Cod. comm., que nous venons d'expliquer ; le mariage n'a d'autre effet que de l'émanciper de plein droit (2). C'est pour protéger la faiblesse des mineurs que l'art. 2 a été écrit ; c'est pour rendre hommage à la puissance maritale qu'a été rendu l'art. 4 ; ce sont deux ordres d'idées complètement indépendants ; tous les auteurs sont d'accord ; un arrêt de la Cour de Grenoble ne pourrait être suivi, s'il devait être entendu dans ce sens, qu'une femme mariée mineure peut être affranchie des formalités exigées par l'art. 2, Cod. comm. (3).

**55.** La loi, en établissant que la femme, comme le mineur, ne pourrait exercer le commerce que sous certaines conditions, n'a exigé, à son égard, que le consentement de son mari et non plus une autorisation formelle ; le consentement du mari peut être écrit ou verbal, exprès ou tacite. Il y aurait peu d'intérêt à rappeler les termes de la discussion fort longue à laquelle cette disposition a donné lieu au sein du conseil d'Etat ; mais il en est résulté que la loi, en établissant la nécessité du consentement, n'en a pas précisé la forme ni défini les caractères auxquels on le reconnaîtrait ; on n'a voulu

(1) Procès-verbaux, 3 janv. 1807. Locré, t. 17, p. 154 et s.

(2) Toulouse, 26 mai 1821 ; Paris, 15 fév. 1838 (J.P.38.4.549).

(3) Grenoble, 17 fév. 1826,

admettre, ni la rédaction qui se contentait de la notoriété publique, parce qu'elle pouvait, au cas d'éloignement du mari, n'être pas suffisante; ni exiger que celui-ci fût présent dans tous les cas, parce qu'il aurait pu y avoir sur ce point, entre les époux, concert frauduleux; les tribunaux décideront d'après les circonstances, et auront la plus entière liberté d'appréciation (1). Cette doctrine, conforme à l'esprit qui a présidé à la rédaction de l'art. 4, est enseignée par tous les auteurs.

Tous les genres de preuve usités en matière commerciale seraient admis en semblable circonstance.

**54.** Le consentement du mari peut être limité et ne s'appliquer qu'à un genre particulier de commerce; la femme n'a pas capacité pour agir en dehors du cercle qu'il a tracé; en fait, il y aura difficulté quelquefois à déterminer les limites que la femme autorisée par un consentement tacite ne pourra pas dépasser; elle n'aura pas, comme le mineur, dans l'acte d'autorisation, sa charte d'affranchissement, qui servira à lever tous les doutes, mais tous les deux sont soumis à la même règle.

« On peut même ajouter, dit M. Pardessus, que ces limites sont encore plus étroites pour la femme mariée, et nous serions porté à en conclure que la femme commerçante ne pourrait, sans une autorisation spéciale, contracter une société. Le mari qui a trouvé bon que la femme fit le commerce peut avoir de légitimes motifs pour qu'elle ne s'associe avec personne: s'il n'est pas rigoureusement nécessaire qu'il l'y autorise par écrit, il faut du moins que son consentement puisse être présumé par les circonstances, dont les juges auraient l'appréciation » (2). La femme n'a que la capacité que le mari lui a accordée, ou est présumé, d'après les circonstances, lui avoir accordée: c'est donc une simple question d'interprétation, et les motifs nombreux et puissants rappelés par M. Pâris lui-même, qui soutient néanmoins une opinion contraire à la nôtre (3), et

(1) Cass., 14 nov. 1820. *Id.* 27 mars 1832 (S.V.32.1.365). *Id.* 27 avr. 1841 (S.V.41.1.385); Paris, 5 mars 1835 (S.V.35.2.137).

(2) *Droit comm.*, n. 66; Malpeyre et Jourdain, p. 13; Delangle, n. 56; Molnier, n. 176; Dalloz, *Rép.*, v° *Commerçant*, n. 210.

(3) T. 1<sup>er</sup>, n. 432.

qui doivent faire considérer avec déplaisir ou inquiétude cette association par le mari, semblent naturellement faire présumer, à moins de consentement exprès et positif, qu'il n'a pas voulu conférer ce pouvoir.

Le contrat de société, conclu par la femme avec le consentement du mari, ne permet plus à celui-ci, pendant toute la durée de la société, de retirer l'autorisation qu'il a accordée à la femme de faire le commerce.

**55.** « La femme mariée en communauté, a dit la Cour de cassation, ne peut contracter avec son mari une société commerciale en nom collectif : en effet, cette association conférait à chacun de ses membres une égalité de droits incompatibles avec les droits confiés par la loi au mari, soit comme chef de l'association conjugale, soit comme maître des biens de la communauté (1). » La femme ne peut se plaindre, dans tous les cas, de cette décision qui l'exempte des inconvénients attachés à la qualité de commerçante, en lui en laissant les bénéfices ; mais si, les époux sont mariés sous tout autre régime que celui de la communauté, nous ne pensons pas que la loi s'oppose à ce qu'ils forment ensemble une société commerciale (2).

**56.** Aucune forme n'a été déterminée pour le consentement à donner, ni pour la manière dont il devra être révoqué ; et il ne faut pas perdre de vue que, si, dans le cas où les tiers allèguent l'existence de l'autorisation donnée à la femme, la charge de la preuve doit retomber sur eux, dans le cas, au contraire, où, le consentement n'étant pas dénié, le mari se défend en alléguant la révocation, c'est à lui à la prouver et à établir qu'il lui a donné toute la publicité désirable. Il serait donc prudent, de sa part, de faire enregistrer au greffe du tribunal de commerce l'acte de révocation, de le faire afficher et insérer dans les journaux (3). Toutefois, le tribunal de commerce de Périgueux ayant jugé que le mari, qui avait fait in-

(1) Cass., 9 août 1851 (J.P.53.2.132).

(2) Molinier, n. 177.—*Conträ*, J. B. Pâris, n. 432 ter.

(3) Pardessus, n. 64 ; Dageville, t. 1<sup>er</sup>, p. 31 ; Molinier, n. 68 ; J. B. Pâris, n. 410.

sérer la révocation dans les journaux, était tenu néanmoins des engagements de sa femme commune en biens, si celui qui avait contracté avec elle, étranger au lieu où ces publications avaient été faites, avait ignoré cette révocation, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi (1). Quelque précaution que prenne le mari, la question à résoudre sera donc toujours une question de fait qui échappera à la censure de la Cour de cassation.

La révocation, dans tous les cas, ne peut avoir d'effet que pour l'avenir.

**57. L'art. 4 soulève encore des difficultés dont la solution a divisé les auteurs.**

Si le mari est mineur, peut-il donner un consentement valable à ce que la femme fasse le commerce ? Au moins, quand il est commerçant lui-même ?

S'il est interdit ou absent ?

En cas de refus du mari, la femme peut-elle se faire autoriser valablement par justice ?

Ce recours lui est-il ouvert contre le retrait du consentement qu'avait donné le mari ?

Si le mari est mineur, il ne peut, de sa seule autorité, donner à sa femme un consentement valable et lui transmettre ainsi une capacité qu'il n'a pas lui-même. C'est, du moins, l'opinion générale. Sans doute, elle pourrait être contestée ; le consentement du mari, nous l'avons dit, n'est pas exigé dans l'intérêt de la femme qui, fille ou veuve, serait présumée avoir toute la capacité nécessaire, si elle était majeure, et, en cas de minorité, devrait être protégée par sa famille : le consentement du mari est demandé pour ne point porter atteinte à la puissance maritale ; et cette puissance est entière chez le mineur. Toutefois, nous adoptons, par d'autres motifs, le sentiment que soutiennent tous les auteurs ; mais, à la différence de quelques-uns, nous pensons que la femme est condamnée, dans ce cas, à attendre, pour entreprendre le commerce, que son mari ait atteint sa majorité (2), et qu'on ne

(1) Cass., 23 juillet 1854 (S.V.54.1.193).

(2) Delamarre et Lepoitvin, n° 53, t. 1<sup>er</sup>, p. 92 ; Nouguier, t. 1<sup>er</sup>, p. 262 ; J. B. Paris, n. 384.

peut pas, dans le silence de la loi, suppléer par aucun moyen au consentement que le mari est incapable de donner (1).

Cette circonstance, que le mineur est commerçant lui-même, ne peut changer la solution; l'autorisation de la famille n'a augmenté sa capacité que pour les seuls actes commerciaux, et l'a laissé sous l'empire des règles du droit commun pour tout le reste.

**58.** Le mari peut être interdit ou absent; même dans ce cas, quelques auteurs refusent à la femme le droit de demander à la justice une autorisation que le mari est dans l'impossibilité d'accorder (2). Cette opinion nous paraît trop sévère; il nous semble, avec M. Dalloz, qu'il est raisonnable de penser que le mari accorderait, s'il était à même de le faire, une autorisation que la justice, à son défaut, déclare avantageuse à la femme (3). Il y a loin de là à décider que l'autorisation de la justice peut suppléer celle que le mari, présent et sain d'esprit, refuse d'accorder.

Il est sans difficulté, au moins, que le fait de l'absence ou de l'interdiction du mari, survenant après l'autorisation accordée, n'a pas pour effet de faire considérer comme révoqué le consentement antérieurement donné et qui reste acquis à la femme.

**59.** Si le mari refuse de consentir à ce que la femme fasse le commerce, peut-elle s'adresser aux tribunaux et se faire valablement autoriser par justice? Cette question a été posée au conseil d'Etat; si elle n'a pas été résolue d'une manière expresse et formelle, il résulte clairement, de l'ensemble des discussions, que la volonté des auteurs de la loi a été que le consentement du mari fût une condition nécessaire que rien ne pouvait remplacer: « Il convient de décider, disait Cambacérès, que la femme a besoin de l'autorisation de son mari pour établir le commerce, mais qu'ensuite, si le mari veut le

(1) *Contra*, Pardessus, *Droit comm.*, n. 63; Massé, t. 3, n. 470; Molinier, t. 1<sup>er</sup>, n. 164; Bédarride, t. 1<sup>er</sup>, n. 121; Orillard, n. 167; Duranton, t. 2, n. 478; Vazeille, t. 2, n. 334.

(2) J. B. Paris, n. 338; Bravard, p. 48; Nouguier, t. 1<sup>er</sup>, p. 262.

(3) Dalloz, *Rép.*, v<sup>o</sup> *Commercant*, n<sup>o</sup> 177; Molinier, n. 167; Bédarride, n. 122; Paris, 24 oct. 1844 (S.V.44.2.581).

lui faire quitter, le tribunal en décidera » (1); et le principe que la distinction même, faite par Cambacérès, semble établir avec plus de force encore, est accepté dans tout le cours de la discussion qui porte sur d'autres points (2). La Cour de Paris a jugé néanmoins, au moins en principe, que la femme pouvait être autorisée par justice, en cas de refus reposant sur d'injustes motifs (3); mais en fait, il s'agissait, dans l'espèce, non pas d'autoriser la femme à embrasser, mais bien à *continuer* le commerce; *ce qui*, dit M. Bravard-Verrières avec raison, *est bien différent* (4); entendu autrement, cet arrêt ne pourrait être suivi, et la doctrine qu'il consacrerait a été combattue par tous les auteurs, comme contraire au texte et à l'esprit de la loi, même quand il s'agit d'une femme séparée judiciairement. Ce n'est pas le seul cas, il s'en faut de beaucoup, où l'on ait à regretter que les effets de la séparation de corps et de biens n'aient pas été mieux déterminés.

**40.** Le consentement du mari n'est pas irrévocable; la même raison qui ne permet pas à la femme de continuer après le mariage, sans le consentement du mari, le commerce qu'elle avait entrepris, s'oppose à ce qu'elle puisse, en aucun cas, être marchande publique malgré lui (5). Cette doctrine ne rencontre aucune opposition sérieuse, quel que soit le régime sous lequel le mariage a été contracté. Mais quand il s'agit, non plus de consentir à ce que la femme entreprenne un commerce, mais de lui retirer le pouvoir de le continuer, la volonté du mari sera-t-elle également absolue, sans contrôle, sans recours possible à la protection de la justice? La plupart des auteurs répondent affirmativement (6); mais quelques-uns d'entre eux pensent que cette règle ne devrait pas être suivie, si la femme est séparée de corps ou même de biens (7).

(1) Procès-verbaux, 3 janv. 1807. Locré, t. 17, p. 152.

(2) Procès-verbaux, 29 nov. 1806; 3 janv. 1807; 6 janv. 1807.

(3) Paris, 24 oct. 1844 (J.P.44.2.461).

(4) *Manuel de droit comm.*, p. 20.

(5) Cambacérès, Procès-verbaux, 3 janv. 1807. Locré, t. 17, p. 152.

(6) Nouguier, t. 1<sup>er</sup>, p. 257, n. 5; Paris, n. 404; Massé, t. 3, n. 471.

(7) Pardessus, *Droit comm.*, n. 64; Molinier, n. 469; Dalloz, *Rep.*, v<sup>o</sup> *Commerce*, n. 181.

Jusqu'à présent, nous n'avons pas vu que les conditions du mariage pussent modifier la capacité ou les droits de la femme qui veut faire le commerce ; la femme, même séparée judiciairement, est toujours sous la puissance du mari ; le lien conjugal n'est pas rompu, et les auteurs qui admettent le recours à la justice dans un cas semblent amenés, par la force des principes, à l'admettre dans tous.

Si l'on se reporte aux procès-verbaux du conseil d'Etat, le plus superficiel examen laisse apercevoir, de la manière la plus évidente, qu'il a été dans la pensée des auteurs de la loi de considérer, à deux points de vue entièrement différents, l'autorisation première à donner par le mari à la femme, et la révocation d'un consentement une fois donné. Nous avons déjà cité les paroles de Cambacérès, qui établissent cette distinction ; il disait plus tard, dans la même séance : « Supposons, ensuite, que le mari veuille retirer son autorisation, il est juste de ne pas lui laisser indéfiniment cette liberté, et de ne pas lui permettre de s'opposer par caprice à ce que la femme améliore la fortune de leurs enfants communs ; qu'alors, le tribunal intervienne et prononce entre les deux époux (1). » M. Treilhard répétait, un peu plus tard, « qu'il ne supposait pas au mari le droit arbitraire de révoquer son autorisation ; ce droit, disait-il, pourrait couvrir beaucoup d'abus. » M. Bigot-Préameneu ajoutait : « Il est vrai qu'il ne serait pas sans inconvénient de permettre au mari de faire cesser subitement le commerce de sa femme ; mais M. l'archichancelier a indiqué le remède : c'est l'intervention des tribunaux (2) ; » et M. Regnaud, après avoir exprimé la même idée, proposait d'écrire textuellement dans la loi : « Le mari peut, en tout temps, faire cesser le commerce de sa femme, sauf à elle à réclamer devant les tribunaux, pour se faire autoriser, s'il y a lieu (3). » Cette doctrine était évidemment celle du conseil d'Etat, auteur de la loi, et qui, mieux que personne, peut en donner le sens véritable ; mais la marche que prit la discussion, dit Locré, fit

(1) Locré, t. 17, p. 455.

(2) Locré, t. 17, p. 456.

(3) Locré, t. 17, p. 457.

perdre de vue la rédaction proposée par M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angély; on crut inutile de consacrer un principe suffisamment établi par le procès-verbal, et qui n'avait rencontré aucune opposition, et aussi cet auteur n'hésite-t-il pas à croire que le recours aux tribunaux est ouvert à la femme, conformément, en définitive, au droit commun et aux principes généraux consacrés par le Code Napoléon (1).

Nous ne pensons pas qu'on puisse, avec vérité, nous accuser de contradiction, parce que nous avons enseigné une règle contraire, lorsque la femme demande l'autorisation. Le mari qui révoque son consentement ne peut plus invoquer sa répugnance absolue et bien légitime à voir sa femme quitter le foyer domestique et le cercle de la famille pour la vie publique du comptoir, s'exposer à la contrainte par corps et à la faillite. Si ces appréhensions ne l'ont pas arrêté, il peut, néanmoins, avoir d'excellentes raisons pour revenir sur sa détermination; mais elles sont de nature, désormais, à être appréciées par les juges: les choses ne sont plus entières; des intérêts sont engagés; des tiers intéressés peut-être; le consentement a bien été donné; les tribunaux décideront seulement s'il peut être révoqué, et ils devront agir avec une excessive réserve.

Il est certain, toutefois, que, si la femme est commune en biens, elle ne pourrait compromettre la fortune du mari malgré lui; et si la révocation du consentement était déclarée mal fondée, la femme serait contrainte de solliciter et d'obtenir la séparation de biens pour pouvoir continuer le commerce.

#### ARTICLE 5.

**La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce; et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. — Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que**

---

(1) *Esprit du Code comm.*, t. 1<sup>er</sup>, p. 33 et 34. Dageville, t. 1<sup>er</sup>, p. 29; Orillard, n. 70; Bédarride, n. 144.

détailler les marchandises du commerce de son mari; elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé.

Administration, 44.	Communauté, 44, 44, 45.	Justice (paraître en), 44.
Biens paraphernaux, 48.	Contrainte par corps, 49.	Mandat, 54.
Capacité, 44.	Exclus. de commun., 46, 47.	Obligat. du mari, 44, 44, 54.
Commerce du mari, 50, 54.	Gestion de la femme, 54.	Régime dotal, 48.
Commerce séparé, 50.	Jugement (ester en), 44.	Séparation de biens, 43.

**41.** Les principes généraux résumés dans les art. 217 et 225 du Cod. Nap. ne permettent pas à la femme, même non commune ou séparée de biens, de disposer, donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, de s'engager valablement dans aucune circonstance sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que pour l'administration des biens mêmes de la femme. L'article 220, Cod. Nap., dont l'art. 5 est la reproduction textuelle, établit une fondamentale exception à ces principes, en faveur de la femme marchande publique; celle-ci devient libre de toute entrave apportée par le mariage à sa capacité pour tout ce qui concerne exclusivement son négoce; elle agit et contracte librement, et non-seulement se trouve valablement engagée, mais elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux.

Il n'existe aucun doute qu'en dehors des actes ralatifs à son commerce, la femme commerçante, de même que le mineur, reste soumise aux règles du droit commun et incapable de s'engager valablement sans l'autorisation spéciale de son mari. La seule difficulté qui puisse s'élever consistera à décider, en fait, si l'engagement de la femme a été pris pour une cause commerciale ou en dehors de son négoce; nous reviendrons sur cette question en expliquant l'art. 7.

Le consentement du mari à ce que la femme exerce le commerce emporte de plein droit, pour elle, l'autorisation générale d'administrer les objets compris dans son commerce, sous quelque régime qu'elle soit mariée; ce pouvoir lui appartient dans tous les cas, si elle est séparée de biens (Cod. Nap., art.

1556) ; mais le Code Napoléon a ajouté, art. 215 : « La femme « ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, « quand même elle serait marchande publique, ou non com- « mune, ou séparée de biens ; » le Cod. comm. n'a apporté à cette règle aucune modification, car le commerce n'amène pas nécessairement celui qui le fait devant les tribunaux. « Dans quelque circonstance que ce soit, dit M. Pardessus, la femme ne peut paraître en justice sans l'assistance ou l'autorisation de son mari ; ce qui toutefois ne lui interdit pas le droit de faire des actes extrajudiciaires, préparatoires ou conservatoires, tels que les protêts, saisies, etc. ; même de donner des assignations : il suffit que, pour plaider, son mari l'autorise ou l'assiste, ou qu'à son refus elle soit autorisée par le tribunal » (1).

**42.** Sous quelque régime que la femme commerçante soit mariée, elle est toujours personnellement obligée envers les créanciers de son commerce ; elle est tenue pour le total des dettes, sans pouvoir s'en décharger sous aucun prétexte, même en renonçant à la communauté ; et contraignable par corps ; pouvant être mise en faillite et tenue sur tous ses biens, si l'on excepte ceux qui ont été stipulés dotaux (Cod. comm., art. 7). En ce qui la concerne, la règle est donc d'une incontestable simplicité, et sauf son recours, s'il y a lieu, contre la communauté, le mari ou ses héritiers.

L'embarras ne commence que pour déterminer dans quels cas et dans quelles limites le mari doit être tenu envers les créanciers du commerce de sa femme ; quatre hypothèses peuvent se présenter, puisque la loi reconnaît quatre régimes différents sous lesquels le mariage peut être contracté.

**43.** Si la femme est séparée de biens contractuellement ou judiciairement, aucun doute n'existe. Les bénéfices appartenant exclusivement à la femme, le mari ne peut, en aucun cas, être obligé pour les engagements qu'elle contracte. Les créanciers du mari et ceux de la femme restent complètement distincts comme les patrimoines de leurs débiteurs respectifs.

**44.** Lorsqu'il y a communauté entre les époux, l'art. 5 est

---

(1) *Droit comm.*, n. 70.

formel, et décide que le mari est tenu directement des obligations contractées par sa femme, comme si elles lui étaient personnelles : les créanciers du commerce ont à la fois pour débiteurs le mari, la femme et la communauté ; et aucune distinction n'est à faire entre la communauté légale ou conventionnelle, celle qui est illimitée ou celle qui est réduite aux acquêts, et sauf également le recours du mari, s'il y a lieu, contre la communauté, la femme ou ses héritiers.

« Mais, dans le cas même, dit M. Pardessus, où le mari touche tous les profits du commerce, et supporte tous les engagements de sa femme, son droit est nécessairement limité par la nature des choses et l'intérêt des tiers ; il ne pourrait valablement engager sa femme par des obligations, même causées pour faits de commerce, s'il n'avait pas sa procuration expresse ou tacite ; l'achat qu'il ferait de marchandises du genre même de celles que sa femme débite n'obligerait celle-ci que s'il était prouvé qu'elles sont entrées dans ses magasins, ou qu'il y aurait toute autre présomption que l'achat a été fait de son consentement ; *les créanciers personnels du mari ne pourraient saisir les marchandises de la femme au préjudice des créanciers de cette dernière* (1). » Nous ne comprenons sans doute pas bien la portée de cette observation. Si M. Pardessus a voulu dire que le mari, même commun en biens, qui a consenti à ce que sa femme fit le commerce, ne peut, par son fait, l'obliger sur ses biens propres ou dans sa personne, de manière, par exemple, à la soumettre à la contrainte par corps, ces règles seront admises par tous. Mais, ainsi que le croient MM. Molinier, Pâris et Bédarride (2), a-t-il été jusqu'à soutenir que les créanciers du mari ne pouvaient, en aucun cas, prétendre aucun droit sur l'actif commercial de la femme, ou tout au moins ne pouvaient être payés qu'après les créanciers de la femme pour cause de commerce, lesquels avaient un privilège sur eux. S'il en était ainsi, nous pensons que le savant professeur s'est mépris.

**45. La loi commerciale donne à la femme un pouvoir extraor-**

(1) Pardessus, n. 69.

(2) Molinier, t. 1<sup>er</sup>, n. 183, p. 158 ; Pâris, t. 1<sup>er</sup>, n. 456 ; Bédarride, n. 137.

dinaire, mais où a-t-on vu qu'elle ait limité le pouvoir du mari ? Si nous voulons laisser de côté tous les textes et tous les principes, où serait donc l'équité que la communauté, représentée par le commerce de la femme, obligeât le mari, et que le mari ne pût l'obliger ? La femme craint-elle de voir son commerce obéré par un dissipateur, est-ce que la loi ne lui offre pas la ressource de la séparation de biens ? Mais, si elle accepte une situation qui lui donne le pouvoir exorbitant d'engager son mari par ses opérations commerciales, c'est bien le moins qu'elle et ses créanciers souffrent que le mari conserve le droit d'obliger l'actif commercial tombant dans cette communauté, dont il n'a pas cessé d'être le maître. M. Pâris, particulièrement, revient souvent sur cette idée que le mari est seigneur et maître de la communauté ; singulière autorité, en effet, que celle qui resterait au mari, tenu des dettes dont il plaît à la femme de charger la communauté, et dépouillé de tous les pouvoirs que le droit commun lui accordait et qu'aucun texte ne lui a enlevés ! Sans doute qu'en dehors de l'hypothèse prévue par l'art. 5, il y a lieu de séparer l'actif commercial des autres biens appartenant aux époux ; mais l'art. 5, quand il y a communauté, repousse toute distinction ; la communauté et le commerce ne font qu'un pour les dettes comme pour l'actif ; et nous ne saurions trop le répéter, où puiser le principe de cette règle, d'après laquelle le mari ne se contenterait plus de partager ses droits avec sa femme, mais les abdiquerait complètement en sa faveur ; ne serait plus son égal, chose exorbitante déjà, mais son inférieur !

**46.** Les époux peuvent, sans se soumettre au régime dotal, déclarer qu'ils se marient sans communauté ; trois systèmes différents ont été soutenus, dans ce cas, sur la question de savoir si le mari est personnellement tenu des engagements commerciaux de la femme.

La solution dépend entièrement d'une question qui doit être tranchée préalablement. Sous le régime exclusif de la communauté, les fruits produits par les biens de la femme appartiennent au mari, qui les perçoit ; ils sont censés apportés pour soutenir les charges du mariage (C. Nap., art. 1530).

Le mari perçoit, en outre, tous les biens meubles que la

femme apporte ou qui lui échoient pendant le mariage; mais il doit les restituer après la dissolution du mariage.

Il devient donc propriétaire des fruits; mais il ne perçoit les capitaux mobiliers qu'à la charge d'en rendre compte.

Si les bénéfices du commerce doivent être assimilés à des fruits, le mari sera donc tenu, comme s'il y avait communauté: puisqu'il a les mêmes avantages, il doit avoir les mêmes charges.

Si les bénéfices du commerce sont assimilés à des capitaux mobiliers qui échoient à la femme pendant le mariage, le mari, qui ne les perçoit qu'à la charge d'en rendre compte, est tenu envers les créanciers commerciaux, mais seulement jusqu'à concurrence de ce qu'il a reçu.

Quant à nous, les bénéfices réalisés par la femme dans son commerce ne nous semblent, en aucune manière, pouvoir être assimilés aux fruits des biens; aucun rapport n'existe, selon nous, entre la femme percevant ses revenus sans inquiétude ni travail, et la marchande publique réalisant par un labeur incessant des bénéfices qui peuvent, d'un moment à l'autre, se changer en pertes et en désastres, et l'exposer à toutes les rigoureuses conséquences attachées à la qualité de commerçante. Le Code Napoléon n'a jamais confondu les revenus et les bénéfices acquis par le travail et l'industrie (C. Nap., art. 387). L'art. 1498, cité par M. J.-B. Pâris comme démontrant le contraire, est une preuve nouvelle, à nos yeux, à l'appui du système que nous soutenons: car il sépare formellement, quoique la distinction semble dans ce cas sans utilité, les acquêts provenant de l'industrie et ceux qui sont produits par les fruits et revenus.

**47.** La conséquence de ce raisonnement sera d'adopter l'opinion de MM. Pardessus, Molinier et Massé, et de déclarer le mari tenu envers les créanciers jusqu'à concurrence des sommes qu'il a perçues (1).

---

(1) Pardessus, n. 68; Molinier, n. 483; Massé, t. 3, n. 485.—Toullier (t. 12, n. 254) et Bravard (p. 19) déchargent le mari de toute obligation.—Delvincourt (*Droit comm.*, t. 2, p. 6), Duranton (t. 15, n. 259 et 295), Orillard (n. 172), J. B. Pâris (n. 452), Bédarride (n. 133), décident, au contraire, que le mari est tenu sans distinction, comme s'il y avait communauté; mais, nous le répétons,

M. Dalloz demande, il est vrai, comment on pourrait constater, d'une manière authentique, les bénéfices journaliers du commerce de la femme (1). En outre, les créanciers du mari pourraient également y prétendre, puisqu'ils se trouveraient confondus avec ses autres biens, et sauf l'obligation d'en rendre compte après la dissolution du mariage.

Il ne faut pas perdre de vue que les marchandises, les capitaux, les bénéfices réalisés formant l'actif commercial de la femme, sont constatés par ses livres ; et, en ce qui concerne tous les biens qui font partie de ce négoce, le mari s'est dessaisi de l'administration qui lui appartenait, dans ce cas, comme toutes les fois, sans exception aucune, que la femme fait un commerce séparé. Les créanciers du mari n'ont donc aucun droit sur les valeurs restées engagées dans le commerce de la femme, puisqu'elles n'appartiennent pas au mari, et qu'il ne les perçoit plus, du moment que l'administration que lui accordait le Code Napoléon lui est retirée. Le mari n'y peut rien prétendre jusqu'à l'entièvre liquidation des affaires commerciales. Si, cependant, les bénéfices réalisés et constatés par des inventaires réguliers ont été retirés du commerce, ce qui sera établi par les livres, et perçus par le mari, il est tenu d'en faire raison. On ne peut considérer comme perçues par le mari les sommes que la femme commerçante consacre à acquitter les charges du ménage ; cette destination est également constatée par les livres ; il semble naturel qu'elle y contribue en proportion des bénéfices de son commerce et des revenus du mari, et pour le tout, s'il ne reste rien au mari (C. Nap., 1448, 1537, 1575).

Le mari peut contraindre sa femme à tenir des livres réguliers et l'empêcher de continuer son commerce, si elle s'y refuse ; si des livres réguliers ne pouvaient être produits, nous serions disposé à embrasser l'opinion, un peu rigoureuse peut-être, que le mari serait tenu des engagements commerciaux

ces solutions diverses sont subordonnées, chez la plupart de ces auteurs, à la question de savoir si le mari devient propriétaire des bénéfices faits par la femme dans son commerce.

(1) *Rép., v<sup>e</sup> Commerçant, n. 219.*

de la femme comme dans le cas de communauté; les tribunaux pourraient toutefois décider, selon les circonstances et en prenant en considération les faits suffisamment justifiés, qui viendraient à la décharge du mari.

Si la femme, en se mariant, s'était réservé formellement la jouissance des revenus de son commerce, il faudrait décider, dans ce cas, comme lorsqu'il y a séparation de biens.

**48.** Lorsque les époux sont mariés sous le régime dotal, il y a également controverse, et divers systèmes ont été soutenus (1).

Sous ce régime, tous les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot sont paraphéraux (C. N., 1574), et la femme en a l'administration et la jouissance exclusive. Par suite, si la femme, déjà commerçante au moment du mariage, a pris les mesures nécessaires pour que son commerce doive être considéré comme bien paraphernal, ce cas doit être assimilé de la manière la plus complète à l'hypothèse où il y a séparation de biens (V. n° 43).

Si le commerce de la femme doit être considéré, au contraire, d'après les stipulations du contrat de mariage, comme bien dotal, il faut décider comme dans le cas où il y a exclusion de communauté. Le mari est dessaisi, par la force de la loi commerciale, de l'administration de tous les biens qui constituent l'actif commercial, et qui sont constatés par les livres: ils restent, avec les bénéfices, le gage exclusif des créanciers de la femme; et ceux-ci ne peuvent avoir recours contre le mari que pour la portion de l'actif qui aurait été retiré du commerce, et qu'il aurait perçu, sauf les sommes employées à soutenir les charges du ménage. Ainsi, il a été jugé que les acquisitions faites par la femme mariée sous le régime dotal, depuis qu'elle a continué le commerce seule et en son nom, n'appartiennent pas au mari (2): nous n'admettons pas qu'en aucun cas la femme doive à son mari son travail et son indus-

(1) Pardessus, n. 68; Bravard, p. 19; Massé, t. 3, n. 185; Molinier, n. 483; Delvincourt, C. Nap., t. 1<sup>er</sup>, p. 74; Duranton, t. 2, n. 480; Orillard, n. 172; Paris, t. 1<sup>er</sup>, n. 454.

(2) Toulouse, 2 août 1825.

drie (1), ses devoirs envers lui sont tout autres et d'un ordre différent; c'est le mari, au contraire, qui doit la protéger, la soutenir de son travail, et non profiter du sien.

**49.** Lorsque le mari, sous les distinctions que nous venons d'établir, est tenu des engagements commerciaux contractés par sa femme, il ne peut, cependant, être soumis à la contrainte par corps, car il n'est pas commerçant, non plus qu'il ne pourrait être déclaré en faillite comme associé de sa femme. Cette question, résolue dans un sens défavorable au mari dans l'ancienne jurisprudence, et sous l'empire de la loi du 15 germinal an 6, soulevée au conseil d'Etat, quand on a discuté l'art. 220 du Code civil, est généralement décidée aujourd'hui dans le sens que nous adoptons (2).

**50.** L'art. 5 rappelle en termes exprès qu'une femme n'est pas marchande publique par cela seul qu'elle détaille les marchandises du commerce de son mari, ou y prend part à quelque titre que ce soit; le principe reste le même, lorsqu'il y a communauté: le mari lui confierait-il la gestion, que les engagements contractés à raison du commerce de son mari ne pourraient la lier; pour s'obliger personnellement et devenir, en quelque sorte, alors la caution de son mari, il faudrait une mention très-expresse: ces règles sont suivies, même lorsqu'elle faisait le commerce avant son mariage: « Attendu, a dit la Cour de cassation, que la Cour d'Orléans a jugé, en fait, que la dame Homo, qui était commerçante avant son mariage, avait apporté ce commerce en communauté; que, dès ce moment, elle n'était plus que le commis de son mari, et avait cessé d'être marchande publique » (3).

Si la femme n'est réputée marchande publique que lorsqu'elle fait un commerce séparé, et qu'elle agit, non au nom de son mari, mais au sien, la question très-simple en droit sera peut-être quelquefois difficile à décider en fait; les livres, les factures, les circulaires qui ont été adressées, la patente, le genre de commerce, les fonctions exercées, d'ailleurs, par le mari,

(1) *Contrâ*, J. B. Pâris, n. 454, p. 239.

(2) *Contrâ*, J. B. Pâris, n. 459.

(3) Cass., 1<sup>er</sup> avr. 1823.

ne sont que des circonstances qui, avec bien d'autres particulières à chaque fait, sont soumises à l'appréciation des juges du fond, et décidées souverainement par eux, sans donner ouverture à cassation : « Attendu, dit un arrêt, qu'en décidant que la demanderesse en cassation ne pouvait pas être considérée comme n'ayant fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, et qu'elle devait, au contraire, être considérée comme ayant fait un commerce séparé, et, à ce titre, être réputée marchande publique, l'arrêt attaqué n'a fait que se livrer à une appréciation d'actes et de faits qui était dans ses attributions, et ne peut donner ouverture à cassation » (1).

**51.** Indépendamment de cette question, et lorsqu'il est admis que la femme ne fait pas un commerce séparé, il reste à décider quand elle a pu engager valablement son mari en traitant au nom de celui-ci; c'est là encore une question de fait, et qui dépendra des circonstances; un arrêt de la Cour de cassation nous semble avoir posé les règles en cette matière: «Attendu, porte cet arrêt, que les femmes, même mariées, peuvent être choisies pour mandataires; et attendu qu'il a été reconnu en fait, par les jugements attaqués, que Quitteray, demandeur en cassation, avait donné à sa femme le mandat de gérer *exclusivement et généralement toutes les affaires de son commerce*, et qu'elle les avait, en effet, ainsi gérées depuis leur mariage jusqu'au procès actuel, pendant environ vingt ans; que, d'après cela, en décidant que ledit Quitteray avait été, pour tout ce qui concernait son commerce, valablement obligé par sa femme, non pas comme *marchande publique de son chef*, mais bien seulement comme *sa mandataire*, les mêmes jugements ont fait une très-juste application des lois de la matière; attendu que, loin de déclarer tacite le mandat dont il s'agit, les juges l'ont regardé comme exprès et formel, résultant des aveux et faits multipliés du demandeur lui-même, et notamment des actes par lesquels le demandeur, pendant ledit espace de vingt ans, avait toujours et indistinc-

(1) Cass., 27 mars 1832 (S.V.32.4.365).

tement ratifié et exécuté tous les engagements commerciaux contractés par sa femme ; qu'ainsi le voeu des articles invoqués par le demandeur (C. Nap., 1985) était parfaitement rempli ; attendu que de tout ce qui vient d'être établi, il résulte que ce n'est pas de simples conjectures et présomptions, mais bien des aveux et faits formels et réitérés du demandeur lui-même, que les juges ont fait sortir le mandat dont il s'agit ; attendu, au surplus, qu'en matière de commerce et en faveur particulièrement des tiers, dont la bonne foi ne doit pas être trompée, les juges peuvent constater les engagements par d'autres éléments que par la preuve par écrit, toutes les fois qu'elle n'est pas expressément exigée par la loi ; rejette » (1).

Il résulte bien de cet arrêt que la femme qui gère les affaires commerciales de son mari peut être considérée comme sa mandataire, sans qu'il existe d'acte écrit ; sans entrer dans la question de savoir si depuis le Code Napoléon, et d'après les termes de l'art. 1985, il peut y avoir encore, comme sous l'ancienne jurisprudence, un mandat tacite, il est admis qu'en pareille circonstance les faits allégués et prouvés par témoins suffisent pour établir que le mandat est exprès et formel ; la jurisprudence et les auteurs sont d'accord sur ce point. Par une suite forcée de l'existence de ce mandat, le mari est obligé, tandis que la femme ne l'est pas, à moins qu'elle ne s'en soit expliquée d'une manière expresse, et qu'elle ait été autorisée à cet effet, soit à se rendre caution de son mari, soit à faire un acte de commerce isolé (2).

## ARTICLE 6.

Les mineurs marchands, autorisés comme il est dit ci-dessus, peuvent engager et hypothéquer leurs immeubles. — Ils peuvent même les aliéner, mais en suivant les formalités prescrites par les articles 457 et suivants du Code civil.

(1) Cass., 25 janv. 1821.

(2) Poitiers, 14 mai 1823.

**52.** Le mineur commerçant, à la différence du mineur simplement émancipé, n'a pas sa capacité circonscrite dans les seuls actes de pure administration. Il a capacité entière et complète pour emprunter, vendre ou acheter des effets mobiliers, souscrire ou accepter des billets ou des lettres de change; mais cette capacité est restreinte aux seuls engagements relatifs à son commerce, et ne s'étend pas aux actes d'une autre nature; l'art. 487, Cod. Nap., ne le répute majeur que pour *les faits de commerce*, et a suivi en cela les règles de l'ancien droit: ainsi, s'il se rendait caution d'une dette étrangère à son commerce, il pourrait se faire restituer contre un pareil engagement: tous les auteurs sont d'accord à cet égard.

Le mineur commerçant peut également sans difficulté intenter seul toutes les actions qui se rattachent à son commerce et répondre à celles qui sont formées contre lui; il peut transiger, compromettre et faire enfin tout ce qui est permis à un majeur; mais, pour toutes les instances civiles en dehors de son commerce, il n'en continue pas moins à avoir besoin de l'assistance d'un curateur, dans le cas où tout autre mineur émancipé devrait y recourir.

L'art. 6 règle d'une manière particulière la capacité du mineur commerçant en ce qui concerne ses immeubles.

**53.** Il a été admis au conseil d'Etat et consacré par l'article 6 que le mineur commerçant pouvait engager et hypothéquer ses immeubles, comme le majeur même (1); mais il est certain, nous le répétons, que cette capacité ne lui appartient que pour les engagements contractés à raison de son commerce. « Il ne s'ensuit pas, a dit avec raison Cambacérès, qu'il soit obligé d'exprimer dans le contrat la cause pour laquelle il hypothèque ses immeubles; ce sera au créancier à prouver qu'ils l'ont été pour faits de commerce; et certes le créancier aura soin de se ménager cette preuve, en prenant les précautions nécessaires pour établir l'origine de sa créance (2). »

Cette preuve doit être faite dans tous les cas, soit qu'il s'a-

(1) Procès-verbaux, 25 nov. 1806. Locré, t. 17, p. 140 et 141.

(2) Procès-verbaux, 25 nov. 1806. Locré, t. 17, p. 141.

gisse d'engagements hypothécaires, soit qu'il s'agisse d'engagements de toute autre nature ; la validité des uns comme des autres est toujours subordonnée à cette condition essentielle, qu'ils ont été contractés par le mineur pour faits de son commerce : mais de quel côté est la présomption ? faut-il admettre que jusqu'à preuve contraire tous les engagements du mineur doivent être réputés se rapporter à son commerce, lorsqu'une autre cause n'y est point énoncée ? C'est ici seulement qu'une distinction devient nécessaire.

L'opinion qui considère de plein droit comme commerciaux tous les engagements du mineur, sauf la preuve contraire, nous semble fort rigoureuse et en opposition manifeste avec les discussions du conseil d'Etat, et nous ne pouvons admettre la doctrine enseignée à cet égard par M. Molinier (1). L'argument tiré de l'art. 638, Cod. comm., qui établit la présomption commerciale pour tous les billets souscrits par un commerçant, nous paraît dénué de toute force, quand il s'agit d'actes notariés et de constitutions d'hypothèques (2) ; c'est à celui qui traite, en pareilles circonstances, à prendre ses précautions. Nous pensons qu'il faut suivre la doctrine de M. Pardessus : « Lorsque la cause de l'engagement n'est pas exprimée, dit-il, on ne doit pas présumer de plein droit que l'engagement est commercial. La seule exception à cette règle serait le cas où l'engagement aurait une forme essentiellement commerciale, tels que sont les billets à ordre, lettres de change, etc. » (3). Ces règles étaient suivies sous l'ancien droit, et rien ne peut faire supposer qu'on ait voulu les changer.

La forme commerciale donnée à l'engagement contracté par le mineur n'établit encore toutefois qu'une présomption ; elle céderait évidemment à la preuve contraire, mais la charge de cette preuve retomberait alors sur le mineur ; une jurisprudence constante l'a avec raison décidé ainsi (4).

(1) *Traité de droit comm.*, n. 179.

(2) Toullier, t. 12, n. 250 ; Duranton, t. 14, n. 253.

(3) Pardessus, n. 62 ; Dageville, t. 1<sup>er</sup>, p. 21 et 34 ; Massé, t. 3, n. 93 ; Paris, n. 300.

(4) Cass., 20 janv. 1836 (J.P.36.4.189) ; Bordeaux, 19 av. 1836 (J.P.37.4.359) ; Metz, 22 mars 1839 (S.V.41.2.272).

Sous les réserves que nous venons d'exprimer, le mineur pourrait s'obliger valablement par cautionnement pour les affaires de son commerce, si le cautionnement indique une cause commerciale, ou est donné dans une forme commerciale, telle qu'un aval ou un endossement; il n'existe pas de doute à cet égard.

**54.** Après avoir permis au mineur d'hypothéquer ses immeubles, la loi lui défend de les aliéner. Le conseil d'Etat, après une longue discussion, a établi cette règle et a maintenu pour les mineurs commerçants la nécessité de se soumettre aux formes et aux conditions prescrites par le Code Napoléon pour les mineurs en général (1). Ils sont donc astreints à obtenir l'autorisation du conseil de famille, qui ne doit la donner que dans le cas d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident (Cod. Nap., art. 457); la délibération doit être homologuée par le tribunal civil et les immeubles vendus en justice (Cod. Nap., art. 458 et 459).

Il ne faut pas perdre de vue que l'hypothèque consentie par le mineur le soumet de plein droit aux rigueurs de l'expropriation forcée; en cas de non-paiement, son créancier peut agir contre lui, comme il le pourrait contre un majeur, et n'est même pas tenu de le faire jouir du bénéfice de l'art. 2206, Cod. Nap., qui veut que le mobilier du mineur soit préalablement discuté (2).

En cas de faillite, les droits des syndics sont les mêmes que contre un majeur.

Les règles établies par l'art. 6 relativement aux droits du mineur commerçant pour engager et hypothéquer ses immeubles s'appliquent-elles au mineur non commerçant autorisé, conformément à l'art. 5, à faire un ou plusieurs actes de commerce? Nous ne le pensons pas; l'art. 6 doit être entendu dans le sens le plus restrictif; il est certain qu'il a été écrit dans un but de protection pour le mineur, et par suite, qu'il serait contraire à la volonté du législateur d'en forcer les termes, qui ne s'appliquent qu'aux mineurs *marchands*, pour en étendre

(1) Locré, t. 17, p. 442.

(2) Pardessus, n. 60; Molinier, t. 1<sup>er</sup>, p. 133, n. 156.

les dispositions aux mineurs *non* marchands; ce pourrait être un moyen d'éviter les art. 457 et 458 du Cod. Nap., dont les dispositions, quoique protectrices, suffisent pour permettre au mineur tous les actes qui peuvent lui être avantageux (1).

### ARTICLE 7.

Les femmes marchandes publiques peuvent également engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles. — Toutefois leurs biens stipulés dotaux, quand elles sont mariées sous le régime dotal, ne peuvent être hypothéqués ni aliénés que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par le Code civil.

55. Cet article pose un principe général et une seule exception facile à saisir.

La femme commerçante a une capacité entière pour engager, hypothéquer et, à la différence du mineur, même pour aliéner ses immeubles ; le système est complet et parfaitement clair. Elle dispose avec la liberté la plus entière, sans autorisation nouvelle, contrairement aux principes du Code Napoléon, qui ne permettent pas qu'une femme puisse aliéner ses biens en vertu d'une autorisation générale (Cod. Nap., articles 217 et 223).

L'article présenté au conseil d'Etat par la section n'établissait aucune réserve pour les biens dotaux ; cette disposition a été repoussée, principalement sur les observations pleines de force de Siméon, auxquelles on a essayé vainement de répondre (2), et l'on s'en est référé aux dispositions du Code Napoléon. Si la femme est mariée sous le régime dotal, sa qualité de commerçante n'ajoute donc rien à sa capacité pour ses biens stipulés dotaux.

Il va de soi que, si la femme mariée est mineure, l'aliéna-

(1) Paris, n. 470.

(2) Procès-verbaux, 29 nov. 1806. Locré, t. 17, p. 142, et 10 janv. 1807, p. 164.

tion d'immeubles faite par elle en dehors des règles imposées aux mineurs serait radicalement nulle ; elle est exclusivement régie par l'art. 6 que nous venons d'expliquer.

Nous n'avons pas besoin de répéter une fois de plus que cette capacité exceptionnelle accordée à la femme commerçante ne lui appartient que pour les faits de son commerce.

Pour décider si la femme a hypothéqué ou aliéné pour cause commerciale, en cas de doute, on suivrait les règles que nous avons établies pour les mineurs ; il en serait de même pour savoir à qui doit être attribuée la charge de la preuve. Ainsi, si l'obligation est contractée sous une forme essentiellement commerciale, comme d'un billet à ordre, ou d'une lettre de change, il y a présomption que la cause est commerciale ; dans le cas, au contraire, où l'obligation est notariée ou sous toute autre forme inusitée dans le commerce, il faut décider en faveur de la femme contre ses créanciers et sauf la preuve qui leur est réservée (1). Quelques auteurs ont soutenu une opinion absolue, et, n'admettant aucune distinction, laissent dans tous les cas la charge de la preuve, soit aux tiers, soit à la femme ; la position faite à la femme commerçante par le Code de commerce, n'étant que le résultat de concessions réciproques entre le droit commun et la loi exceptionnelle, nous semble ne pouvoir pas se prêter à un semblable système.

M. Bédarride fait observer que, dans le cas d'une vente, la preuve que l'aliénation a été consentie pour le commerce de la femme devrait résider dans la destination donnée au prix qui en a été retiré, mais la vente ne serait pas nulle, par cela seul que le prix, une fois payé, n'aurait pas été versé dans le commerce ; on ne peut imposer à l'acheteur l'obligation, impossible à réaliser pour lui, de surveiller l'emploi (2). La vente ne pourrait donc être critiquée que dans le cas où un juste reproche aurait pu être fait à l'acquéreur au moment même du contrat ; et il suffit, pour sa validité, que la femme ait déclaré dans l'acte qu'elle entendait en verser le prix dans son commerce, et que l'acheteur ne puisse être accusé de dol ou de

(1) Pardessus, n. 71 ; Massé, t. 3, n. 93 et 175 ; Paris, n. 425 et 495.

(2) *Comm. du Code comm.*, n. 186.

fraude. Cette destination serait difficilement admise, si le prix n'était stipulé payable qu'à de longs termes.

## TITRE II.

### *Des livres de commerce.*

#### ARTICLE 8.

Tout commerçant est tenu d'avoir un livre-journal qui présente, jour par jour, ses dettes actives et passives, les opérations de son commerce, ses négociations, acceptations ou endossements d'effets, et généralement tout ce qu'il reçoit et paie, à quelque titre que ce soit, et qui énonce, mois par mois, les sommes employées à la dépense de sa maison : le tout indépendamment des autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables. — Il est tenu de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit, et de copier sur un registre celles qu'il envoie.

**56.** Cet article n'est applicable qu'aux personnes qui font du commerce leur profession habituelle, et non à celles qui feraient accidentellement un acte qualifié acte de commerce ; le doute a disparu lorsque l'expression un peu ambiguë du projet portant : *tout individu faisant le commerce*, a été remplacée par les mots : *tout commerçant* ; il faut se rapporter à l'art. 1<sup>er</sup> pour savoir à qui cette qualité appartient (1).

Dans la classe des commerçants, il n'existe aucune exception ; quelques tribunaux avaient demandé si un petit marchand ne faisant que le commerce de détail serait assujetti à l'obligation de tenir des livres, et ils paraissaient désirer qu'il en fût affranchi ; mais la commission repoussa cette exception de la manière la plus formelle : « Il faut, a-t-elle dit, qu'il écrive sur son livre les objets qu'il achète à terme, comme

(1) Trib. de Dijon ; Observ., t. 1<sup>er</sup>, p. 134. Observ. du Tribunat. Locré, t. 17, p. 302.

ceux qu'il vend à crédit : les premiers pour connaître les échéances des paiements qu'il doit faire, les seconds pour faire ses recouvrements. Les objets qu'il vend et qu'il achète au comptant doivent aussi être portés chaque jour en recette et en dépense; voilà tout ce que la loi ordonne, ou plutôt ce que tous ont soin de faire, sans qu'on leur en impose l'obligation (1). » N'en est pas même dispensé le commerçant qui ne sait pas lire (2). Dans un commerce de menu détail, le marchand ne serait tenu qu'à énoncer en bloc, à la fin de chaque jour, ce qu'il a reçu (3).

Il est certain que le livre-journal doit énoncer toutes les opérations commerciales de celui qui le tient ; aucune ne peut ni ne doit être omise ; mais le conseil d'Etat a ajouté, en outre, à la rédaction primitive, ces mots : « et généralement tout ce qu'il reçoit et paie, à quelque titre que ce soit, » ce qui comprend même les négociations étrangères à son commerce (4) : ainsi on a principalement insisté au conseil d'Etat sur le cas où le commerçant reçoit une dot de sa femme ; ses livres devraient en constater le versement, et en justifier l'emploi, si elle n'était pas représentée (5). Il doit inscrire également tout ce qui advient, à lui ou à sa femme, par succession, donation, ou de toute autre manière ; enfin, il a été jugé qu'il est tenu d'inscrire les opérations qu'il fait, même comme mandataire (6). Mais on ne peut exiger qu'il fasse des mentions plus détaillées que celles qu'a exigées la loi (7).

La disposition qui lui prescrit d'y mentionner les endossements d'effets est nouvelle, et a été exigée parce que « ces endossements, disait Regnaud de Saint-Jean-d'Angély au Corps législatif, ont souvent constitué une partie considérable du passif d'un failli. »

Les dépenses de sa maison ne doivent pas être détaillées sur

(1) *Analyse des Observ. des trib.*, p. 17.

(2) Caen, 21 fév. 1820.

(3) Pardessus, n. 86.

(4) Cass., 25 niv. an 10.

(5) Procès-verbaux, 14 fév. 1807. Locré, t. 17, p. 251.

(6) Cass., 24 déc. 1835 (J.P.36.1.371).

(7) Paris, 3 janv. 1846 (J.P.46.1.593).



le journal ; il suffit qu'il énonce, mois par mois, la somme qui y a été employée ; par maison, la loi n'entend pas seulement ici la maison de commerce, mais bien les dépenses personnelles du commerçant et de sa famille.

La loi exige, en outre, que le commerçant mette en liasse les lettres qu'il reçoit, et tienne copie sur un registre de celles qu'il envoie : ces mesures peuvent être utiles au commerçant dans le cas où des difficultés s'élèveraient au sujet d'une vente ou de toute autre négociation ; celui qui ne pourrait, à l'appui de ses présentations, ou pour sa défense, produire les lettres qu'il affirmerait avoir reçues, ou la copie de celles qu'il aurait envoyées, serait dans une position d'autant plus défavorable, qu'il se serait mis en contravention formelle avec le texte de la loi.

Le Code n'a pas étendu la disposition aux factures, ni aux traites et effets acquittés ; ces pièces, néanmoins, peuvent être quelquefois non moins utiles que la correspondance, et le commerçant fera bien de les conserver.

**57.** Le Code espagnol punit d'une amende le commerçant qui aura tenu ses livres en une autre langue que la langue nationale (1). Sous l'ancienne monarchie, les rois de France avaient défendu, à diverses reprises, de rédiger des actes publics en toute autre langue que la langue française, pour faire perdre, soit l'habitude du latin, soit le souvenir de leur ancienne nationalité à quelques provinces nouvellement réunies. Des défenses analogues ont été faites par la législation intermédiaire. M. Dalloz pense que ces dispositions sont applicables aux livres de commerce, parce que, pouvant être produits en justice, ils ont un caractère officiel (2); nous sommes d'un avis contraire ; et des livres régulièrement tenus, quoique en toute autre langue que la française, nous paraissent, dans le silence de la loi, parfaitement admissibles en justice, sauf l'obligation d'une traduction officielle, s'il y avait lieu. Les règles imposées pour la rédaction des *actes publics* ne nous

(1) Code espagnol, art. 54.

(2) Rép., v° *Commerçant*, n. 239 ; Molinier, t. 1<sup>er</sup>, n. 215 ; J. B. Paris, t. 1<sup>er</sup>, n. 540.

semblent pas, de plein droit, applicables aux livres de commerce.

Diverses lois rendues sous l'ancienne monarchie, sous la législation intermédiaire, et de nos jours, ont voulu assujettir au timbre les livres des commerçants ; la loi du 20 juillet 1857 a fait disparaître cette obligation, qui n'avait jamais été que bien imparfaitement exécutée : « A partir du 1<sup>er</sup> janvier 1858, porte l'art. 4, il sera ajouté trois centimes additionnels au principal de la contribution des patentés pour tenir lieu du droit de timbre des livres de commerce, qui en seront alors affranchis. »

Les livres peuvent être tenus en *parties simples* ou en *parties doubles*; ce dernier mode présente des avantages marqués ; il rend impossible de laisser une erreur inaperçue, et permet au négociant de se rendre un compte bien plus exact de sa position et du résultat de ses affaires et de chaque branche, même de son commerce ; toutefois, si des livres étaient régulièrement tenus en parties simples, aucun reproche ne pourrait être adressé au commerçant.

58. Il est bien peu de commerçants qui n'aient d'autres livres que le journal, le copie de lettres et le livre d'inventaire : aussi la loi, après avoir fait de ceux-ci une mention expresse, a nommé les livres auxiliaires dont l'usage sans être obligatoire, n'en est pas moins général. Le plus nécessaire est le *grand-livre*, qui indique au nom de chaque correspondant le résumé des négociations faites avec lui, et permet de saisir d'un coup d'œil ce dont il est débiteur ou créancier. Il faut y joindre le *livre de caisse*, qui énonce toutes les sommes qui chaque jour sortent de la caisse ou y entrent ; le *livre d'échéances*, où sont inscrits les engagements pris par le commerçant ; le *livre des traites ou billets*, qui contient l'énoncé de tous les effets négociables qui entrent ou qui sortent ; le *brouillard*, où l'on inscrit d'abord ce qui doit être reporté ensuite sur le livre-journal avec la netteté que ne comporte pas une inscription hâtive. Ces livres auxiliaires varient, selon l'espèce de commerce et le désir aussi du commerçant ; une énumération, même complète, serait, au reste, sans intérêt ; elle serait inutile pour les personnes initiées à la science de la tenue des li-

vres et insuffisante pour celles qui y sont étrangères, et qui doivent se reporter à un traité spécial de tenue de livres ; les principes en sont extrêmement simples, faciles à saisir, mais ne peuvent toutefois être donnés ici.

La loi devant être générale et s'appliquer à tous, ne pouvait imposer aux plus petits commerçants l'obligation de tenir tous les livres qui semblent nécessaires à un banquier, à un armateur, à un grand manufacturier ; l'article 8 répond à cette idée en parlant *des autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables*. Quelques Codes étrangers ont été plus explicites et ont proportionné le nombre des livres à tenir à l'espèce de commerce entrepris ; le Code russe, particulièrement, est entré dans des détails très-circostanciés à cet égard ; le Code français a été plus réservé ; mais il n'en résulte pas moins de la nature des choses que certains négociants, à raison de la nature particulière de leur commerce, auront nécessairement, outre les livres énumérés par la loi, d'autres livres spéciaux, dont la production pourrait être exigée en justice : « Considérant, a dit la Cour de Caen, qu'encore bien que le Code de commerce ne désigne pas nominativement, quant aux livres que doivent tenir les commerçants, un livre d'enregistrement et de numéros d'ordre, ces livres sont cependant implicitement compris dans ceux qui doivent contenir les négociations, acceptations ou endossements d'effets, et généralement tout ce qui est reçu et payé ; et que d'ailleurs, dès qu'il est évident qu'il en a été tenu de cette espèce, leur représentation peut être ordonnée (1). » Cet arrêt toutefois paraît aller un peu plus loin que la loi ; en pareille matière, les juges agiront donc avec une circonspection extrême ; et du moment qu'un doute s'élèverait, ils devraient admettre la dénégation du commerçant, sur l'existence d'un livre auxiliaire que la loi n'a pas désigné. « Attendu, dit un arrêt de la Cour de Paris, qu'aux termes des art. 8, 9 et 11, Cod. comm., les seuls livres que le négociant est dans l'obligation rigoureuse de tenir et de conserver pendant dix ans sont : le livre-journal ; le copie de lettres et le

(1) Caen, 28 juin 1828. Procès-verbaux, 13 janv. 1807. Locré, t. 17, p. 179.

registre des inventaires; que, dès lors, on ne peut d'une manière absolue ordonner la représentation des livres auxiliaires, qui, d'après la loi, ne sont pas indispensables (1). » Serait-il prouvé que le livre auxiliaire a été tenu, il devrait être certain encore qu'il a été conservé.

Le résumé des affaires faites par un commerçant avec chacun de ses correspondants forme ce que l'on appelle, en langue commerciale : *son compte*; quelquefois la nature des opérations traitées lui fait prendre le nom de : *compte courant*, et sous cette désignation particulière il a préoccupé tous les auteurs qui ont écrit sur le droit commercial, et a été l'objet de débats judiciaires; nous parlerons plus tard, en nous occupant du contrat de prêt, des difficultés que le *compte courant* a fait naître (*infra, sous l'art. 109*).

### ARTICLE 9.

Il est tenu de faire, tous les ans, **sous seing privé**, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers, et de ses dettes actives et passives, et de le copier, année par année, sur un registre spécial à ce destiné.

**59.** L'obligation de faire tous les ans un inventaire est imposée aux commerçants d'une manière impérative; aucun ne peut s'y soustraire; c'est sur la réclamation de plusieurs corps judiciaires que le conseil d'État a exigé que les inventaires fussent faits annuellement (2). La loi a pris soin de définir elle-même ce que devait contenir l'inventaire dont elle parle, et qui doit présenter d'une manière aussi complète que possible la véritable situation financière du commerçant; par suite, la Cour de cassation a jugé avec raison qu'il devait non-seulement constater l'existence matérielle des marchandises, mais encore leur valeur vénale, et qu'il y avait faux dans le cas où cette valeur avait été *frauduleusement exagérée* (3).

(1) Paris, 2 août 1843 (J.P.43.2.382).

(2) *Analyse des Observ. des trib.*, p. 17. Cour d'appel de Dijon, p. 135.

(3) Cass., ch. crim., 25 août 1853 (S.V.54.1.149).

Les inventaires, lorsqu'ils sont exigés en matière civile, doivent être faits par les notaires; l'article a pris soin de dire que celui dont il s'agit peut être fait sous seing privé : le commerçant peut donc y procéder par lui-même ou par ses commis.

Ces inventaires doivent être copiés, année par année, sur un registre spécial, qui, ainsi que nous allons le voir, doit être coté et parafé, pour éviter toute possibilité de fraude; mais la loi n'a pas autrement déterminé la forme dans laquelle cet inventaire doit être fait.

#### ARTICLE 10.

**Le livre-journal et le livre des inventaires seront parafés et visés une fois par année. — Le livre de copies de lettres ne sera pas soumis à cette formalité. — Tous seront tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes ni transports en marge.**

**60.** La loi ne soumet à la formalité du parafé et du visa que les deux livres indispensables à tout commerçant. Cette exigence a pour but d'empêcher, en aucun cas, la substitution de nouveaux registres qui pourraient être fabriqués après coup pour masquer des fraudes; elle en exempte le copie de lettres, parce que la représentation des lettres originales déjouerait aisément toute tentative coupable. Le magistrat, en accomplissant cette formalité, ne doit se livrer à aucun examen des écritures contenues dans les registres qui lui sont soumis.

Il y a lieu d'observer que l'art. 10 exige, indépendamment du visa qui doit être apposé avant qu'il soit fait usage des livres, un autre visa tout différent, qui consiste à faire arrêter les livres à la fin de chaque année. Ce visa a pour but de forcer les commerçants à tenir leurs écritures à jour (1).

L'article n'étend pas la disposition aux livres auxiliaires, dont le nombre peut être très-multiplié; d'ailleurs, si l'on peut tirer de tous quelquefois des inductions utiles en justice, le

(1) Bravard-Veyrières, p. 31.

livre-journal cependant contenant nécessairement les éléments dont se composent tous les autres (1), peut servir de contrôle et donne une garantie suffisante.

Tous les livres, sans exception, doivent, pour prévenir la possibilité des fraudes, soit par des intercalations, soit par des antidiates dans les articles constatant les paiements ou les recettes, être tenus sans blancs ni lacunes ; et les négociations seront transcrives jour par jour et par ordre ; c'est par des motifs semblables que le loi prohibe les transports en marge. Les règles de la tenue des livres obligent, lorsque le paiement d'un article est effectué, d'en faire sur le journal, à sa date, un article séparé, et non de le mentionner en marge ; la disposition de la loi est donc justifiée de toutes les manières ; une marche différente ouvrirait une porte à la fraude, en même temps qu'elle serait inconciliable avec les règles essentielles d'une comptabilité bien tenue.

Si une erreur a été commise, elle doit également être rectifiée par un article particulier porté à la date du jour où l'erreur a été découverte et ne pas donner lieu à des surcharges ou à des interlignes.

Il semble naturel d'exiger que les livres soient reliés ; des feuilles volantes rendraient les précautions prises par la loi sans efficacité (2).

**61.** Des dispositions analogues à celles qui sont prescrites dans cet article et le suivant existaient déjà dans l'ordonnance de 1675 (tit. 3, art. 3) ; mais Jousse constate qu'elles n'étaient observées qu'en partie : « On n'y tient même pas la main dans les jurisdictions consulaires, dit-il, et ce défaut d'observation de la loi a même été autorisé par des arrêts. Ainsi, un journal qui ne serait aujourd'hui ni signé, ni parafé, ni coté, n'empêcherait pas un marchand de pouvoir demander ce qui lui est dû pour raison de son commerce en vertu de ce journal, si d'ailleurs il est tenu de suite, et par ordre de date et sans aucun blanc, et si celui qui forme cette demande est d'une

(1) Regnaud de Saint-Jean-d'Angély, Procès-verbaux, 14 fév. 1807. Locré, t. 17, p. 252 et 253.

(2) Massé, t. 6, n. 179 ; Molinier t. 1<sup>er</sup>, n. 215 ; J. B. Paris, t. 1<sup>er</sup>, n. 526.

probité connue et incapable de supposer des articles faux. Ce défaut de parafe et de signature ne fait pas non plus présumer la fraude dans le cas de faillite d'un marchand : on juge qu'il a négligé de se soumettre à la formalité établie par la loi ; et cette négligence est excusée, quand sa bonne foi paraît d'ailleurs. »

Cet état de choses avait engagé plusieurs villes de commerce à émettre l'avis que toutes ces précautions étaient superflues ; mais la commission persista avec raison. « Il ne s'ensuit pas, a-t-elle dit, de ce qu'on a désobéi à une loi, qu'elle soit toujours sans but d'utilité (1). »

Des juges cependant, et les juges consulaires surtout, de nos jours encore, mettraient sans doute une grande différence entre les livres irréguliers, faute de s'être conformé aux formalités exigées par la loi, et entre des livres mal tenus ; mais la loi néanmoins les assimile et on ne peut trop engager les commerçants à se conformer à ses prescriptions.

En cas de débats entre deux commerçants, nul doute que celui des deux qui se serait scrupuleusement conformé à la loi ne pût établir par ce moyen une preuve à son profit, et en ce qui concerne le défendeur, il a été jugé que des livres qui n'avaient pas été visés et parafés, conformément à la loi, ne pouvaient par cela seul faire foi en justice de leur teneur, ni autoriser le juge à déferer le serment (2).

### ARTICLE 11.

Les livres dont la tenue est ordonnée par les articles 8 et 9 ci-dessus seront cotés, parafés et visés, soit par un des juges des tribunaux de commerce, soit par le maire ou un adjoint, dans la forme ordinaire et sans frais. Les commerçants seront tenus de conserver ces livres pendant dix ans.

(1) *Analyse raisonnée des Observ., etc.*, p. 46.

(2) Rennes, 23 août 1824.

**62.** C'est sur les observations du Tribunat que la faculté de viser les livres de commerce a été étendue, même dans les lieux où il existe des tribunaux de commerce, aux maires et adjoints (1), et les commerçants peuvent indifféremment s'adresser à ceux-ci ou aux juges.

La mention mise en tête du livre, datée et signée et faisant connaître la qualité du magistrat qui donne le visa, indique le nombre de feuillets que le livre contient, l'usage auquel il est destiné, la maison de commerce qui veut s'en servir. Chaque feuillet est ensuite numéroté et paraphé et le dernier est signé. Ces précautions rendent évidemment impossible toute addition ou suppression de feuillets.

**63.** La disposition qui oblige les commerçants à garder leurs livres pendant dix ans est nouvelle ; elle a eu pour but de faciliter le contrôle des énonciations, portant, suivant la prescription de l'art. 8, sur tout ce que le commerçant a reçu et payé, à quelque titre que ce soit. Ce laps de temps sera peut-être insuffisant quelquefois, mais on a craint, en exigeant plus, d'astreindre les commerçants à une trop grande gêne. Quelques Codes étrangers n'ont pas été arrêtés par cet obstacle : les lois de Hollande, du Portugal, du Wurtemberg, imposent aux négociants l'obligation de conserver leurs livres pendant trente ans (2) ; le Code espagnol les oblige, sous leur responsabilité, à les garder jusqu'à la complète liquidation de toutes leurs affaires commerciales (3).

En France même, il ne peut être douteux que les livres gardés au delà du terme de dix ans conservent toute leur valeur et peuvent être produits par le commerçant qui les a en sa possession, puisque la plupart des obligations commerciales ne se prescrivent, comme les obligations civiles, que par trente ans. Mais la production peut-elle également en être demandée contre eux ? La Cour de Caen a dit avec raison à cet égard : « Attendu qu'il est vrai qu'aux termes de l'art. 11 du Code

(1) Locré, t. 47, p. 303.

(2) Code hollandais, art. 9 ; Code portugais, art. 223 ; Code du Wurtemberg, art. 41.

(3) Code espagnol, art. 55.

de commerce, les commerçants ne sont tenus de conserver que pendant dix ans les livres qu'ils sont obligés de tenir; mais que néanmoins, quand il est certain qu'il les ont conservés au delà de dix ans, qu'ils les ont entre les mains et qu'ils sont nécessaires pour éclairer la justice, rien ne s'oppose à ce que les commerçants soient également forcés de les représenter(1);» et le même arrêt décide que, faute de se soumettre à ce qui serait ordonné par justice, les commerçants peuvent même y être tenus, sous contrainte de payer la somme déterminée par le tribunal. « La présomption légale, disent MM. Delamarre et Lepoityin, qui de sa nature doit céder à la vérité, cesse dès ce moment; le magistrat, affranchi de son empire, peut ordonner la représentation, et, si on la refuse, déférer le serment à l'autre partie(2). »

Toutefois, après l'expiration des dix années, l'affirmation du commerçant qu'il n'a pas conservé ses livres devrait être admise: « La vérité de cette assertion, a dit la Cour d'Agen, se trouve établie par la loi(3), » et aucun reproche ne peut être adressé à celui qui les a détruits; si son adversaire, plus soigneux, les avait conservés, il ne pourrait prétendre qu'ils font preuve en sa faveur, puisqu'ils ne pourraient plus être contrôlés par ceux de l'autre partie.

Ces principes permettent de résoudre une difficulté très-bien expliquée par M. Horson: « La demande en paiement d'une facture ou d'un solde de compte courant s'établit principalement par les registres de commerce du demandeur; mais c'est aussi à l'aide de ses écritures que l'assigné peut se défendre:... comment donc concevoir que trente ans durant on puisse produire contre lui des demandes que ces registres pourraient aider à repousser(4)? »

Cette demande ne pourrait évidemment être rejetée comme prescrite(5), mais, si les juges ne sont jamais tenus de s'en rapporter aux livres qui sont produits, c'est surtout en pa-

(1) Caen, 24 juin 1828 (D.P.30.2.155).

(2) *Contrat de comm.*, t. 1<sup>er</sup>, n. 286.

(3) Agen, 26 décembre 1811.

(4) *Ques. sur le Code de comm.*, q. 4.

(5) Rouen, 10 novembre 1817.

reille circonstance qu'ils doivent user du pouvoir que la loi leur donne pour repousser une action formée après dix ans et qui n'est établie que par les livres du demandeur ; à moins de circonstances toutes particulières, toutes favorables, l'équité exige qu'une demande aussi tardivement formée, aussi incomplètement justifiée, soit immédiatement rejetée (V. *suprà*, n. 57).

## ARTICLES 12 ET 13.

**12.** Les livres de commerce, régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce.

**13.** Les livres que les individus faisant le commerce sont obligés de tenir, et pour lesquels ils n'auront pas observé les formalités ci-dessus prescrites, ne pourront être représentés ni faire foi en justice, au profit de ceux qui les auront tenus ; sans préjudice de ce qui sera réglé au livre des *Faillites et Banqueroutes*.

Commencem. de preuve, 68.	Livres réguliers, 71.	Opérat. non commerciale, 64.
Livres auxiliaires, 70.	Livres des tiers, 72.	Preuve contraire, 69.
Livres domestiques, 69.	Loi étrangère, 72.	Preuve de faits illicites, 72.
Livres irréguliers, 70, 71.	Non-commercant, 63, 69.	Serment, 65 et s.

**64.** La rédaction définitive de l'art. 12 adoptée sur les observations du Tribunat (1) enlève toute équivoque sur la manière dont cet article doit être entendu ; la preuve par les livres ne peut être offerte que par un commerçant contre un commerçant ; la disposition ne s'applique, en outre, qu'aux contestations élevées entre eux pour faits de commerce et lorsque les livres sont régulièrement tenus.

Les livres d'un commerçant ne pourraient donc être produits contre un individu non commerçant, même pour un fait de commerce ; l'obligation de tenir des livres n'étant pas imposée à celui-ci, les armes ne seraient plus égales (2).

(1) Observ. du Tribunat, Locré, t. 47, p. 303.

(2) Contrâ, J. B. Paris, t. 1<sup>er</sup>, n. 566. V. *suprà*, n. 38.

Même entre commerçants, si le fait à prouver n'est pas acte de commerce de part ni d'autre, le différend est purement civil, et l'art. 12 ne peut être invoqué ; mais, si la contestation est entre deux commerçants, serait-il nécessaire que l'opération fût commerciale des deux côtés pour que l'art. 12 fût applicable ; les opinions sont partagées. M. Pardessus, après avoir exposé les raisons de douter, hésite à se prononcer (1) : si l'affirmative était adoptée, les livres d'un commerçant devant contenir la mention même des opérations étrangères à son commerce, il semble que personne ne pourrait se plaindre de cette manière d'appliquer la loi, conforme au texte, puisque, d'un côté au moins, le fait est commercial. Cependant, le principe en vertu duquel le commerçant se fait un titre à lui-même au moyen de ses livres étant contraire au droit commun, nous croyons qu'il doit être appliqué de la manière la plus restreinte et qu'il y a lieu d'exiger que les deux parties soit commerçantes, et le fait à prouver commercial de part et d'autre (2). Le défendeur, toutefois, serait toujours admis à produire ses livres, s'il le jugeait utile, mais ne pourrait pas s'opposer, dans ce cas, à ce que le demandeur produisît les siens.

**65.** L'art. 1329, Cod. Nap., porte que les registres des marchands ne font point preuve contre les personnes non marchandes des fournitures qui y sont portées, *sauf*, ajoute le texte, *ce qui sera dit à l'égard du serment*.

En se reportant aux dispositions du Code Napoléon, on trouve que le législateur a reconnu deux espèces de serment judiciaire (art. 1357) : l'un appelé *serment décisoire*, prêté sur quelque contestation que ce soit, en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (art. 1558 et 1560). Ce serment ne peut être déféré que volontairement par l'une des parties, qui consent à s'en remettre à l'affirmation de son adversaire, soit à cause de la confiance qu'elle a en elle, soit

(1) *Droit comm.*, n. 258.

(2) Delvincourt, *Droit comm.*, t. 2, p. 47 ; J. B. Paris, n. 576 ; Bédarride, n° 250. — *Contrâ*, Massé, t. 6, n. 433.

parce qu'elle est dénuée de toute espèce de preuve à l'appui de sa demande et comme ressource extrême. Aucune difficulté n'existe sur le serment décisoire.

L'autre serment judiciaire, appelé serment *supplétoire*, est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation (Cod. Nap., art. 1566). Mais, si la demande est pleinement justifiée, ou si elle est totalement dénuée de preuves, le juge n'a pas le droit de déférer le serment supplétoire : dans l'un ou l'autre cas, il doit accueillir ou rejeter la demande purement et simplement (Cod. Nap., 1567).

**66.** Il peut y avoir indécision pour savoir si ces mots de l'art. 1329 : *sauf ce qui sera dit à l'égard du serment*, doivent être entendus dans ce sens, qu'ils réservent au juge, lorsqu'un commerçant ne peut produire à l'appui d'une demande formée contre une personne non commerçante d'autre preuve que ses livres, le droit de déférer le serment supplétoire, et, par suite, dans ce cas, d'admettre la production des livres comme un commencement de preuve au moins, en faveur du commerçant : et il est à remarquer que la différence que l'on pouvait tenter d'établir entre la preuve et le commencement de preuve serait ici purement nominale, puisque, même entre commerçants, les livres n'ont jamais le caractère de preuve complète et péremptoire, emportant nécessairement condamnation.

La plupart des auteurs, il faut le dire, ont soutenu l'affirmative, lorsque les livres régulièrement tenus sont d'ailleurs appuyés par des présomptions favorables, et même lorsqu'il s'agit de sommes ou de valeurs excédant 150 fr. (1) ; et cette opinion peut sembler équitable, mais des raisons de principe nous paraissent avoir décidé le législateur à résoudre la question en sens contraire ; des textes formels et les explications qui les ont accompagnés ont manifesté ses intentions.

(1) Merlin, *Rép.*, v<sup>e</sup> *Preuve*, sect. 2, § 2, art. 2, n. 5; Maleville, sur l'art. 1329; Delvincourt, Cod. Nap., t. 2, p. 67, note 5; Toullier, t. 8, n. 368, et t. 9, n. 70; Duranton, t. 13, n. 620; Pardessus, n. 257; Dageville, t. 1<sup>er</sup>, p. 59; Bravard, p. 31; Massé, t. 6, n. 127 et 128; Bonnier, n. 634.

**67.** Le sens que la loi a voulu donner à l'art. 1529 nous paraît clairement indiqué par l'exposé des motifs fait au Corps législatif : « La foi due aux livres des marchands, disait M. Bigot-Préameneu, doit être considérée respectivement à eux-mêmes et respectivement aux autres citoyens. Il ne s'agit point, dans le Code Napoléon, des règles ou des usages particuliers aux marchands entre eux. Quant aux personnes qui ne sont pas dans le commerce, on a dû *maintenir la règle, suivant laquelle nul ne peut se faire de titre à soi-même*; et l'ordre que les marchands sont obligés de tenir dans leurs registres ne saurait garantir que les fournitures qui y sont portées soient réelles. Ils n'ont, à cet égard, d'autre droit que celui d'exiger le serment des personnes qui contesteraient leur demande. » Le sens de l'article est expliqué par ces paroles de manière à ne pas laisser le moindre doute : on a voulu revenir au principe du droit commun, qui ne permet à personne de se faire un titre à soi-même, principe dont on paraissait s'être écarté dans l'usage (Pothier, *Obligations*, 4<sup>e</sup> partie, ch. 1<sup>er</sup>, n. 719). M. Maleville, il est vrai, a prétendu que M. Bigot-Préameneu s'était trompé (1), mais il n'avait pas, au moment où il écrivait, qualité officielle pour démentir une explication donnée par l'orateur même du Gouvernement ; et celui-ci aurait pu à bien meilleur droit, à coup sûr, accuser d'erreur M. Maleville.

En admettant même que la controverse fût encore permise jusqu'à la promulgation du Code de commerce, l'art. 12 spécial à la matière, postérieur en date, devrait être seul suivi, et sa disposition est absolue.

Sans doute, la rédaction de l'art. 1529 contient une réserve surabondante, si elle ne s'applique qu'au serment décisoire, et sera, si l'on veut, défectiveuse ; mais, à coup sûr, ce ne serait pas le seul article du Code Napoléon qui mériterait un semblable reproche, et cette raison est loin de nous sembler péremptoire.

Nous pensons donc que la loi est trop formelle pour permettre aux juges de défercer le serment supplémentaire contre le dé-

---

(1) *Analyse raisonnée*, etc., sur l'art. 1529.

fendeur non commerçant, sur la seule production des livres du demandeur commerçant ; c'est l'opinion consacrée par la Cour de cassation (1).

**68.** Nous pensons également que les livres d'un commerçant produits contre un défendeur non commerçant ne peuvent être considérés comme un commencement de preuve par écrit, autorisant la preuve testimoniale. Si, en combinant les dispositions du Code de commerce avec les art. 1329 et 1367, C. Nap., il a été possible de croire que la loi permettait de déferer le serment supplétoire dans le cas que nous venons d'examiner, ce serait, non plus interpréter un texte, mais le créer, que d'autoriser, en outre, la preuve par témoins contre le défendeur non commerçant (2) ; la question est cependant controversée (3).

**69.** Le Code de commerce, en statuant que les livres de commerce régulièrement tenus seront admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce, n'a pas voulu cependant que ces livres fussent forcément reçus, comme établissant d'une manière complète tout ce qui s'y trouve porté ; la loi ne leur attribue jamais la force d'une preuve nécessaire et péremptoire, quelque restreint que soit le cercle dans lequel cette règle serait reçue ; le texte se borne à dire : *ils peuvent être admis* ; et la preuve contraire est, dans tous les cas, toujours réservée en faveur du commerçant qu'ils semblent condamner (4). A plus forte raison la demande peut-elle être établie par d'autres moyens ; et il a été jugé que la justification d'une créance commerciale pouvait être faite par tous les genres de preuve abandonnés à l'appréciation souveraine du juge (5). Mais nous pensons, avec M. Pardessus,

(1) Cass., 30 avril 1838 (J.P.38.2.412). — *Sic*, Vazeille, *Prescript.*, n. 551 ; Chardon, *du Dol et de la Fraude*, t. 1<sup>er</sup>, n. 145 ; Curasson, t. 1<sup>er</sup>, n. 42 ; Paris, t. 1<sup>er</sup>, n. 565.

(2) Massé, t. 6, n. 129 ; Bravard, p. 31 ; J. B. Paris, n. 568.

(3) Toullier, t. 8, n. 369, et t. 9, n. 70 ; Bédaride, n. 256. Un arrêt de la Cour de cassation, du 10 août 1840 (S.V.40.1.875), ne peut être cité ; la question est posée à un autre point de vue.

(4) Pardessus, n. 260.

(5) Cass., 22 mars 1853; *Moniteur*, 31 mars 1853.

sus, qu'un commerçant n'est pas autorisé néanmoins à refuser la représentation de ses livres, quand même il ne les invoquerait pas et se fonderait sur un acte authentique, parce qu'il n'est pas impossible qu'ils puissent servir à prouver l'exception du défendeur, alléguant que la créance est usuraire, ou qu'une lettre de change, par exemple, n'est pas régulière, ou qu'il a reçu quelques paiements dont les livres porteraient la trace (1), et sauf au juge à apprécier.

Dans le cas prévu par l'art. 17, le commerçant est tenu de produire ses livres, alors même qu'il s'agirait de dettes civiles, si la partie adverse offrait d'y ajouter foi ; et cette offre peut être faite pour la première fois en appel (2).

Les principes généraux, parfaitement applicables en cette circonstance, ne permettent pas, à celui qui voudrait tirer avantage des livres de son adversaire, de les diviser et de prétendre faire admettre les énonciations qui sont à son avantage, en repoussant les autres (Cod. Nap., art. 1530). Cette règle n'est pas modifiée, quand les livres produits sont irréguliers.

L'individu non commerçant ne pourrait jamais être tenu à représenter ses livres domestiques (3).

**70.** Nous avons parlé déjà des livres dont la tenue n'est pas exigée, ou livres auxiliaires (*suprà*, n° 58) ; des livres non cotés ni parafés (*suprà*, n° 61) ; de ceux qui ont plus de dix ans de date, quand il est prouvé qu'ils existent encore (*suprà*, n° 65).

Si les livres que la loi admet à servir de preuve ne sont pas exclusivement ceux que la loi déclare indispensables à tout commerçant, il est bien certain qu'à défaut de ceux-ci le juge ne pourrait se contenter des autres ; il est impossible, s'ils sont seuls, qu'ils constituent une comptabilité commerciale régulièrement tenue. Les livres auxiliaires contiendront quelquefois des développements utiles pour apprécier l'objet du litige, mais ils ne peuvent pas plus suppléer le *Journal* que

(1) Pardessus, n. 259; J. B. Paris, n. 603.

(2) Cass., 25 niv. an 10.

(3) Cass., 2 fév. 1837 (J.P.40.1.500); Rennes, 31 mars 1849 (J.P.49.2.249).

le contredire, et, s'il y avait désaccord, c'est au *Journal* seul que foi serait due. Le *Journal*, le Livre d'inventaires, le Copie de lettres, sont les seuls livres qui peuvent en définitive être invoqués (1).

La rédaction première de l'art. 13 portait d'une manière absolue que les livres irréguliers ne pourraient servir de titres dans aucun cas, ni fournir même un commencement de preuve. Cette disposition fut critiquée (2) et a été modifiée. Ils ne peuvent donc être opposés à l'adversaire dont les livres sont réguliers; mais celui-ci peut, dans tous les cas, en réclamer la production, et ils font foi contre celui qui les a tenus.

L'irrégularité ne peut être relevée que par des tiers et non par des associés, par exemple, les uns contre les autres, puisqu'ils sont tous également en faute (3).

**74.** Lorsque les livres des deux parties sont produits, et qu'ils s'accordent pour établir le même fait, il y a lieu d'y ajouter foi entière, et sans distinguer même s'ils sont ou non régulièrement tenus (4); il faudrait au moins des circonstances tout exceptionnelles pour détruire une semblable preuve.

Si les livres sont en désaccord, ils ne peuvent plus être invoqués; le juge recourra à d'autres circonstances pour décider. Dans la rigueur des principes, le demandeur ne prouvant pas sa demande d'une manière complète devrait être repoussé; mais il ne faut pas oublier que tous les genres de preuves sont admis en droit commercial, et les juges pourront recourir à d'autres présomptions. Mais des livres irrégulièrement tenus, opposés à des livres réguliers, n'ont plus aucune valeur, et ne peuvent faire même un commencement de preuve. Il ne s'ensuit pas, ainsi que l'enseigne Toullier (5), que les conclusions de la partie qui présente des livres réguliers doivent nécessairement être admises, « Nul doute, disent MM. Dela-

(1) Pardessus, n. 258; Delamarre et Lepoitvin, t. 1<sup>er</sup>, n. 287; Paris, n. 556.  
V. Massé, t. 6, n. 147.

(2) Observations, etc., t. 2, 1<sup>re</sup> part., p. 165, 345, 529; 2<sup>e</sup> part., p. 4, 23, 96,  
280, 320, 524.

(3) Cass., 7 mars 1837 (S.V.37.1.940).

(4) Delamarre et Lepoitvin, t. 1<sup>er</sup>, n. 282.

(5) T. 8, n. 383.

marre et Lepoitvin, que le défendeur ne soit en faute pour n'avoir pas tenu de livres; mais aucune disposition légale ne dit que, pour cette faute, il sera condamné *de plano* » (1). Le juge peut, en effet, se décider par d'autres motifs.

La position serait beaucoup plus défavorable, si, à la production de livres réguliers, le défendeur opposait le refus de produire les siens, lorsqu'il n'est pas contesté qu'il les a tenus. Il faut assimiler ce cas à celui où les livres sont d'accord; il ne peut avoir d'autre motif à donner à l'appui de son refus.

**72.** MM. Delamarre et Lepoitvin examinent le cas où la contestation existe entre un Français, dont les livres sont irrégulièrement tenus, et un étranger, un Espagnol, par exemple; dans certains cas, les livres de commerce font pleine foi de leur contenu, d'après le Code espagnol; nos auteurs en concluent que le juge français est tenu de prendre pour constant le fait constaté par les livres du commerçant espagnol: « Nous pensons même, ajoutent-ils, que, s'il ne le faisait pas, son jugement devrait être cassé pour violation de l'art. 42 du Code de commerce espagnol, devenu accidentellement une loi française entre les contractants (2). » Nous ne pouvons admettre ce principe; la loi française a cru ne devoir jamais accorder une foi entière à des livres de commerce: suivre une règle opposée, ce serait s'exposer à voir le jugement cassé pour violation du Code de commerce français, dont la garde est exclusivement confiée à la Cour suprême.

Si la partie française présente elle-même des livres réguliers, MM. Delamarre et Lepoitvin conviennent sans difficulté que ces livres se neutralisent et que le juge doit juger selon les règles du droit.

Les livres ne pourraient être produits pour prouver des faits illicites et repoussés par la loi, tels que des paris sur la hausse et la baisse des effets publics; ces faits ne doivent pas être considérés comme actes de commerce (3).

(1) *Contr. de comm.*, t. 1<sup>er</sup>, n. 284.

(2) *Id.* n. 288.

(3) Paris, 14 mars 1853 (S.V.53.2.256).

La loi ne parle que des livres *des parties*; les livres des tiers sont en dehors des règles qui viennent d'être exposées; s'ils contenaient des renseignements utiles et étaient volontairement produits, le juge pourrait apprécier les énonciations qu'ils contiendraient et les assimiler à un simple témoignage.

#### ARTICLE 14.

La communication des livres et inventaires ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société, et en cas de faillite.

**75.** La communication dont parle l'art. 14 est complète; les livres sont remis pour être feuilletés et lus en entier (1); et la disposition s'applique également à tous les registres, sans distinction.

Si le commerçant décédé laisse plusieurs héritiers, chacun a un droit égal à prendre communication des livres, et l'un d'eux ne peut les retenir et refuser de les laisser voir par ses cohéritiers.

L'intérêt et les principes sont les mêmes, en cas de communauté, pour tous ceux qui y participent. Si le mari commun en biens est décédé, sa femme peut prendre communication des livres; si c'est la femme, ses héritiers ont le même droit.

S'il y a partage de société, la communication des livres qui ont appartenu à chaque associé pendant tout le cours de la société ne peut être refusée au moment où chacun d'eux doit y voir quelle part lui revient dans les bénéfices ou dans les pertes. Ce droit ne doit pas appartenir exclusivement à l'associé en nom collectif, mais bien évidemment aussi à l'associé commanditaire et même à l'actionnaire d'une société anonyme (2).

Enfin, dans le cas de faillite, cette nécessité est évidente,

(1) Procès-verbaux, 13 janv. 1807; Locré, t. 17, p. 179.

(2) Bédarride, n. 286 et 287.

mais sera plus amplement expliquée et justifiée au livre des faillites.

L'énumération faite par l'art. 14 est limitative, et il n'est pas permis de l'étendre : « En obligeant les commerçants, dit Locré, à tenir des registres qui leur permettent de justifier à tout moment de leur situation, il a fallu pourvoir, d'un autre côté, à ce qu'on n'abusât pas de cette mesure pour pénétrer, quand on voudrait, dans le secret de leurs affaires, de leur correspondance, de leurs spéculations (1). »

### ARTICLE 15.

Dans le cours d'une contestation, la représentation des livres peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend.

**74.** La production des livres peut être offerte par celui qui les a tenus, requise par son adversaire ou ordonnée d'office par le juge : nous avons parlé sous l'art. 12 des deux premiers cas, l'art. 15 s'applique au troisième.

Lorsque la représentation des livres a été requise, si le commerçant refuse de les produire, le juge peut l'y contraindre par toutes les voies de droit, quand il pense que cette représentation est nécessaire pour éclairer la justice (2); mais en l'absence même de toute offre ou de toute réquisition, le juge, quand il le croit opportun, ordonnera la représentation, non plus, comme dans le cas prévu par l'art. 14, afin de les remettre aux parties pour être examinés et compulsés en entier, mais seulement à l'effet, dit le texte, d'en extraire ce qui concerne le différend : les mots *même d'office*, ajoutés sur la proposition de M. Treilhard (3), disent clairement le pouvoir que la loi a voulu donner au juge. Le juge seul prend connaissance de l'extrait qui a été fait. « Ce qui distingue la communication

(1) *Esprit du Code de comm.*, t. 1<sup>er</sup>, p. 93.

(2) Caen, 24 juin 1828.

(3) Procès-verbaux, 7 janv. 1807; Locré, t. 17, p. 179.

des livres de leur représentation, dit M. Bédarride, c'est que, dans la première, le commerçant se dessaisit de ses livres en faveur des parties intéressées, libres, dès lors, de les examiner et de les compulser dans toutes leurs parties. Dans la seconde, au contraire, le commerçant est autorisé à ne pas s'en dessaisir, à ne pas les perdre de vue ; il est tenu de les représenter seulement pour qu'en sa présence et avec son concours on puisse en extraire ce qui concerne le différend (1). »

D'un autre côté, le juge reste toujours maître de ne pas ordonner la représentation, même quand elle est requise, avec offre par la partie d'y ajouter foi : « Attendu, a dit la Cour de cassation, que les dispositions du Code de commerce qui concernent la représentation des livres des négociants sont purement facultatives ; que la loi abandonne à la prudence des juges l'appréciation des circonstances qui peuvent en faire admettre ou rejeter la communication, et que leur décision à cet égard ne saurait présenter un moyen de cassation. » La jurisprudence est constante sur ce point (2).

**75.** Il a été jugé que le dépôt des livres d'un négociant au greffe d'un tribunal pour être mis sous les yeux du juge et demeurer seulement à sa disposition ne constitue pas la communication prévue et réglée par l'art. 14, mais bien simplement la représentation autorisée par l'art. 15 (3). Cette décision, toutefois, est critiquée par M. Bédarride, et avec raison peut-être (4) ; dans ce cas, il y avait dessaisissement complet de la part du commerçant ; et les juges seuls sans doute, mais eux, au moins, pouvaient prendre une connaissance entière, non d'un seul point, objet du différend, mais de l'ensemble même des affaires du commerçant.

La même appréciation a été faite de l'apport des livres d'un commerçant au greffe de la Cour pour être remis, même à un expert, qui en extraîtra tout ce qui peut jeter du jour sur le

(1) *Comm. du Code de comm.*, n. 321.

(2) Cass., 20 août 1818 ; 18 déc. 1827 ; 4 fév. 1828 et 13 août 1833 (S.V.35. 1.614).

(3) Cass., 25 janv. 1843 (S.V.43.1.219).

(4) *Comm. du Code de comm.*, n. 300.

différend (1); l'observation critique de M. Bédarride s'appliquera avec bien plus de force encore dans cette circonstance.

Enfin, il a été décidé que les juges d'appel, à cause des délais qu'entraîne nécessairement la vérification des livres, pouvaient obliger l'appelant qui la requiert devant eux à fournir caution : « Attendu, a dit la Cour de cassation, qu'aucune loi ne prohibe aux tribunaux les précautions tendant à prévenir toutes les fraudes et effets de la mauvaise foi, dont l'appréciation appartient aux Cours et tribunaux, et qu'il ne résulte aucun excès de pouvoir de la disposition attaquée (2). »

Le pouvoir du juge s'étend aux livres auxiliaires comme aux autres; à ceux qui ont plus de dix ans de date comme à ceux qui sont plus récents, si les uns et les autres existent, quoique le commerçant ne soit pas tenu de les avoir (*suprà*, n. 58 et 63).

On voit donc qu'en toute occasion la jurisprudence a interprété de la manière la plus large les dispositions de la loi en ce qui concerne les pouvoirs du juge.

### ARTICLE 16.

En cas que les livres dont la représentation est offerte, requise ou ordonnée, soient dans des lieux éloignés du tribunal saisi de l'affaire, les juges peuvent adresser une commission rogatoire au tribunal de commerce du lieu, ou déléguer un juge de paix pour en prendre connaissance, dresser un procès-verbal du contenu, et l'envoyer au tribunal saisi de l'affaire.

**76.** L'utilité des mesures ordonnées par l'art. 16 est facilement appréciable; mais le texte a eu soin de dire que la contestation reste soumise aux mêmes juges, qui prononceront sur le vu des documents qui leur seront transmis, comme ils l'auraient fait sur le vu des livres mêmes.

(1) Cass., 22 fév. 1848 (S.V.48.1.262).

(2) Cass., 19 avr. 1820.

« On appelle commission rogatoire, dit Dageville, tout jugement ou ordonnance d'un tribunal ou d'un juge par lesquels il charge un autre de faire à sa place et pour lui, dans les lieux éloignés, ce qu'il serait obligé de faire dans le lieu où il est. »

Cette mission porte le nom de commission rogatoire, quand elle est confiée à une autorité du même degré de juridiction ; si elle est adressée par un tribunal de commerce à un juge de paix, elle prend le nom de délégation ; l'art. 16 maintient cette différence.

Quelques auteurs ont assimilé cette opération aux compulsoires dont parle le Code de procédure civile (Cod. proc. civ., 846 et s.), et pensent qu'il est nécessaire pour sa régularité que la partie adverse y soit présente ou appelée (1). Nous ne pouvons partager cette opinion ; il n'y a pas lieu de feuilleter et d'examiner les livres dans leur ensemble ; c'est un fait matériel à accomplir pour ainsi dire, et le tribunal ou le juge délégué peut agir sans l'assistance des parties pour extraire des livres ce qui concerne le différend ; mais les parties intéressées seront ensuite admises à examiner et à discuter le procès-verbal sur lequel le jugement sera prononcé (2).

## ARTICLE 17.

*Si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie.*

77. Cet article a consacré légalement ce que la doctrine et la jurisprudence avaient déjà admis sous l'ancien droit.

Déférer le serment, c'est enjoindre d'affirmer sous la foi du serment les faits allégués par l'une des parties, soit pour sa défense, soit à l'appui de sa demande. En matière civile, le serment est déféré presque exclusivement au défendeur. Cet

(1) Massé, t. 6, p. 144; J. B. Paris, t. 1<sup>er</sup>, n. 638.

(2) Vincens, t. 1<sup>er</sup>, p. 274; Dageville, t. 1<sup>er</sup>, p. 67; Pardessus, n. 1374; Paris, 28 août 1813.

article fait exception à cette règle et n'établit aucune distinction.

Il faut prêter une attention particulière au cas prévu par la loi ; elle suppose qu'une des parties, non-seulement a réclamé la production des livres de son adversaire, mais a fait l'offre formelle devant le juge d'y ajouter foi, dans le cas où ils seraient présentés. Dans une pareille hypothèse, si la partie refuse de représenter ses livres, elle élève contre elle une assez forte présomption pour qu'il soit juste de permettre au juge de déferer le serment et d'en faire dépendre l'issue du procès : la présomption existe au même degré contre elle, soit qu'elle n'ait réellement aucun titre à l'appui de sa demande, soit qu'elle ne puisse rien opposer à la réclamation qui est dirigée contre elle.

Toutefois, la loi n'a pas établi une règle inflexible ; elle abandonne, même dans ce cas, au juge, un pouvoir discrétionnaire. Il est possible, en effet, que la partie qui refuse de produire ses livres puisse donner de sa manière d'agir une explication satisfaisante : le juge ne sera donc pas lié par une disposition impérative et pourra apprécier (1).

**78.** La discussion s'est élevée pour savoir si, lorsque la représentation des livres est requise, le juge peut l'ordonner et contraindre l'adversaire à s'y soumettre, quand celui qui la réclame n'offre pas, en même temps, d'y ajouter foi. Sous l'ancienne jurisprudence cette condition était exigée, dans tous les cas, pour que le juge pût ordonner la représentation ; il n'en est pas de même aujourd'hui, quand il agit d'office ; mais l'esprit de la loi nous paraît décider qu'une partie n'est recevable à requérir la production des livres de son adversaire que sous l'offre d'y ajouter foi. On ne peut oublier qu'il semble déjà singulier de soumettre la partie adverse à produire elle-même la preuve qui doit la faire condamner ; si, en droit commercial, cette règle est admise, c'est bien le moins que celui qui n'a pas d'autre document pour attaquer ou se défendre que ceux qu'il espère trouver chez son adversaire

---

(1) Cass., 5 avr. 1823 et 18 janv. 1832 (S.V.33.1.74) ; Delamarre et Lepoitvin, t. 1<sup>er</sup>, n. 284 ; Massé, t. 6, n. 138.

soit contraint de les admettre, quand ils seront produits, et que le différend soit ainsi terminé (1).

Toullier enseigne que celui qui a offert d'ajouter foi aux livres est relevé de cette obligation, s'ils se trouvent irréguliers (2). M. Pâris pense qu'il a fait erreur en émettant cette proposition (3). Nous ne pouvons partager cette opinion. Une réserve a pu être faite d'une manière expresse, en même temps que la réquisition, mais, en dehors de cette hypothèse même, cette réserve nous semble sous-entendue, s'il n'y a pas eu renonciation formelle; la confiance qu'on était disposé à prêter aux livres réguliers, on peut, à coup sûr, la refuser à des livres informes qui ne remplissent pas les conditions de la loi. Ce n'est pas à la foi de son adversaire que la partie s'en rapporte, mais aux garanties qui résultent d'une bonne comptabilité commerciale.

### TITRE III.

#### *Des Sociétés.*

##### SECTION PREMIÈRE.

*Des diverses sociétés et de leurs règles.*

#### ARTICLE 18.

**Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce, et par les conventions des parties.**

Agent de change, 83.	Louage, 84.	Prêt, 82.
Apport social, 83, 92 et s.	Mandat salarié, 80.	Règlement des parts, 110.
Bénéfices, 104 et s.	Mise sociale, 83, 92 et s.	Responsabilité, 90 et s.
Caractère distinctif, 80 et s.	Objet de la société, 83.	Société criminelle, 85.
Communauté, 80.	Obligations sociales, 89, 100.	Société honteuse, 85.
Définition, 79.	Partage, 104 et s.	Société illicite, 84.
Existence distincte, 87.	Personne morale, 87.	Société léonine, 107.
Fautes, 94.	Perte de la mise, 101 et s.	Supplément de mise, 100.
Imprimerie, 83.	Prélèvement des bénéfices, 109.	

(1) Vincens, t. 1<sup>er</sup>, p. 272; Delamarre et Lepoitvin, t. 1<sup>er</sup>, n. 285 ; J. B. Pâris, t. 1<sup>er</sup>, n. 616.—*Conträ*, Locré, t. 1<sup>er</sup>, p. 96 ; Dageville, t. 1<sup>er</sup>, p. 66 ; Toullier, t. 8, n. 388.

(2) T. 8, n. 380.

(3) Comm., t. 1<sup>er</sup>, n. 617.

**79.** « Nous n'avons pas cru, ont dit les rédacteurs du Code de commerce, qu'il fût nécessaire que le projet rappelât les dispositions du Code civil qui, en matière de société, sont communes à tous les citoyens, quelle que soit leur profession ; les lois du commerce étant une dérogation au droit commun, il est hors de doute qu'en tout ce qui n'est pas excepté, les commerçants, comme les autres citoyens, sont soumis au droit civil (1). » Quand la loi commerciale est muette, c'est donc au Code Napoléon qu'il nous faudra recourir.

La société a été définie par le Code Napoléon : « Un contrat « par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le « bénéfice qui pourra en résulter (2). » Cette définition, qui n'est peut-être pas assez large lorsqu'elle s'applique à la société en général (3), caractérise d'une manière satisfaisante la société commerciale, qui est la seule dont nous ayons à nous occuper.

La société étant un contrat, ne peut exister sans une convention préalable et le consentement de toutes les parties ; si un associé avait stipulé pour les autres associés et en se portant fort pour eux, la société n'aurait d'existence légale qu'à partir de la ratification ; elle n'a, jusque-là, qu'une existence incertaine et subordonnée à un consentement qui peut être refusé (4) ; elle a pour objet quelque chose apporté ou promis par chacun des contractants et mis en commun ; enfin, elle a nécessairement pour but un bénéfice à faire qui doit être partagé dans les proportions déterminées par les conventions ou par la loi entre tous les associés. En matière commerciale, nul doute qu'il s'agit d'un bénéfice pécuniaire, d'un gain matériel appréciable en argent. On s'est demandé quelquefois si les associations formées pour réparer un dommage, prévenir une perte, telles que les assurances mutuelles, étaient, à pro-

(1) *Analyse raisonnée des observ. des trib.*, p. 25.

(2) Cod. Nap., art. 1832.

(3) Troplong, *Société*, n. 4.

(4) Cass., 4 août 1847 (S.V.47.1.649).

rement parler, des sociétés (1); il est certain, au moins, qu'elles ne constituent pas des sociétés commerciales.

Le bénéfice doit, en outre, être fait en commun; la convention aux termes de laquelle deux commerçants avaient, chacun à son tour, la jouissance exclusive d'une somme d'argent, ne créait pas une société commerciale, « attendu, a dit la Cour de cassation, qu'une semblable société ne peut exister sans qu'il y ait perte à supporter en commun ou profit à partager entre les associés (2). » M. Bravard-Veyrières ajoute que le bénéfice doit résulter non-seulement de la communauté, mais aussi de l'exploitation des apports: une tontine dans laquelle chacun des contractants n'a de bénéfices à attendre que d'éventualités sur lesquelles la volonté humaine n'a aucune prise et ne peut exercer aucune influence n'est pas une société au moins commerciale; celle-ci est instituée pour agir (3).

**30.** Ce but à poursuivre dans la société commerciale est le signe caractéristique qui la sépare de la communauté: celle-ci est presque toujours un fait indépendant des parties, mais, alors même qu'elle est le résultat d'une convention, elle n'en conserve pas moins son caractère et n'établit encore qu'un état passif ne contraignant aucun des communistes à agir et à travailler dans l'intérêt de tous (4).

La société ne doit pas non plus être confondue avec le mandat salarié; on en cite pour exemple, après les lois romaines, le cas où l'un des contractants dit à l'autre: « Je vous donne une pierre précieuse pour la vendre, et il est convenu entre nous que, si vous ne la vendez que mille, vous me compterez cette somme entière; si vous la vendez un prix plus élevé, le surplus vous appartiendra »: des conventions semblables ou analogues ne doivent pas être considérées comme réalisant une société, à moins que l'intention des parties à cet égard ne soit exprimée d'une manière claire et précise.

**31.** La question se présentera également dans le contrat de

(1) Troplong, *Société*, n. 44; Douai, 15 novembre 1851 (J.P.53.2.446).

(2) Cass., 4 juillet 1826. V. également Cass., 4 janvier 1842 (J.P.43.2.86).

(3) *Man. de droit comm.*, p. 44.

(4) Troplong, *Société*, n. 22; Pardessus, n. 96.

Il nous suffira de dire que, dans tous les cas, les tiers peuvent, selon leur intérêt, demander que la convention soit ramenée à sa véritable qualification ; c'est aux tribunaux qu'appartient la décision.

**85.** « Chaque associé, dit l'art. 1833, Cod. Nap., doit apporter, ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie. » Ainsi, tout ce qui peut constituer un domaine de propriété, choses corporelles ou droits incorporels, aussi bien que les facultés de l'esprit, les inventions, le travail manuel, tout peut être mis en société ; le crédit lui-même, quand il représente la confiance commerciale inspirée par une longue pratique des affaires, et non, à coup sûr, quand il est dû à l'intrigue ou à l'influence que l'associé aurait ou pourrait avoir (1). On doit naturellement excepter des choses pouvant former une mise sociale celles qui ne sont pas dans le commerce, et la question s'est présentée, par exemple, pour les offices ministériels.

Nous n'avons pas à rechercher si une société créée pour l'exploitation de charges de notaire, d'avoué, d'huissier, serait valable ; en fait, elle ne serait pas admise par l'administration ; en droit, elle constituerait, si elle pouvait exister, une société essentiellement civile.

En ce qui concerne les offices d'agents de change, l'administration se montre plus facile et approuve jurementlement des transmissions qui ont pour point de départ des associations. Pendant longtemps les tribunaux, suivant la doctrine d'auteurs recommandables, se sont montrés défavorables à de semblables sociétés (2) ; mais la Cour de Paris, en dernier lieu, confirmant un jugement du tribunal de la Seine, et revenant sur sa propre jurisprudence, a adopté l'opinion contraire soutenue par un grand nombre d'auteurs (3), et a déclaré valable, par un

(1) Pardessus, n. 984 ; Malpeyre et Jourdain, p. 38.

(2) Troplong, *Société*, n. 98 ; Duvergier, n. 59 ; J. B. Paris, n. 682 ; Delangle, p. 108 ; Paris, 2 janvier 1838, 17 juillet 1843 (S.V.38.2.83 et 43.2.369) ; Lyon, 9 décembre 1850 et 28 février 1853 (J.P.51.1.52 et 53.2.612) ; Cass., 24 août 1844 (S.V.42.1.68).

(3) Malpeyre et Jourdain, p. 5 ; Persil fils, n. 74 ; Mollot, n. 284 ; Horson, *Gaz. des Trib.*, 30 octobre 1835 ; Fremery, *le Droit*, 2 et 7 février 1838.

arrêt fortement motivé, l'association de capitaux formée pour l'exploitation d'un office d'agent de change.

L'arrêt établit la distinction à faire entre la propriété de l'office au point de vue de l'exercice de la fonction, qui est personnelle au titulaire et non susceptible de copropriété, et la propriété, au point de vue de la valeur vénale de la charge reconnue par la loi et considérée en dehors et indépendamment de la fonction; il rappelle la nature même des fonctions attribuées aux agents de change, chargés seulement d'attester l'identité des personnes et de certifier la vérité des signatures, en sorte que les opérations dont ils sont les intermédiaires se réduisent à de simples constatations de faits. En outre, la société étant en commandite, par suite des règles propres à cette espèce de société et rendues plus sévères par les stipulations du contrat de société, les garanties d'ordre public qui règlent et dominent l'exercice de la profession d'agent de change étaient intactes, et aucun trouble n'y était apporté (1).

Cet arrêt nous paraît bien rendu, et, en ce qui concerne au moins les offices d'agent de change ou de courtier, nous pensons que cette doctrine doit être admise.

Il a été jugé d'après les mêmes principes que la société formée pour l'exploitation matérielle d'une imprimerie est licite; la Cour d'Aix, considérant que cette société ne consistait que dans la mise en commun de l'industrie et des travaux matériels des deux associés pour l'exploitation commerciale de l'imprimerie; que cette imprimerie, sous le rapport de la direction morale, demeurait exclusivement sous la surveillance et la responsabilité de la personne à cet effet brevetée et assermentée, a déclaré valable une semblable société (2). Cette décision ne serait sans doute pas sérieusement contestée.

**84.** Les sociétés contractées pour exploiter en commun une charge d'agent de change ou une imprimerie ont été appelées illicites et contraires à l'ordre public. Les mêmes

(1) Paris, 15 juin 1850 (J.P.54.1.48).

(2) Aix, 14 décembre 1827.

qualifications pourront être données à d'autres sociétés, à raison plus particulièrement du but qu'elles se proposent, et non de l'objet mis en commun. Dans une espèce jugée par la Cour de Bourges, des fabricants de faïence s'étaient réunis, afin de rendre toute concurrence impossible; l'association n'était pas contraire à l'ordre public, à raison de la chose mise en société; « elle était illicite, dit M. Delangle, par son objet et par son but. » La Cour de cassation, appelée à se prononcer dans cette circonstance, décida que l'arrêt contre lequel le pourvoi avait été formé échappait à sa censure (1); mais nous croyons, avec M. Delangle, que la Cour de cassation pouvait, sans sortir de ses attributions, et devait, sans doute, décider si en effet le contrat de société attaqué devant elle violait l'ordre public. Il ne s'agissait plus simplement d'interpréter les clauses d'un contrat, mais d'en déterminer le caractère; et il ne pourrait dépendre des juges du fait de créer des prohibitions d'ordre public et de briser comme illicites des stipulations que la loi autoriserait. Dans tous les cas analogues, c'est à la Cour de cassation, si elle est appelée à statuer, qu'il doit appartenir de décider une question qui n'est plus de fait, mais de principe (2).

C'est, du reste, un point désormais admis et qui ne fait plus difficulté en jurisprudence, que, lorsqu'en fait il a existé une société qui a été déclarée nulle, quel qu'en soit le motif, les droits des associés n'en doivent pas moins être réglés d'après les conventions de l'acte social pour tous les faits accomplis, et que la nullité ne peut être opposée aux créanciers (3); nous aurons occasion de revenir sur cette question en expliquant l'art. 42, à propos des sociétés nulles pour vices de forme; les règles sont les mêmes (*Infra*, n° 231).

**85.** Une société pourrait encore être contractée dans un but criminel ou honteux pour exercer l'usure, faire la traite des noirs ou la contrebande, tenir une maison de jeu ou de

(1) Cass., 18 juin 1828.

(2) Delangle, *Sociétés comm.*, n. 106.

(3) Cass., 24 août 1844 (J.P.42.4.209); *Id.*, 31 décembre 1844 (S.V.45.4.10); *Id.*, 15 décembre 1854 (S.V.52.4.21).

prostitution ; ces sociétés seront encore, sans doute, illicites et contraires à l'ordre public ; mais il nous semble impossible d'admettre avec M. Pâris (1) qu'une ligne de démarcation profonde ne les sépare pas des sociétés dont nous venons de parler ; tout ce qui est contraire à l'ordre public ne constitue pas un délit ou une chose honteuse, et la différence, à coup sûr, pour tous, est facile à saisir.

Aucun effet ne peut sortir d'un contrat de société criminel ou honteux. Par suite de ces principes, MM. Delamarre et Lepoitvin, repoussant le sentiment de Toullier et celui même de M. Duvergier, qui le premier cependant avait combattu Toullier, soutiennent que dans une société établie pour faire la contrebande, non-seulement il ne peut y avoir action en partage des profits et des pertes, mais que l'associé ne peut même revendiquer la mise sociale ; la réponse du défendeur, disent ces auteurs, « serait courte et péremptoire : *J'ai reçu, mais pour faire la contrebande.* Nul tribunal ne prendrait connaissance d'une telle affaire autrement que pour la punition des coupables, si la prescription ne leur était acquise (2). » La mise de fonds, dans ce cas, ajoutent-ils, n'est pas un fait abstrait, c'est un fait concret, ou, plus exactement, c'est un effet, car il a sa cause incontestée dans la société de contrebande. A plus forte raison y aura-t-il lieu de décider, dans de semblables associations, que, s'il y a eu commencement d'exécution et profits obtenus, ils restent à l'associé qui les a recueillis, et que les pertes pèsent exclusivement et sans recours sur la partie qui les a souffertes (3).

**86.** Nous croyons tout à fait superflu d'indiquer quelles sont les personnes qui peuvent contracter une société commerciale ; il faut se reporter aux explications données sous les art. 1 à 7 relatifs aux conditions nécessaires pour être apte à faire le commerce.

**87.** Une société, quelle qu'en soit la forme, représente une personne morale qui a une existence tout à fait distincte des

(1) *Comm. du Code comm.*, n. 688.

(2) *Contr. de comm.*, t. 1<sup>er</sup>, n. 65.

(3) Delangle, n. 401.

individus dont le concours a servi à la former. Ce principe, contesté quelquefois dans les sociétés civiles, est au-dessus de toute controverse, au moins pour les sociétés commerciales.

Les patrimoines des associés et de la société restent séparés, et, en cas de faillite déclarée sur le patrimoine particulier et personnel de l'un des associés, ses coassociés ni la société dont le failli faisait partie ne sont solidaires de celui-ci, ne sont tenus de ses dettes à aucun titre ; les créanciers de sa faillite personnelle n'auront de droits que sur la part qui lui reviendra dans l'actif de la société (1). Les biens de chaque associé répondent des dettes de la société ; les biens de la société ne répondent nullement des dettes personnelles de chaque associé.

Ainsi on ne peut saisir, même pour partie, les valeurs sociales pour les dettes personnelles d'un associé ; ses créanciers doivent attendre le moment où, la société ayant cessé d'exister, la liquidation et le partage auront déterminé la part attribuée à chaque personne dans l'actif social, propriété exclusive jusque-là de la société. Les créanciers personnels restent comme les patrimoines complètement distincts des créanciers sociaux ; et ceux-ci conservent jusqu'à leur entier paiement sur toutes les valeurs de la société un privilége pour être payés de préférence aux autres. En cas d'insuffisance de l'actif social, ils viennent, en outre, en concurrence avec les créanciers personnels sur les biens particuliers du débiteur commun.

C'est par application de cette règle qu'il a été décidé avec raison que le donataire d'une somme à prendre sur l'apport social de l'un des associés ne peut, en cas de faillite, venir en concurrence avec les créanciers sociaux (2) ; l'apport est devenu propriété sociale.

La société, par suite de ces principes, peut avoir des droits contre un ou plusieurs associés, agir contre eux ; et réciproquement, un associé peut être créancier de la société dont il fait partie ; il peut lui vendre ou lui acheter ; lui emprunter ou lui prêter en dehors et indépendamment de sa mise sociale ; et l'associé débiteur envers la société, en même temps qu'il est

(1) Cass., 13 mars 1823.

(2) Cass., 14 mars 1848 (S.V.48.4.708).

créancier d'un coassocié, ne peut opposer la compensation.

Ces principes unanimement admis ne sont, ainsi que nous l'avons dit, l'objet d'aucune discussion ; de plus longs développements sont donc inutiles ; ils ont pour conséquence de rendre fort intéressant pour les tiers quelquefois, de savoir à quel moment la société a commencé. « La société commence, dit l'art. 1843, Cod. Nap., à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque. » En matière commerciale, la société peut exister même sans contrat ; quand le contrat existe, la loi prescrit, en outre, l'accomplissement de formalités exigées à peine de nullité ; nous aurons occasion de développer ces règles (art. 42, *infra*, nos 222 et s.) ; sous ces réserves, l'art. 1843 est parfaitement applicable aux sociétés commerciales ; mais rien ne s'oppose à ce qu'une disposition formelle de l'acte social, usant de la latitude laissée par la loi, détermine toute autre époque ou fixe une condition ; ces clauses seraient respectées ; les associés seraient tenus, sans doute, mais dans les délais et sous les conditions qui auraient été fixés (1) ; l'engagement serait à terme ou conditionnel.

**88.** L'art. 18 renvoyant au Code Napoléon pour toutes les règles applicables aux sociétés commerciales qui n'ont pas été modifiées par le Code de commerce, il est nécessaire d'exposer celles de ces règles que nous n'aurons pas l'occasion de faire connaître plus tard.

§ 1<sup>er</sup>. Par le contrat de société, chaque partie contracte envers l'être moral représenté par la raison sociale : 1<sup>o</sup> des obligations personnelles que la loi a pris soin de rappeler; 2<sup>o</sup> une responsabilité qu'elle a cherché à définir.

§ 2. L'associé est tenu, en outre, de livrer l'apport qu'il a promis d'apporter, et des règles particulières s'appliquent au cas où cet apport consiste : 1<sup>o</sup> soit dans une somme d'argent ou toute autre chose fongible et indéterminée; 2<sup>o</sup> soit dans l'industrie de l'associé; 3<sup>o</sup> soit dans un corps certain et déterminé, par exemple, telle maison désignée.

§ 3. Quand la mise a été réalisée, si elle vient à périr, des règles existent encore pour déterminer sur qui doit retomber

---

(1) Cass., 8 novembre 1830 et 23 avril 1834 (D.P.30.1.391 et 34.1.238).

la perte, et il est important, dans ce cas, de savoir si c'est la propriété même ou l'usage seulement qui a été apporté dans la société, soit qu'il s'agisse d'un corps certain et déterminé, soit qu'il s'agisse d'une somme d'argent ou de toute autre chose fungible.

§ 4. Enfin, il faut dire comment seront partagés les bénéfices.

### § I<sup>er</sup>.

**89. ART. 1<sup>er</sup>.** Chaque associé doit en toute occasion, non-seulement apporter aux affaires sociales le même soin qu'il apporte aux siennes, mais ne jamais sacrifier à son intérêt celui de la société; ainsi : « Lorsqu'un des associés, dit l'art. 1848, Cod. Nap., est pour son compte particulier créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire sur la créance de la société et sur la sienne dans la proportion des deux créances, encore qu'il eût par sa quittance dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière. Mais, s'il a exprimé dans sa quittance que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation sera exécutée. »

Nous pensons que l'article est applicable même quand la créance personnelle de l'associé s'éteint par la compensation (1).

Toutefois la règle si équitable posée par l'art. 1848 cesserait de pouvoir être appliquée, bien entendu, si le débiteur de plusieurs dettes, usant du droit qui lui appartient, a fait lui-même l'imputation (Cod. Nap., art. 1253). Il n'est pas possible de dépouiller le débiteur d'un droit qui lui est garanti par la loi et qu'il peut avoir intérêt à exercer (2); et il n'est pas juste de forcer le créancier ainsi payé à rapporter à la société ce qu'il a reçu, quand aucun reproche, aucun égoïsme, aucune préoccupation exclusive de ses intérêts, ne peut lui être reproché.

(1) Delangle, n. 169 ; J. B. Pâris, t. 1<sup>er</sup>, n. 810. — *Contrâ*, Duranton, t. 17, n. 401 ; Duvergier, n. 339.

(2) Troplong, n. 559; Duvergier, n. 336; Malpeyre et Jourdain, p. 68; Pardessus, n. 1046. — *Contrâ*, Duranton, t. 17, n. 401.

Nous hésitons à admettre avec M. Troplong que l'art. 1848 soit également inapplicable à l'associé non administrateur, quand il y a un associé gérant : « Le concours individuel, dit-il, a été supprimé par la constitution de la société; il a été remplacé par un pouvoir concentré dans un seul gérant. Donc, malgré la décision expresse de l'art. 1848, l'associé non administrateur, n'étant pas tenu de stipuler pour l'intérêt social, ne doit pas imputer une partie du paiement sur la créance de la société. Cette créance, il en ignore l'existence; et quand même il la connaîtrait par hasard, ce n'est pas sous sa garde qu'on a voulu la placer. Sa bonne foi est entière; sa diligence est irréprochable; il s'est renfermé dans le rôle que lui a fait l'acte de société. Ici le pacte social fait flétrir l'art. 1848 » (1).

Les raisons alléguées par M. Troplong peuvent justifier une semblable décision peut-être dans une société civile, et elles seront sans réplique en matière commerciale, s'il s'agit d'un commanditaire; mais, dans une société commerciale en nom collectif, l'associé non gérant n'en doit pas moins son concours et a les mêmes devoirs à remplir envers ses associés que tout autre; il engage sa personne, et les liens de fraternité, s'il est permis de s'exprimer ainsi, qui le lient à ses associés, ne sont pas moins étroits; nous ne voyons rien dans la loi commerciale qui particularise d'une manière assez nette l'associé non gérant dans une société en nom collectif; qui lui crée une position assez exceptionnelle pour refuser de lui appliquer l'art. 1848, Cod. Nap. (2).

Il n'en est pas de même, avons-nous dit, de l'associé commanditaire. Le Code Nap. ne s'est pas occupé de lui, et le Code de commerce le différencie en trop de points et d'une manière trop tranchée de l'associé en nom collectif, pour que nous puissions balancer à déclarer que l'art. 1848 ne lui est pas applicable : « le commanditaire ne doit en aucune manière gérer les affaires de la Société, dit M. Troplong; s'il fait acte d'immixtion, il encourt une peine grave, et l'on voudrait qu'il s'occu-

(1) *Société*, t. 2, n. 558.—*Sic*, Pardessus, n. 1048.

(2) Delangle, n. 170; J. B. Paris, t. 1, n. 811.

cier, en matière commerciale, ce que l'on doit entendre par les soins d'un *bon père de famille*, expression consacrée par la loi civile. Mais, ce point admis, chaque associé ne doit aux affaires sociales que les soins qu'il apporte ou doit être censé apporter aux siennes propres (1). Dans le commerce, chacun est réputé avoir pour ses intérêts une diligence plus grande que dans la vie purement civile ; mais, sous le bénéfice de cette observation, il faut décider que chaque associé ne répondra que de la faute lourde et de la faute légère, mais non de la faute très-légère.

L'associé, de son côté, « a action contre la société, dit l'art. 1852, Cod. Nap., non-seulement à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle, mais encore à raison des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour les affaires de la société et des risques inséparables de sa gestion. »

## § 2.

**92.** Nous avons dit que l'énumération faite par la loi des objets qui pouvaient être apportés en société laissait aux associés la plus grande latitude ; l'apport ou la mise des associés peut consister en argent, créances, marchandises, effets, meubles, immeubles, exploitation d'un brevet d'invention, droit de publier un ouvrage, communication de découvertes ou de secrets d'art ou de science, industrie personnelle ; être de la propriété même ou de la jouissance seulement et sous les conditions que les contractants ont stipulées (*suprà*, n° 83) ; mais un apport, quel qu'il soit, fait par chacun des associés, est une condition essentielle de l'existence du contrat : « Le consentement des personnes qui s'associent à ce qu'une d'elles ait telle portion d'intérêt, sans faire aucune mise, dit M. Pardessus, serait en général une libéralité qu'aucune loi n'interdit, sauf à en régler les effets par le droit civil (2). » Le contrat changerait donc de caractère et devrait être considéré non comme une société,

(1) Troplong, n. 576 ; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 215 et s. ; Duranton, t. 17, n. 403 ; Malpeyre et Jourdain, p. 72 et s. — *Conträ*, Toullier, t. 6, n. 231 ; Duvergier, n. 324 ; Delangle, n. 160.

(2) *Droit comm.*, n. 983 ; Zachariæ, t. 3, p. 391, § 377.

mais comme une donation dont l'acte réglerait les conditions et les charges.

Il n'est nullement nécessaire que les mises soient d'une valeur égale ni de même nature ; un associé peut apporter son industrie, et l'autre, des capitaux ; l'un des immeubles, l'autre des marchandises ; et ces objets peuvent y être apportés sous des clauses diverses, les uns, par exemple, en toute propriété, les autres en usufruit seulement ; l'art. 18 a eu soin de le rappeler en termes exprès, en disant que le contrat de société se réglait, non-seulement par le droit civil et par les lois particulières au commerce, mais aussi par les conventions des parties : elles ont liberté entière à cet égard, sous la condition toujours sous-entendue de ne déroger ni aux lois, ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs. Dans ces termes, l'associé doit remplir son engagement à l'époque et de la manière convenues, et exécuter de bonne foi les obligations qu'il a prises conformément à ce que les parties ont vraisemblablement entendu.

**95.** « Il est rare, dit M. Pardessus, que les contractants ne s'expriment pas sur la proportion qui existe entre leurs mises respectives et sur la consistance de ces mises. Si toutefois ils avaient gardé le silence, la présomption serait que les apports sont égaux. Si la qualité ou la valeur seulement de quelques apports avait été déterminée, on présumerait que les apports non déterminés sont égaux au moindre de ceux dont la valeur est constatée (1) ».

Il est fort important, dans tous les cas, de ne pas confondre les prêts ou avances, que l'un des associés aurait faits ou aurait pris l'engagement de faire, avec sa mise : en effet, ce prêt ne peut être pris en considération pour déterminer la part dans les bénéfices ; et d'un autre côté, il constitue une dette que la société est tenue d'acquitter.

Quel que soit l'apport stipulé, « chaque associé, dit l'article 1845, Cod. Nap., est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter. » Cet engagement est pris en-

(1) *Droit comm.*, n. 985.

vers l'être moral représenté par la société, et c'est elle qui en poursuit l'exécution, sans que l'associé débiteur, par exemple, nous l'avons dit, puisse compenser sa dette avec la créance qu'il aurait sur l'un des associés ; chaque associé est parfaitement distinct de la société même.

**94. ART. 1<sup>er</sup>.** Lorsque la mise consiste en une somme d'argent, l'associé débiteur est tenu de plein droit, sans demande ni convention expresse, à cet égard, des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée. (Cod. Nap., 1846.)

Si le retard mis par lui à fournir sa mise a causé, en outre, un dommage à la société, soit par une perte qu'elle a subie, soit même parce qu'elle a été privée d'un gain qu'elle aurait pu faire, il est tenu envers elle, aux termes du même article, de dommages-intérêts qui l'indemnissent complètement (Cod. Nap., art. 1149), sans que l'associé puisse invoquer l'art. 1153, Cod. Nap., qui réduirait ces dommages-intérêts au paiement des seuls intérêts légaux.

La perte, même par cas fortuit ou force majeure, de la somme d'argent qui devait former sa mise, ne pourrait, dans ce cas, libérer l'associé de son engagement.

**95.** Si la mise consiste en marchandises ou en toute autre chose fongible et indéterminée, les mêmes règles sont applicables ; c'est en réalité d'une valeur que l'associé est débiteur, et, jusqu'à ce qu'il ait livré l'apport qu'il a promis, il reste tenu, quelque accident qu'il puisse alléguer, comme le serait un débiteur ordinaire, que le paiement seul peut libérer. « Entre l'apport d'un corps certain et celui d'un genre ou d'une quantité, il y a cette différence, dit M. Bravard-Veyrières, que, les quantités et les genres ne périssonnent pas, l'associé débiteur d'un genre ou d'une quantité ne peut se libérer par la perte de la chose, tandis que la perte du corps certain, alors même qu'elle serait survenue avant la tradition effectuée (Cod. Nap., art. 1501), libère l'associé débiteur du corps certain (1). »

(1) *Man. du droit comm.*, p. 462

**96.** Si l'apport consiste en créances, l'associé doit en faire la délivrance dans la forme exigée, pour que la société puisse exercer tous les droits qu'il s'est engagé à lui conférer; il répondrait de la solvabilité des débiteurs selon la nature de la créance ou les conventions; ainsi, s'il s'agissait d'effets de commerce, il en deviendrait garant de plein droit en les endossant; il en serait autrement pour une créance civile, sauf les conventions. En un mot, l'apport ne consiste que dans une cession pure et simple, faite dans les termes du droit commun et qui doit être appréciée par les règles qu'il a établies.

**97. ART. 2.** «Les associés, dit l'art. 1847, Cod. Nap., qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société, lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui fait l'objet de cette société,» soit qu'il s'agisse de la communication d'une invention, de l'exploitation d'un brevet, d'une production littéraire, de dessins d'étoffes, etc. : ces gains sont acquis à la société du jour où l'associé a dû apporter l'industrie qui les a procurés; il ne serait tenu à aucune obligation, bien entendu, pour tous les gains qu'il ferait par toute autre industrie, pourvu qu'on ne pût lui imputer de négliger l'industrie sociale pour se livrer à celle qui ne ferait pas l'objet de la société. S'il avait promis son industrie en général, il devrait compte à la société de tous les produits qu'il aurait réalisés (1).

L'associé serait garant envers la société, s'il n'avait pas pris les mesures nécessaires pour s'assurer l'usage exclusif de l'invention qu'il apporte, ou si déjà elle était tombée dans le domaine public; mais il ne répondrait pas de l'utilité et de la bonté des procédés, de l'invention, de l'ouvrage, qui constituent sa mise: c'est aux contractants à s'éclairer ou à stipuler des garanties particulières en dehors du droit commun (2).

Faute par l'associé qui a promis d'apporter son industrie d'exécuter son engagement, il serait tenu de dommages-intérêts dans les mêmes cas et de la même manière que le débiteur d'une somme d'argent; mais il pourrait s'excuser, à la

(1) Bravard-Veyrières, p. 47.

(2) Pardessus, n. 989; Molinier, n. 324.

différence de ce dernier, en invoquant la force majeure ou un cas fortuit. (Cod. Nap., 1147 et 1148.)

**98. ART. 5.** Enfin, l'apport peut consister en un corps certain. S'il pérît par force majeure dûment constatée, l'associé est complètement libéré, et ne peut être tenu à des dommages-intérêts.

Quand l'apport a été réalisé, si la société en est évincée, l'art. 1845 décide que l'associé en est garant envers la société de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur : il doit donc en garantir la propriété ou l'usage suivant les termes et dans l'étendue de la convention. Il répond des troubles, de l'éviction, des vices rédhibitoires, comme le ferait un vendeur ; mais, si la mise, ainsi transférée à la société, vient à périr plus tard, l'associé n'en reste pas moins membre de la société, et sans aucune diminution dans ses droits (1).

« La nature des choses, dit M. Pardessus, plutôt que l'identité des contrats, rend cette obligation semblable à celle qui est imposée au vendeur (2). » Cette observation présente un grand intérêt dans le cas où l'apport ne peut être réalisé ; en effet, dans le contrat de vente, le vendeur a droit de demander le prix du corps certain qu'il a vendu, quoique la perte l'empêche de mettre l'acquéreur en possession, si cette perte est survenue par cas fortuit. Nous examinerons sous l'art. 64 si les mêmes règles seraient applicables au contrat de société (V. *infra*, nos 262 et s.).

**99.** Un principe général consacré par l'art. 1142, C. Nap., décide que l'obligation, non de *donner*, mais de *faire*, se résout forcément, en cas d'inexécution, en dommages-intérêts. Si l'apport de l'associé consistait dans une obligation de faire, cette règle lui serait donc évidemment de plein droit applicable. Dans le contrat de société, quand il s'agit d'une société en nom collectif au moins, cette règle doit trouver une application beaucoup plus étendue, la livraison de la mise sociale n'étant, dans tous les cas, que la réalisation d'une partie des obligations de l'associé, puisqu'il doit en même temps son

(1) Pardessus, n. 990; Troplong, n. 925; Delangle, n. 637.

(2) *Droit comm.*, n. 989.

concours et sa collaboration. En cas de refus de verser l'apport, on ne pourrait donc exiger que des dommages-intérêts, s'il y avait lieu. Les autres associés ne seraient pas autorisés à se mettre en possession de l'objet promis, en admettant même que ce fût un corps certain et déterminé, car le promettant, dit M. Pardessus, « n'a pas transmis purement et simplement une propriété ; il s'est obligé à communiquer une propriété dans laquelle sa qualité d'associé lui laissera des droits indivis. Une telle convention tient, sous les plus importants de ses rapports, à l'obligation de faire (1). »

**100.** L'engagement de l'associé ne doit être aggravé ni modifié en aucune manière après la formation du contrat ; on ne pourrait exiger de l'associé un supplément de mise. Sauf le cas où les statuts sociaux décident le contraire, il faudrait le consentement unanime des associés pour modifier la clause qui a déterminé les apports, comme toute autre clause. Si, faute d'un supplément, il était reconnu qu'on ne peut atteindre le but commun, M. Pardessus enseigne le remède : « La majorité, dit-il, qui a cru ce supplément nécessaire, provoquera la dissolution contre les refusants, et, lorsque la liquidation aura été faite, cette même majorité reconstituera la société sur telles bases, et avec telle mises qu'elle jugera convenables (2). » Mais il est bien entendu que les juges seraient appelés à apprécier les motifs donnés de part et d'autre, et devraient refuser de prononcer la dissolution, si les raisons alléguées par la majorité n'étaient pas pleinement satisfaisantes. Le contrat, en effet, forme la loi des parties, et il ne doit y être porté atteinte qu'en cas de nécessité absolue, et s'il est démontré que la société est dans l'impossibilité complète de continuer ses opérations ; un avantage évident, quelque grand qu'il fût, serait une raison insuffisante.

### § 5.

**101.** Quand la mise a été réalisée, si elle vient à périr, la

(1) *Droit comm.*, n. 988.

(2) *Droit comm.*, n. 995.

loi a déterminé sur qui doit retomber la perte, et quels effets elle produit.

Sont aux risques de la société : 1<sup>o</sup> les corps certains et déterminés qui ne se consomment point par l'usage et dont la propriété complète et entière a été apportée à la société ; 2<sup>o</sup> les choses fongibles, c'est-à-dire, qui se consomment par l'usage, telles que des vins, des blés, de l'argent ; celles qui se détériorent en les gardant ; celles qui sont destinées à être vendues, ou qui ont été mises dans la société sur une estimation portée par un inventaire (Cod. Nap., art. 1851), soit que la propriété même ou l'usage seulement ait été apporté dans la société : MM. Malpeyre et Jourdain pensent que cette règle souffre exception, quand il s'agit d'un immeuble (1) ; la loi n'a fait aucune distinction, et nous pensons qu'elle ne peut être supplée (2). « Bien qu'on ait déclaré ne mettre en société que l'usufruit ou la jouissance d'une chose, dit M. Bravard-Veyrières, il peut se faire, d'après la nature de cette chose ou l'intention présumée des parties, que la propriété elle-même soit acquise à la société ; c'est ce qui arrive, si la chose se consomme, si elle se détériore en la gardant, si elle a été destinée à être vendue, ou si elle a été mise dans la société sur une estimation portée dans un inventaire, cas prévus et spécifiés par l'article 1851, Cod. Nap. Alors, quant à la translation de propriété et aux risques, c'est comme si l'on avait mis dans la société la chose elle-même en toute propriété. Mais il y a cette différence que l'associé qui n'y a mis que la jouissance de sa chose en prélèvera la valeur lors de la dissolution de la société (3). »

Sont aux risques de l'associé, au contraire, les choses dont la jouissance seulement, c'est-à-dire, l'usage, le profit ou les fruits, a été mise dans la société (Cod. Nap., art. 1851). Ainsi, si l'immeuble, dont la jouissance seulement a été apportée, vient à périr, la perte retombe exclusivement sur l'associé qui n'a pas cessé d'être propriétaire, et la société ne lui doit au-

(1) Malpeyre et Jourdain, p. 46; Molinier, n. 334.

(2) Troplong, n. 596; Duranton, t. 47, n. 409; Duvergier, t. 5, n. 185.

(3) *Man, de droit comm.*, p. 47.

cune indemnité. Aucune indemnité ne lui est due également pour les dégradations qu'il a subies par suite de cas fortuit ou de force majeure. La société n'est responsable que si elle est en faute et dans les termes du droit commun. Des stipulations expresses, et du reste très-licites, pourraient seules modifier ces règles.

102. Pour déterminer les effets que produira la perte, il faut donc distinguer si la mise consistait dans la propriété ou dans l'usage seulement ; mais, à moins de stipulations expresses, il peut y avoir doute quelquefois, à cet égard, et les circonstances seules appréciées par les juges serviraient à résoudre la difficulté.

Si les objets existant dans la société ont été achetés par la société même, depuis sa formation et au moyen de l'actif social, il est certain que la propriété est sociale, et ils doivent être partagés dans la même proportion que les bénéfices.

Dans le cas contraire, le but que se proposaient les associés pourra servir quelquefois à décider la question. M. Pardessus cite comme exemple deux voituriers qui s'associent pour une entreprise de transport, et enseigne que l'on croira aisément qu'ils n'ont mis en commun que l'usage des chevaux dont chacun était propriétaire ; si la société est formée entre deux marchands de chevaux pour une entreprise de remonte, la présomption, au contraire, sera qu'ils ont mis la propriété des apports en commun. « Lorsqu'on ne pourra s'éclairer par les termes de la convention, ajoute le même auteur, lorsqu'en examinant le but que se proposaient les parties, on verra qu'elles pouvaient indifféremment mettre en société la propriété ou l'usage des choses, la manière dont elles ont opéré, les bases d'après lesquelles les profits ou les pertes devaient être partagés, les circonstances ou tous autres moyens dont les tribunaux peuvent se servir pour s'éclairer, seront autant de données pour asseoir une décision (1). » Il est impossible de donner à cet égard des règles plus précises ; mais ce doit être un avertissement aux commerçants de stipuler avec clarté,

(1) *Droit comm.*, n. 990.

dans les actes de société, leurs conventions sur ce point.

**105.** Au moment où la société sera dissoute, il faudra distinguer encore si les apports ont été faits en propriété ou pour la jouissance seulement.

Si les apports ont été faits en propriété, ils sont entrés, nous l'avons dit, dans le domaine de la société et font partie de son actif ; il n'y a pas lieu pour l'associé qui en a été propriétaire à reprendre ce qu'il a abandonné complètement et sans réserve, et tout l'actif social doit être partagé entre les associés dans les proportions et selon les formes déterminées par le contrat. La règle est facile.

Si les apports ont été faits pour l'usage seulement, il résulte clairement des principes que nous venons de poser, et nous avons dit explicitement que, si les apports consistent en un corps certain *non estimé*, la société n'est tenue d'aucune indemnité, s'il est détérioré sans faute qui lui soit imputable, ni d'en restituer la valeur, s'il est péri : la perte a été pour l'associé qui n'a pas cessé d'être propriétaire ; si le corps certain existe encore, l'associé le reprend dans l'état où il le trouve.

Si les apports, quelle qu'en soit la nature, mis dans la société pour l'usage seulement, ont été estimés, cette estimation a eu pour effet d'en transférer la propriété à la société, comme s'il y avait eu vente, et de constituer à sa charge une dette payable au moment de la dissolution ; l'associé a droit au montant de l'estimation, sans qu'il puisse, sous aucun prétexte, y rien ajouter, ni la société, de son côté, en rien retrancher.

Si la mise était destinée à être vendue, l'associé prélève le prix de la vente, ou la valeur, si la vente n'a pas été opérée, à moins qu'il ne consente à reprendre la chose même en nature.

Si l'apport consiste en choses qui se détériorent en les gardant, l'associé a le choix, ou de reprendre la chose même, si elle existe encore et dans l'état où elle se trouve, ou d'en demander l'estimation.

Si les choses mises en société se consomment par l'usage, la société en doit la restitution en pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation.

Dans tous les cas où la société est tenue de restituer la valeur des choses mêmes apportées, si l'estimation n'en a pas été faite, les auteurs ne sont pas d'accord pour décider si la société doit cette valeur au moment de l'apport ou au moment de la dissolution.

S'il s'agit de choses destinées à être vendues, nous pensons que la société doit le prix qui a été produit par la vente, et dans tous les autres cas, l'estimation au moment où l'associé peut reprendre les choses qui lui appartiennent, à moins de conventions contraires (1).

#### § 4.

**104.** Lorsqu'aucune difficulté n'existe quant à l'apport social, aux risques qu'il a courus, à la manière de le reprendre, des doutes peuvent encore s'élever, en cas de silence de l'acte de société, pour le partage des bénéfices. Il arrive rarement, sans doute, que dans une société commerciale ce point n'ait point été réglé; en cas d'omission à cet égard, les principes établis par le Cod. Nap. seraient suivis, et la part de chaque associé dans les bénéfices ou dans les pertes sera en proportion de sa mise (Cod. Nap., art. 1853).

Si les mises ne sont pas déterminées et ne peuvent être estimées, il y a présomption qu'elles sont égales.

« A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, dit encore l'art. 1853, Cod. Nap., sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté. » Si il n'y a que deux associés, le bailleur de fonds et l'industriel partageront donc également. Si l'un des associés a apporté 20,000 fr., par exemple, l'autre 10,000 fr. et son industrie, l'industrie à elle seule doit être assimilée à l'apport de l'autre associé, et il y a lieu d'y ajouter la somme versée en espèces : ainsi, dans notre exemple, l'un des associés ayant apporté 20,000 fr., l'autre est résumé avoir apporté une somme égale à celle-là

---

(1) V. Troplongn. 586 et s.; Duvergier, n. 182 et s.; Duranton, n. 409; Pardessus, n. 1080; Delangle, n. 82 et 698; Paris, n. 821 et s.

représentée par son industrie, plus 10,000 fr.; en tout 30,000 fr. (1).

**105.** Dans le cas particulier où la société est conclue entre un bailleur de fonds et un industriel, et lorsque le contrat est muet, il devient particulièrement intéressant et fort embarrassant peut-être pour décider si l'associé, qui n'a apporté que son industrie, aura non-seulement sa part dans les bénéfices au moment de la dissolution, mais encore dans les fonds apportés dans la société; en d'autres termes, s'il y a présomption que les fonds ont été apportés dans la société pour la propriété ou pour l'usage.

Quand la mise de chaque associé est exclusivement composée de numéraire, aucun embarras ne peut jamais exister au moment du partage: ainsi, en supposant qu'un associé ait apporté 50,000 fr. et l'autre 100,000, le premier aura toujours droit au tiers de tout l'actif, l'autre, aux deux tiers; mais, si la même marche était suivie quand l'un des associés a apporté son industrie seulement, il aurait un avantage auquel il n'a pas droit peut-être.

Cette question a été sérieusement controversée sous l'ancien droit; l'opinion qui semblait la plus juste laissait, à défaut de stipulation expresse, la propriété du capital à celui qui l'avait fourni, ainsi que le droit de le prélever avant tout partage, et ne voyait dans l'industrie de l'autre associé que l'équivalent de l'usage de ce capital. Mais M. Troplong a fait observer qu'autrefois on admettait que l'associé, bailleur de fonds, qui ne faisait entrer dans la société que la puissance de son capital, en avait le risque; et si l'industrie n'entrant pas en partage de ce capital, du moins il n'avait pas à en supporter la perte pour sa part. L'art. 1851 du Cod. Nap., ainsi que nous avons eu l'occasion de le dire (*supri*, n° 72), a renversé ce système; il veut que le capital, dont la jouissance seulement a été mise dans la société, soit à ses risques, de sorte qu'en suivant les mêmes principes, l'industriel ne devrait aujourd'hui rien prendre dans le capital, il existe en-

(1) Troplong, n, 619; Duvergier, n, 232; Duranton, t, 17, 1, 433,

core, et devrait contribuer pour sa part à en réparer la perte (1); l'art. 1853 veut qu'il ait une part égale dans les pertes comme dans les bénéfices.

Nul doute que cette situation nouvelle de l'industriel ne rende souvent inapplicables les raisonnements basés sur d'autres principes, et qu'il ne soit, par suite, plus utile que jamais de spécifier avec soin comment et sur quelle base se fera le partage; toutefois, si cette convention a été omise, si l'examen attentif des faits ne révèle pas l'intention des parties, nous pensons encore que l'industrie correspond à l'usage seulement de l'argent versé par l'autre associé. Il n'est pas absolument vrai qu'à l'expiration de la société on ne puisse retirer l'industrie qui a formé la mise; quand le terme de la société sera arrivé, l'ouvrier conservera l'habileté qu'il avait apportée et ne laissera que les produits qu'elle a fournis, comme le bailleur de fonds l'usage de son argent.

On peut supposer la société conclue entre deux individus dont l'un apporte 100,000 fr. et l'autre son industrie; si, à l'époque de la liquidation, il y a 25,000 fr. de perte, l'industriel en devra la moitié à la société; mais la société, de son côté, lui devra la moitié du capital restant, soit 37,500 fr.: il se trouvera donc en définitive être plus riche de 25,000 fr., et son associé plus pauvre de 75,000 fr., en outre de la perte des intérêts, qui ont été justement compensés par l'industrie de l'autreassocié. Ce résultat ne nous semble pas admissible, et on ne peut supposer qu'il ait été dans l'intention des parties, même sous l'empire de l'art. 1851, Cod. Nap.; nous croyons, qu'à moins de stipulation contraire ou de circonstances toutes particulières, une aussi forte prime ne peut être donnée à l'industrie et lui être assurée, alors même, comme dans l'exemple que nous avons cité, que son utilité paraît démentie par les faits, puisqu'elle n'a eu pour résultat que d'entraîner à des pertes (2). Si l'on adopte une opinion contraire à l'autre, il faut au moins y apporter la restriction enseignée par M. Bravard-Veyrières: « Si la société, dit-il,

(1) Troplong, n. 24.

(2) Pardessus, n. 90.—*Constrd*, Bravard-Veyrières, p. 50.

venait à être dissoute huit jours ou quinze jours après sa formation, est-ce que celui qui n'y aurait apporté que son industrie toucherait encore, dans notre hypothèse, 15,000 fr.? Non, car il n'aurait pas complètement réalisé son apport. En effet, entre l'apport en numéraire ou en corps certain et l'apport en industrie, il y a cette différence que le premier se réalise instantanément et pour le tout, tandis que l'apport en industrie n'est complètement réalisé que quand la société est arrivée à son terme. Si donc la société vient à se dissoudre avant le terme prévu, il faudra faire subir à l'associé qui avait promis son industrie et n'a pu l'apporter d'une manière complète une réduction *arbitrata boni viri* proportionnelle à ce qu'il n'a pas fourni. Il en serait de même dans le cas où, par suite d'un accident, d'une paralysie par exemple, l'associé industriel n'aurait pu travailler pour la société : car, alors encore, il n'aurait pas réalisé ou n'aurait qu'en partie réalisé son apport (1) ».

**106.** Le texte de l'art. 1853 laisse encore certaines d'autres questions; tous les auteurs citent l'exemple où l'un des associés a versé 2,000 fr. et l'autre 4,000 fr., mais sous la condition qu'il prélèvera 2,000 fr. avant tout partage : la société est donc débitrice de cette somme envers lui. Dans ce cas, l'opinion générale est que les bénéfices devront être partagés comme si les mises étaient chacune de 2,000 fr., en ajoutant les intérêts des 2,000 fr. dont la société est reconnue débitrice. On ne peut se dissimuler que cette règle à quelques égards, ne semble pas complètement équitable, mais il faut la suivre ou tomber dans les difficultés insolubles du calcul des risques : c'est à l'associé à stipuler et à sauvegarder ses intérêts dans l'acte même de société.

**107.** Quelle que soit la liberté laissée aux parties, il est une limite que la loi a pris soin de fixer : « La convention, dit l'art. 1855, Cod. Nap., qui donnerait à l'un de associés la totalité des bénéfices, est nulle. Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les

(1) *Man. de droit comm.*, p. 50 et 51.

sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés. » Ainsi, si la loi n'exige pas une égalité entière dans la position faite aux associés, elle ne permet pas cependant que l'un d'eux se réserve la totalité des bénéfices, en laissant supporter à l'autre une partie des pertes, ou le charge exclusivement des pertes, en ne lui donnant qu'une part dans les bénéfices. Une semblable stipulation, flétrie sous le nom de *Société léonine*, est complètement nulle. Mais entraîne-t-elle la nullité de la société, ou doit-elle être simplement réputée non écrite ? Les auteurs sont fort divisés sur cette question.

On peut dire sans doute que la clause relative à l'attribution des bénéfices ou des pertes est d'une importance telle qu'elle constitue, pour ainsi dire, tout le contrat ; une fois cette clause annulée, il semble difficile de se substituer aux parties pour créer des conventions nouvelles, puisqu'elles ont suffisamment fait connaître leur intention de ne pas admettre le partage égal ; il semble plus conforme aux règles du droit commun d'annuler un contrat qui blesse les principes généraux ou l'équité, que de le refaire sans le concours des parties et contrairement à leur volonté exprimée. Mais ces raisons n'ont pas semblé apparemment déterminantes au législateur ; pour annuler le contrat même et non pas la convention seulement, il faut admettre que la loi a employé une expression inexacte ; il faut en changer le sens, et substituer évidemment la doctrine à la loi. C'est une entreprise périlleuse et dont on ne saurait s'abstenir avec trop de scrupule. D'ailleurs, est-il si difficile de supposer que la loi a voulu traiter avec rigueur et punir l'avidité d'un homme qui, sous le titre menteur d'associé, a su faire consentir l'autre partie à un contrat évidemment spoliateur ! S'il y avait doute possible, la loi devait décider contre lui, et c'est ce qu'elle a fait. Le partage aura donc lieu d'après les règles que la loi a tracées, comme si le contrat n'avait rien stipulé sur le partage des bénéfices. En fait, n'y aura-t-il pas nécessité d'agir ainsi, si la difficulté ne s'élève qu'au moment de la liquidation (1) ?

(1) Pardessus, n. 998; Delangle, n. 120; Delvincourt, t. 1<sup>er</sup>, p. 13; J. B. Paris,

« Toutefois, dit M. Bravard-Veyrières, ne pourrait-on pas stipuler que l'associé industriel serait affranchi de toute contribution aux pertes ? Oui, on le pourrait, selon moi : car, d'une part, les termes de l'art. 1855 ne comprennent pas ce genre d'apport ; on ne saurait dire que l'industrie est une somme ou un effet mis dans la société ; d'autre part, l'apport d'une industrie étant l'apport d'un genre particulier de capital composé des soins et du travail de l'associé pendant un temps donné, ce capital reste dans la société, et il est perdu pour l'associé, malgré la clause qui l'affranchirait de toute contribution aux pertes. Ainsi donc, voulût-on considérer le capital industriel comme un effet mis dans la société, il échapperait encore à la prohibition de l'art. 1855 ; l'associé aurait bien irrévocablement perdu son temps et ses soins ; seulement son avenir ne serait pas grevé des dettes de la société » (1).

L'industriel, dans une certaine mesure, a évidemment contribué aux pertes ; si le capitaliste, en outre de l'intérêt de ses fonds, regardé comme l'équivalent de l'industrie, supporte seul la perte de tout ou partie de son capital, sa part dans les pertes sera plus forte que celle de l'industriel ; mais la loi ne prohibe pas une semblable clause ; ce qu'elle défend seulement, c'est l'affranchissement complet de toutes les pertes : nous ne voyons donc rien, quant à nous, qui s'oppose à ce que la doctrine enseignée par M. Bravard-Verryères soit suivie, et elle doit être entendue d'une manière générale. Ainsi, quelle que soit la mise d'un associé, les contractants peuvent stipuler entre eux que sa contribution aux pertes serait limitée exclusivement à son apport et qu'il ne pourrait être mis à sa charge aucune partie des pertes qui l'excéderaient. Il ne serait, en un mot, tenu que comme un commanditaire. Il est superflu d'ajouter que ces conventions, valables entre les associés pour le règlement de leurs droits les uns envers les autres, sont sans force, dans une société en nom collectif, à l'égard des tiers ; les

n. 694 ter.—*Contra*, Duranton, t. 17, n. 422; Malpeyre et Jourdain, p. 82; Duvergier, n. 277; Troplong, n. 662; Molinier, n. 386; Zacharie, t. 3, p. 393, § 377, note 9.

(1) *Man. de droit comm.*, p. 51 et 52.

tiers conservent contre chacun des associés, dans tous les cas, une action solidaire pour la totalité des dettes : nous aurons occasion de rappeler ce principe fondamental des sociétés commerciales sous l'art. 22.

**108.** Tous les auteurs s'accordent, au reste, pour décider qu'une stipulation expresse peut établir que la participation aux bénéfices et aux pertes ne sera pas dans une proportion exacte avec l'importance des mises : il suffit que chaque associé y prenne part dans une certaine mesure et de manière qu'il n'y ait pour personne des chances de perte sans possibilité de profit, ni possibilité de profit sans aucune chance de perte. Il faut encore qu'un associé ne puisse rien toucher avant que toutes les dépenses n'aient été couvertes et les dettes payées ; jusque-là, évidemment, il n'y a pas de bénéfices.

**109.** Les inventaires, auxquels sont tenus les commerçants, déterminent chaque année les bénéfices réalisés ou les pertes subies. Une clause du contrat de société peut s'opposer à ce que les profits soient immédiatement répartis, et décider qu'ils viendront augmenter le fonds social, sauf en ce qui concerne les sommes attribuées à chaque associé pour ses dépenses personnelles prélevées à titre d'à-compte, jusqu'à la liquidation complète qui n'a lieu qu'à la fin de la société. « A défaut d'une convention de cette espèce, dit M. Pardessus, chaque associé est libre de disposer de sa part dans les bénéfices annuels et de la retirer de la société ; la majorité des voix même ne peut l'obliger à la laisser pour accroître les fonds sociaux » (1).

La controverse cependant s'est élevée sur le droit absolu que peuvent avoir les associés à prélever les bénéfices avant la fin de la société ; « il est évident, dit M. Troplong, que les tiers ne sauraient critiquer des distributions périodiques faites de bonne foi et qui laisseraient intact le capital offert au public comme gage du crédit social. Mais la question des tiers n'est vraiment intéressante qu'à l'égard des associés commanditaires (2). » En effet, les associés en nom collectif sont tenus

(1) *Droit comm.*, n. 1000 ; Molinier, n. 343.

(2) *Sociétés*, n. 622.

indéfiniment et sur tous leurs biens ; nous reparlerons plus tard des commanditaires ; mais la question semble décidée par ce qui a lieu dans les sociétés anonymes (*Infrà* n° 177) où la distribution des bénéfices ne fait pas question, et sauf les stipulations qui établissent quelquefois une retenue pour faire un fonds de réserve. Des clauses à cet égard peuvent être également insérées dans les actes de société en nom collectif ou en commandite, et il faudrait s'y conformer : faute de conventions particulières, la distribution annuelle des bénéfices devrait être de droit.

**110.** « Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, dit l'art. 1854, C. Nap., ce règlement ne peut être attaqué, s'il n'est évidemment contraire à l'équité. Nulle réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution. » Le cas prévu par cet article se présentera rarement dans les sociétés commerciales, mais, s'il venait à se réaliser et que le tiers désigné ne voulût pas ou ne put pas procéder à la mission qui lui est confiée, plusieurs auteurs ont enseigné que cette clause devait être considérée comme une condition du contrat, qui, venant à défaillir, en entraînait la nullité (1). M. Duranton et M. Paris (2) établissent une distinction, selon que la stipulation a lieu par le contrat même de société ou par un acte postérieur. Nous ne pouvons voir une condition à laquelle est attachée l'existence du contrat dans une clause qui se borne à régler le mode de distribution des bénéfices réalisés ; à coup sûr ce n'est pas en vue du tiers arbitrateur que la société a été formée : la volonté de s'associer était formelle, mais des circonstances particulières avaient engagé les associés à ne pas déterminer eux-mêmes la part de chacun d'eux dans les bénéfices ; ni l'art. 1854, C. Nap., ni la clause en elle-même, n'ont subordonné l'existence de la société au

(1) Troplong, n. 625 ; Duvergier, n. 249 ; Delangle, n. 422.  
 (2) Duranton, n. 425 ; Paris, n. 704.

caprice ou au décès du tiers désigné. Si le règlement devait être fait avant que la société ne se constitue, chaque associé peut exiger que l'acte soit complété et refuser jusque-là, de prendre part aux opérations; il fait voir ainsi que, dans son intention, cette clause avait la valeur d'une condition suspensive; mais, si les opérations ont commencé d'un commun accord, la volonté des associés s'est manifestée et a suffisamment démontré qu'ils ne faisaient pas, non de la clause même, mais de la personne désignée, une condition d'existence du contrat; et les juges procèderont à la fixation que le tiers choisi refuserait de faire. Ils apprécieront les circonstances, écouteront les associés et fixeront les parts, soit en revenant au principe d'égalité, dont les associés n'ont pas dit expressément qu'ils voulaient se départir, soit d'après les règles qu'il trouveront les plus justes et les plus conformes à la volonté présumée des parties (1); ce que les associés ont voulu, sans doute, c'est que les parts dans les bénéfices fussent en raison des avantages que chaque associé peut procurer ou a procurés à la société; cette appréciation est loin d'exclure le principe d'égalité. Nous pouvons répéter ici encore qu'il faudra bien adopter ce parti, si le règlement ne doit être fait qu'au moment de la liquidation; l'art. 1854 ne s'oppose nullement à ce qu'il en soit ainsi et paraît même, selon nous, le supposer; déclarer que le contrat en vertu duquel la société a existé et accompli son cours entier est nul et ne pas exécuter, autant que possible, les conventions des parties, nous semble une mauvaise manière de procéder.

### ARTICLE 19.

La loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales : — La société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme.

#### III. Art. 19. La classification des sociétés commerciales

(1) Pardessus, n. 998; Malpeyre et Jourdain, p. 89; Devilleneuve et Massé, v<sup>e</sup> Société, n. 438; Molinier, n. 385.

adoptée par l'art. 19 a été attaquée au conseil d'Etat ; Merlin ne voulait reconnaître que la société collective et la société anonyme ; son opinion a été réfutée par Regnaud de Saint-Jean-d'Anglémey (1) ; et les articles qui suivent font connaître avec détails les différences marquées qui existent en effet entre les diverses associations énumérées par cet article. La proposition de M. Louis, qui, en maintenant la division tripartite, voulait changer des dénominations connues et acceptées de tous, a été également repoussée (2). Quant aux associations en participation, elles diffèrent trop, ainsi que nous le verrons plus tard, des véritables sociétés, pour avoir pu trouver place dans l'énumération de l'art. 19 (3).

Les chambres d'assurances composées d'une certaine quantité d'assureurs particuliers et prenant généralement une dénomination qui sert à les faire reconnaître, telles que *le cercle de l'union commerciale* ; *le cercle Breton* ; s'intitulant même *Compagnie d'assurances*, quoique n'ayant qu'un mandataire unique qui les représente et traite en leur nom, ne forment cependant, ni une société en nom collectif, ni une société en commandite, ni une société anonyme, ni même une association en participation : en effet, disait devant la Cour de cassation M. Roulland, alors avocat général : « Est-ce que chaque assureur n'opère pas divisément pour lui seul, en son nom indiqué ? Dans la participation, il y a quelqu'un chargé vis-à-vis du public de toute l'opération et de toutes ses conséquences ; les participants ne sont point en rapport avec les tiers. Ici, au contraire, ils figurent dans la police, non comme participants, mais comme contractants directs et chacun pour soi. » Cette réunion ne peut constituer un être moral représentant une individualité unique et indivisible : « D'où faire découler, ajoutait M. Roulland, l'existence d'un être moral, d'une personne civile, là où nous rencontrons une simple réunion d'individus, représentés par le même mandataire et engagés dans le même contrat collectivement, si vous voulez, mais pour des parts distinctes, détermi-

(1) Procès-verbaux, 13 janvier 1807 ; Locré, t. 17, p. 184.

(2) Procès-verbaux, 13 janvier 1807 ; Locré, t. 17, p. 186.

(3) Procès-verbaux, 14 février 1807 ; Locré, t. 17, p. 258.

nées et à raison d'un objet essentiellement divisible, dette ou créance, d'une somme d'argent ?» La Cour de cassation, conformément aux conclusions développées devant elle, a décidé avec raison qu'une chambre d'assurances ne formait pas une société (1). Cette décision s'appliquerait évidemment à toute autre opération que les assurances, et à toute autre réunion que les cercles ou réunions d'assureurs. Il ne suffit donc pas, pour former une société, que des individus se réunissent pour faire en commun une opération ou une suite même d'opérations, si, du reste, ils n'ont confondu ni leurs mises, ni les bénéfices, ni les pertes qui peuvent être le résultat de leur spéculation. Ce sera une réunion d'individus, et la dénomination sous laquelle ils jugeront à propos de se désigner, l'autorisation même qu'ils obtiendraient du Gouvernement, pour éviter l'application de l'art. 291 du Cod. pén., n'en feront qu'une réunion autorisée, sans que l'on puisse y reconnaître aucune des sociétés prévues et réglées par le Cod. de comm.

**112.** La loi a réglé les formes que pourraient emprunter les sociétés commerciales ; mais elle n'a pas défini à quel signe on les distinguerait des sociétés civiles. Il faut dire avec M. Troplong : « Les sociétés commerciales sont celles qui sont formées pour exercer un commerce ou pour faire des actes de commerce ; c'est leur but qui leur imprime le caractère commercial. Toutes les autres sociétés sont des sociétés civiles. Le Code de commerce a défini les actes réputés commerciaux (art. 652, 655). Quand une société se forme pour se livrer à l'un de ces actes, elle est société de commerce. En dehors de cette limite, les sociétés sont purement civiles ; leurs spéculations et leurs gains n'ont rien de commercial » (2).

La forme même adoptée par une société est donc insuffisante pour en déterminer le caractère civil ou commercial ; ce point a été quelquefois contesté et mérite une sérieuse attention, puisque, dans un cas, toutes les obligations imposées aux commerçants et la juridiction qui leur est particu-

(1) Cass., 3 mars 1852 (S.V.52.1.225).

(2) *Sociétés*, n. 347.

lière deviennent applicables aux associés; qu'ils en sont, au contraire, affranchis, si la société est purement civile.

« En principe, dit encore M. Troplong, rien de plus faux que de s'attacher à la forme, comme le fait M. Vincens. La société civile n'a pas été emprisonnée dans telle ou telle organisation sacramentelle. Des statuts particuliers peuvent former sa constitution de tous les pactes qui ne sont pas illicites, et rien n'empêche d'importer dans la société civile quelques-unes des formes ou des obligations qui distinguent plus particulièrement les sociétés commerciales; de tels emprunts ne changent pas la nature des choses » (1).

Ainsi on peut citer tout d'abord comme exemple les tontines, les compagnies d'assurances mutuelles organisées comme les sociétés anonymes, et que leur but ne permet pas de reconnaître comme sociétés commerciales; les sociétés pour l'exploitation des mines, que la loi a positivement déclarées civiles, tout en supposant qu'elles peuvent être créées par actions (2).

M. Delangle, il est vrai, a soutenu avec beaucoup de force, contre M. Duvergier, qu'une société en commandite par actions, contractée dans la vue d'exploiter une mine de houille, était nécessairement une société commerciale et que les termes de la loi du 21 avril 1810 n'y formaient pas obstacle; il convient, toutefois, « qu'une société dont l'objet est de spéculer sur des choses qui résistent par leur essence à la spéculation ne peut, de quelque forme qu'on l'entoure, être une société commerciale. La nécessité le veut ainsi. On ne fait pas violence à la nature des choses » (3). C'est donc une simple question d'espèce qu'il a discutée, et il n'a pas voulu établir qu'une société en commandite par action, quel qu'en soit l'objet, doive être nécessairement commerciale: nous ne le compterons donc pas parmi nos adversaires.

Il faut dire avec M. Pardessus: « Si les contractants, pour servir de règles à une société civile, empruntaient les formes appartenant aux sociétés commerciales, il en résulterait seu-

(1) *Sociétés*, n. 328.

(2) L. 21 avril 1810, art. 8.

(3) *Sociétés comm.*, n. 34 et s.

lement que les principes de ces dernières devraient être suivis pour l'interprétation des conventions et la solution des difficultés qui pourraient s'élever ; mais, du reste, le caractère non commercial de ses opérations n'en subsisterait pas moins (1). »

Le doute quelquefois a dû s'élever parce que, dans certaines circonstances, des sociétés purement civiles par leur but principal ont pu ajouter à l'exploitation d'une mine, par exemple, d'autres objets accessoires, des spéculations auxiliaires d'une nature commerciale et dont l'importance sera devenue assez grande pour changer le caractère primitif de la société ; elle pourra dans ce cas, et à cause de ces circonstances, être déclarée commerciale ; mais ce ne sera pas parce qu'elle aura emprunté la forme d'une société anonyme ou par actions. C'est dans ce sens qu'il faut entendre, dit M. Troplong, divers arrêts dont on n'a pas toujours bien démêlé la véritable signification (2).

**115.** Cette manière d'expliquer comment une société qui par son but principal paraissait être purement civile a pu quelquefois cependant, à cause des circonstances, être qualifiée, par la jurisprudence, de société commerciale, nous paraît complètement satisfaisante : ce n'est pas la forme, c'est l'entreprise elle-même qui, mêlant à une industrie civile des spéculations essentiellement commerciales, imprime à la société ce dernier caractère, afin que ceux qui traitent avec elle ne soient pas privés des garanties auxquelles ils ont droit, quand il s'agit d'actes de commerce.

« Je soutiens , dit encore M. Troplong en parlant des mines, que les concessionnaires sont maîtres de renoncer au bénéfice de la loi du 21 avril 1810. Pour augmenter leurs moyens d'exploitation et leur crédit, ils ont pu se constituer commerçants et s'assujettir à toutes les obligations d'une profession ouverte à tout le monde. Avant la loi de 1810, l'exploitation des mines était considérée en général comme un commerce ; on voyait en elle une industrie dont le but était

(1) *Droit comm.*, n. 966.

(2) *Sociétés*, n. 329.

de livrer à la consommation des produits. Depuis, le législateur, voulant diriger vers cette industrie les capitaux civils et lui associer des personnes que leur position et leurs idées éloignent du commerce, en a fait une industrie purement civile ; mais il ne résulte pas de cette innovation que les parties mues par un plus grand intérêt ne puissent se placer sur un terrain moins privilégié et assumer la grave responsabilité qui s'attache à la qualité de commerçants. *Convenances vainquent la loi*, comme dit Loysel. Un propriétaire qui vend les produits de son crû n'est pas commerçant, d'après l'art. 658, Cod. comm., et la juridiction commerciale ne saurait l'atteindre de plein droit. Mais conclurez-vous de là qu'un propriétaire de vignes qui récolte de grandes quantités de vins ne pourra pas s'ériger en commerçant pour ouvrir à ses produits de plus vastes débouchés ? Direz-vous qu'un grand propriétaire de bois ne pourra pas faire le commerce avoué et patenté des bois avec les coupes de ses forêts ? Non certainement, vous laisserez ce propriétaire de vignes ou de forêts abdiquer, dans son intérêt, le privilège que la loi n'avait créé que pour son intérêt. Or la loi de 1810 a fait pour les mines ce que l'art. 658, Cod. comm., a fait pour les propriétaires d'immeubles : donc il n'est pas plus interdit à ceux-là qu'à ceux-ci de recourir à la qualité de commerçants pour donner une base plus large à leur crédit et à leurs opérations. Le tout est de ne pas leur prêter légèrement une volonté qui ne se présume pas. Là-dessus on consultera les circonstances, on n'admettra que des faits graves, précis, concordants. »

Ce passage de M. Troplong ne doit pas être entendu, nous le croyons du moins, en ce sens que la simple volonté des associés puisse changer le caractère d'une société ; si ce principe était admis pour les mines, il va de soi qu'il s'appliquerait à toute autre société ; qu'il s'étendrait également à tout individu faisant une suite d'actes auxquels la loi n'a pas attribué le caractère commercial et qui pourrait le faire considérer néanmoins comme commerçant. Nous ne pouvons croire qu'il soit libre à tout le monde de se soumettre aux obligations plus étroites que la loi a imposées aux commerçants. A chaque instant, pour augmenter son crédit, on consentirait à se dépouiller

ler des garanties que la loi civile a consacrées et à se soumettre, pour l'exécution d'une obligation purement civile, à la juridiction commerciale et à la contrainte par corps. La loi commerciale a défini avec précision les faits qui doivent être réputés commerciaux et la compétence des tribunaux exceptionnels qui doivent en connaître. La volonté des individus ne peut rien changer à ces règles, ni la forme, nous l'avons déjà dit, qu'empruntera une société. Les faits sont-ils au nombre de ceux que la loi déclare faits de commerce ? La société est commerciale ; dans le cas contraire, elle est civile ; et, de même qu'on ne peut se soustraire à la loi commerciale en cherchant à transformer en opérations civiles des faits commerciaux , de même il n'est pas possible de venir s'y soumettre, en appelant soi-même faits de commerce des opérations purement civiles. La nature des choses, non la volonté des contractants, imprime à une opération le caractère commercial. Nous verrons la confirmation de cette doctrine dans le commentaire du livre 4<sup>e</sup>, et nous avons déjà soutenu une doctrine analogue sous l'article 1<sup>er</sup> (*V. suprà*, n. 6).

---

## ARTICLE 20.

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.

---

Action civile, 417, 423.

Action publique, 422.

Contrefaçon, 418.

Dénomination industr., 414 et s.

Enseignes, emblèmes, etc. 426

Etrangers, 424 et s.

Homonymes, 419.

Initiales, 420.

Marques de fabrique, 416 et s.

Marque étrangère, 424.

Nom, 419, 425.

Produits agricoles, 421.

Raison sociale, 414 et s., 419.

Usurpation de nom, 420 et s.

Villes manufacturières, 418.

**114.** La société en nom collectif était mentionnée dans l'ordonnance de 1673 sous la désignation de *Société générale* ; elle forme le type de toutes les autres sociétés commerciales, qui n'en sont que des modifications plus ou moins profondes.

Elle doit être représentée par une *raison sociale*, appelée quelquefois aussi *raison de commerce*.

Cette expression depuis longtemps usitée et parfaitement claire pour les commerçants exprime la désignation particulière sous laquelle seront compris tous les individus associés ensemble. Si Pierre, Paul et Jean, contractent une société en nom collectif, ils peuvent convenir que la raison sociale portera le nom de chacun d'eux, ou seulement, Pierre, Paul et compagnie, ou même Pierre et compagnie : il n'est donc pas nécessaire que la raison sociale contienne les noms de tous les associés ; et tous n'en sont pas moins obligés par la signature sociale, si elle est donnée par une personne à laquelle l'acte de société a laissé le droit de l'employer.

Quelquefois les commerçants donnent à l'établissement qu'ils dirigent un nom qui le fera plus facilement reconnaître, qu'il soit pris du lieu où ils l'exploitent, ou de toute autre circonstance : *filature de Saint-Denis*, par exemple, *café de la Régence* : une pareille désignation ne peut, en aucun cas, pas plus qu'une enseigne à laquelle, à bien des égards, elle doit être assimilée, remplacer la raison sociale dans une société en nom collectif ou en commandite ; des principes particuliers règlent les sociétés anonymes (V. *infra*, n° 167). Sans avoir égard à cette désignation, qu'aurait choisie la société, toutes assignations, significations ou actes semblables doivent lui être donnés ou être faits par elle, sous le nom social qu'elle a adopté.

**115.** En cédant un fonds de commerce et la suite des ses affaires, un commerçant ne peut vendre à son successeur la raison sociale sous laquelle il était connu ; mais il n'en est pas de même de la dénomination qui avait été donnée à son établissement ; elle peut être vendue, et souvent même elle est de plein droit cédée comme accessoire nécessaire (1). La Cour de Rouen a décidé que le titre d'un établissement commercial appelé : *la Grande Carue*, faisait partie de l'actif appartenant à la société qui l'exploitait, devait être licité comme les autres

---

(1) *Pardessus*, n. 978.

objets qui en dépendent, et qu'il n'était pas permis à une partie des sociétaires réunis pour former une société nouvelle de se l'approprier, au préjudice de ceux qui restaient étrangers à cette association (1).

**116.** Les marques de fabrique sont comme les noms, les raisons sociales des propriétés industrielles qui ne peuvent être usurpées. Des lois spéciales les protégent; elles s'appliquent aux unes comme aux autres: nous nous occuperons d'abord des marques de fabrique.

Sous l'ancienne jurisprudence, des règlements existaient déjà sur les marques de fabrique; mais ils avaient pour but, si ce n'est pour résultat, de garantir la bonne qualité des produits, et étaient rendus dans l'intérêt des consommateurs. Ces marques obligatoires existent encore de nos jours pour certaines marchandises; on peut citer comme exemples les poinçons, dont tous les ouvrages d'or et d'argent, aux termes de la loi du 19 brumaire an 6, doivent être marqués. Des règles analogues existent pour les savons, les étoffes d'or faux ou mi-fin, les velours, les coton tissés ou filés (2). Dans le langage usuel, par marques de fabrique on entend plus particulièrement des signes placés facultativement par le fabricant sur les produits de son industrie, afin de les distinguer de tous autres; le droit d'apposer son nom, son signe, sa marque distinctive sur les produits de son travail, appartient à tout le monde et constitue une propriété privée que la loi doit garantir; cette protection n'est accordée, toutefois, qu'à certaines conditions.

La loi exige que le modèle de la marque adoptée par le fabricant soit déposé au greffe du tribunal de commerce et au secrétariat du conseil des prud'hommes (L. 22 germinal an 11, art. 18, et D. 11 juin 1809, art. 7); procès-verbal dont une expédition est remise au fabricant est dressé de ce dépôt. Quand il s'agit d'objets de quincaillerie et de coutellerie, la marque est empreinte sur des tables déposées aux mêmes lieux (D. 5 sept. 1810, art. 3, 4 et 8).

(1) Rouen, 15 mars 1827.

(2) V. A. Rendu, n. 609 et s.

**117.** La loi du 22 germinal an 11, art. 18, porte : « Nul ne pourra former action, en contrefaçon de sa marque, s'il ne l'a préalablement fait connaître d'une manière légale par le dépôt d'un modèle au greffe du tribunal de commerce, d'où relève le chef-lieu de la manufacture ou de l'atelier » ; et le décret du 11 juin 1809, modifié par l'avis du conseil d'Etat du 20 février 1810, art. 5, dit : « Tout marchand-fabricant, qui voudra pouvoir revendiquer devant les tribunaux la propriété de sa marque sera tenu d'en adopter une assez distincte des autres marques pour qu'elles ne puissent être confondues et prises l'une pour l'autre. » Ces textes n'ont pas semblé assez explicites pour décider si la formalité du dépôt était exigée pour faire acquérir le droit exclusif d'employer une marque, ou si, ce droit résultant simplement du fait de l'usage, le dépôt n'était nécessaire que pour intenter une action en justice. La Cour de cassation a embrassé cette dernière opinion conformément à une consultation de M. Pardessus, produite devant elle (1). On hésite toujours à refuser son approbation à l'arrêt équitable qui, en définitive, punit la mauvaise foi; mais, en droit rigoureux, nous croyons que le principe adopté par la Cour de cassation n'est pas conforme à la loi (2). Il nous semble évident que le législateur n'a voulu accorder de protection à l'espèce de propriété que constitue une marque de fabrique que sous certaines conditions; le dépôt paraît utile pour établir la prise de possession d'une chose dans le domaine public, pour la constater de manière à éviter tout débat sur la question de priorité, par exemple, et pour la rendre notaire à tous.

Un projet de loi présenté dans la session de 1856 et qui n'a pas été discuté avait tranché la question : « Nul ne peut acquérir la propriété exclusive d'une marque, portait le texte, s'il ne dépose deux exemplaires du modèle de cette marque au greffe du tribunal de commerce de son domicile. La propriété de la marque n'est acquise au déposant qu'à partir du jour du dépôt. » L'exposé des motifs expliquait très-bien cette dis-

(1) Cass., 28 mai 1822. — *Siv.*, Paris, 29 déc. 1835 (S.V.36.2.436).

(2) Blanc, p. 475; A. Rendu, n. 627. — *Contrà*, Dalloz, v° *Industrie*, n. 328.

position de la loi : « Les différents emblèmes, symboles ou signes, dont les fabricants peuvent se servir pour remplacer leur nom, ne sont, à vrai dire, la propriété de personne; ils sont dans le domaine public; tout le monde peut s'en emparer. Si donc vous voulez déposséder le public au profit d'un seul du droit de se servir de tel ou tel signe, il est juste et il est nécessaire que vous obligiez le fabricant qui désire s'en réserver l'usage exclusif à rendre son intention publique, à la porter à la connaissance de tous, et que vous fournissiez aux autres fabricants le moyen de connaître les signes dont l'emploi leur est interdit. »

Nous ne pouvons donc qu'engager tout fabricant prudent à faire immédiatement le dépôt de la marque qu'il aura cru devoir adopter, tout en prévenant celui qui voudrait l'usurper que les tribunaux ont cru pouvoir interpréter la loi de manière à l'atteindre dans tous les cas. Il est incontestable, en outre, que les principes de l'art. 1582, C. Nap., qui accordent une réparation civile à toute personne qui a souffert un dommage par le fait d'autrui et en vertu desquels les usurpations d'enseignes et autres emblèmes semblables sont journallement réprimées, seraient applicables à l'imitation d'une marque, même non déposée.

Après un temps fort long, les recherches pour s'assurer si une marque a déjà été employée et déposée deviennent fort difficiles; le projet de loi dont nous venons de parler avait décidé que le dépôt n'avait d'effet que pour 15 années, sauf au propriétaire à le renouveler pour maintenir son droit. Dans l'état actuel de la législation, il faudrait décider que la propriété de la marque est perpétuelle; elle ne tomberait de nouveau dans le domaine public que s'il résultait des circonstances qu'elle doit être réputée abandonnée. Mais après un long temps écoulé, toutefois, l'erreur serait excusable; et la bonne foi, plus aisément présumée.

**118.** Les villes manufacturières pourraient également obtenir l'autorisation d'apposer une marque spéciale sur les marchandises fabriquées dans leur enceinte : ainsi un décret du 25 juillet 1810 avait attribué aux fabricants de Louviers le droit exclusif de donner à leurs draps une lisière jaune et

bleue ; le décret du 22 déc. 1812, plus général, disposait que chaque fabricant de draps serait autorisé, sur sa demande, à se servir d'une lisière particulière. Mais ces deux décrets sont restés sans exécution par suite de deux avis du conseil d'Etat, approuvés le 30 avr. 1811 et le 17 déc. 1813.

La ville de Marseille jouit d'une marque particulière pour ses savons à l'huile d'olive, et la contrefaçon est punie d'une amende de 1000 fr., doublée en cas de récidive, sans préjudice de la confiscation (décret 22 déc. 1812) : cette marque est indépendante de la marque particulière que peut adopter chaque fabricant, et qui reste soumise aux règles générales de la loi de germ. an 11 et des art. 142 et 143 du Cod. pén., et de la marque obligatoire tendant à prévenir les fraudes dans la fabrication du savon, établie pour toute la France par les décrets du 1<sup>er</sup> avr. et du 18 sept. 1811.

La banlieue de la ville serait assimilée à la ville même (1).

**119.** Quelquefois le fabricant appose sur ses produits, au lieu d'une marque arbitrairement choisie, son nom même ou sa raison de commerce, soit textuellement, soit au moyen de simples initiales. Une loi spéciale, en date du 28 juill. 1824, a été rendue pour protéger cette espèce particulière de désignation. La propriété du nom est de sa nature perpétuelle ; elle survit évidemment à un brevet d'invention qui aurait été pris : « A l'expiration du brevet, dit M. Rendu, chacun acquiert la faculté de fabriquer et de vendre le produit tombé désormais dans le domaine public, mais non pas de le vendre avec le nom de l'inventeur. Celui-ci conserve le droit exclusif de revêtir le produit de son nom ou de sa raison commerciale. » Cette interdiction ne serait levée que dans le cas où par suite, soit de la cessation de tout commerce de la part de l'inventeur, de ses héritiers ou de ses cédants, soit par suite d'un long usage pratiqué sans contestation, le nom serait acquis au public comme moyen de désignation du produit lui-même : ainsi du nom de *Quinquet*, pour désigner une espèce particulière de lampe.

---

(1) Cass., 28 mars 1844 (S.V.44.4.727).

« A la différence des marques dont le choix est absolument facultatif, dit M. Rendu, le nom appartient au fabricant par son origine même, et il peut arriver que plusieurs fabricants, exerçant la même industrie, portent un nom semblable. Le dernier en date ne peut être obligé assurément de renoncer à faire usage du nom qu'il tient de sa naissance, mais il ne peut, d'un autre côté, sans injustice, usurper les bénéfices de la réputation que son devancier s'est acquise. La jurisprudence a concilié autant que possible ces deux principes, en décidant que, lorsqu'un fabricant a pris possession commerciale de son nom en l'apposant à ses produits, tout homonyme qui fabriquera ultérieurement les mêmes produits sera tenu, en y apposant son nom, d'y joindre une qualification ou une désignation qui le distingue du nom déjà employé » (1).

La jurisprudence, par suite de ces principes de loyauté, s'est montrée justement sévère, quand, sans qu'il y ait eu reproduction exacte du nom industriel, il y a eu imitation dans un but de concurrence déloyale, de nature à induire les acheteurs en erreur, ou qu'un individu est entré dans une société de commerce, pour l'autoriser à user du nom qui lui appartient en commun avec un fabricant connu.

**120.** L'usurpation, soit de la marque, soit du nom, est punissable ; mais des différences notables existent, non-seulement dans la pénalité, mais surtout dans les conditions à remplir pour intenter l'action en contrefaçon ; il y a donc, par suite, un intérêt très-grand à décider si de simples initiales apposées par un fabricant sur ses produits constituent une marque ou un nom. M. Rendu enseigne que les simples initiales rentrent dans la classe générale des marques de fabrique, et il cite trois arrêts de la Cour de cassation qui l'auraient ainsi décidé (2). Il nous semble impossible d'assujettir un fabricant à un dépôt préalable pour s'assurer l'usage exclusif des initiales de son nom, et de décider que toute personne pourra

(1) *Droit industriel*, n. 646 ; Aix, 8 janv. 1821 ; Lyon, 7 mai 1821 ; Poitiers, 12 juill. 1833.

(2) *Droit industriel*, n. 645 ; Cass., 15 nov. 1850 (Mothes) ; 29 nov. 1850 (Jouvin) ; 12 juill. 1851 (Morel).

se les approprier, en remplissant cette formalité, et, par une conséquence forcée de ces prémisses, poursuivre en contrefaçon celui même à qui elles appartiennent, quand il voudra les employer. Nous ne pouvons mettre en doute que les initiales doivent être assimilées au nom lui-même, être soumises aux mêmes règles et non être considérées comme marques de fabrique.

**121.** Une jurisprudence constante étend aux produits de l'agriculture, tels que les vins, eaux-de-vie, farines, etc., les règles établies pour les produits de l'industrie manufacturière (1).

**122.** L'apposition abusive et sans droit, sur des objets fabriqués ou sur les enveloppes, d'une marque, d'un nom patronymique, de la raison de commerce choisie par une société, du nom d'une ville, comme Sedan, par exemple, pour des draps fabriqués dans toute autre localité (2), ne peut avoir d'autre but et a pour résultat de tromper l'acheteur sur la provenance de l'objet vendu, le plus souvent, en outre, sur sa qualité ; souvent peut-être une simple valeur de convention est attribuée au produit de tel fabricant, de tel lieu; cette valeur n'en est pas moins réelle ; et d'ailleurs à quelles difficultés ne serait-on pas forcément amené pour constater le véritable état des choses ? Il y a toujours mensonge et, par suite, intention frauduleuse.

Cette fraude peut être réprimée, soit par des dommages-intérêts réclamés par action portée devant le tribunal de commerce, soit par une poursuite en contrefaçon portée devant la juridiction criminelle et intentée, dans l'un et l'autre cas, par la personne dont la marque ou le nom a été usurpé, soit enfin par le ministère public, en vertu de l'art. 425 du Code pénal, qui punit quiconque aura trompé l'acheteur sur la nature de la marchandise.

La question de savoir si l'action publique, dont nous allons nous occuper d'abord, est recevable en pareille circonstance,

(1) Rendu, *Droit industriel*, n. 621.

(2) Cass., 28 mars 1844 (*S.V.44.1.727*), et 12 juill. 1845 (*S.V.45.1.842*).

appartient au droit criminel ; nous n'avons pas à nous en occuper. La solution peut sans doute dépendre des circonstances, mais parmi les auteurs qui l'ont examinée nous devons dire que la plupart pensent que le fait est puni par le Code pénal. Il est certain, au moins, qu'il indique un manque de loyauté. Sans doute les faussaires ont pu se défendre, en alléguant que la loi punit le fait d'avoir trompé l'acheteur, non sur la provenance, mais bien seulement sur la nature de la marchandise. Quoi qu'il en soit, nous le répétons, cette question appartient exclusivement au droit pénal. Il faut dire seulement que le caractère de faux en écriture privée, que l'art. 17 de la loi du 22 germinal an 11 attribuait à l'usurpation de nom comme à l'usurpation de la marque, a disparu depuis la loi du 20 juillet 1824, et ne constitue plus qu'un simple délit passible de peines correctionnelles (1).

La législation spéciale aux objets de quincaillerie et de coutellerie punit la contrefaçon des marques, pour ces sortes d'objets, d'une simple amende correctionnelle de 300 fr. portée au double en cas de récidive et entraînant en même temps, dans ce cas, une condamnation à six mois d'emprisonnement (D., 5 sept. 1810, art. 1<sup>er</sup>).

**125.** Quand la poursuite est intentée par le fabricant lui-même, les règles en cette matière, leurs limites, la manière de les appliquer, les pouvoirs dévolus aux Cours impériales, sont parfaitement exposés dans un arrêt de la Cour de cassation rendu en faveur de Bricard, successeur de Sterlin, fabricant serrurier, contre Tessier :

« Attendu, porte cet arrêt, qu'en décidant *en fait* que l'ensemble des actes imputés à Tessier par Bricard n'avait pas le caractère d'une concurrence déloyale, la Cour impériale n'a fait qu'*user de son pouvoir souverain d'appréciation* des circonstances de la cause; et qu'en refusant, par suite d'une telle appréciation, d'accorder à Bricard des dommages-intérêts, elle n'a pu violer l'art. 1382 du Cod. Nap.;

« Sur la deuxième branche du moyen :

(1) Cass., 24 déc. 1855, Bull. des arrêts, 1855, p. 235.

“ Attendu que, tout en reconnaissant que Tessier a fait usage, sur des factures de ventes et sur des enveloppes de serrures, tant du nom de *Sterlin* que de la marque S. T., appartenant à Bricard, la Cour impériale a déclaré qu'il n'en était résulté dans le passé aucun préjudice pour Bricard; qu'elle a pu, dès lors, lui refuser des dommages-intérêts à raison de ce fait spécial, sans violer l'article 16 de la loi du 22 germ. an 11;

“ Rejette les deux premières branches du moyen;

“ Mais, sur la troisième branche : — Vu la loi du 22 germ. an 11, art. 17, et la loi du 28 juill. 1824, art. 1<sup>er</sup>;

“ Attendu qu'aux termes de la loi du 28 juill. 1824, il est interdit à toutes personnes d'apposer ou de faire apparaître par addition, retranchement, ou par une altération quelconque, sur des objets fabriqués, le nom d'un fabricant autre que celui qui en est l'auteur ;

“ Attendu que la loi du 22 germ. an 11, après avoir, par son art. 16, défendu la contrefaçon des marques particulières, déclare, par son art. 17, que la marque sera considérée comme contrefaite, quand on y aura inséré les mots *façon de.....* et à la suite le nom d'un autre fabricant ;

“ Attendu que, si l'art. 2 de la loi du 20 juill. 1824 déroge à l'art. 17 précité de celle du 22 germ. an 11, c'est seulement en ce sens que les faits d'usurpation de noms, qui avaient, d'après la plus ancienne de ces lois, le caractère de faux en écriture privée, ne sont plus, d'après la plus récente, que de simples délits passibles des peines portées en l'art. 425 du Code pénal ; mais que, du reste, la loi de 1824, bien loin d'amoindrir les dispositions protectrices de la propriété industrielle résultant des prohibitions de la loi de l'an 11, a voulu leur donner une application plus étendue et une efficacité plus certaine, ce qui résulte, notamment, des termes plus généraux de la loi de 1824 et des documents législatifs qui s'y rapportent ;

“ Attendu que les textes de lois précités reproduisent et consacrent ces deux principes de droit commun : le premier, que le nom est une propriété; le second, que cette propriété a un titre de plus à la protection du législateur, lorsqu'il s'agit du nom d'un industriel devenu le signe indicatif soit d'un

achalandage, soit d'une fabrication reconnue ou prétendue meilleure ;

« Attendu qu'il peut arriver, sans doute, dans certains cas spéciaux, que, par un long usage ou par suite du consentement, soit exprès, soit tacite de l'intéressé, le nom d'un fabricant devienne comme la seule désignation usuelle et reçue de tel ou tel procédé de fabrication tombé dans le domaine public; qu'en ces cas, il peut être exceptionnellement permis à d'autres qu'au propriétaire du nom, de s'en servir afin de désigner, non l'origine industrielle du produit fabriqué, mais le procédé ou le mode de fabrication ;

« Mais attendu que les tribunaux ne sauraient autoriser une telle dérogation aux règles communes qu'en constatant ou reconnaissant que le nom en litige est devenu la désignation usuelle et comme nécessaire du produit, et en prenant, de plus, les précautions convenables pour que toute confusion sur l'origine industrielle des produits soit évitée, et pour que l'emploi du nom d'un fabricant permis, malgré lui, à d'autres ne devienne pas le moyen d'une concurrence illicite à son préjudice ;

« Et attendu que des constatations, en fait de l'arrêt attaqué, il résulte que Bricard, demandeur en cassation, était, comme successeur de Sterlin, en possession de placer sur les serrures par lui fabriquées la marque S. T., formée par les deux lettres initiales du nom de Sterlin ;

« Attendu qu'il résulte également, en fait du même arrêt, que Teissier, non content de placer sur les produits similaires de sa propre fabrique la marque T. S., dont l'arrêt le considère comme propriétaire légitime avait, en outre, inscrit sur des enveloppes de serrures mises par lui en vente, et sur des factures destinées à constater ces ventes, non-seulement la marque S. T. appartenant à Bricard, mais encore le nom entier de *Sterlin*, soit seul, soit précédé des mots *façon de.....*;

« Attendu que l'arrêt attaqué se borne à défendre à Teissier de se servir de la marque S. T. et du nom de *Sterlin*, employés seuls, mais que, par une disposition virtuelle de son dispositif, il autorise Teissier à se servir de la désignation *façon S. T. ou façon Sterlin* ;

« Attendu que l'arrêt attaqué ne cherche à justifier cette autorisation par la constatation d'aucun fait, ou d'aucun usage, tendant à établir que le nom de Sterlin soit devenu la désignation ordinaire et reçue d'un certain mode de fabrication tombé dans le domaine public; qu'il ne paraît pas même qu'aucun débat se soit engagé, à cet égard, devant les juges du fond;

« Attendu que, de ce qui précède, il résulte qu'au chef dont s'agit la Cour impériale a violé les lois ci-dessus visées et les principes de la matière ci-dessus rappelés :

« Par ces motifs,

« La Cour casse et annule l'arrêt de la Cour impériale de Paris, du 31 déc. 1853, seulement au chef qui autorise Teissier à se servir du *nom de Sterlin* ou des initiales *S. T.* en les faisant précédé des mots *façon*, etc.; (1) »

**124.** Les objets manufacturés en France peuvent porter la marque d'un fabricant étranger, son nom, ou l'indication d'une ville étrangère.

Par suite de ce principe, que la marque de fabrique n'est protégée que sous certaines conditions et dans un simple intérêt privé, ou tout au moins dans l'intérêt exclusif de l'industrie française, les étrangers ne pourraient être admis à invoquer contre les usurpateurs la protection de la loi; ils ne seraient pas reçus d'ailleurs à remplir les formalités qui, seules, garantissent au fabricant même français l'usage exclusif de sa marque; cette fin de non-recevoir suffirait à faire repousser toute action intentée par eux. Le projet de loi présenté en 1856 avait comblé une lacune qui existe peut-être sur ce point : « les étrangers qui possèdent en France des établissements d'industrie ou de commerce, portait l'art. 5, jouissent, pour les produits de leurs établissements du bénéfice de la présente loi, en remplissant les formalités qu'elle prescrit. » L'art. 6 ajoutait : « Les étrangers et les Français dont les établissements sont situés hors de France jouissent également du bénéfice de la présente loi, pour les produits de ces éta-

---

(1) Cass., 24 déc. 1855, *Bull. des arrêts*, 1855, p. 235.

bissemens, si, dans les pays où ils sont situés, des conventions diplomatiques ont établi la réciprocité pour les marques françaises. »

Un fabricant pourrait donc aujourd’hui usurper une marque adoptée par un étranger; mais il ne pourrait évidemment prétendre à s’en réservé l’usage exclusif en France, en en faisant le dépôt en son nom.

**125.** La question pouvait être plus douteuse pour le nom.

La Cour de Paris et celle de Rouen, sur le renvoi qui leur avait été fait par la Cour de cassation, avaient décidé, l’une et l’autre, que le nom, à la différence de la marque, constituait une propriété de droit naturel et devait être protégé comme la liberté, la sûreté de tout étranger, et sans condition de réciprocité, ainsi que l’exige la loi, quand il s’agit de droits purement civils. Le rapport si remarquable de M. le conseiller Rocher, devant les chambres réunies, quelque réserve qu’il ait dû apporter dans ses conclusions, a paru à tous avoir prouvé de la manière la plus complète que le système des Cours impériales était seul admissible, non au point de vue des principes spéciaux de la loi du 28 juill. 1824 peut-être, mais au point de vue du droit général, que peut invoquer toute personne lésée, nous le répétons, dans sa propriété, sa sûreté, sa liberté. La Cour de cassation, chambres réunies, a cependant décidé autrement(1), entraînée par un sentiment de bienveillante protection pour l’industrie française, et en songeant que le fait, dont un Anglais demandait la répression en France, ne serait pas réprimé en Angleterre, en faveur d’un Français plaidant contre un Anglais. Ces considérations, toutefois, nous touchent peu; il est quelques grands principes, dont aucune considération ne peut justifier le sacrifice; et nous avons fort peu de sympathie pour une industrie déloyale, à quelque pays qu’elle appartienne. Aussi l’unanimité des auteurs repoussent cette doctrine, sur laquelle, nous l’espérons, reviendra la Cour suprême.

**126.** La législation spéciale, dont nous venons d'examiner les principales dispositions, ne s'applique pas à d'autres pro-

(1) Cass., 12 juill. 1848 (S.V.48.1.418).

propriétés industrielles analogues aux marques de fabrique et aux noms ; telles que les enseignes, les emblèmes, les étiquettes, les enveloppes, les formes, les couleurs, les dénominations dont nous avons parlé, employés pour distinguer, soit un établissement commercial, soit des produits industriels ; la propriété en est garantie par le droit commun ; et toute personne lésée par une usurpation déloyale peut réclamer un dédommagement du tort qu'elle a souffert, en invoquant l'art. 1582, Cod. Nap. ; mais c'est la seule action évidemment qui lui soit ouverte. Il est impossible de donner des règles pour reconnaître d'avance ce qui constituera l'usurpation ; les tribunaux apprécieront en fait, s'il y a usurpation et dommage. Les circonstances, ainsi que le dit M. A. Rendu, « doivent être appréciées d'après ce principe, que toute similitude de nature à faciliter une concurrence déloyale, en favorisant une confusion frauduleuse ou seulement préjudiciable doit être proscrite (1). » Les espèces varient à l'infini, et la répression s'est appliquée sans difficulté, non-seulement à une reproduction identique, mais à la simple ressemblance, à une analogie de nature à rendre possible une confusion. D'un autre côté, la reproduction même exacte ne pourra donner lieu à une injonction prohibitive de la justice, s'il n'y a pas eu préjudice ; ni la concurrence, ni la confusion ne sont possibles, comme dans le cas, par exemple, où une compagnie, établie à Lyon pour entreprendre le balayage, a pris la dénomination de l'*Urbaine*, appartenant à une compagnie d'assurances contre l'incendie établie à Paris (2).

La Cour de cassation a décidé avec raison, que l'enseigne d'un hôtel garni n'était pas l'accessoire de l'immeuble, mais bien du fonds de commerce, comme l'enseigne de toutes les autres industries (3) ; et il n'est pas plus permis d'usurper une enseigne que la dénomination d'un établissement commercial, de manière à porter préjudice à ceux qui les ont employées les premiers.

(1) *Droit industriel*, n. 669.

(2) Lyon, 9 déc. 1840 (S.V.41.2.431).

(3) Cass., 21 déc. 1853 (S.V.54.4.90).

## ARTICLE 21.

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

**127.** La loi a voulu, par la disposition écrite dans l'art. 21, éviter toute surprise et empêcher que la confiance ne s'attache à une société à cause du nom d'une personne en possession de l'estime publique, et qui n'en ferait réellement pas ou aurait cessé d'en faire partie : « On s'étonne, dit M. Troplong, qu'un usage contraire ait jadis régné en France et qu'il se perpétue en Angleterre » (1). Le Code hollandais le consacre expressément : « la raison sociale d'une société dissoute, dit-il, pourra, soit en vertu de la convention, soit du consentement formel de l'ex-associé, dont le nom paraissait dans la raison sociale, ou en cas de mort, si les héritiers du défunt ne s'y opposent pas, être continuée par une ou plusieurs personnes (2). » La loi exige seulement qu'une grande publicité soit donnée à l'acte qui établit cette non-vérité ; mais la disposition n'en semble pas moins exorbitante et ne peut s'expliquer que par d'anciens usages connus de tous, et qui mettent en garde contre toute surprise, en éveillant les vérifications.

Par suite des principes admis dans la loi française, si un associé meurt, son nom doit être rayé de la raison sociale par ses co-associés, qui continuent les affaires ; il ne faut pas, dit Dageville, que le public soit trompé par la réputation et le crédit attachés à un nom que celui qui le portait a quitté avec la vie (3) ; mais la loi n'a établi aucune sanction, et on ne peut se dissimuler qu'il était difficile de le faire ; les associés survivants s'exposeraient, dans certains cas, à être poursuivis pour escroquerie (Cod. pén., art. 405), et, en cas de fraude établie, à être condamnés ; les héritiers pourraient également être atteints

(1) *Sociétés*, n. 372.

(2) Code hollandais, art. 30.

(3) Dageville, sur l'art. 20.

dans leur fortune, parce que la société serait considérée comme continuant de subsister à l'égard des tiers (1).

Il est certain, dans tous les cas, qu'il y a contravention à la loi, si le nom d'un associé décédé est pris pour raison sociale par les personnes, qui lui succèdent, dans la direction de l'établissement à la tête duquel il se trouvait ; l'art. 21 ne permet même pas à la veuve d'un négociant mariée en deuxièmes noces de conserver le nom de son premier mari comme raison sociale (2). Aucun dissensitement n'existe au reste à cet égard entre les auteurs. Le fils unique, seul héritier de son père sous la raison sociale : Jacques père et fils, commettrait une irrégularité beaucoup plus excusable en conservant après la mort de son associé l'ancienne raison sociale.

**128.** La raison sociale pourrait également contenir le nom d'une personne qui n'aurait jamais fait partie de la société. Ce fait seul, si cette personne restait complètement étrangère aux opérations commerciales, ne suffirait en aucun cas, pour lui donner la qualité ni d'associé ni de commerçant ; mais elle n'en serait pas moins exposée si elle avait donné son consentement à cette irrégularité, à se voir condamner solidairement pour toutes les dettes de la société, en vertu de l'art. 1382 du Cod. Nap. qui décide que tout fait quelconque qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. » Il invoquerait vainement, dit M. Pardessus, les clauses de l'acte dans lequel il aurait donné cette autorisation sous la réserve de n'être pas tenu des dettes. Il est doux que, même dans le cas où cette réserve aurait été rendue publique, il évitât des condamnations au profit des tiers (3). »

Les tribunaux toutefois se décideraient sans doute d'après les circonstances ; aucune règle précise ne peut être donnée à cet égard : « L'appréciation des manœuvres qui pourraient être pratiquées à l'aide de l'infraction de l'art. 21, pour tromper le public ou surprendre sa confiance, porte un jugement du tri-

(1) Cass., 26 juill. 1843, J. du P., 1844, t. 1<sup>er</sup>, p. 85.

(2) Cass., 28 mars 1838, J. du P., 1838, t. 1<sup>er</sup>, p. 404.

(3) Pardessus, n. 978. — *Sic*, Troplong, n. 373.

bunal de commerce de Marseille, confirmé par la Cour d'Aix, est laissée à l'arbitrage des juges ; si, dans le cas où la fraude leur est prouvée, ils doivent se montrer sévères envers les auteurs et complices, il ne saurait en être de même, lorsqu'il est évident qu'il n'y a eu ni dol ni fraude (1). » En effet, l'art. 21 ne porte pas comme sanction, ainsi que l'art. 28 que nous verrons tout à l'heure, que la contravention sera punie par l'obligation solidaire à tous les engagements de la société ; mais il y a faute néanmoins, violation de la loi et danger d'encourir la responsabilité la plus étendue.

Ce n'est pas comme associé, mais également comme responsable de son imprudence et d'un fait qui a causé à autrui un dommage, que le simple mandataire, gérant d'une société, qui signe de la signature sociale, sans avertir les tiers que c'est *par procuration*, peut être condamné à payer le montant des obligations qu'il a ainsi souscrites, si les tiers ont pu légitimement le regarder comme associé. Il ne doit pas être réputé avoir en effet la qualité d'associé ; il ne peut être mis en faillite et profiter du concordat accordé à la maison de commerce, dont il a pris le nom ; il est tenu seulement, à raison de son imprudence d'une indemnité égale à ce qu'il devrait comme obligé personnel (2). Il faudrait donc décider que les personnes seules, porteurs des engagements souscrits par lui, ont une action, et non tous les créanciers de la société, et que ses créanciers personnels viendraient évidemment en concurrence avec ces porteurs, puisqu'ils sont les uns et les autres simples créanciers personnels.

## ARTICLE 22.

Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société, 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.

(1) Aix, 16 janv. 1840, J. du P.. 1840, t. 1<sup>er</sup>, p. 463.

(2) Paris, 3 mars 1831 (S.V.31.2.93).

Action en justice, 130, 139.	Dol, 131, 140.	Participant, 146 et s.
Administrateurs, 137 et s. 144.	Emprunts, 139.	Poursuites, 130.
Administration, 138 et s. 145.	Engag. de la société, 134 et s.	Raison sociale, 129, 131.
Cession, 146 et s.	Fautes, 140.	Retraite d'un associé, 139.
Compromettre (dr. de), 139.	Gérants, 137 et s., 144.	Révocation, 144.
Croupier, 146 et s.	Hypothèque, 139.	Signature sociale, 131, 134.
Délibérations, 145.	Mandat, 144, 143.	Solidarité, 129, 130, 143 et s.
Dettes personnelles, 131, 133.	Modifications, 145 et s.	Substitution, 143, 146.
Dettes sociales, 129, 133.	Obligation commune, 132.	Transiger (droit de), 139.
Destitution, 142.	Opposition, 140, 145.	Vote, 145.

**129.** « Dans les sociétés autres que celles de commerce, dit l'art. 1862, Cod. Nap., les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales ; et l'un des associés ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir. » Il y a donc sur ce point opposition complète entre le droit civil et le droit commercial, et elle est consacrée par le Code Napoléon comme par notre art. 22.

La loi dit expressément, toutefois, que cette solidarité n'existe qu'entre les associés indiqués dans l'acte social, et sous la condition expresse que la signature donnée par un seul des associés a été donnée sous la raison sociale ; mais entre ces personnes et sous cette condition, la solidarité existe non-seulement pour toutes les dettes, ainsi que le portaient l'ord. de 1673 (tit. 4, art. 7) et le projet primitif du Code, mais pour tous les engagements; c'est sur l'observation du Tribunat que cette substitution a été opérée comme exprimant une idée plus générale (1).

La solidarité s'étend donc à toute espèce d'engagement, telle que promesse de vendre ou d'acheter ; à toute obligation quelles qu'en soient la nature et l'étendue. Les associés en nom collectif ne pourraient s'affranchir de cette charge, au moyen d'aucune stipulation, d'aucun acte, quels qu'en fussent les termes et quelque publicité qu'ils lui eussent d'ailleurs donnée; au moyen d'aucun fait, même par l'abandon de leur part dans la société : le principe est absolu. Il ne pourrait résulter d'une stipulation formelle qu'une action ou une exception au profit du stipulant contre les autres associés (2).

(1) Locré, t. 17, p. 305 et 306.

(2) Pardessus, n. 1022.

Si les associés sont solidaires des dettes contractées par la société, la société ni les associés ne sont tenus des dettes personnelles de chaque associé. La Cour de cassation a jugé avec raison que cette solidarité inhérente aux sociétés en nom collectif, ne s'opposait pas à ce que chacun des associés pût conserver un patrimoine particulier et personnel, distinct et séparé du fonds appartenant à l'être moral représenté par la société ; si la société est dissoute, à cause de la faillite déclarée seulement sur le patrimoine particulier et personnel de l'un des associés, les autres peuvent retirer leurs mises respectives dans le fonds social, lesquelles, n'étant jamais devenues le gage des créanciers particuliers et personnels de l'associé failli, n'ont jamais été soumises au paiement de ses dettes (1).

**150.** Cette solidarité sociale est cependant d'une espèce particulière et qu'il est nécessaire de bien définir : « Un créancier ne peut, à son gré, dit M. Pardessus, sans avoir dirigé aucune action contre la société, poursuivre un associé pour le paiement d'une dette ou pour l'exécution d'un engagement social, comme si cet associé l'eût contracté directement et pour son propre compte. La qualité des associés, dans ce cas, n'est pas précisément celle de simples codébiteurs; elle tient beaucoup plus du cautionnement, et s'il n'est pas exact de dire que le créancier est tenu de discuter la société, avant de poursuivre les associés isolément, au moins est-il sûr qu'il ne peut agir contre eux que lorsqu'il a fait juger la vérité et la quotité de la dette contre la société.....; et ce n'est qu'après que la condamnation a été prononcée que le créancier peut, en vertu du jugement, agir contre chacun des membres de la société pour les contraindre dans leurs personnes et leurs biens à l'exécution des engagements (2). »

Ces principes sont admis sans contestation, au moins dans une certaine mesure ; mais nous pensons qu'il faut aller un

(1) Cass., 13 mars 1823.

(2) Pardessus, n. 1026.

peu plus loin même que ne l'a fait M. Pardessus ; le jugement prononcé contre la société suffira bien sans doute pour poursuivre les associés, mais seulement après qu'il aura été constaté par le résultat de l'action dirigée contre la société, que celle-ci est impuissante à remplir ses engagements ; les associés ne sont tenus que subsidiairement, ainsi que l'enseignent MM. Delamarre et Lepoitvin.

« Nous disons *subsidiairement*, car le commettant ne pourrait contraindre les associés jointement ou divisément, avant d'avoir épuisé les biens de la société, sa débitrice directe et principale. A la vérité, ils sont tenus chacun d'eux, et un seul pour tous, de ce que la société est dans l'impuissance de payer ; mais ce n'est pas comme codébiteurs solidaires de l'être de raison qui les représente ; ils en sont seulement tenus *in solidum* ; d'où la conséquence qu'on ne peut les contraindre par saisie de leurs personnes ou de leurs biens personnels qu'après épuisement de l'avoir social. Tel est le sens de notre art. 22, lorsqu'il dit que les associés en nom collectif sont solidaires pour tous les engagements de la société. Mais il n'en résulte pas la nécessité de plusieurs jugements. Celui prononcé contre la raison sociale englobe tous les associés et s'exécute contre eux, le cas échéant, sans qu'il soit besoin d'aucune autre condamnation (1). »

Cette solidarité ne passe pas sur la tête des héritiers de l'associé ; sans doute ils sont tenus de toutes ses dettes, mais dans les termes du droit commun, c'est-à-dire chacun pour sa part ; la règle serait la même, la succession consistait-elle tout entière en objets dépendant de la société.

La solidarité active qui permet à chacun des créanciers de demander le paiement du total de la créance, de manière que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur (Cod.Nap., art. 1197), existe également en faveur des associés en nom collectif.

**151.** Le texte de l'art. 22 est-il tellement absolu cependant que les engagements contractés sous la raison sociale obligent nécessairement la société dans les limites que nous venons de

(1) *Contr. de comm.*, t. 2, n. 240.

poser, même dans le cas où l'engagement aurait pour seule cause le paiement de dettes personnelles à l'associé souscripteur? La Cour de cassation avait décidé l'affirmative, hors le cas de dol ou de fraude(1); MM. Malpeyre et Jourdain avaient soutenu une opinion contraire, et cette jurisprudence avait été également très-vivement combattue par M. Massé et M. Delangle (2). Mais la Cour de cassation est elle-même revenue à des principes moins absous et elle a décidé que les engagements, même souscrits sous la raison sociale par l'un des associés, n'engageaient pas la société lorsqu'il résultait, dit un dernier arrêt rendu par elle, « de l'ensemble des faits constatés, que le demandeur avait une parfaite connaissance de la nature des valeurs qu'il recevait en échange de sa créance primitive. » L'arrêt ajoute « qu'en recevant ainsi ces valeurs au préjudice de la société, le demandeur agissait de mauvaise foi » (3). La Cour de cassation a donc eu soin, on le voit, d'appuyer cette décision sur la mauvaise foi du créancier; mais ainsi que le fait remarquer M. Devilleneuve dans la note qui accompagne cet arrêt, cette mauvaise foi n'est pas le dol ou la fraude exigée par la jurisprudence antérieure; elle peut être purement passive, et il suffit désormais pour que le créancier soit réputé avoir agi de mauvaise foi, qu'il ait su que l'engagement était souscrit dans le but de l'avantage au préjudice de la société. Cette opinion nous semble devoir être adoptée: « Si les tiers, dit M. Delangle, ont pu croire que l'associé qui traitait au nom de la société agissait pour le compte et dans l'intérêt de la société, les engagements souscrits de la raison sociale sont obligatoires, quel qu'ait été le résultat de l'opération de la société. Mais s'il résulte de la position respective des contractants, de la teneur du titre souscrit par l'associé, ou de la déclaration du tiers, que la dette pour laquelle un engagement a été souscrit de la raison sociale ne concernait pas la société, le tiers n'a rien à lui demander; car il est com-

(1) Cass., 11 mai 1836; 22 avr. 1845; 7 mai 1851 (S.V.36.1.714; 45.1.341; 51.1.321).

(2) Malpeyre et Jourdain, p. 95; Massé, t. 5, n. 54; Delangle, n. 247 et s.

(3) Cass., 24 janv. 1853 (S.V.53.1.241).

plice de la fraude préparée contre elle par un mandataire infidèle (1). »

**152.** Si une obligation avait été consentie en commun par deux associés, il importerait peu qu'elle eût été souscrite sous la raison sociale, puisque cette forme n'était nécessaire pour obliger la société, qu'autant que l'engagement n'eût été signé que par un seul des associés (2).

Il faut dire encore avec M. Troplong : « De ce que deux associés collectifs ont négligé dans l'acte de société d'adopter une raison de commerce, il ne faudra pas se hâter d'en conclure que leur société n'est qu'une sorte de participation. Si Pierre et Paul ont publié leur société ; s'ils ont révélé au grand jour le lien qui les unissait ; si, en face du public, ils se sont toujours comportés comme associés, ils sont vrais associés collectifs ; car on aura été positivement informé que Pierre agissait en *compagnie* ; que Paul, de son côté, agissait en *compagnie* ; la raison sociale sortira de la publicité de la qualité d'associé, nécessairement inhérente à chaque acte fait par Pierre et Paul pour la chose commune (3). »

**153.** Aucune difficulté ne peut exister si l'associé a contracté en son propre et privé nom ; la société ne peut être tenue, même dans le cas où la somme empruntée aurait été versée dans la caisse sociale. Le prêteur n'a pas d'autre débiteur que l'associé qui a contracté avec lui et qui a pu disposer à son gré de la somme empruntée, soit en faveur de la société dont il fait partie, soit en faveur de tout autre. Si la société a profité de la somme, ce n'est point pour elle cependant que l'emprunt a été fait, et elle n'avait pas à s'enquérir d'où provenaient les fonds qui ont été versés dans sa caisse. Les tiers ne peuvent donc exercer dans ce cas contre la société que les actions de leur propre débiteur ; cette opinion nous semble hors de toute controverse (4).

(1) *Sociétés comm.*, t. 1<sup>er</sup>, p. 255, n. 257.

(2) Rennes, 29 janv. 1839 (*J. du P.*, 1844.4.401).

(3) *Société*, n. 376.

(4) Pardessus, n. 1025 ; Troplong, *Société*, n. 772 ; Delangle, n. 232 : Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 250.

Nous n'allons pas jusqu'à dire toutefois que la société ne puisse être jamais engagée si l'associé n'a pas contracté sous la raison sociale ; même sous l'empire de l'ord. de 1673, qui semblait se montrer peut-être, par son texte rigoureusement appliqué, plus favorable à une pareille règle, le contraire a été jugé avec raison (1). Tout dépend des circonstances. « La société, dit M. Pardessus, doit être tenue des engagements, quoique non souscrits sous la raison sociale, s'ils manifestaient par eux-mêmes qu'ils l'ont été pour elle : tel serait un bail de quelques bâtiments employés à son commerce. Il n'est pas juste, dans ce cas, que par défaut d'emploi du nom social, la société soit dégagée des obligations résultant d'une opération qui l'a véritablement intéressée (Rej. 13 fruct. an 9, Rej. 23 frim. an 13. Rej. 30 juill. 1810) : elle n'est pas plus favorable que tout particulier, obligé, dans de semblables circonstances, à tenir les engagements d'une personne qui aurait agi pour lui sans mandat, dès qu'il aurait agréé l'affaire dont ces engagements sont la suite ; ou même quand il ne l'aurait pas agréée, si cette affaire avait été bien administrée, encore qu'un événement casuel et imprévu l'eût rendue plus onéreuse que profitable. Dans ce cas seulement le réclamant serait tenu de prouver que l'affaire concernait la société (Rej. 28 août 1228), tandis que l'emploi de la raison sociale serait, en sa faveur, une présomption qui le dispenserait de toutes preuves et qui rendrait même la preuve contraire inadmissible » (2). Ainsi M. Pardessus cite encore le cas où Pierre associé emprunte sous son nom seul 10,000 fr. avec lesquels il paie le prix de 100 tonneaux de vin entrés dans les magasins de la société ; la société sera obligée. Les tribunaux auront donc à apprécier ; et il est bien certain que sa qualité ne peut faire obstacle à ce qu'un associé engage la société, lorsqu'un étranger même aurait pu le faire comme *negotiorum gestor*, comme gérant son affaire ; mais on comprend aisément les complications et les difficultés que rencontrerait le créancier pour

(1) Cass., 23 frim. au 13.

(2) Pardessus, n. 1025. — *Sic, Troplong, Sociétés*, n. 843.

établir son droit ; et il reposerait en réalité sur des principes tout à fait étrangers à la matière même des sociétés, sur ceux de la gestion d'affaires.

**154.** Des conventions particulières et expresses peuvent changer le droit commun établi par l'art. 22, et ne donner qu'à quelques-uns des associés le droit de signer de la raison sociale. Dans ce cas, à ceux-ci le droit exclusif d'engager la société et de rendre tous les associés solidaires des actes accomplis par eux dans la limite des pouvoirs qui leur sont conférés ; les autres associés sont assimilés, sous ce rapport, à de véritables étrangers ; ils ne peuvent plus être considérés ni comme propriétaires, ni comme mandataires. La seule condition exigée est que la publicité la plus grande soit donnée à cette clause de l'acte de société. Les Codes d'Espagne et de Portugal mettent pour condition que les noms des associés exclus de la gérance ne figureront pas dans la raison sociale (1) ; la loi française n'a point été aussi prévoyante, et, sauf le cas de dol, cette circonstance ne pourrait être invoquée par les tiers comme décisive contre la société.

**155.** La légitimité de semblables clauses qui paraissent, au premier abord, en opposition avec le texte de l'art. 22, a été examinée avec beaucoup de soin par M. Horson, et discutée de manière à lever tous les doutes.

Sous l'ordonnance de 1673, qui n'était pas plus explicite que l'art. 22, fait observer cet auteur, la légalité d'une mesure qui enlevait à quelques-uns des associés le pouvoir d'engager la société, était généralement admise, et ce fait explique sans doute que le Code de commerce ait cru inutile d'être plus explicite sur ce point. Mais la moindre incertitude ne peut exister sur l'intention du législateur ; la question est tranchée par l'art. 43, que nous verrons tout à l'heure, où il est dit que l'extrait des actes de société doit désigner *ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société* ; et il est impossible d'admettre que la loi ait voulu parler en s'exprimant ainsi, des associés gérants d'une société en commandite, puisqu'elle avait dit plus haut que cet extrait devait con-

(1) Code espagnol, art. 268 ; Code portugais, art. 550.

tenir les noms, prénoms, qualités et demeures des associés autres que les actionnaires ou commanditaires (1).

**156.** Peut-on également stipuler, demande encore M. Horson, qu'un engagement social ne sera valable qu'autant que deux des associés gérants ou un plus grand nombre l'auront signé. L'affirmative est également certaine; du moment que la loi permet qu'un associé en nom collectif soit dépourvu du droit que lui accorde l'art. 22, elle ne peut pas défendre qu'il n'en sera dépourvu qu'en partie; et que les pouvoirs qui lui sont laissés seront limités. Les associés gérants sont les mandataires des autres associés, et les principes généraux ont toujours permis qu'en donnant un mandat à plusieurs, on y mit pour condition qu'aucun des mandataires ne pourra agir séparément (2).

Toutefois, ces règles ne peuvent être un obstacle à ce que la société soit tenue dans le cas où un associé aurait géré seul au vu et au su de tout le monde, aurait souscrit seul tous les engagements de la maison, et sans que ses coassociés pussent exhumer plus tard, en cas de revers, une stipulation oubliée par eux-mêmes, pour demander à leur égard la nullité des engagements sociaux. Si les associés ont ouvertement dérogé à cette clause, « Si d'un ensemble de faits et de circonstances que la justice aura le droit d'apprécier, dit M. Horson, il résultait que les associés ont, au nom des tiers, tacitement renoncé aux limites du mandat donné par eux, il est hors de doute que les tribunaux ne seraient pas dans la nécessité de s'y renfermer (3). »

**157.** Les associés ainsi investis du droit exclusif de signer de la raison sociale portent le nom d'administrateurs ou gérants; « La nomination d'administrateurs et de gérants, dit Locré, contient implicitement, de la part des associés qui ne le sont pas, la renonciation au droit d'agir pour la société (4). »

(1) Quest. 9.

(2) T. 1<sup>er</sup>, p. 28.

(3) T. 1<sup>er</sup>, p. 36. — *Sic*, Delangle, n. 239.

(4) *Esprit du Code de comm.*, t. 1<sup>er</sup>, p. 133. — *Sic*, Troplong, n. 706; Fremery, p. 40, en note.

« A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, dit l'article 1859 du Code Napoléon, sur lequel nous aurons occasion de revenir (*infra*, n° 145), on suit les règles suivantes : les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement; sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue.

« Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit.

« Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société.

« L'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendants de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent. » Il y a lieu d'observer toutefois, qu'en matière commerciale, le droit pour chaque associé de se servir des choses appartenant à la société, ne devrait être appliqué qu'avec une réserve extrême. « L'exercice d'une telle faculté, dit M. Pardessus, a lieu rarement dans le commerce, où l'on suppose que tout est destiné, soit à donner des produits, soit à concourir aux travaux communs (1). »

En droit commun tous les associés sont donc administrateurs ; mais si le contrat de société ou même un acte postérieur a dérogé aux dispositions de la loi, l'art. 1856, Cod. Nap., dit : « L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude. Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure ; mais s'il n'a été donné que par acte postérieur au

---

(1) *Droit comm.*, n. 1024. — *Sic*, Delangle, n. 485.

contrat de société, il est révocable comme un simple mandat. »

Les art. 1857 et 1858, Cod. Nap., ajoutent à ces règles : « Lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer, sans que leurs fonctions soient déterminées, ou sans qu'il ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire séparément tous les actes de cette administration. S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention, agir en l'absence de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration. » En cas d'urgence même, il semble impossible de décider, en présence d'un texte aussi précis, que l'un des administrateurs puisse agir autrement que pourrait le faire celui qui gère l'affaire d'autrui sans mandat (1).

Toutes ces stipulations restrictives sont licites et admises en droit commercial comme en droit civil, mais, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire, elles ne peuvent être opposées aux tiers, si elles n'ont reçu la plus grande publicité, parce que le droit commun, aujourd'hui au moins et quel qu'ait été l'état du droit au moyen âge, c'est que, dans la société en nom collectif, la gérance appartient à tous. La société ne pourrait refuser d'exécuter l'engagement que dans le cas où celui qui réclame aurait eu connaissance de la clause qui excluait de l'administration l'associé signataire de l'acte ; mais la charge de la preuve à faire retomberait sur la société.

« L'associé qui n'est point administrateur, dit l'art. 1860, Cod. Nap., ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui dépendent de la société : » il faut donc décider que ces associés sont privés de tout mandat et de tout pouvoir d'agir au nom de la société ; mais il est sans doute inutile de faire observer que ces associés, ainsi exclus de la gérance, ne peuvent à aucun point de vue être assimilés à des commanditaires ; ils sont solidaires de tous les engagements de la société, et peuvent, d'un autre côté, non-seulement exercer la surveillance la plus complète et la plus éten-

---

(1) Troplong, n. 707 ; J. B. Paris, n. 742. — *Contra*, Duranton, n. 438 ; — Duvergier, n. 303.

due, mais prendre part à toutes les opérations ; ils n'ont perdu que les priviléges attachés à l'emploi de la signature sociale.

**158.** Les pouvoirs des gérants, lorsqu'il en a été nommé, sont limités par les art. 1857 et 1858, Cod. Nap., que nous avons cités tout à l'heure, ainsi que par l'art. 1856, dont nous parlerons de nouveau ; ces textes restreignent les pouvoirs aux actes de simple administration, mais, à moins de conventions limitatives, claires et précises, portées dans l'acte de société, cette administration comprend nécessairement tous les actes nécessaires pour atteindre le but que se propose la société.

« Ce qu'il est important de remarquer, dit M. Pardessus, et ce qui doit être perpétuellement la base des décisions lorsqu'il s'élève quelque doute sur la légitimité de ce qu'a fait un associé gérant, non-seulement avec les tiers, mais encore entre les autres associés et les tiers, c'est le point de savoir si ce qu'il a fait est un objet d'administration. Ainsi, dans une manufacture, l'associé gérant peut, par sa qualité, acheter des marchandises et souscrire des obligations pour en payer le prix, ou même pour argent prêté. Il peut vendre les objets fabriqués, parce que c'est leur destination, et même les matières premières que la société aurait achetées pour fabriquer, parce qu'il n'est pas impossible que, dans certains cas, les circonstances ou l'espoir d'un bénéfice ne portent à faire de telles reventes. Il a droit de faire et de poursuivre tous les recouvrements des sommes dues à la société.... Mais l'aliénation qu'il ferait, sans une autorisation spéciale de ses coassociés, de la maison, des magasins servant à la manufacture ou au commerce de la société, serait évidemment nulle, même à l'égard des acheteurs qui n'ont jamais dû croire que les pouvoirs d'un gérant s'étendissent jusqu'à vendre le fonds de l'établissement (1). » Il n'a donc pas les pouvoirs, non-seulement de la société entière représentée par l'unanimité des associés, mais même de la majorité, dans une société dont tous les membres ont conservé les pouvoirs accordés d'habitude aux associés en nom collectif.

---

(1) Pardessus, n. 1014, t. 4, p. 133. — *Sic, Troplong, Sociétés*, n. 683.

**139.** Quelques auteurs, et un arrêt de la Cour de Douai paraît conforme à cette doctrine (1), refusent aux administrateurs le droit d'emprunter sans une autorisation expresse, mais, en matière commerciale, une semblable règle rendrait l'administration bien difficile et quelquefois impossible; le gérant ne pourrait ni faire aucun achat à crédit, ni négocier un effet. Il nous semble donc nécessaire que l'acte de société retire expressément ce droit aux gérants, si les associés veulent en effet l'en priver (2), mais le pouvoir que nous lui accordons ne lui permettrait pas d'hypothéquer les immeubles de la société, encore moins de les vendre (3). « Si ses engagements ne sont pas payés à l'échéance, dit M. Delangle, le créancier peut agir en justice, obtenir des condamnations, et, en vertu des jugements qu'il a dans la main, grever de l'hypothèque qui s'y rattache tous les biens de la société. Mais c'est la conséquence d'actes autorisés, et il ne faut pas en conclure que le gérant puisse directement conférer une garantie hypothécaire (4). »

Le gérant d'une société, soit en nom collectif, soit en commandite, ne pourrait pas faire remise pure et simple de dettes contractées envers la société, si ce n'est par adhésion à un concordat, ni disposer à titre gratuit et par donation des objets qui appartiennent à la société.

Presque tous les auteurs accordent au gérant le droit de transiger et même de compromettre, au moins pour tout ce qui tient aux choses dont il a la libre disposition en qualité d'administrateur. « Le commerce, dit M. Pardessus, présente un grand nombre de circonstances dans lesquelles il est de l'intérêt évident des parties de transiger; et l'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations, il est juste que les gérants de la société puissent y recourir (5). »

(1) Douai, 15 mai 1844, S.V. 44.2.403; Malepeyre et Jourdain, p. 55; Delangle, n. 140; Duvergier, n. 314.

(2) Pardessus, n. 1014; Troplong, n. 684 et 685; J. B. Paris, n. 725.

(3) Cass., 21 avr. 1844 (J. du P., 1844.2.381), et tous les auteurs.

(4) Sociétés comm., n. 146.

(5) Droit comm., n. 1014. — Sic, Malepeyre et Jourdain, p. 56; Troplong, n. 690; J. B. Paris, n. 733. — Contra, Duranton, n. 435; Delangle, n. 148 et s.

Le gérant représentant la société peut agir en son nom, en justice, et plaider, soit en demandant, soit en défendant, mais seulement quand il s'agit d'objets dont il a, comme administrateur, la disposition, et sur lesquels nous pensons qu'il peut transiger et compromettre; en dehors de ce cercle, il aurait besoin d'une autorisation spéciale (1).

Il aurait également besoin d'une autorisation expresse pour consentir la retraite d'un associé; mais, s'il avait reçu pouvoir à cet effet, il est certain que l'associé, envers qui il en aurait usé, serait libéré, après sa retraite, de toute obligation solidaire dérivant du contrat de société (2). Dans aucune autre circonstance, il ne peut résilier le contrat envers quelques-uns des associés, et, dans une société par actions particulièrement, les affranchir de leurs obligations comme souscripteurs (3).

**140.** Ces règles sont consacrées par l'art. 1856, Cod. Nap., qui y a apporté en même temps le tempérament que l'équité exigeait. « L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale de l'acte de société peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude. » Dans le cercle de ses pouvoirs, le gérant peut donc agir en toute liberté, mais dans cette limite même, s'il peut être accusé de fraude, la loi devait permettre à tout associé d'intervenir et de former opposition; et la faute lourde, on le sait, est assimilée au dol. Si le gérant refuse de faire droit à cette opposition, cette contestation appellera nécessairement l'intervention des tribunaux, qui auront à l'apprecier.

Le texte précis de la loi ne permet l'opposition que dans le cas de fraude, et cependant le gérant serait tenu envers la société des dommages qu'il lui aurait causés par sa faute, si ce n'est la faute très-légère (*V. supra*, nos 90 ets.): « L'art. 1856, dit M. Troplong, entend-il que les associés qui ont action pour

(1) Duvergier, n. 318; J. B. Paris, n. 166. M. Troplong paraît accorder au gérant un pouvoir même plus étendu. *V. n. 691 à 695.*

(2) Cass., 5 juill. 1837 (*J. du P.*, 1837.2.370).

(3) Cass., 12 avr. 1842 (*J. du P.*, 1842.1.545); *Id.* 11 mai 1853 (*S.V.54.1.22*).

la réparation du dommage occasionné par la faute moyenne n'auraient pas la possibilité de la prévenir ? Là est la question, et ainsi posée, elle ne saurait être douteuse (1). » En effet, ajoute M. Troplong, « après les observations des opposants, il se trompe avec connaissance de cause et par une sorte de dol impardonnable. »

Nous comprenons aisément que cet avertissement donné au gérant rende sa responsabilité plus grande, et nous admettons même, avec M. Troplong, que « le gérant frappé d'une opposition ne peut aller en avant qu'à la condition du succès (2). » Mais ce n'est que le résultat de l'opération à entreprendre qui décidera si cette condition a été remplie ; il ne peut réussir que s'il agit : les comptes à rendre par le gérant viendront plus tard ; il faut s'occuper, en premier lieu, de son administration et de la liberté qu'il doit avoir pour les actes qui en dépendent. La loi n'a pas voulu que les associés puissent retirer d'une main ce qu'ils donnent de l'autre ; s'ils ont nommé un gérant, ils l'ont choisi en connaissance de cause, et il ne doit pas, au gré des appréciations de chaque associé, être entravé dans sa gestion par des oppositions qui pourraient être souvent répétées. La loi a dû excepter le dol ; hors de là, toute opposition devrait être repoussée péremptoirement par les tribunaux, s'ils étaient saisis, et l'associé déclaré responsable du tort qu'il aurait causé à la société par une opposition intempestive (3).

Ces principes rendent inutile d'examiner si l'opposition, pour être valable, doit partir de la majorité ; un seul associé alléguant le dol doit être écouté ; dans toute autre circonstance, l'action du gérant ne peut être entravée, même par la majorité, même, ajouterons-nous en droit rigoureux, par l'unanimité ; mais il est difficile d'admettre qu'un gérant ne s'arrête pas devant une semblable manifestation, si une pensée de fraude ne l'anime. Toutefois, nous allons voir tout à l'heure que le mandat confié à l'administrateur peut être ir-

(1) *Sociétés*, n. 675.

(2) *Sociétés*, p. 152.

(3) *Zachariæ*, t. 3, p. 408, § 382, note 9.

révocable quand il est conféré par le contrat même de société, ou n'être qu'un mandat ordinaire et comme tel révocable à volonté; il est évident que notre raisonnement n'a d'application qu'en supposant le mandat irrévocable; dans le cas contraire, le pouvoir de révoquer contient implicitement, il est superflu de le dire, le droit de s'opposer; la seule question à décider, c'est de savoir à qui appartient le droit de révocation (1).

**141.** Cette distinction fondamentale entre le pouvoir donné par une clause spéciale de l'acte de société et celui qui a été donné par acte postérieur est établie par l'art. 1856, Cod. Nap. « Ce pouvoir, dit le texte, ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure, mais, s'il n'a été donné que par acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat. »

La nomination du gérant faite par acte postérieur au contrat de société ne peut être regardée comme une clause du pacte social; le même pouvoir qui a conféré le mandat peut le retirer. Si l'acte de société a établi en principe qu'il serait nommé un gérant, mais sans le désigner, il a dû déterminer le mode de nomination; à défaut, la majorité ferait loi, puisqu'il s'agit de l'exécution d'un pacte social, pour la nomination comme pour la révocation. Si l'acte de société est muet, la gérance appartenant à tous, l'unanimité des associés est nécessaire pour changer cet état de choses et remettre l'administration aux mains d'un seul; et si plus tard, même un seul associé veut retirer le mandat qu'il a conféré, le gérant n'est plus le représentant de l'unanimité des associés et doit cesser ses fonctions.

Le mandat conféré par l'acte de société, au contraire, ne peut être révoqué, sans cause légitime, tant que la société dure: la gestion donnée ainsi, en effet, fait partie du contrat même, en est une condition, et doit être observée comme toutes les autres: ce n'est donc également que pour cause légitime qu'elle peut être abandonnée par l'associé gérant, qui a accepté le mandat: il doit être irrévocable pour le mandant comme pour le mandataire.

---

(1) Bravard-Veyrières, p. 53.

**142.** En rapprochant la seconde partie de l'art. 1856, Cod. Nap., de la première, (*suprà*, n° 137), il est aisé de voir que les causes ne sont pas les mêmes pour s'opposer à un acte d'administration ou pour provoquer la destitution d'un gérant. Une suite d'actes non entachés de fraude, mais dénotant chez le gérant une incapacité qui doit mener la société à sa ruine, constitue une cause légitime pour demander sa destitution : « L'administration de la société, dit la loi espagnole, ne pourra être enlevée aux associés qui en ont été investis par l'acte de société, à moins qu'il ne résulte de leur gestion un préjudice manifeste (1). » Le dol n'est donc plus exigé. En cas de résistance du gérant, les tribunaux prononceraient, auparavant, les arbitres, puisqu'ils étaient juges de toute contestation entre associés, et soit que la révocation soit demandée par la majorité des associés ou par un seul, il y a lieu de saisir les tribunaux et de prononcer la destitution dans le cas où les faits allégués sont de nature à la justifier.

M. Troplong enseigne que cette destitution n'aurait pas pour résultat de dissoudre de plein droit la société aux termes de l'art. 1856, que nous venons de citer. « Cet article dit en effet, ajoute cet auteur, que le pouvoir du gérant ne peut être révoqué sans cause légitime, *tant que la société dure*. Donc, s'il y a cause légitime, il peut être destitué pendant la durée de la société; et, si la société dure, c'est apparemment qu'elle n'est pas dissoute par cet événement (2). »

M. Delangle, toutefois, soutient une opinion contraire; l'institution du gérant peut avoir été une des conditions essentielles de la convention. « Substituer au gérant que les tribunaux condamnent à se retirer, dit-il, soit un nouveau gérant, soit la gestion de tous, serait faire un contrat nouveau. Nul n'est obligé d'en accepter les chances (3). » Quelle que soit la force de ce raisonnement, le texte le condamne; en admettant même que le doute existât sur le sens à donner aux expressions

(1) Code espagnol, art. 307.

(2) Sociétés, n. 677. — *Sic*, J. B. Paris, n. 741; Paris, 28 fév. 1850 (J. du P., 1850.1.364); Cass., 12 janv. 1852 (J. du P., 1852.2.239).

(3) Sociétés comm., n. 175; Duvergier, n. 295.

de l'art. 1856, le meilleur commentaire serait celui qui a été fourni par la loi même dans l'art. 1865, et cet article n'a pas placé la révocation ou la retraite du gérant, même institué par l'acte social, au nombre des causes qui opèrent de plein droit la dissolution de la société.

On doit hésiter d'autant moins à adopter une interprétation fondée sur les textes, que les intérêts légitimes trouveraient, dans tous les cas, la protection qui leur est due : « La destitution du gérant, dit encore M. Troplong, peut toujours être une occasion de dissolution, quand il y a des associés qui le veulent, car les mêmes causes qui ont amené la révocation subsistent pour faire dissoudre la société à la requête d'un seul des associés, aux termes de l'art. 1871 du Cod. Nap. La société sera dissoute alors, non pas précisément à cause de la destitution, mais à cause des motifs sur lesquels est fondée la révocation. Que si, au contraire, la société se contente de la révocation, sans qu'aucun de ses membres demande la dissolution, ce sera la même société qui continuera à vivre (1). » Si les causes qui ont amené la révocation du gérant peuvent donc aussi quelquefois être un motif suffisant pour autoriser un associé à demander aux tribunaux la dissolution, cette dissolution n'existe pas de plein droit, et les juges apprécieront. Dans le cas où les associés conviennent de nommer un nouveau gérant et s'entendent sur le choix, il est évident que le gérant est nommé par un acte postérieur au contrat de société, et révocable, par suite, comme un simple mandataire (Cod. Nap., art. 1856).

Quand un associé gérant donne sa démission ou est remplacé, il peut être douteux s'il ne quitte que la gérance ou se retire de la société. C'est une question de fait que les tribunaux apprécieront également (2).

**145.** Si le gérant se substituait quelqu'un, il en répondrait dans les termes du droit commun : « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans sa gestion, dit l'art. 1994 du Cod. Nap. : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se sub-

(1) *Sociétés*, n. 677.

(2) Cass., 12 janv. 1852 (S.V.52.1.493).

stituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. » Mais, dans le cas même où il n'aurait pas reçu pouvoir exprès à cet égard, le gérant empêché devrait, s'il y avait urgence, se substituer une personne honnête et capable et ne pas laisser à l'abandon, dans aucun cas, l'administration qui lui a été confiée (1).

L'associé n'est tenu de plein droit des intérêts que pour les sommes qu'il devait apporter dans la société ou pour celles qu'il a tirées de la caisse sociale pour son profit particulier (Cod. Nap., art. 1856), et le mandataire, auquel peut être assimilé le gérant, que pour celles qu'il a employées à son usage (Cod. Nap., art. 1996). En vertu de ces règles, le gérant ne pourrait être tenu de plein droit, envers ses coassociés, de payer les intérêts des capitaux qu'il aurait gardés oisifs dans la caisse ; aucun texte n'autoriserait une pareille rigueur (2).

La solidarité active et passive des associés en nom collectif n'a lieu qu'à l'égard des tiers, et non d'associé à associé ; mais, lorsque, dans une société commerciale de cette espèce, la gérance a été attribuée conjointement à plusieurs associés, doivent-ils répondre solidairement de leur gestion envers leurs associés ? Il faudrait, à cet égard, encore s'en rapporter au droit commun : « Quand il y a plusieurs fondés de pouvoirs ou mandataires établis par le même acte, dit l'art. 1995 du Cod. Nap., il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée. »

La question serait moins douteuse encore, sans doute, dans le cas où l'un des gérants serait tenu envers la société à raison de sa faute ; si son cogérant n'en est pas complice, s'il ne peut être accusé, tout au moins, de négligence pour n'avoir pas empêché le préjudice dont la société a eu à souffrir, il ne peut être responsable des faits qui ne lui sont pas personnels.

#### **144. La société, de son côté, peut avoir des obligations à**

(1) Troplong, n. 466 et s.; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 56.

(2) J. B. Paris, n. 759. — *Contra*, Delangle, n. 158; Duvergier, n. 345.

remplir envers le gérant ; l'art. 2002 du Cod. Nap. porte : « Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat. » Mais cette règle ne peut être appliquée à la dette de la société envers un des associés : car l'associé créancier en est tenu, pour sa part, à un autre titre, qu'il soit ou non gérant, et comme chacun des autres associés ; c'est une dette sociale. Si l'un des associés devient insolvable, sa part doit être supportée par tous les autres, y compris l'associé créancier : « Le motif en est, dit M. Pâris, que c'est avant tout la société dont il fait partie qui est sa débitrice, et que ce n'est que subsidiairement, ou à défaut par celle-ci de pouvoir payer, qu'il a contre les associés un recours qui, par conséquent, l'atteint personnellement (1). »

Cette décision n'est que l'application d'un principe général, qui doit être suivie en toute occasion. Si l'un des associés, par exemple, est le banquier de la société et, en cette qualité, a fait des avances à la société, il ne peut se placer dans la position d'un tiers créancier, et former contre les associés ou quelques-uns d'entre eux une demande en condamnation solidaire de la totalité de ses avances, parce que « l'obligation contractée par une société commerciale, solidaire entre ses membres à l'égard des tiers, se divise de plein droit entre les associés codébiteurs, qui n'en sont tenus entre eux, aux termes des art. 1213 et 1214, Cod. Nap., que chacun pour sa part et portion, de sorte que celui qui a payé la dette commune en entier ne peut répéter contre les autres personnellement que la part et portion de chacun d'eux (2). » Il faudrait une stipulation très-expresse pour lui créer des droits plus étendus. Des règles différentes seraient suivies à l'égard de l'associé commanditaire (*infra*, n° 162).

Il en serait autrement, si le gérant n'était pas lui-même membre de la société.

Sous cette réserve, les règles établies par le Code Napoléon

(1) *Comm. du Code de comm.*, n. 769. — *Sic*, Troplong, n. 611 et 612; Duvergier, n. 353 et s.; Duranton, n. 413.

(2) Paris, 28 fév. 1850 (S.V.50.2.649).

et qui déterminent les obligations du mandant envers le mandataire sont applicables à la société envers le gérant. La société est tenue d'exécuter les engagements contractés par le gérant, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Elle doit lui payer les avances et frais qu'il a faits pour l'exécution du mandat : s'il n'y a aucune faute imputable au gérant, ce remboursement lui est dû, quel qu'ait été le résultat des opérations entreprises. Elle doit encore lui payer ses salaires, s'il en avait été promis ; si l'engagement de la société à cet égard est conditionnel et soumis, par exemple, à la condition que les salaires ne seront dus que sur les produits nets et avant tout partage, lorsque la société est en perte, l'associé n'a plus rien à réclamer (Cod. Nap., 1998 et 1999).

La société doit aussi indemniser le gérant des pertes qu'il aurait essayées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable ; l'intérêt des avances qu'il a faites lui est dû à dater du jour des avances constatées (Cod. Nap., art. 2000 et 2001).

**145.** Lorsqu'il n'existe pas de clause restreignant le pouvoir des associés, tous ont des pouvoirs égaux, et chacun d'eux, conformément à l'art. 1859, Cod. Nap., peut agir valablement au nom de tous, sans avoir pris leur consentement, mais, dans ce cas, la loi réserve aux autres associés, ou à l'un d'eux, le droit de s'opposer à l'opération avant qu'elle ne soit conclue ; aucun n'a abdiqué ses pouvoirs, comme il arrive quand des administrateurs ont été nommés, et il n'y a plus lieu d'appliquer les règles que nous avons enseignées quand il y a un gérant : « Dans le cas où tous les associés, dit M. Bravard-Veyrières, ou plusieurs d'entre eux, sont administrateurs, chacun d'eux ayant un droit égal à l'administration, est, par cela même, en droit de s'opposer à ce que les autres voudraient faire ; c'est le cas prévu par l'art. 1859 du Code Napoléon, qui consacre en faveur de chaque associé administrateur un droit de *veto* que j'appellerai *administratif* (1). » La confusion n'est pas possible ; tout à

(1) *Man. du droit comm.*, p. 54.

l'heure il s'agissait des rapports de mandant avec mandataire, de représentés avec représentants ; maintenant nous examinons les rapports de personnes ayant le même titre, la même position, les mêmes pouvoirs, les unes envers les autres.

L'opération achevée, toute opposition devient tardive évidemment, et ne peut avoir aucun effet ; à un moment plus opportun, le texte ne doit pas être entendu dans ce sens que l'opposition d'un seul, quel que soit le nombre des associés, doive nécessairement empêcher la société d'agir, il faut nécessairement distinguer.

Il ne peut exister de controverse bien sérieuse pour déterminer l'effet produit par l'opposition de la majorité des associés ; elle doit arrêter l'opération que la minorité voulait réaliser.

S'il y a partage égal de voix, le résultat sera le même ; M. Troplong, à cette occasion, a rappelé le texte de Papien : *in re pari, potiorem causam esse prohibentes constat* ; et, comme à lui, l'inaction nous semble devoir être le résultat nécessaire de deux forces égales (1).

Si l'opposition est faite par la minorité, elle ne peut arrêter la conclusion de l'affaire projetée ; tous les auteurs, sauf M. Pâris, sont d'accord sur ce point (2).

Enfin, il peut arriver que sur douze délibérants, par exemple, trois soient d'un avis, quatre d'un autre, et que les cinq derniers adoptent une troisième opinion. Une semblable délibération n'a pas pour effet de former une majorité absolue, et cette hypothèse devrait être assimilée à celle où il y a partage égal et nécessité, par suite, de s'abstenir (3).

Dans ces délibérations, la majorité se forme par tête ; chaque associé a un pouvoir égal ; l'étendue de l'intérêt ne peut plus être prise en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier le mérite d'un avis ; d'ailleurs, les associés étant tenus indéfiniment, la mise n'est même pas la mesure de leur intérêt (4).

(1) Société, n. 720.

(2) Comm. du Code comm., n. 749.

(3) Troplong, n. 723 ; Malepeyre et Jourdain, p. 78.

(4) Pardessus, n. 979 ; Troplong, n. 722 ; Malepeyre et Jourdain, p. 77 ; Deangle, n. 134.

Ces délibérations, toutefois, n'ont de force que pour ce qui concerne l'administration, à moins de dispositions expresses écrites dans l'acte de société, déterminant le nombre de voix nécessaires pour modifier le contrat. « Les délibérations de la majorité ne pourraient, dit M. Pardessus, changer les conditions primitives ou constitutives de la société, si l'acte lui-même n'y autorise. Cet acte est la réunion des conditions sans lesquelles l'association n'aurait pas eu lieu et qui doivent être exécutées, quelque nombreux que soient ceux qui veulent y déroger. L'unanimité des associés pourrait seule apporter des modifications à un acte qui est lui-même l'ouvrage de l'unanimité de ceux qui l'ont primitivement signé. Celui ou ceux qui forment la minorité sont fondés à prétendre que ce n'est que sous la foi de l'invariable exécution des conditions relatives au mode de délibérer qu'ils se sont associés (1). »

C'est la seule limite que rencontre le pouvoir de la majorité; et il a été jugé que, dans une société commerciale légalement constituée, la majorité des associés pouvait hypothéquer et aliéner tous les biens meubles et immeubles qui composent l'actif social, sans excéder ses pouvoirs (2).

L'art. 1852, C. Nap., décide que tout associé a action contre la société à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle; des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour elle, et des risques inséparables de sa gestion; quant aux risques qui ne seraient pas une suite directe de sa gestion, la société n'en serait pas tenue.

**146.** Dans les associations de capitaux, dont nous aurons occasion de parler plus tard, ou sociétés par actions, il ne peut exister de doute que chaque actionnaire peut céder tous ses droits et se substituer un tiers; il n'en est pas de même dans les sociétés dont nous nous occupons, et, à moins de stipulations très-précises et bien peu usitées, aucun associé ne peut, sans le consentement de tous les autres, modifier une des

(1) Pardessus, n. 980. — *Sic*, Troplong, n. 724; Duvergier, n. 227.

(2) Cass., 7 mai 1844 (*J. du P.*, t. 1<sup>er</sup> , p. 131).



clauses du contrat sur la foi duquel la société s'est formée et mettre un cessionnaire à sa place.

Si la convention sociale autorise cette cession, elle peut stipuler, en même temps, au moins, que les associés restants exercent un droit de préférence et écarteront les acquéreurs étrangers, en offrant le prix de la cession ou l'estimation à dire d'experts, pour éviter les fraudes (1).

L'associé peut toutefois, et dans tous les cas, consentir en faveur d'un tiers une cession valable à son égard, quoique nulle à l'égard de la société : « Chaque associé peut, dit l'art. 1861, C. Nap., sans le consentement des associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société : il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration » : il se forme alors entre l'associé et celui qu'il s'est adjoint, appelé parfois *croupier* ou *participant*, une association particulière qui ne modifie en rien les rapports et la manière d'agir de la société primitive (2).

Le cédant conserve la qualité d'associé, tous les droits qui y sont attachés, et reste soumis à toutes les obligations qu'elle impose : le cessionnaire n'est pour la société qu'un étranger, mais il recueillera les bénéfices que l'associé lui-même aurait recueillis et supportera les charges qui auraient pesé sur lui ; société particulière ou communauté d'intérêts, le résultat est le même : « Le contrat qui se forme entre le cédant et le cessionnaire, dit M. Delangle, se règle sur la société dont il est issu ; il en suit toutes les phases, vit ou meurt avec elle et participe à toutes ses chances. Si l'exploitation donne des bénéfices, ils appartiennent au cessionnaire, dans la proportion convenue ; il supporte également les pertes qui surviennent. Si les statuts autorisent des appels de fonds, il doit fournir son contingent ; il doit encore, quand les associés, usant du droit qu'ils se sont réservé, modifient les conditions mêmes de la société, subir les conséquences des délibérations prises régu-

(1) Douai, 10 janv. 1839 (S.V.39.2.495) ; Cass., 17 avr. 1834 (S.V.34.1.276).

(2) Pardessus, n. 974 ; Troplong, n. 765.

lièrement. Or, qu'importe, puisque le contrat ne produit pas d'autres effets, qu'on le qualifie de communauté d'intérêts ou de société (1) ? » S'il y avait contestation, toutefois, nous croyons qu'il faudrait décider qu'il y a entre les contractants société et saisir la juridiction compétente en pareil cas. M. Delangle fait observer que, si la cession est totale et embrasse tous les droits de l'associé, celui-ci devrait être considéré comme le mandataire du cessionnaire, gérant pour lui et tenu par le contrat des devoirs et de la responsabilité dérivant du mandat (2); à quelques égards l'observation est fort juste, mais le mandat serait ici forcé et irrévocable.

Le cessionnaire serait tenu de contribuer aux pertes causées à son cédant par l'insolvabilité des associés; Merlin, à tort, a soutenu le contraire (3); dans les rapports entre le cédant et le croupier, l'objet de la société est la part même de l'associé dans la société principale; si le cédant doit compte au croupier de tous les bénéfices qu'il réalise, celui-ci doit également supporter toutes les pertes qui le frappent; il doit seulement, s'il a des actions contre ses associés, en faire part au croupier, mais sans être tenu à aucune garantie (4).

Les créanciers de la société, d'un autre côté, ne peuvent avoir contre le croupier des droits que n'a pas la société elle-même et le contraindre, par exemple, par action directe, à contribuer aux dettes sociales; les créanciers comme la société ne pourraient exercer que les actions du cédant (5).

**147.** A la dissolution de la société, le cessionnaire pourrait agir contre la société et faire valoir les droits qu'il tient de son contrat, et il semble juste qu'il soit autorisé à intervenir au partage et à prendre une part directe à la liquidation, afin de veiller à ce qu'il n'y soit point procédé d'une manière contraire à ses intérêts; mais dans aucun cas, bien entendu, il ne peut avoir plus de droits que son cédant et prétendre revendiquer,

(1) *Société comm.*, n. 193.

(2) *Id.* n. 194.

(3) *Ques. de droit, v° Croupier.*

(4) Troplong, n. 762; Duvergier, n. 380.

(5) Troplong, n. 764; Duvergier, n. 378.

par exemple, un objet particulier qui lui a été cédé, s'il ne tombe pas dans le lot de l'associé qu'il représente (1).

M. Delangle a établi de la manière la plus complète, toutefois, que, si du cédant au cessionnaire la convention suffit pour transporter de l'un à l'autre les résultats de la liquidation, il n'en est pas de même, ni à l'égard de la société, qui, moyennant un prix qu'elle compte à l'instant même, pourrait acheter la renonciation de l'associé cédant à tous ses droits; ni à l'égard des créanciers personnels de celui-ci, qui pourraient agir contre la société; ni à plus forte raison contre les débiteurs de créances tombées dans le lot du cédant, lesquels pourraient payer entre ses mains ou entre les mains des liquidateurs; il faut, en ce qui les concerne, non-seulement que la cession ait date certaine, mais qu'elle ait été régulièrement signifiée, conformément aux art. 1690 et suiv. du Cod. Nap. (2).

### ARTICLE 23.

*La société en commandite* se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds, que l'on nomme *commanditaires* ou *associés en commandite*. — Elle est régie sous un nom social, qui doit être nécessairement celui d'un ou de plusieurs des associés responsables et solidaires.

**148.** Dans la société en commandite, telle qu'elle a été organisée par le Code de commerce, il existe deux éléments parfaitement distincts; en premier lieu, un ou plusieurs associés responsables et solidaires; en second lieu, un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds, qui ne sont, ainsi que nous l'expliquerons tout à l'heure, ni solidaires ni responsables. Cet élément particulier est le caractère distinctif de la société en commandite. On fait dériver le nom de com-

(1) Delangle, n. 201 et 202.

(2) Sociétés comm., n. 203 et 205.

manditaire donné à cette classe d'associés, du vieux mot *command*, qui signifierait *dépôt, procuration*, et qui rend assez bien compte, en effet, de la position des deux classes d'associés les uns à l'égard des autres, les associés gérants étant en quelque sorte les fondés de pouvoir et les dépositaires des fonds du commanditaire : ainsi le Code espagnol dit qu'il y a société en commandite « lorsqu'une ou plusieurs personnes fournissent seulement les fonds nécessaires pour des opérations sociales sous la direction exclusive d'autres associés qui les administrent en leur nom particulier (1). »

Merlin, au conseil d'Etat, a soutenu qu'il ne pouvait pas y avoir de société en commandite composée seulement de deux personnes, dont l'une serait commanditaire, et l'autre gérerait sous un nom social ; selon lui, par cela seul qu'un commerçant signe *un tel et compagnie*, il manifeste au public qu'il a au moins un associé solidaire et non simplement un commanditaire ; l'usage contraire était à ses yeux un abus et devait être proscrit (2). Cette règle n'a point été adoptée, et il n'y avait aucune raison pour qu'elle le fût, parce que les inconvénients que redoutait Merlin sont purement imaginaires ; « la raison sociale *Pierre et comp.*, dit M. Pardessus, a pour objet d'apprendre que Pierre n'est pas seul, qu'il est en société ; mais elle n'exclut pas la possibilité d'une commandite, dont le contrat affiché annonce à la fois l'existence et la raison sociale (3). »

Il ne faut pas confondre une société collective où, par l'acte d'association, la gestion a été exclusivement donnée à un ou plusieurs gérants, avec la société en commandite ; pour éviter toute équivoque, la rédaction première, qui portait *associés gérants*, a été remplacée par l'expression *d'associés responsables et solidaires* ; sur les observations faites au conseil d'Etat par M. Jaubert (4), et sur celles du Tribunal (5), le texte

(1) Code espagnol, art. 265.

(2) Locré, t. 47, p. 486.

(3) Droit comm., n. 1032.

(4) Procès-verbaux, 14 fév. 1807 ; Locré, t. 47, p. 259.

(5) Observations du Tribunal, Locré, t. 47, p. 306.

exige que ce soit le nom d'un ou de plusieurs de ces associés, qui forment la raison sociale.

**149.** La société en commandite est une exception au droit commun : elle ne se suppose donc pas et doit être clairement énoncée dans l'acte de société ou résulter forcément des clauses qui s'y trouvent portées. Si le bailleur de fonds n'a pas explicitement stipulé qu'il ne serait tenu envers les tiers que jusqu'à concurrence de sa mise, ce qui lèverait toute incertitude, il peut rester quelquefois indécis s'il a voulu se retrancher dans la position d'un simple commanditaire. Le doute sera interprété contre lui. Le droit commun, nous l'avons dit, c'est la société en nom collectif ; la commandite est l'exception ou une restriction, tout au moins, aux règles générales. Il faut dire avec Merlin : « Si l'on veut ne former, sans le dire littéralement, qu'une société en commandite, il faut placer dans l'acte la clause expresse que le bailleur de fonds ne pourra rien perdre au delà de sa mise (1). »

Une loi particulière a établi une exception pour les sociétés d'armement en course ; le décret du 2 prair. an 11 décide qu'elles doivent être réputées de plein droit sociétés en commandite, s'il n'y a convention contraire ; mais cette exception est rigoureusement restreinte au cas particulier pour lequel elle a été créée. Il n'y a pas toutefois de formule sacramentelle, et, si la volonté des parties est clairement exprimée, que les tiers n'aient pu, en aucune manière, être induits en erreur, les juges décideront que la société est en commandite, sans rechercher les expressions qui auront été employées ; ils peuvent également, quoique l'association ait été qualifiée dans l'acte, par ceux qui l'ont souscrit, de société en commandite, déclarer qu'elle ne constitue qu'une simple participation, ou forme une société collective (2). C'est une appréciation qui leur appartient.

Ainsi, par suite de ce principe que, pour reconnaître le véritable caractère d'un contrat, il ne faut pas s'arrêter à la dé-

(1) *Répert.*, v° *Société*, sect. 2, § 3, art. 2 ; *Troplong*, n. 414-417 ; *Delangle*, n. 269 et s.

(2) *Agen*, 23 nov. 1853 (*S.V.54.2.23*).

nomination et à la forme extérieure qui lui a été donnée, mais rechercher s'il renferme les éléments essentiels qui le constituent, un acte, bien que qualifié société en commandite, et publié conformément à l'art. 42, Cod. comm., ne constitue, néanmoins, qu'un simple contrat de prêt, si les bailleurs de fonds ne peuvent participer ni aux bénéfices ni aux pertes, le seul associé gérant s'étant engagé à leur payer les intérêts à 5 pour cent, et à leur rembourser le capital dans un délai fixé (1).

Il a été jugé également qu'un bailleur de fonds prêtant un capital en compte courant à une société en commandite, en se réservant de convertir le prêt en une commandite, fait un acte licite et valable, et ne devient pas nécessairement associé commanditaire de plein droit et avant d'avoir déclaré son option, si la clause dont il s'agit est du reste sincère et sans fraude; il n'y encore là qu'un prêt ordinaire (2). « Attendu, a dit la Cour de cassation, que la Cour royale de Lyon décide, d'une part, que cette option avait été stipulée de bonne foi par tous les commanditaires sans exception; que dans les limites fixées par la convention, elle n'avait rien d'immoral, de contraire à la loi et aux intérêts des tiers. »

Si le prêteur, au contraire, stipulait, outre l'intérêt convenu, qu'il aurait droit à une quote-part dans les bénéfices, et jouirait de prérogatives qui n'appartiennent régulièrement qu'à un associé, il se retrancherait en vain dans la qualité que lui donne le contrat, et devrait être déclaré commanditaire (3).

Nous verrons tout à l'heure que le commanditaire qui fait acte de gestion et sort du rôle que lui assignait l'acte de société peut être déclaré solidairement obligé; mais dans certaines circonstances, sans avoir à rechercher les actes qu'il a accomplis, les seules énonciations du contrat de société suffiront pour faire déclarer société collective celles dont il fait partie, si le prétendu commanditaire tient du contrat les droits, les prérogatives et les avantages de l'associé ordinaire,

(1) Cass., 20 avr. 1842 (J. du P., 1842, t. 1<sup>er</sup>, p. 680).

(2) Cass., 25 juin 1846 (J. du P., 1846, t. 2, p. 484).

(3) Paris, 19 août 1807.

et alors même qu'il y aurait un gérant, puisque cette forme d'administration peut exister dans la société collective. Dans ce cas, il n'est pas seulement solidairement responsable, il est associé pur et simple ; la dénomination de l'acte est rectifiée. Mais ce n'est pas sans de bonnes raisons et à la légère que les juges iront modifier d'une manière aussi grave la qualification d'un acte social (1). Il a été jugé que la qualification d'adjoint à la gérance donnée à un associé commanditaire dans l'acte social, avec attribution d'une part déterminée dans les bénéfices pour les services qu'il pourra rendre en cette qualité, ne suffit pas pour le faire considérer comme associé responsable et solidaire ; l'arrêt de la Cour impériale dut constater toutefois que l'acte ne lui donnait pas les pouvoirs d'un *cogérant* et qu'il n'avait concouru, en fait, à l'administration que par ses conseils et sa surveillance (2); ce dernier titre aurait exposé celui qui l'aurait pris à une appréciation plus sévère.

C'est donc toujours d'après les clauses même du contrat, et non d'après de simples énonciations, que l'on reconnaîtra le prêteur d'avec le commanditaire, le commanditaire de l'associé en nom collectif ; et il a été jugé avec raison qu'il ne suffisait pas, pour attribuer définitivement le rôle de commanditaires à des bailleurs de fonds, qu'ils eussent été assignés en cette qualité par les créanciers de la société. Ce fait ne constitue pas un contrat judiciaire désormais inattaquable, lorsqu'aucun jugement n'a maintenu cette qualité aux individus assignés en paiement de leur mise sociale ; et les créanciers sont encore recevables à modifier leurs conclusions et à assigner les pretendus commanditaires comme associés solidaires en paiement de dettes sociales, tant qu'il n'est pas intervenu, nous le répétons, un contrat judiciaire constaté par jugement (3).

**150.** L'engagement pris par un non-commerçant de verser des fonds dans une société, comme associé commanditaire, constitue-t-il un acte de commerce et le rend-il possible de la contraindre par corps ?

(1) Cass., 23 mars 1846 (J. du P., 1846, t. 2, p. 482).

(2) Cass., 29 mars 1843 (S.V.43.1.593).

(3) Cass., 9 juill. 1845 (S.V.45.1.729).

Les auteurs qui se sont occupés de cette difficulté se prononcent pour la négative (1); la jurisprudence n'est pas fixée; quant à nous, nous n'hésitons pas à refuser à un pareil acte le caractère commercial.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 28 février 1844, a considéré la commandite comme opération commerciale, parce que les fonds avaient été versés dans une maison de banque, en s'appuyant sur le § 4 de l'art. 632, Cod. comm., et par suite, déclaré que la contrainte par corps pouvait être prononcée contre le commanditaire (2). Cette particularité relevée par l'arrêt, que les fonds avaient été versés dans une maison de banque, nous paraît sans importance; les actes de la société, quels qu'ils soient, restent étrangers au commanditaire.

M. de Vatimesnil, dans une consultation produite devant la Cour, répondant au raisonnement qui confond les commanditaires avec la société même, dont les actes évidemment seront toujours commerciaux, disait : « Qui ne voit d'ailleurs que le raisonnement auquel on répond irait beaucoup trop loin ? Si les actes de la société étaient propres au commanditaire, comme ces actes se répètent journallement, le commanditaire devrait être considéré comme commerçant : est-ce qu'un tel système est tolérable ? Est-ce qu'un propriétaire, un pair de France, un magistrat, un administrateur, un avocat, un notaire, peut devenir commerçant et patentable, par cela seul qu'il place des fonds en commandite dans une maison de commerce ? »

Sans doute, la société est commerciale; la matière considérée dans son essence et dans son ensemble est commerciale, mais qu'en conclure ? Lorsque des billets à ordre portent en même temps des signatures d'individus négociants et d'individus non négociants, le tribunal de commerce en connaît, mais il ne peut prononcer la contrainte par corps contre des individus non négociants.

Si la contrainte par corps pouvait être prononcée en pareille

(1) Pardessus, n. 4540; Delangle, n. 310 et s.

(2) Cass., 28 fév. 1844 (*J. du P.*, 1844, t. 2, p. 644); Paris, 20 nov. et 31 déc. 1847 (*S.V.49.2.219*). — *Contrá*, Rouen, 6 août 1841 (*S.V.41.2.636*); Paris, 28 fév. 1842 et 22 déc. 1846 (*S.V.44.1.694* et *49.2.219*).

circonstance, « il faudrait dire, ajoutait M. de Vatimesnil, que le magistrat qui promet de verser des fonds en commandite compromet la dignité de son caractère et s'expose à des peines de discipline, comme celui qui souscrit une lettre de change; qu'en pareille situation, un avocat doit être rayé du tableau et qu'un officier encourt la perte de son emploi ! »

Ces raisons nous paraissent péremptoires; la commandite n'a été inventée que pour associer les capitaux civils aux spéculations commerciales; nous croyons le tribunal de commerce incompétent pour connaître de la demande en paiement du montant de la commandite, et la contrainte par corps tout à fait inadmissible.

#### ARTICLE 24.

Lorsqu'il y a plusieurs associés solidaires et en nom, soit que tous gèrent ensemble, soit qu'un ou plusieurs gèrent pour tous, la société est, à la fois, société en nom collectif à leur égard, et société en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds.

**151.** La rédaction de cet article est due aux observations du Tribunat (1) et est assez précise pour qu'il ne puisse rester aucun doute sur les personnes qui, par leur qualité d'associés en nom collectif, sont responsables et solidaires, et sur celles à qui appartient exclusivement le rôle d'associés commanditaires. Il existe deux sociétés, pour ainsi dire juxtaposées, et dont chacune a des effets qui lui sont propres; les associés en nom collectif sont obligés solidairement d'une manière indéfinie; les associés commanditaires, au contraire, ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur mise.

Il faut donc poser en principe qu'on ne pourrait voir une société en commandite dans les stipulations qui déclareraient que tous les membres sont commanditaires, et que la société sera gérée par une ou plusieurs personnes non associées. Ce mode n'est autorisé que dans les sociétés anonymes. Il doit

---

(1) Observations du Tribunat, Loiré, t. 17, p. 307.

y avoir nécessairement un associé, au moins, indéfiniment responsable ; la raison sociale ne peut pas plus comprendre le nom d'un commanditaire (art. 25) que le nom d'un étranger (*suprà*, n° 127). Elle doit nécessairement reproduire celui d'un ou de plusieurs des associés responsables et solidaires (1).

Les juges restituerait à la société son véritable caractère, et aux commanditaires comme aux gérants la qualité qui devrait leur appartenir, selon les circonstances (*suprà*, n° 149).

**152.** Les pouvoirs des gérants dans une société en commandite ne peuvent être différents ni plus étendus que dans une société en nom collectif ; nous les avons fait connaître sous l'art. 22 (*suprà*, n°s 158 et s.).

Les associés commanditaires pourraient se réserver, par l'acte de société, le droit de révoquer à volonté le gérant de la société (2) ; cette opinion toutefois a été contestée (3) ; mais il est certain, au moins, que cette révocation pourrait être demandée pour cause légitime, comme dans une société en nom collectif, par chacun des associés (4).

En admettant même que les commanditaires ne puissent, à volonté, révoquer le gérant, il est permis de prévoir le cas où il serait révoqué par justice ; il peut mourir, tomber en faillite, refuser de continuer ses fonctions, et une clause formelle de l'acte stipuler que, nonobstant cet événement, la société subsisterait. Dans ces différentes circonstances, nous croyons avec M. Pardessus que les commanditaires sont investis de plein droit des pouvoirs nécessaires pour nommer un nouveau gérant, et qu'il ne serait ni juste, ni logique, dans ce cas, de dire qu'ils administrent : « Ils nomment un gérant, dit M. Pardessus, précisément pour ne pas administrer, et pour offrir au public un associé indéfiniment responsable dont l'existence est essentielle dans toute société en commandite. La délibération qui pourvoit au remplacement n'est pas plus un acte d'administration que ne l'était celle qui avait nommé

(1) Pardessus, n. 1028.

(2) Paris, 11 nov. 1848 (S.V.48.2.687).

(3) Troplong, n. 433.

(4) Paris, 28 fév. 1850 (S.V.50.2.447) et 23 déc. 1848 (S.V.49.2.34).

le remplacé; elle est, à vrai dire, une reconstitution de la société pour la continuation des clauses primitives avec simple changement de personnes, et, sans contredit, avec obligation de rendre ces changements publics. Sans doute, le nouveau gérant, s'il est pris parmi les commanditaires, perdra cette qualité, mais ceux qui l'auront nommé la conserveront. »

La précaution que prendraient les commanditaires, en semblable circonstance, de demander au tribunal une autorisation, serait insuffisante, si la loi était contraire à cette manière de procéder : « Les juges ne pouvant se dispenser d'exécuter les lois, ajoute M. Pardessus, ne mettraient point les commanditaires à l'abri par leur autorisation (1). »

### ARTICLE 25.

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

**153.** Cet article ne fait qu'expliquer l'art. 23, en énonçant d'une manière expresse que les noms des associés solidaires seuls et non ceux des commanditaires peuvent figurer dans la raison sociale.

La sanction d'une infraction à la règle posée par cet article serait probablement d'imposer la solidarité indéfinie à l'associé commanditaire, qui aurait consenti à ce que son nom fit partie de la raison sociale; mais ici encore les juges apprécieraient (2). Il ne faut point perdre de vue, sans doute, que ce n'est point dans l'intérêt des commanditaires et pour leur assurer la faculté de rester inconnus, que l'article a été écrit; le droit commun et les stipulations de l'acte de société eussent suffi à cet égard; la disposition de la loi est faite dans l'intérêt des tiers qui ne doivent pas être abusés et donneraient peut-être leur confiance à la société d'après le nom qu'ils verraiient figurer dans la raison sociale, s'il appartenait à un associé indéfiniment responsable et solidaire. Cependant, nous ne pou-

---

(1) *Droit comm.*, n. 1034-2°.

(2) Aix, 16 janv. 1840 (D.P.40.2.151).

vons adopter l'opinion absolue professée par M. Delangle et d'après laquelle la solidarité serait nécessairement la conséquence de l'infraction commise par le commanditaire à la règle de l'art. 25 (1); nous croyons qu'il y a lieu d'appliquer les mêmes principes que nous avons enseignés plus haut, lorsque la raison sociale contient le nom d'une personne complètement étrangère à la société (*suprà*, n° 127).

### ARTICLE 26.

**L'associé commanditaire n'est pas sensible des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société.**

Action directe, 158, 159.	Bénéfices, 155.	Pertes, 154.
Apport social, 154, 157 et s.	Intérêts, 156.	Remboursem. anticipé, 157.

**154.** Le droit commun, en matière commerciale, soumet les associés à une responsabilité indéfinie, et tous leurs biens sont le gage des créanciers de la société. La société en commandite est la première exception à cette règle; la loi décide que le commanditaire, quoique associé, n'est pas sensible des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société. Le sacrifice qu'il est exposé à supporter est rigoureusement déterminé par l'apport qu'il s'est engagé à fournir et ne peut jamais l'excéder. C'est l'avantage de cette espèce de société et l'attrait offert à toute personne qui veut s'y intéresser. Mais, dans cette limite, le commanditaire est rigoureusement tenu de remplir l'obligation qu'il a prise et qui le lie non-seulement avec ses coassociés, mais envers les tiers. On peut citer, pour exemple, la convention par laquelle un commanditaire a apporté, à titre de mise, sa part dans l'actif d'une autre société, évalué à forfait à une somme égale à celle qu'il s'était engagé à verser; il est tenu de compléter cette mise, si, tout compte fait, sa part réelle dans l'actif de la pre-

---

(1) *Sociétés comm.,* n. 343.

mière société se trouve n'être pas égale à la somme qu'il devait apporter dans la seconde (1). De même encore, le commanditaire ne peut se refuser à verser le complément de sa mise par le motif que la société, quoique constituée par actes réguliers, est nulle comme frauduleuse, n'ayant été formée qu'au moyen de valeurs fictives; il aura bien évidemment un recours contre le gérant; mais la fraude de celui-ci ne peut le dégager envers les tiers de remplir toutes ses obligations (2).

**155.** On a agité au conseil d'Etat la question de savoir si l'associé commanditaire pouvait prélever annuellement la part que l'acte lui donne dans les bénéfices. Pour la négative, on a voulu établir en principe que la société ne peut être réputée en bénéfice qu'à l'expiration du terme fixé pour sa durée et par le résultat de sa liquidation définitive; tout partage fait avant cette époque ne devrait être considéré, disait-on, que comme provisoire et sujet à rapport, au moins à l'égard des créanciers; nous ne sachions pas qu'on ait tenté d'étendre la règle aux rapports des commanditaires envers les associés commandités, quoique aucune raison solide n'existe à l'appui de cette différence. Ce système fut combattu, et M. Bérenger retira la proposition qu'il avait formulée pour le faire consacrer par la loi (3). C'eût été une innovation que l'expérience a démontrée être inutile pour assurer le crédit des sociétés en commandite. La question a cependant encore été controversée.

« Le commanditaire, a dit M. Fremery, n'est associé que dans la limite de sa mise : cette quantité représente donc sa personne, c'est cette part qui doit les dettes, ce n'est pas lui. Hors cette mise, il n'est plus associé : donc, tout ce qui dans la société n'est pas sa mise et cependant lui appartient est une dette de la société envers lui. Conséquemment, quand les bénéfices réalisés excèdent sa mise, il est créancier de cet excédant : non-seulement il peut le retirer, mais, s'il le laisse dans la société, c'est un prêt qu'il lui fait et pour lequel il peut stipuler des intérêts (4). »

(1) Cass., 25 juin 1846 (S.V. 46.1.777).

(2) Lyon, 31 janv. 1840 (D.P. 40.2.418).

(3) Procès-verbaux, 14 fév. 1807, Locré, t. 17, p. 259 et 260.

(4) Fremery, p. 54.

Ce raisonnement est sans réplique, sans doute, mais à la condition qu'il sera bien admis que les bénéfices faits par une société peuvent être régulièrement fixés avant l'époque de sa liquidation définitive ; c'est précisément ce qui était contesté au conseil d'Etat et peut, en effet, être mis en question. Cependant les usages du commerce n'admettent pas une semblable rigueur de principe ; à chaque inventaire ils permettent de déterminer les bénéfices qui ont été réalisés, et la discussion élevée au conseil d'Etat prouve que le législateur n'a pas voulu y déroger. Nous pensons, en conséquence, que les prélèvements de ces sommes faits de bonne foi ne devraient en aucun cas être restitués (1) ; le contraire a cependant été jugé par la Cour de Paris, bien qu'une clause de l'acte de société autorisât expressément ce prélèvement (2) ; mais cet arrêt fort ancien ne peut faire autorité.

Nous n'établissons cette règle, toutefois, qu'en supposant la bonne foi la plus entière de la part des associés : il y a donc lieu par les tribunaux de s'enquérir des circonstances, des clauses rendues publiques et de la sincérité des opérations (3). En effet, des abus très-graves pourraient s'introduire : en élévant, outre mesure, au moment des inventaires, la valeur des marchandises ; en y comprenant comme bonnes des créances douteuses ; en usant, enfin, de tous les moyens suggérés par la mauvaise foi, s'il y avait collusion entre le gérant et les commanditaires, ceux-ci pourraient arriver à retirer leur mise entière et à ne plus conserver que des chances de gain ; mais, sauf les cas de fraude ou de dol, nous ne pensons pas que les commanditaires puissent être tenus, nous le répétons, de restituer les bénéfices qu'ils ont dû croire, d'après le résultat de chaque inventaire annuel, légitimement acquis (4).

**156.** Aucune distinction n'a été faite au conseil d'Etat entre les intérêts quelquefois stipulés des sommes mises en commandite et les bénéfices : « Les associés, dit le Code hongrois,

(1) Cass., 14 fév. 1810 ; Rouen, 26 janv. 1844 (J. du P., 1844, t. 1<sup>er</sup>, p. 473).

(2) Paris, 11 fév. 1811.

(3) Pardessus, n. 1035.

(4) Voir sur la question, Troplong, *Société*, n. 846 ; Malpeyre et Jourdain, p. 157 ; Delangle, n. 345 et s.

sont astreints à payer les intérêts à leurs commanditaires, lors même qu'ils ne feraient aucun bénéfice ou qu'ils éprouveraient des pertes (1). » — Cette question peut avoir un intérêt pratique, car il arrive fréquemment que dans les sociétés en commandite, les bailleurs de fonds stipulent qu'ils auront droit, en outre d'une certaine part dans les bénéfices, à prélever, avant tout partage, un intérêt annuel, dont le taux est fixé. Le droit d'opérer le prélèvement est-il subordonné à l'existence des bénéfices et n'est-il licite que sous la condition expresse que ces bénéfices auront été régulièrement constatés? La jurisprudence a varié sur ce point. Quant à nous, nous ne pouvons admettre qu'aucune distinction soit légitimement faite, dans le cas qui nous occupe, entre la part stipulée dans les bénéfices et les intérêts.

Il n'est pas possible d'assimiler un commanditaire à un prêteur; une stipulation de prêt, d'ailleurs, qui assurerait au bailleur de fonds l'intérêt légal, en outre d'une part dans les bénéfices, serait évidemment usuraire. Nous ne pouvons donc trouver, à aucun point de vue, la justification d'un prélèvement d'intérêts fait par le commanditaire, quand il n'existe pas de bénéfices régulièrement constatés. Nous ne condamnons pas la stipulation en elle-même, mais elle doit être entendue dans ce sens, qu'avant tout partage de bénéfices, s'il y a lieu, entre le gérant et le commanditaire, il sera prélevé l'intérêt des sommes formant le montant de la commandite; c'est un avantage contre le gérant, mais dont les tiers ne peuvent pas souffrir (2).

Le commanditaire, comme tout autre associé (*suprà*, n° 93), en outre de la mise par lui promise et versée, peut avoir dans la société des fonds qui lui appartiennent, et s'être engagé même à les y laisser; c'est ce qu'on appelle *compte courant obligé*; à moins de stipulations contraires, ils ne forment pas une addition à sa mise, et le commanditaire doit être, quant à ces fonds, considéré et traité comme créancier (3).

(1) Code hongrois, art. 30.

(2) Delangle, n. 361 à 370; Pardessus, n. 1035; Cass., 13 fév. 1810; Paris, 11 fév. 1811; Rouen, 26 janv. 1841. — *Contrá*, Rouen, 14 déc. 1807. — Voir Cass., 17 mai 1847 (S.V.47.1.585).

(3) Pardessus, n. 1036.

**157.** Les fonds mêmes qui composent la mise sociale ne peuvent être retirés avant la dissolution de la société et sa liquidation ; ils appartiennent aux créanciers, et tout remboursement anticipé fait à leur préjudice serait nul ; aucun doute ne peut exister à cet égard (1).

Si la société était nulle par défaut de publication ou par toute autre cause, le commanditaire, qui ne peut, en aucun cas, concourir avec les créanciers même de la société, perdrait le droit qui lui appartient dans une société régulière, de prélever sa mise de préférence aux créanciers personnels du gérant ; il ne pourrait que concourir avec eux (2).

**158.** Le commanditaire qui n'a pas accompli son engagement en versant intégralement sa mise peut-il être actionné directement par les créanciers pour le paiement des fonds qu'il doit verser, ou les créanciers ne peuvent-ils intenter qu'une action oblique, en d'autres termes, poursuivre le commanditaire en retard au nom du gérant de la société, leur débiteur, et non en leur nom, et, par suite, s'exposer à être repoussés par des exceptions qui seraient personnelles au gérant ?

M. Troplong, qui a traité cette question avec étendue (3), a insisté fortement sur cette circonstance, que les monuments de l'ancienne jurisprudence devaient tout d'abord être écartés, parce que la société appelée en commandite avant le Code de commerce était en réalité anonyme, et les commanditaires complètement inconnus du public. Sauf quelques exceptions, qui laissaient parfaitement subsister la règle comme principe, c'était, en effet, l'ancien ordre de choses auquel se référerait Merlin, quand il soutenait au conseil d'Etat qu'il n'y avait que deux sociétés : « La société collective, disait-il, qui unit plusieurs associés sous un nom social ; la société anonyme, qui ne porte qu'un *nom unique* et dans laquelle rentre la *société en commandite* (4). »

Le Code de commerce a établi des règles différentes ; Re-

(1) Angers, 18 fév. 1843 ; Douai, 14 déc. 1843 (S.V.43.2.389 et 44.2.313).

(2) Lyon, 24 janv. 1843 (S.V.46.2.211).

(3) Troplong, *Sociétés*, n. 829 et s.

(4) Procès-verbaux, 13 janv. 1807, Locré, t. 47, p. 184.

gnaud de Saint-Jean-d'Angély répondant à Merlin, et après avoir expliqué avec précision les différences caractéristiques et essentielles qui séparent la société anonyme de la société en commandite, conclut en disant que le commanditaire : « répond *directement*, quoique seulement en proportion de sa mise (1). » M. Cretet ajoutait après lui : « Le projet consacre ce principe et ne laisse plus de prise au doute (2). »

La différence unique, mais immense, que la loi a mise entre les gérants et les commanditaires, c'est que les uns sont tenus indéfiniment, et les autres jusqu'à concurrence seulement de leur commandite ; mais ils ne peuvent être tenus envers des personnes différentes. Si les créanciers ont une action directe contre le gérant, comment leurs droits ne seraient-ils pas les mêmes envers les commanditaires ? Ils sont les uns et les autres *associés*. La loi n'appelle pas les commanditaires, comme on l'a répété trop souvent, *simples bailleurs de fonds*, mais bien : *ASSOCIÉS*, simples bailleurs de fonds. Ils sont donc avant tout associés ; et pour les distinguer ensuite des associés gérants, la loi ajoute, avec une parfaite exactitude : simples bailleurs de fonds.

**159.** Comment admettre que ces divers associés ne soient pas tous obligés envers les tiers ; et à quoi bon, s'il n'en était pas ainsi, la publicité si grande donnée à l'acte de société ! Ainsi un commanditaire, le lendemain de la formation de la société, deviendra créancier en compte courant envers elle d'une somme égale au montant de sa commandite, et au jour de la déconfiture n'aura rien à payer, parce qu'il opposera au gérant la compensation. Ce n'est pas là ce qu'a voulu la loi, et les tiers dans un pareil système sont victimes des précautions mêmes qui paraissent avoir été prises dans leur intérêt.

Les partisans du système opposé au nôtre ont été jusqu'à dire que les commanditaires ne pouvaient s'engager personnellement envers les créanciers, parce qu'ils doivent rester étrangers à la gestion de la société. Cet argument n'est pas sérieux ; ce n'est évidemment pas plus un acte de ges-

(4) Locré, t. 47, p. 485.

(2) *Id.* p. 487.

tion de s'engager envers les créanciers qu'envers le gérant. La faillite, dit-on encore, ne peut créer au profit des créanciers un droit nouveau qu'ils n'avaient pas avant la faillite : aussi, quant à nous, nous admettons sans difficulté que ce droit, en effet, existait virtuellement avant la faillite ; mais les créanciers n'en avaient pas et ne pouvaient pas en avoir l'exercice, d'abord, et en vertu de ce principe établi précédemment qui ne permet pas de s'adresser à l'associé, même en nom collectif, avant d'avoir interpellé la société (*suprā*, n° 130) ; en outre, faute d'intérêt : « Nous accorderons cependant, dit M. Troplong, que, tant que la société sera debout, on doit s'adresser au gérant seul, lequel représente la société et la résume dans sa personne. A quoi bon d'ailleurs s'adresser aux autres ? où serait l'intérêt ? (1) »

Comment un créancier peut-il savoir si le commanditaire a versé sa mise avant la faillite déclarée ? faut-il qu'à chaque instant le commanditaire puisse être mis en cause et tenu de faire à tout propos et à toute réquisition, et à toute personne, la preuve de sa libération ? Comment un créancier se ferait-il attribuer les sommes que le commanditaire a pris l'engagement de verser au profit de tous ceux qui contracteraient avec la société dont il fait partie ? Les associés commanditaires ou autres ne peuvent être débiteurs de leur mise qu'à la société, tant qu'elle existe ; ou à la masse des créanciers, quand la faillite est déclarée ; ou à chacun d'eux, si l'on veut, quand l'union aura été dissoute (Cod. comm., art. 557 et 559). « Si le commanditaire n'a pas versé sa mise, dit M. Pardessus, il en est débiteur ; il est tenu des dettes jusqu'à concurrence de cette mise ; cette obligation est le résultat de l'acte social, qui, par sa publicité, forme contre lui un titre au profit des tiers envers lesquels il a été engagé par le gérant, son mandataire (2). »

La règle nous semble donc facile à établir : ou la société, à qui le créancier doit s'adresser d'abord, non-seulement dans le

(1) Troplong, *Sociétés*, n. 844.

(2) Pardessus, n. 1034; Massé, t. 5, n. 71 ; Malpeyre et Jourdain, p. 456; Persil fils, sur l'art. 23, — *Contrá*, Delangle, n. 276.

cas que nous discutons, mais en toute circonstance, paiera, et alors tout intérêt disparaît; ou elle se constituera en état de cessation de paiements, et alors le créancier pourra agir contre tous les associés en nom collectif et en commandite, contre les premiers indéfiniment; contre les seconds, dans la limite de leur mise; mais cette mise, ils se sont engagés à la verser envers tous les créanciers, que rien n'a établis solidaires à son égard, de manière que le paiement fait à l'un d'eux le libère envers tous les autres: le commanditaire devra donc dans tous les cas, ou prouver sa libération envers la société, par un versement effectif, ce qui le dégage de toute obligation, ou ne verser sa mise qu'entre les mains des syndics, si la société n'est plus en état de recevoir.

Ajoutons qu'il est bien évident que le mystère qui couvre le nom des commanditaires serait dévoilé tout aussi bien par l'action oblique que par l'action directe: « La loi, dit M. Trop-long, par des scrupules faciles à concevoir, n'oblige pas les commanditaires à se nommer. Mais défend-elle aux créanciers de s'enquérir de leurs noms, s'il y ont intérêt? Voilà ce qu'il faudrait établir, et ce qu'on n'établira pas (1). »

Nul doute, toutefois, que, s'il existait dans l'acte de société duquel dérivent les obligations des commanditaires des exceptions fondamentales et destructives de l'existence et des effets de cet acte, les commanditaires seraient en droit de les opposer aux syndics, comme ils auraient pu le faire au gérant lui-même, puisque l'acte de société est le seul titre des créanciers; mais, quant aux exceptions personnelles au gérant, ils ne peuvent les opposer aux créanciers, parce qu'elles leur sont complètement étrangères.

La jurisprudence s'est prononcée dans ce sens (2).

(1) *Sociétés*, n. 843.

(2) Cass., 25 juin 1846 (J.P.46.2.488); Douai, 14 juill. 1846 (J.P.46.2.490).

## ARTICLE 27.

L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration.

Administration, 161.  
Commis, 162.  
Délibérations, 160 et s.

Employé, 162.  
Industrie personnelle, 163.  
Prohibition, 160 et s.

Responsabilité, 161 et s.  
Surveillance, 161.  
Transactions commerc., 162.

**160.** « En fixant les droits et les devoirs des commanditaires, ont dit les auteurs du Code de commerce, en déclarant qu'ils ne peuvent gérer ni administrer pour le compte de la société, on a déterminé leur véritable caractère. En effet, si l'on ne maintient pas cette disposition, quelque sévère qu'elle paraisse, les associés commanditaires pourront abuser de leur qualité sans s'exposer au moindre danger; cette espèce de société deviendrait un moyen de fraude (1). » La disposition contenue dans cet article avait été de la part des corps judiciaires, auxquels elle avait été communiquée, l'objet d'observations nombreuses, souvent en sens contraires; elles eurent pour résultat de faire ajouter à la rédaction primitive la mention expresse que l'associé commanditaire ne pourrait agir au nom de la société, même en vertu d'une procuration: les termes de la loi sont formels, très-clairs, et il est évident que la prohibition est absolue.

Si la prohibition dont sont frappés les commanditaires ne peut être éludée en aucune manière, il reste toutefois à en déterminer les limites, car elle n'est pas générale.

La Cour de cassation avait demandé que le commanditaire ne pût assister aux assemblées de la société ni prendre aucune part aux délibérations (2); et peut-être était-ce aussi la pensée du conseil d'État, dont le projet défendait à l'associé commanditaire *de concourir en aucune manière aux achats, ventes, obligations et engagements de la société*. Le Tribunat trouva

(1) *Observations des trib.*, t. 4<sup>er</sup>, p. 3.

(2) *Analyse raisonnée des observ. des trib.*, p. 22.

que l'exclusion était trop générale : « Un des droits du commanditaire, a-t-il dit, est de participer aux délibérations générales de la société, et ces délibérations ont souvent pour but, ou d'en approuver les opérations, ou d'en autoriser les engagements, de sorte que sous ce rapport le commanditaire y concourt et doit y concourir au moins par son consentement (1). » Le conseil d'État fit droit à ces observations en adoptant la rédaction proposée par le Tribunat; tous les auteurs ont enseigné une doctrine conforme.

Il faut donc distinguer avec soin les actes de gestion qui sont interdits aux commanditaires et le concours aux délibérations, qui est licite de leur part. Pour bien faire apprécier la position respective des associés gérants et des commanditaires, M. Troplong compare les premiers à un tuteur qui, seul, a l'administration et, avec elle, une responsabilité personnelle ; et les autres, aux membres du conseil de famille placés à côté du tuteur, qui délibèrent, mais qu'on n'a jamais songé à regarder comme administrateurs de la tutelle (2).

**161.** La jurisprudence nous aidera à bien distinguer les actes d'administration de ceux qui ne constituent que la simple surveillance permise aux commanditaires.

Nous avons vu, sous l'art. 25 (*suprà*, n° 149), des décisions judiciaires basées sur le texte même de l'acte de société déclarer que la qualification donnée au contrat était inexacte, et que la société devait être réputée en nom collectif et non en commandite ; toute recherche des actes du prétendu commanditaire est inutile dans ce cas ; le contrat même de société suffit pour déterminer la véritable qualité du contractant et en fait un associé responsable et solidaire. L'art. 27 s'applique à une autre hypothèse. L'acte même de société est régulier et ne donnait bien au commanditaire que les droits qui peuvent lui appartenir ; mais il a outrepassé ses pouvoirs ; il a fait des actes de gestion qui lui étaient interdits conformément aux dispositions de la loi ; et la conséquence de ces faits est pour lui, non d'être déclaré associé en nom collectif, mais simplement

(1) Observations du Tribunat ; Locré, t. 47, p. 308 ; Code hongrois, art. 33.

(2) Sociétés, n. 424.

d'encourir la responsabilité à laquelle le soumet, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, l'art. 28. Mais, nous le répétons, toute intervention de sa part dans les affaires de la société n'est pas acte de gestion.

Ainsi, le commanditaire pourra donner à l'associé gérant des instructions pour l'administration sociale (1); vérifier les livres et, par suite, vérifier la caisse (2), si ces mesures se renferment dans l'intérieur de la société et restent entièrement étrangères aux tiers qui traitent avec le gérant (3). Le commanditaire peut également intervenir pour autoriser l'achat d'un immeuble destiné à devenir le siège de la société; l'agrandissement des bâtiments consacrés à l'exploitation; un emprunt qui sera devenu nécessaire: « Attendu, a dit la Cour de cassation, que la disposition des art. 27 et 28, Cod. comm., ni dans son texte, ni dans son esprit, n'est incompatible avec le droit des associés commanditaires d'exercer sur la gestion de la société une surveillance limitée et raisonnable, que justifie leur intérêt(4). »

Un autre arrêt de la même Cour porte: « Attendu que l'arrêt attaqué, en appréciant les prétendus actes d'immixtion reprochés aux défendeurs sous le mérite de cette idée, que délibérer n'était pas agir, et qu'approuver une gestion n'était pas gérer, n'a fait qu'établir une distinction qui ressort de la nature des choses; que cet arrêt constate, d'ailleurs, que les règles de conduite tracées par l'assemblée générale des actionnaires n'était pas obligatoires pour le gérant, qui était toujours maître de s'en écarter sous sa responsabilité personnelle (5). »

Si des conventions particulières sont venues restreindre, autre mesure, les pouvoirs du gérant, elles pourront être invoquées et discutées, s'il y a lieu, entre lui et les commanditaires; mais à l'égard des tiers, le gérant conserve sous sa

(1) Bordeaux, 16 avr. 1832 et 29 août 1838 (S.V.33.2.133; 39.2.43); Cass., 13 déc. 1841 (S.V.42.1.141).

(2) Bordeaux, 7 juin 1842 (S.V.43.2.79).

(3) Cass., 13 nov. 1844; 23 mars et 25 juin 1846 (S.V.44.4.847; 46.4.770).

(4) Cass., 25 juin 1846 (J. du P., 1846, t. 2, p. 484).

(5) Cass., 23 mars 1846 (J. du P., 1846, t. 2, p. 482); — V. également Cass., 29 mars 1843 (S.V.43.4.593); Id., 22 déc. 1845 (D.P.46.1.30).

responsabilité personnelle, s'il y a lieu, l'exercice de tous les droits inhérents à la qualité qui lui appartient ; le commanditaire ne peut les exercer à sa place, sans abdiquer son rôle et encourir la responsabilité prévue par l'art. 28. Il doit craindre que tout acte de sa part ayant cette tendance ne lui soit reproché. Ainsi, la Cour de Paris a jugé que les délibérations par lesquelles des associés commanditaires, réunis en conseil de surveillance, étendent ou restreignent l'action du gérant, constituent des actes de gestion et rendent ces commanditaires responsables des dettes sociales (1). Peut-être, toutefois, sauf l'appréciation des faits, cette doctrine, si elle devait être considérée comme une règle générale, pourrait paraître trop sévère.

En dehors même du cercle des actes d'administration, le commanditaire, s'il intervient pour approuver la conduite du gérant et autoriser ses opérations, doit éviter encore, avec le plus grand soin, de tromper les tiers sur sa qualité et de traiter directement avec eux.

Dans tous les cas, il faut que les faits de gestion ou d'immixtion aient eu lieu pendant l'existence de la société et avant sa dissolution légale et sa mise en liquidation : les commanditaires peuvent donc coopérer et prendre part à la liquidation (2).

Les tribunaux, au reste, sont les juges naturels pour apprécier les faits, et leur décision pourra difficilement donner ouverture à cassation (3) ; mais l'art. 8 de la loi sur les sociétés en commandite par actions paraît une interprétation législative qui accorde, dans tous les cas, aux commanditaires le droit de vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société. Le commanditaire, qui a le droit d'examiner les livres, peut se faire remplacer par un mandataire à qui il délèguera le pouvoir qui lui appartient (4).

**162.** La disposition de l'art. 27 qui ne permet pas au commanditaire d'être employé pour les affaires de la société était

(1) Paris, 26 mars 1840 (*J. du P.*, 1840, t. 1<sup>er</sup>, p. 704.)

(2) Cass., 26 déc. 1842 (*S.V.43.1.404*) ; Delangle, n. 396 ; Troplong, n. 1045.

(3) Cass., 6 fév. 1843 (*S.V.43.1.346*).

(4) Poitiers, 22 mars 1854 (*S.V.55.2.532*).

de nature à faire naître une difficulté. La rédaction proposée par le tribunat portait : « L'associé commanditaire ne peut « faire aucun acte de gestion, ni y être employé, même en « vertu de procuration (1). » Le conseil d'Etat n'a pas eu l'intention de modifier le sens de cette disposition, mais, sa pensée pouvant être mal interprétée, il fit connaître par un avis explicite que la prohibition ne s'étendait pas aux transactions commerciales qui pourraient avoir lieu entre la société et le commanditaire représentant deux intérêts distincts et séparés. Les art. 27 et 28 ne s'appliquent qu'aux actes que feraient les associés commanditaires en représentant comme gérants la maison commanditée même par procuration, et non aux transactions commerciales que la maison commanditée peut faire pour son compte avec le commanditaire, et réciproquement, le commanditaire avec la maison commanditée, comme avec toute autre maison de commerce (2). Ici ne s'appliquerait pas la règle que nous avons posée en parlant des associés en nom collectif (*suprà*, n° 144), et le commanditaire aurait contre la société et contre les associés une action solidaire, comme tout créancier, et sauf, bien entendu, la charge qui devrait peser sur sa commandite, distincte de sa personne.

Rien ne s'oppose donc à ce que le commanditaire soit le banquier, le commissionnaire même du commandité, et à ce qu'ils fassent ensemble toutes les affaires qui se traitent entre deux maisons de commerce étrangères l'une à l'autre (3).

M. Troplong enseigne même, comme conséquence, que le commanditaire pourra également être employé par la société commanditée, comme ouvrier, commis ou à tout autre titre, où il ne fait ni ne peut faire aucun acte de gestion, dans les cas enfin où, suivant l'expression du conseil d'Etat, il ne représente pas comme gérant la maison commanditée; et la Cour de cassation s'est prononcée dans ce sens (4).

Cette règle a été combattue par plusieurs auteurs dont le nom

(1) Locré, t. 17, p. 308.

(2) Avis du Conseil d'Etat, 29 avril et 17 mai 1809.

(3) Troplong, n. 434 et s.; Pardessus, n. 1030; Delangle, n. 382 et s.: Malpeyre et Jourdain, p. 153.

(4) Cass., 15 mars 1847 (S.V.47.1.353.)

fait autorité (1). Une distinction nous semble nécessaire. Dans le sens le plus large, sous le nom de commis, de préposés, il faut entendre tous les auxiliaires employés par un négociant, soit aux achats, aux ventes, à la fabrication, aux écritures, etc., mais une différence notable existe entre la plupart des commis, et une personne ayant des pouvoirs généraux pour remplacer le patron et tenant la place de celui-ci, soit dans une localité différente, soit au lieu même de la résidence et souvent alors pour une branche de commerce, c'est ce qu'au moyen âge et quelquefois encore on appelle *facteur*. Des employés avec de pareils pouvoirs font évidemment des actes de gestion et ne peuvent être commanditaires ; mais nous ne pouvons voir aucun inconvénient à ce que le titulaire d'une action dans une société en commandite ou tout autre commanditaire soit employé par elle, non-seulement comme ouvrier, mais encore en qualité de commis, si les fonctions qui lui sont attribuées sont d'un ordre tel, qu'il ne puisse jamais de son chef faire un acte de gestion proprement dit.

**165.** Cette question se représentera sous une autre forme. L'industrie, un secret, une découverte brevetée, peuvent former dans toute société commerciale l'apport stipulé. Par suite, MM. Malpeyre et Jourdain ont demandé si la mise d'un associé commanditaire pouvait consister uniquement ou même partiellement, dans son industrie personnelle ? « Nous ne le pensons pas, disent ces derniers auteurs, et, par cela seul qu'il coopérerait de sa personne aux affaires de la société, nous croyons qu'il y aurait immixtion dans la gestion et, par conséquent, solidarité. La gestion de la société ne consiste pas seulement dans les actes purement administratifs ; elle embrasse aussi l'œuvre matérielle et intellectuelle qui donne la vie à l'industrie qu'on exploite en commun. Ainsi des fabricants de produits chimiques qui s'occuperaient journallement, au domicile social, de la fabrication de ces produits, participeraient de leur personne à l'industrie sociale et ne pourraient pas conserver la qualité de commanditaires. Cependant il serait à désirer que la loi eût introduit une exception en faveur de la science et

---

(1) Pardessus, n. 1030 ; Malpeyre et Jourdain, p. 151 ; Delangle, n. 398.

qu'il eût été possible qu'un savant qui apporterait une découverte précieuse pût surveiller lui-même l'emploi de ses procédés, faire profiter l'établissement de toutes ses connaissances et de toute son expérience, sans se voir exposé indéfiniment dans sa personne ou dans ses biens. Mais, sans aucun doute, l'apport d'un commanditaire pourrait consister dans un secret d'art ou de science, qu'il communiquerait à la société, pourvu qu'il ne l'appliquât pas lui-même, ou qu'il ne coopérât pas jurementlement à son application aux opérations de la société » (1).

Cette opinion nous semble trop absolue, et une distinction ici encore est nécessaire. Si l'industrie de l'associé commanditaire doit s'exercer dans les rapports de la société avec les tiers, être publique et mettre en évidence son action personnelle sur la direction des opérations sociales, nous adoptons sans hésiter la solution donnée par MM. Malpeyre et Jourdain, il administre quand il préside ou se mêle aux transactions, objet de la société. Mais, si l'industrie du commanditaire s'exerce tout entière dans l'intérieur de l'atelier ou du laboratoire ; si son rôle se borne à fabriquer ou à surveiller la fabrication sans s'occuper de l'acquisition des matières ni de l'écoulement des produits, pour nous il n'administre plus : une manufacture n'a pas pour but la fabrication, mais la vente ; la fabrication n'est que le moyen d'y parvenir : la mécanique qui concourt avec l'ouvrier, avec le chef d'atelier, à donner un produit qui, plus tard, servira d'objet aux transactions de la maison de commerce, n'administre pas à coup sûr, elle produit : il en est de même du savant qui se livre aux travaux du laboratoire ou qui les dirige; de l'inventeur qui surveille l'emploi de ses procédés; ils produisent, ils n'administrent pas. L'administration est dans l'achat des matières premières, parce qu'il met la société en rapport avec des tiers, dans la vente des objets manufacturés, dans d'autres faits encore plus étrangers à la fabrication confiée au commanditaire; et nous avons vu que la loi, la jurisprudence, les auteurs, s'accordent pour permettre à un commanditaire de se mêler même, dans une certaine mesure, à l'administration proprement dite, si son action n'est pas publique et ne peut

(1) *Traité des Sociétés comm.*, p. 142.

avoir pour effet de tromper la confiance des tiers, qui ont traité avec la société (1).

## ARTICLE 28.

**En cas de contravention à la prohibition mentionnée dans l'article précédent, l'associé commanditaire est obligé solidairement, avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagements de la société.**

**164.** Cet article sanctionne la disposition contenue à l'art. 27 et en forme le complément nécessaire ; le commanditaire qui a fait un acte de gestion est assimilé par cela seul aux associés en nom collectif, et peut être poursuivi comme caution solidaire de la société. La loi ne fait aucune distinction entre les dettes et engagements contractés avant ou après les actes d'immixtion ; le commanditaire est tenu également des uns comme des autres.

M. Berlier avait proposé au conseil d'Etat d'autoriser par une disposition formelle la preuve, même testimoniale, qu'un commanditaire avait pris part à la gestion et encouru la pénalité de l'art. 28. Cet amendement fut rejeté comme inutile : dans ce cas, disait M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angély, il ne s'agit pas de prouver plus que l'acte ne contient, mais un fait postérieur qui change la nature de l'acte : la preuve par témoins, est le droit commun (2).

Les syndics ont qualité pour exercer contre les commanditaires l'action en responsabilité (3) ; et le créancier même n'est pas tenu de prouver qu'il connaissait, lorsqu'il a contracté, l'acte d'où résulte la solidarité.

A l'égard des créanciers de la société, le commanditaire qui est contrevenu à la prohibition qui lui est imposée est donc en tout assimilé à un associé en nom collectif ; mais il n'en

(1) Pardessus, n. 1030.

(2) Procès-verbaux, 15 janv. 1807 ; Locré, t. 17, p. 497.

(3) Paris, 26 mars 1840 (S.V.40.2.250).

est pas de même à l'égard de l'associé gérant. Le commanditaire peut exiger de lui la restitution de ce qu'il a payé aux créanciers au delà de sa mise (1). La disposition pénale a été établie en faveur des créanciers qui ont été trompés ; ils peuvent seuls se plaindre d'une infraction au contrat qu'ils n'avaient nul pouvoir d'empêcher. La position de l'associé gérant est toute différente ; il n'a pu ignorer la part que le commanditaire prenait à la gestion, et, si le fait est blamable, il en est au moins complice : il dépendait de lui seul de l'empêcher. Un arrêt de la Cour de Paris paraît contraire à ce principe, et devrait avoir pour résultat de permettre à l'associé gérant de demander lui-même l'application de l'art. 28 contre le commanditaire (2). Ces conséquences sont tout à fait inadmissibles ; sans doute, si le commanditaire avait administré sans le consentement de l'associé gérant et à son insu, celui-ci pourrait lui reprocher d'avoir abdiqué sa qualité pour prendre celle d'associé solidaire ; sans doute encore, s'il avait causé par ses actes d'immixtion un dommage à la société, il serait tenu de sa faute comme le serait un associé solidaire, indépendamment de sa part virile et dans les mêmes limites (3) : mais la première hypothèse pourra bien difficilement se réaliser ; la seconde n'est que l'application du droit commun en matière de responsabilité ; et la règle que nous avons posée n'en doit pas moins être maintenue.

**165.** Une question plus controversée et qui ne nous semble pas, quant à nous, plus douteuse, est celle de savoir si la solidarité imposée au commanditaire, comme peine de son immixtion, doit avoir pour résultat de le faire déclarer commerçant, et par suite, s'il y avait lieu, de le mettre en faillite. La négative nous paraît certaine. Ce serait, dit M. Troplong, ajouter à la loi, et sans qu'aucune considération puisse rendre désirable un semblable résultat (4). Il est bien entendu, d'ailleurs,

(1) Pardessus, n. 1038.

(2) Paris, 9 janv. 1836 (S.V.36.2.133).

(3) Delangle, n. 414.

(4) Troplong, n. 438 ; Pardessus, n. 1037 ; Persil fils, p. 119 et s. : Bourges, 2 août 1828. — *Contra*, Delangle, n. 404 et s. ; Malpeyre et Jourdain, p. 164 et s. ; Molinier, n. 504.

que, si l'on prouve contre lui l'habitude d'actes commerciaux et qu'ils constituent son occupation principale, il devra, à raison de ces faits, et non pour un fait d'immixtion, être déclaré commerçant.

### ARTICLE 29.

*La société anonyme n'existe point sous un nom social ; elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés.*

**166.** Les principes sur lesquels est fondé le contrat dont s'occupe l'art. 29 étaient parfaitement connus et appliqués dans l'ancienne jurisprudence ; mais ils étaient écrits dans chaque acte du Gouvernement, qui intervenait pour créer ces sortes de société. On peut consulter particulièrement la déclaration de 1664, qui a établi la compagnie des Indes orientales (1).

La société anonyme ne peut être désignée sous le nom d'aucun des associés, et bien moins encore sous le nom d'une personne qui y serait étrangère ; elle ne peut avoir de raison sociale : « On entend par société anonyme, dit le Code portugais, une association d'actionnaires sans raison sociale, qualifiée par la désignation du but qu'elle se propose, et administrée par des mandataires temporaires, révocables, actionnaires ou non, salariés ou gratuïts (2).

A quelques égards, c'est donc à juste titre que cette société est appelée anonyme ; mais il faut bien se garder de donner à cette appellation la signification d'inconnue ou secrète ; nulle société, au contraire, n'est soumise à une publicité aussi grande et ne peut être mieux appréciée par tous dans son objet et dans ses opérations. Si aucun nom ne doit figurer dans la raison sociale, c'est que la société anonyme n'est qu'une association de capitaux, et la confiance du public ne doit pas être attirée par le nom qui formerait la raison sociale,

(1) V. Bornier, à la suite du titre *des Sociétés*.

(2) Code portugais, art. 538.

lorsque, dans aucun cas, l'associé ni le gérant ne peuvent avoir leur responsabilité engagée au delà des limites fixées par le contrat.

« Ces mêmes sociétés, dit M. Pardessus, prennent une qualification générique différente, à raison de leur importance. On appelle plus particulièrement *compagnies* les grandes réunions d'associés, qui se proposent une entreprise considérable; et on nomme *sociétés anonymes* des réunions moins nombreuses et moins importantes (1). » Cette dernière dénomination est la seule qui soit légale et juridique; et au point de vue des règles qui les régissent, il n'est possible d'établir aucune différence entre les unes et les autres.

### ARTICLE 30.

**Elle est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise.**

**167.** A défaut de raison sociale, la société anonyme se spécialise et se fait connaître par l'objet de son entreprise: ainsi elle s'appellera *Société* ou *Compagnie d'Assurances*, si elle s'occupe d'assurances; *Société des messageries générales de France*, si elle a pour but une entreprise de transports dans tout le territoire; *Compagnie du chemin de fer du Nord*; *Compagnie du chemin de fer de Paris à Lyon*; *Banque de France*; *Société de crédit immobilier*. Le nom seul de la société anonyme suffit donc à faire connaître l'objet spécial dont elle s'occupe, et elle est tenue de s'y renfermer. Toute autre association, toute entreprise, en outre de la raison sociale qui la personnifie, peut prendre une désignation de ce genre, si elle le juge à propos; mais pour aucune autre ce n'est une nécessité; c'est, au contraire, une condition indispensable d'existence pour la société anonyme.

Les sociétés anonymes s'occupant d'un objet qui peut être entrepris et qui l'est, en effet, par plusieurs autres associations rivales, telles que les assurances, prennent souvent des

---

(1) *Droit comm.*, n. 4039.

noms particuliers qu'elles ajoutent à l'objet de leur entreprise : rien ne s'y oppose, pourvu que ce ne soit pas un nom patronymique ; ainsi : *Compagnie de l'Union, assurances contre l'incendie et sur la vie humaine* ; *Compagnie du Soleil, assurances générales contre l'incendie* ; *Compagnie Française du Phénix, assurances à primes contre l'incendie*. Les compagnies anonymes, du reste, ne jouissent pas non plus exclusivement du droit de prendre ces qualifications arbitraires (*suprà*, n° 114), et peuvent les adopter dans tous les cas, au gré des fondateurs.

Ces dénominations forment pour les sociétés qui les ont choisies une véritable propriété ; mais toutefois, il a été jugé que cette propriété n'est pas tellement exclusive, que la dénomination ne puisse être prise par une autre compagnie, ayant une industrie tout à fait différente de la première ; « Attendu, porte un arrêt de la Cour de Lyon, qu'on ne conçoit pas quel préjudice pourrait résulter pour la compagnie d'assurance de Paris de la ressemblance de nom avec une société ayant un objet tout autre à Lyon (1). » C'est donc à proprement parler un droit plutôt qu'une propriété, car le domaine, de sa nature, est absolu ; il faut justifier de la possibilité au moins d'un préjudice, comme pour une usurpation d'enseigne (*suprà*, n° 126).

### ARTICLE 31.

Elle est administrée par des mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuets.

Actionnaires, 468.

Administrateurs, 470.

Assemblée générale, 468, 471 | Mandat, 470.

Conseil d'administration, 468 | Révocation, 469.

**168.** L'art. 31 est extrêmement laconique ; il n'a rien dit des actionnaires, de leur pouvoir, ni de la manière dont il doit être exercé ; il a laissé aux statuts qui forment la loi par-

(1) Lyon, 9 déc. 1840 (S.V.44.2.131).

ticulière de chaque société anonyme le soin de régler des questions trop importantes pour rester indécises, et s'est borné à poser un principe général en ce qui concerne les administrateurs.

Ces administrateurs qualifiés de mandataires ne peuvent avoir d'autres mandants évidemment que les actionnaires ; en droit commun, leurs pouvoirs devraient émaner de l'unanimité des associés, et cesseraient du jour où l'un d'eux exprimerait la volonté de les retirer : l'administration d'une compagnie nombreuse à de semblables conditions ne serait pas possible. Les actionnaires sont représentés par l'assemblée générale, qui bien rarement les comprend tous ; la loi n'en a pas fait mention, mais l'instruction ministérielle du 22 octobre 1817, sur les sociétés anonymes, ayant rappelé que les actes de société devaient toujours déterminer le mode d'administration, ils ne manquent jamais par suite de régler d'abord tout ce qui concerne les assemblées générales.

Les statuts presque toujours disent expressément que l'assemblée générale régulièrement constituée représente l'universalité des actionnaires ; si les délibérations, et la nomination des administrateurs particulièrement, n'étaient valables qu'à la condition, nous ne dirons pas d'être prises à l'unanimité, mais d'émaner même de la majorité d'une assemblée réunissant l'universalité des actionnaires, tout deviendrait impossible dans les sociétés nombreuses. Le nombre des actionnaires qui doivent être présents pour constituer l'assemblée est donc fixé, et quelquefois aussi le capital qu'ils doivent représenter.

Une seule action devrait donner à celui qui en est propriétaire le droit d'assister à l'assemblée et d'y voter ; mais dans les sociétés qui réunissent un capital considérable divisé en actions de peu de valeur, telles que les compagnies de chemins de fer, les statuts ne donnent généralement le droit d'être membre de l'assemblée générale qu'en justifiant de la propriété d'un nombre déterminé d'actions. Le droit de voter est donc attaché à l'action plutôt qu'à l'actionnaire ; ce qui n'a rien de singulier dans une association de capitaux et non de personnes ; vingt actions, par exemple, donneront droit à une

voix ; quarante, à deux, et ainsi de suite; cependant le nombre de voix qui peut appartenir à un seul actionnaire, quel que soit le chiffre des actions dont il est propriétaire, est, en général, déterminé (1). Des abus, on le sent, peuvent éluder cette disposition, quand les actions sont au porteur; on a cherché à y remédier, en exigeant quelquefois, dans ce cas, que les titres soient déposés contre un récépissé au siège de la compagnie, un certain nombre de jours déterminé à l'avance.

Les assemblées sont convoquées régulièrement aux époques fixées par les statuts; il peut y avoir, en outre, des assemblées extraordinaires, dont les délibérations portent alors exclusivement sur les objets pour lesquels la convocation a eu lieu. Les statuts déterminent le mode de convocation, les pouvoirs de l'assemblée; ils disent à quelle majorité les délibérations doivent être prises. Ces délibérations, conformes aux statuts, obligent la société, mais elles ne peuvent évidemment changer les conditions du pacte social, et dans les sociétés anonymes par un double motif : l'un tiré de la protection qui est due aux associés dissidents ou absents; l'autre, de l'impossibilité pour une société anonyme de modifier ses statuts sans l'approbation du Gouvernement.

L'assemblée générale nomme, dans la forme qui a été déterminée, les gérants ou administrateurs : les statuts fixent quelquefois des conditions d'éligibilité, telles que l'obligation de posséder un nombre déterminé d'actions, qui restent déposées dans la caisse de la société et frappées d'inaliénabilité pendant la durée de leur gestion. Les statuts doivent également déterminer l'étendue des pouvoirs dont ils sont investis.

Quelquefois il existe un comité de direction plus particulièrement chargé d'agir au nom de la société; un directeur nommé, soit par les gérants réunis alors pour former un conseil d'administration, soit par l'assemblée générale. Si le directeur est tenu de se conformer aux décisions du conseil d'administration et n'est chargé que de les exécuter, il n'est

---

(1) « Chaque actionnaire, dit le Code hongrois, a autant de voix qu'il possède d'actions, cependant, quel que soit ce nombre, il ne pourra jamais réunir plus de dix voix. » (Art. 60.)

plus que son préposé et ne doit pas être regardé comme administrateur; mais il peut n'avoir auprès de lui qu'un conseil de surveillance, dont les membres appelés censeurs ou de tout autre nom n'auront d'autre mission que de contrôler et de surveiller ses actes, ou même qu'un pouvoir purement consultatif. Ce conseil peut, pour nous servir d'une comparaison que nous avons empruntée déjà à M. Troplong, ne remplir que le rôle d'un conseil de famille qui laisse au tuteur l'administration proprement dite; et, dans ce cas, le mandataire chargé de l'administration, dont parle l'art. 51, c'est le directeur. Quelles que soient, enfin, les règles établies par les statuts, elles doivent être suivies, et la loi a laissé une liberté indéfinie à cet égard.

**169.** « Les administrateurs qui ne sont pas associés, dit M. Pardessus, peuvent être révoqués par une délibération régulière, encore bien qu'ils tiennent leur délégation de l'acte de société. Il y a plus de doute à l'égard de ceux qui sont associés (1). » La raison de douter, c'est que l'art. 1856, Cod. Nap., porte que l'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société n'en peut être dépossédé sans cause légitime. Un examen attentif démontre que cette disposition n'est pas applicable aux sociétés anonymes. A leur égard, il y est dérogé d'une manière expresse par l'art. 31, qui déclare, sans distinction, que les administrateurs sont *à temps et révocables*: un mandat, en effet, ne peut pas être irrévocable (2). Il faut donc décider que, si une clause des statuts nommant des administrateurs pour toute la durée de la société et les déclarant irrévocables avait même été approuvée par le Gouvernement, cette clause ne serait pas obligatoire. Il faut encore décider, par suite, qu'on ne pourrait limiter le droit de révocation, en déterminant dans les statuts les causes qui, seules, permettraient d'en user, puisque ce pourrait être un moyen d'arriver, par une voie indirecte, au résultat contraire à celui qu'a voulu atteindre l'art. 51 (3). Le droit

(1) *Droit comm.*, n. 1041. — *Sic*, Molinier, n. 449.

(2) Delangle, n. 426 et s.; Malpeyre et Jourdain, p. 230.

(3) Malpeyre et Jourdain, p. 232.

de révoquer les administrateurs appartiendrait aux mêmes assemblées qui peuvent les nommer et devrait être exercé dans les mêmes conditions.

**170.** Les statuts déterminent en général le mandat dont sont chargés les administrateurs et son étendue ; ils doivent s'y conformer exactement (Cod. Nap., art. 1989). Quand ils sont muets sur ce point, ou ne déterminent pas d'une manière suffisante les pouvoirs des directeurs ou administrateurs, les règles que nous avons données sur les pouvoirs des gérants dans une société en nom collectif ou en commandite ne peuvent être étendues aux administrateurs d'une société anonyme, dans le cas même où ceux-ci seraient associés, circonstance, nous le répétons, sans aucune valeur : il faut se reporter d'une manière complète aux principes du Code Napoléon sur le mandat (1).

Le mandataire doit accomplir son mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution. Il est tenu non-seulement de son dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Il doit rendre compte de sa gestion et faire raison à ses mandants de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû à la société. Enfin, il est responsable de celui qu'il se serait substitué, s'il n'a pas reçu pouvoir à cet effet, et dans le cas même où ce pouvoir lui a été conféré sans désignation de personne, il serait responsable, s'il n'avait pas choisi quelqu'un honnête, capable et de bonne réputation (Cod. Nap., art. 1991 à 1994). Les règles du Code Napoléon seraient appliquées plus rigoureusement en matière commerciale qu'en matière civile, et à des mandataires salariés qu'à des mandataires gratuits.

A défaut de stipulations expresses, l'art. 1988, Cod. Nap., doit être étendu aux administrateurs des sociétés anonymes : « Le mandat conçu en termes généraux, porte cet article, « n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété,

(1) Pardessus, n. 1044.

« le mandat doit être exprès. » Ce mandat ne s'étend donc qu'aux actes d'administration; mais il les comprend tous: leur caractère peut dépendre de la nature de la société et de l'objet de son entreprise, sans que l'administrateur puisse faire aucun acte de propriété. « Le pouvoir de transiger , dit l'art. 1989, ne renferme pas celui de compromettre. » Mais il semble difficile que l'un et l'autre pouvoir ne soient pas conférés même à l'administrateur d'une société anonyme , au moins dans une certaine mesure , par les statuts ou par l'assemblée générale, à qui ce droit doit appartenir.

Le mandat des administrateurs renfermera de plein droit, à moins de stipulations restrictives expressément écrites, le pouvoir d'introduire en justice toutes les actions de la société, relatives à l'administration dont ils sont chargés, ainsi que de défendre à celles qui seraient dirigées contre la société. Il en est autrement en ce qui concerne les contestations étrangères aux actes d'administration. Dans tous les cas, la société sera valablement assignée dans la personne des administrateurs (1); mais il a été jugé que les administrateurs d'une société anonyme, quoique représentant bien tous les actionnaires, n'ont pas qualité pour représenter également les fondateurs de la société : par suite, le jugement qui a prononcé la nullité de la société contre les administrateurs ne peut être opposé aux fondateurs, s'ils n'ont pas été appelés dans l'instance ; ceux-ci ne sont même pas obligés de former tierce opposition au jugement qui a prononcé la nullité de la société ; il leur suffit de prouver qu'ils n'ont point été appelés (2). Une grande différence existe en effet entre eux et les actionnaires, dont le nombre sera souvent considérable et la personne même nécessairement inconnue, si les titres sont au porteur.

**171.** Les statuts, on le comprend, peuvent accorder à l'assemblée générale un pouvoir beaucoup plus étendu qu'aux administrateurs ; et, à défaut de dispositions restrictives, il faut décider même qu'elle a de plein droit les pouvoirs qui appartiennent à la majorité des associés dans une société en

(1) Malpeyre et Jourdain, p. 240.

(2) Douai, 12 fév. 1848 (S.V.49.2.670).

nom collectif (*suprà*, n° 145). Elle a donc sur les biens meubles et immeubles de la société tous les droits de propriété ; elle peut les hypothéquer, les aliéner, bien que le cas n'ait pas été spécialement prévu par les statuts (1) ; elle peut emprunter, transiger, compromettre. En effet, il faut dire avec M. Delangle : « une délibération n'est pas nulle par cela seul qu'elle ne rentre pas textuellement dans la nomenclature des opérations indiquées dans les statuts sociaux : il suffit, pour être valable, qu'elle tende à l'exécution sincère du contrat. Les assemblées générales usent de leurs droits, toutes les fois que, par des moyens directs ou indirects, elles vont au but que se propose la société. Mais, si la délibération a pour objet de violer les statuts ; si elle détourne le fonds social de sa destination ou si elle transforme la société, elle est radicalement nulle, et ses auteurs sont soumis à la réparation du dommage qu'ils ont causé » (2).

### ARTICLE 32.

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.

Acte social, 173.

Actionnaires, 173 et s.

Administrateurs, 172 et s.

Assemblée générale, 174. Principes généraux, 173.

Engag. personnel, 172 et s. Responsabilité, 172 et s.

Etendue des pouvoirs, 173. Statuts, 175 et s.

**172.** A la différence de la société en commandite, même par actions, où il existe toujours un ou plusieurs associés responsables et solidaires, la société anonyme n'en peut présenter aucun : le gérant ou administrateur, même associé, n'engage pas sa responsabilité personnelle, et ceux avec qui il a traité, dans la limite de ses pouvoirs, n'ont de recours que contre la

(1) Cass., 7 mai 1844 (S.V.45.4. 55).

(2) *Sociétés comm.*, n. 437.

société elle-même (1) : « ces gérants, dit M. Pardessus, cumulent deux qualités qui ne se confondent pas : comme mandataires, ils sont soumis à la même responsabilité que les préposés ordinaires : comme associés, ils ne sont pas plus obligés que les autres envers les tiers » (2).

Les tiers ne doivent donc traiter avec les administrateurs de ces sortes de société qu'après s'être assurés de leurs pouvoirs et des limites qui y ont été fixées (3) ; ils sont prévenus par la loi que l'administrateur d'une société anonyme ne tient pas de sa qualité le pouvoir d'engager indéfiniment la société qu'il représente, et que lui-même n'est soumis à aucune garantie, s'il a donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs (Cod. Nap., art. 1997). Dans le cas contraire, et s'il a excédé les bornes de son mandat, il devient responsable, mais sans que la société puisse être tenue, au moins directement : le principe, c'est que la société et le gérant ne peuvent jamais être tenus en même temps ; l'un exclut l'autre ; il faudrait que l'administrateur eût expressément stipulé qu'il ajoutait sa garantie personnelle à celle de la société comme coobligé ou caution.

**175.** Les principes qui régissent les sociétés anonymes peuvent se résumer ainsi :

1<sup>o</sup> Les pouvoirs des administrateurs sont exactement les mêmes que ceux d'un simple mandataire ;

2<sup>o</sup> Les administrateurs peuvent par une stipulation expresse s'engager en leur nom personnel, et sont tenus, dans tous les cas, de plein droit, s'ils ont excédé les bornes de leur mandat ;

3<sup>o</sup> Les pouvoirs de l'assemblée générale, beaucoup plus étendus que ceux des administrateurs, sont circonscrits et limités par les statuts ;

4<sup>o</sup> Les actionnaires ne peuvent jamais être tenus personnellement, ni par les actes des administrateurs, ni par les actes de la société représentée par l'assemblée générale, s'ils sont contraires aux statuts.

(1) Paris, 25 mai 1833 (S.V.33.2.337) ; Cass., 6 mai 1835 (S.V.35.4.325).

(2) *Droit comm.*, n. 1041.

(3) Nancy, 22 déc. 1842 (S.V.43.2.381).

Des espèces que nous fournira la jurisprudence rendront clairs et faciles à saisir les principes que nous venons de poser.

Une société avait été fondée pour rechercher des terrains houillers, et la somme destinée aux opérations de recherche et de découverte déterminée par l'acte social ; une disposition expresse défendait tout acte d'emprunt. Les administrateurs de cette société, autorisés par l'assemblée générale, empruntèrent néanmoins. La Cour de Douai décida que la société ne pouvait être tenue d'un acte fait en contravention aux termes des statuts, auxquels non-seulement les administrateurs, mais l'assemblée générale elle-même, étaient tenus de se soumettre ; mais elle admit le recours en garantie contre les administrateurs personnellement : « Attendu, dit l'arrêt, que le mandataire qui excède les bornes de son mandat est garant envers le tiers avec lequel il contracte, que sa garantie ne cesse qu'autant qu'il justifie avoir donné à ce dernier une suffisante connaissance de ses pouvoirs ; attendu que rien n'établit dans la cause que les administrateurs de la société aient donné au prêteur connaissance de l'acte social et spécialement de la restriction portée en l'art. 19 ; que leur obligation à cet égard était cependant d'autant plus étroite, que cet acte était leur ouvrage, et que le prêteur y était étranger ; que la connaissance que peut avoir eue ce dernier de la délibération du 2 mai était d'autant plus insuffisante, qu'elle était de nature à faire naître plutôt qu'à exclure l'opinion d'un pouvoir suffisant existant dans l'acte de société » (1). Ces principes sont certains ; il faut ajouter qu'à la responsabilité des administrateurs viendrait se joindre, dans certains cas, la responsabilité de ceux des actionnaires qui, en les autorisant à agir en dehors des termes des statuts, auraient pu s'engager personnellement (2).

L'acte social ne saurait donc à lui seul dégager de toute responsabilité les administrateurs ; ils ne peuvent invoquer la publicité qu'il a reçue comme ayant donné aux tiers cette connaissance suffisante de leur mandat, qui, aux termes de

(1) Douai, 15 mai 1844 (S.V.44.2.403).

(2) Cass., 22 août 1844 (S.V.45.1.209).

l'art. 1997 du Cod. Nap., devrait avoir pour effet de les mettre à l'abri ; ils ont agi et traité personnellement avec les tiers, sous nom qualifié, il est vrai, mais sans y être autorisés, puisqu'ils excédaient les pouvoirs qui leur avaient été conférés. Les actionnaires, au contraire, invoqueront l'acte social contre les tiers ; les clauses qu'il contient sont une garantie pour eux, qu'on ne peut leur enlever ; la majorité des actionnaires elle-même n'a pas qualité pour engager la minorité dissidente en dehors de la convention sociale (1).

**174.** Toutes les fois, au contraire, que l'administrateur agit dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés par l'assemblée générale, et que l'assemblée générale elle-même n'a pas violé les statuts, l'administrateur ne peut être tenu (2) ; et la société est engagée, mais non les actionnaires personnellement, qui ne doivent pas être confondus avec elle.

La société anonyme du Creuzot avait contracté un emprunt garanti par hypothèque ; plus tard, les administrateurs régulièrement autorisés par l'assemblée générale alienent une partie du gage accordé aux prêteurs. La société n'ayant pu tenir ses engagements, les prêteurs attaquèrent les administrateurs. Ceux-ci soutinrent que la responsabilité, s'il y avait lieu, devait remonter à leurs mandants. La Cour de Paris reconnut que l'assemblée générale avait agi dans la limite des pouvoirs que lui donnaient les statuts, en alienant l'objet soumis à l'hypothèque ; elle en avait, sans doute, fait un mauvais usage, mais elle n'était pas soumise à plus de gêne que les simples particuliers ; elle ne pouvait être exposée à d'autres actions. « Or, dit M. Delangle en rapportant cet arrêt, qu'un particulier diminue d'une façon quelconque le gage hypothécaire qu'il a donné, qu'en résulte-t-il ? qu'il sera possible de dommages-intérêts ? Non, mais qu'aux termes de l'art. 2151 du Code civil, le créancier pourra poursuivre son remboursement immédiat, ou réclamer un supplément d'hypothèque. Le prêteur n'avait pas d'autre droit. Créditeur de la société anonyme, il n'avait d'action que contre la société ; et c'est avec

(1) Cass., 14 fév. 1853 (S.V.53.1.424).

(2) Paris, 25 mai 1833 ; Cass., 6 mai 1835, (D.P.33.2.229 et 35.1.268).

raison qu'une condamnation contre les associés personnellement lui a été refusée » (1).

**175.** Les statuts doivent, dans tous les cas, être respectés, et il n'est permis ni d'en étendre, ni d'en restreindre les termes, pour en faire sortir une responsabilité ou des nullités qui n'y sont pas expressément écrites. Nous citerons encore la société du Creuzot, à qui le Gouvernement avait refusé de laisser insérer dans les statuts l'autorisation de prendre à forfait l'actif et le passif d'une société en commandite, à laquelle elle succéda. Néanmoins, cette opération n'en fut pas moins faite par la société une fois autorisée ; et la Cour de cassation la déclara valable : « Attendu, dit l'arrêt, que si, lors de la constitution de la société anonyme, le ministre s'était opposé à ce que l'on insérât dans les statuts une clause qui mettait la liquidation de la société en commandite aux risques et périls de la société anonyme, l'arrêt attaqué avait reconnu en fait que les causes qui avaient motivé l'opposition du ministre n'existaient plus lors de la passation du traité à forfait ; que ce traité avait été formé régulièrement ; provoqué d'abord et approuvé ensuite par l'assemblée générale des actionnaires ; consenti par la société anonyme, et exécuté sans réclamation par la sociéte en commandite, attendu que l'arrêt avait de plus reconnu que ce traité n'avait rien de contraire aux statuts ; qu'en effet ces statuts ne contiennent aucune clause prohibitive au traité à forfait, et que l'art. 18 autorisant l'assemblée générale à statuer sur les cas imprévus, elle avait pu prendre la liquidation à ses risques et périls, lorsque des circonstances nouvelles paraissaient avoir amené la nécessité de cette convention ; qu'ainsi, il n'avait existé aucune infraction formelle aux statuts et se rattachant aux bases essentielles et fondamentales de la société » (2). Cet arrêt bien rendu fixe sans doute, toutefois, les limites extrêmes du pouvoir des assemblées générales ; mais la Cour de Paris, comme l'arrêt rendu sur le pourvoi dont il avait été frappé, sont exclusivement basés sur ce fait, que l'assemblée n'avait pas agi contrairement aux statuts.

(1) Sociétés comm., n. 447; Paris, 20 déc. 1839.

(2) Cass., 9 mars 1841 (D.P. 44.1.154).

« Une opération ne doit pas être réputée défendue, dit encore M. Delangle, par cela seul qu'elle n'est pas expressément autorisée par les statuts. Les sociétés anonymes comme toutes les sociétés commerciales ont le droit et le pouvoir de faire tout ce qui se rattache, même indirectement, au but qu'elles se sont proposé. Les statuts ne peuvent pas tout régler, car il est impossible, au moment où une société s'organise, de prévoir les événements qui pourront ou favoriser ou contrarier sa marche, et conséquemment de savoir à quelle mesure elle aura recours un jour pour consolider sa fortune, si elle réussit, ou, dans le cas contraire, combattre et renverser les obstacles qui s'opposent à un succès » (1). Mais, nous ne saurions trop le répéter, et sous le bénéfice de ces observations, tout acte contraire aux statuts est nul.

**176.** Disons en terminant que les statuts ne sont pas une garantie pour les seuls actionnaires, mais aussi pour les tiers ; et il est évident que l'unanimité des associés même ne pourrait en modifier les clauses à leur préjudice. Dans une espèce spécialement, il a été décidé que la société ne pouvait pas changer la nature des actions délivrées, même en les marquant d'un signe distinctif, et permettre aux porteurs de ces actions de se présenter à la faillite comme simples créanciers et non comme associés (2).

### ARTICLE 33.

Les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société.

**177.** Cette disposition est commune aux associés commanditaires comme à ceux qui sont engagés dans une société anonyme, mais, pour ceux-ci, cet état de choses ne peut être modifié, quoi qu'ils fassent, et leur responsabilité ne peut en aucun cas être étendue.

Leurs obligations sont également limitées par l'acte social,

(1) *Sociétés comm.*, n. 488.

(2) Cass., 8 mars 1848 (J.P. 48, 1, 431).

et ils ne peuvent être tenus de verser aucune somme au delà de la mise qu'il a fixée. Un nouvel appel de fonds ne serait obligatoire qu'en vertu d'une clause formelle du contrat de société, et alors les actionnaires s'y étaient d'avance éventuellement soumis; ou en vertu d'une délibération unanime de tous les associés, et alors une difficulté serait bien moins à craindre encore, puisque le nouvel engagement, qu'ils ont librement consenti, est formel et sans condition (1). Un arrêt de la Cour de Nîmes a été cité quelquefois comme ayant décidé que, dans certaines circonstances au moins, la majorité des actionnaires suffirait pour rendre un appel de fonds obligatoire (2). M. Delangle a soutenu que cette doctrine ne résultait nullement de cet arrêt sainement entendu (3); dans tous les cas elle ne pourrait être suivie (4). Mais la somme que chaque associé a promis de verser constitue une dette dont le directeur de la société, comme mandataire, a qualité pour poursuivre le remboursement.

M. Troplong enseigne même, et nous partageons cet avis, que les tiers qui ont contracté avec la société et qui la trouvent insolvable ont qualité pour agir directement contre les associés en retard de verser le montant de leurs actions (5). Les règles en pareille matière et après la liquidation définitive de la société, lorsque les actionnaires se sont partagés tout l'actif social, sont parfaitement expliquées dans un arrêt que nous allons rapporter :

« Attendu qu'il résulte de l'esprit comme des termes de la loi que les tiers qui contractent avec une société anonyme ont pour garantie les capitaux que les actionnaires ont promis d'apporter à la société pour composer l'actif social, dont le chiffre a dû être porté à la connaissance de tous par la publication imposée à ces sortes de sociétés ; que les créanciers qui ont suivi la foi de la société annonçant son capital social comme

(1) Troplong, n. 182 ; Delangle, n. 441 ; Malpeyre et Jourdain, p. 213.

(2) Nîmes, 3 fruct. an 12.

(3) Sociétés comm., n. 441.

(4) Cass., 14 fév. 1853 (S.V.53.1.424).

(5) Troplong, n. 457. — Sic, Malpeyre et Jourdain, p. 156.

garantie de ses engagements, et qui par suite ont dû croire à la réalisation des valeurs promises par les actionnaires pour fournir ce capital, ont réellement pour débiteurs ces derniers jusqu'à concurrence des sommes qu'ils se sont engagés à verser dans la caisse sociale ; qu'il en résulte un lien de droit entre eux ; d'où résulte pour les créanciers une action directe utile dans la limite des actions souscrites, quand la nécessité de sauvegarder leurs droits ne leur laisse pas d'autres ressources ;

« Attendu que l'art. 35, Cod. comm., en déclarant les actionnaires d'une société anonyme passibles des pertes jusqu'à concurrence du montant de leur intérêt dans la société, est conçu en termes généraux ; qu'il ne limite pas cette responsabilité dans les apports des associés entre eux, et que les créanciers de la société ont d'autant plus de droits de l'invoquer, qu'ils y ont plus d'intérêt dans certaines circonstances, puisque, à la différence de ce qui a lieu dans les sociétés en commandite, ils n'ont pas trouvé dans la personne des gérants une responsabilité solidaire et illimitée ; que sans doute, tant que la société existe, et même après sa dissolution, tant que le fonds social n'a pas été distribué et qu'il reste encore dans la caisse sociale somme suffisante pour faire face aux dettes, c'est contre les administrateurs et liquidateurs que les tiers doivent agir : la personne civile de la société continuant d'exister, c'est contre ses représentants légaux que toutes actions doivent être dirigées ; mais il n'en est plus ainsi lorsque la dissolution et la liquidation de la société ont fait cesser, en la personne des administrateurs, la représentation de l'être moral, qui ne subsiste plus ; alors il appartient aux créanciers non payés de rechercher si les actionnaires ont versé réellement dans la caisse sociale les fonds qu'ils avaient promis d'y apporter ; ou si, les y ayant mis d'abord, ils ne les auraient pas retirés au préjudice des tiers, dont ces capitaux étaient le gage ; et s'il est établi que les actionnaires n'ont pas rempli leurs obligations à cet égard, lesdits créanciers doivent avoir une action directe et utile pour les y contraindre et leur demander la restitution de ce qu'ils ont retiré indûment de la caisse sociale » (1).

---

(1) Cass., 28 mars 1855 (S.V.55.1.294).

Celui qui prend des actions dans une société anonyme commerciale ne fait pas acte de commerce ; le tribunal de commerce est incomptént pour connaître de la demande formée contre lui en paiement du prix des actions qu'il a souscrites(1) : des arrêts néanmoins ont jugé le contraire et admis comme conséquence que la contrainte par corps pouvait être prononcée contre l'actionnaire d'une société anonyme pour le paiement du montant de sa mise (2) ; nous n'admettons pas cette règle, que nous avons repoussée même quand il s'agit d'un associé commanditaire (*supra*, n° 155).

L'associé d'une société anonyme ne peut être obligé dans aucun cas de rapporter les bénéfices qu'il a touchés de bonne foi ; cette règle ne soulève, en ce qui concerne les sociétés anonymes au moins, aucune difficulté (3).

#### ARTICLE 34.

**Le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'action d'une valeur égale.**

---

Actions industrielles, 178.	Coupons d'actions, 178.	Promesses d'actions, 178 et §.
Cessionnaires, 179.	Dividendes, 482.	Retards, 180 et s.

---

**178.** Le capital d'une société anonyme, ou, en d'autres termes, son actif, quelle qu'en soit la composition, est fractionné en une certaine quantité de portions, dont chacune est appelée *action*, et dont la valeur est déterminée par l'acte de société. L'associé est celui qui verse à la caisse sociale la somme représentant une de ces portions ou actions : de là vient que les associés sont communément appelés *actionnaires*.

La possession d'une action emporte de plein droit adhésion aux statuts de la société.

Afin de faciliter l'association des petits capitaux aux grandes

---

(1) Rouen, 6 avr. 1841 (S.V. 41.2.636). — *Sic*, Delangle, n. 453.

(2) Paris, 27 fév. et 20 nov. 1847 (S.V. 47.2.131 et 133 ; et 49.2.219).

(3) Pardessus, n. 1042 ; Delangle, n. 454.

entreprises, la loi n'a fixé aucune limite pour la valeur que doit représenter chaque action ; elle a permis, en outre, que chaque action fût divisée en coupons d'une *valeur égale* : ainsi, lorsque l'action est de 1,000 fr., si elle est divisée en deux coupons, ils devront être de 500 fr. chacun, afin que, réunis, ils représentent une valeur égale à celle de l'action entière ; si elle est divisée en dix coupons, ils devront être de 100 fr. chacun, et ainsi de suite.

Il ne faut pas confondre les coupons d'action avec les promesses d'action : il arrive fréquemment, en effet, qu'on divise le paiement de l'action entière en plusieurs échéances : jusqu'à ce que le montant intégral de la valeur de l'action ait été acquitté, les actionnaires n'ont droit qu'à un simple récépissé ou à un titre provisoire, appelé promesse d'action ; quand la valeur entière est versée, l'action est *libérée*, et l'actionnaire reçoit un titre définitif. Quelquefois, les titres définitifs sont remis après le paiement d'un certain nombre de versements déterminés par les statuts, et constituent des actions *non libérées*.

Même dans le cas où les titres définitifs doivent être au porteur, les titres provisoires sont nominatifs, et la cession ne peut s'en opérer que par un transfert régulier fait au siège de la société.

Dans la pratique commerciale, on a établi en dehors des définitions légales, mais en s'appuyant sur des faits qu'il est nécessaire de faire bien apprécier, deux catégories d'actions : les actions de capital ou payantes et les actions industrielles ou non payantes. Les premières, ainsi que le nom l'indique, représentent une somme versée en argent, dont le paiement effectif est obligatoire ; les secondes représentent la mise des personnes qui fournissent leur industrie, l'apport d'une idée, d'une découverte, et sont données à l'industriel ou à l'inventeur comme l'équivalent de son travail ou de son droit.

Cette distinction a pour effet de n'accorder aux porteurs des actions industrielles qu'un simple droit au partage des bénéfices, sans qu'ils puissent rien prétendre à la propriété du capital : une stipulation formelle à cet égard est presque toujours écrite, mais elle serait, dans tous les cas, présumée :

habituellement ces actions restent déposées pendant toute la durée de la société, comme garantie que le travail qu'elles représentent ne sera pas refusé.

Il est superflu d'ajouter que rien n'oblige les sociétaires à établir cette division, et ils peuvent, s'ils le jugent convenable, mettre sur la même ligne l'apport de l'industrie et celui des capitaux, et ne créer qu'une seule espèce d'actions.

Lorsque les actions de capital ont été amorties, c'est-à-dire que la somme versée dans la société a été remboursée, elles sont remplacées par des actions de jouissance ; et il n'existe plus aucune des distinctions d'origine, dont il vient d'être question.

On appelle encore actions de *fondation* celles qui sont attribuées aux fondateurs, pour représenter leur apport ; actions de *prime*, celles qui sont accordées aux personnes dont le concours semble pouvoir être utile pour le succès de la société et devoir être récompensé ; mais ces actions gratuites doivent représenter un concours réel, des services effectifs rendus à la société (1).

**179.** L'engagement pris par le souscripteur d'actions doit être accompli par lui d'une manière complète.

Quand la promesse d'action ou l'action non libérée a été cédée par le souscripteur primitif, il n'existe aucun doute que son cessionnaire ne soit obligé à payer le complément encore dû ; mais, en cas d'insolvabilité, il peut y avoir intérêt très-grand à savoir si les engagements pris par le cédant continuent de subsister à sa charge, et si la société a action contre l'un et l'autre jusqu'à la libération complète.

Les statuts peuvent être complètement muets sur cette difficulté.

Si aucun engagement n'a été exigé du souscripteur, M. Pardessus semble enseigner que l'actionnaire qui a régulièrement cédé la promesse d'action dont il est propriétaire, suivant les formalités exigées par les statuts et par la loi, ne peut plus désormais être inquiété : « La novation dans la personne du

(1) Malpeyre et Jourdain, p. 209.

débiteur est parfaite, disent également MM. Malpeyre et Jourdain : car l'accomplissement des formalités prescrites par la loi et les statuts équivaut à un consentement donné par la société à la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien » (1). Nous croyons, au contraire, que le souscripteur primitif reste de plein droit engagé, s'il ne peut rien alléguer qui rompe l'obligation à laquelle il y a présomption qu'il a voulu se soumettre, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les actions nominatives et celles qui sont au porteur (2). C'est l'application, ce nous semble, du droit commun ; le souscripteur cède ses droits ; il ne peut à sa volonté se décharger de ses obligations.

Quelquefois le souscripteur signe des billets pour le complément de sa mise, et aucun doute n'existe dans ce cas qu'il est tenu personnellement. Mais on peut supposer que les administrateurs de la société consentent à une novation et acceptent l'engagement du cessionnaire en remplacement de celui du cédant, lequel est déchargé par eux d'une manière définitive. S'il n'y a ni dol ni collusion, et sauf la responsabilité des administrateurs, M. Pardessus pense que les tiers ne pourraient rechercher les souscripteurs primitifs (3). Nous croyons avec M. Troplong que cette doctrine doit être restreinte au seul cas où une clause expresse des statuts aurait donné aux administrateurs un pouvoir qui ne doit pas, en règle générale, leur appartenir ; les tiers, s'il en est ainsi, ne pourraient se plaindre. Hors ce cas, il ne peut dépendre de simples administrateurs de donner à des individus insolvables la place de souscripteurs sérieux sur l'engagement desquels la société a dû compter (4). Ainsi, il a été jugé que tout souscripteur d'actions est tenu de faire les versements exigibles, aux termes indiqués dans les statuts de la société, sans pouvoir être relevé de cet engagement, ni être admis à se faire restituer les sommes par lui versées, sous le prétexte d'une convention

(1) Pardessus, n. 1043, 2<sup>e</sup> ; Malpeyre et Jourdain, p. 103.

(2) Troplong, n. 177 ; Delangle, n. 449.

(3) Pardessus, n. 1043. — Sic, Delangle, n. 451.

(4) Troplong, n. 175 et s.

verbale intervenue entre lui et le gérant en dehors des statuts et par le seul effet d'une condition résolutoire qui, n'étant ni autorisée par les statuts, ni stipulée par l'acte de souscription, était ignorée des tiers : les gérants ne peuvent diminuer les garanties sociales sur lesquelles les tiers ont dû compter (1).

Toutefois, l'engagement pris par le souscripteur ne peut être exigé de lui que dans les termes où il a été contracté; et il a été jugé plusieurs fois, avec raison, que la simple promesse de verser des fonds dans une société, en échange d'actions, à la volonté du promettant, ne peut être obligatoire, lorsque la société est tombée en faillite, puisqu'elle ne peut plus offrir, en échange des fonds réclamés, des titres sérieux (2).

**180.** Souvent une clause prononce l'exclusion des actionnaires en retard d'acquitter les versements qu'ils doivent, en déclarant définitivement acquis à la société les sommes déjà versées par eux. Par suite, les souscripteurs sont complètement dégagés en subissant cette perte (3); les statuts ont déterminé la clause pénale; en l'acceptant, ils sont libérés.

Cette conséquence a cependant été niée : on a prétendu que cette clause, valide entre les actionnaires et les fondateurs gérants de la société, ne pouvait être opposée aux tiers, qui avaient le droit d'exiger que la somme annoncée fût réalisée : la Cour de Lyon a même jugé dans ce sens, en faveur des créanciers d'une société tombée en faillite (4). Mais l'arrêt de la Cour de Lyon nous paraît trop rigoureux. Les tiers, dont on invoque l'intérêt, pouvaient aisément connaître, en consultant les statuts, la clause qu'on leur oppose, et sans laquelle peut-être les actionnaires n'auraient pas consenti à entrer dans la société. « Est-ce que la société, dit M. Troplong, n'aurait pas pu déclarer que le capital consiste dans les fonds du premier quart seulement, avec réserve de faire un appel de fonds en cas d'insuffisance, et sous la clause pénale que ceux qui n'y ré-

(1) Cass., 11 mai 1853 (S.V.54.1.22).

(2) Dijon, 17 janv. 1853 (S.V.53.2.124).

(3) Paris, 31 mars 1832 (S.V.32.2.541).

(4) Lyon, 31 janv. et 8 déc. 1840 (S.V.50.2.343).

pondraient pas perdre leur première mise » (1). Rien n'empêcherait, sans doute, qu'une clause expresse, conforme à l'opinion de la Cour de Lyon, fût insérée dans les statuts ; qu'elle fût écrite dans l'intérêt exclusif de la société et contre les actionnaires, à qui la société ferait à son choix, ou perdre les à-compte versés, ou compléter la mise ; mais une semblable clause, qui rend si inégale la situation des deux parties, ne peut être supplée par l'interprétation ; l'acte doit être entendu dans le sens de l'égalité des droits.

**181.** La plupart des statuts aujourd'hui sont rédigés de manière à lever tous les doutes : ils portent, qu'à défaut de versement à l'échéance, les numéros des titres en retard seront publiés comme défaillants, et quinze jours après cette publication, la société a le droit de faire procéder à la vente des actions à la Bourse, aux risques et périls du retardataire, sans autre mise en demeure et sans aucune formalité judiciaire. Les certificats provisoires des actions ainsi vendues deviennent nuls de plein droit, et il en est délivré de nouveaux aux acquéreurs.

Les statuts portent, en même temps, que la société conserve l'exercice simultané des moyens ordinaires de droit.

L'actionnaire reste possible de la différence, s'il y a déficit, et profite de l'excédant, s'il en existe.

Ces clauses, parfaitement claires, ont fait naître encore une difficulté. On a demandé si elles imposaient à la société l'obligation de faire procéder à la vente immédiatement après l'expiration du délai fixé. Il y aurait de graves inconvénients pour la société à l'obliger de vendre, à un jour donné, une masse considérable peut-être d'actions ; et il a été reconnu, en conséquence, que si la société a agi sans intention de nuire, l'actionnaire ne peut se plaindre, quelle que soit l'époque de la réalisation, même quand elle a eu lieu à un moment de baisse considérable (2) ; si la société ne prouvait pas avoir agi avec prudence et discernement, elle devrait répondre de sa faute ou de sa négligence.

(1) Troplong, n. 179. — *Conträ*, Delangle, n. 452.

(2) Paris, 19 fév. 1850 (S.V.50.2.72).

Toute somme dont le paiement est retardé doit porter, en outre, intérêt de plein droit en faveur de la société, à compter du jour de l'exigibilité ; les statuts contiennent aussi, en général, une clause à cet égard.

**182.** L'associé ou actionnaire, tant que dure la société, n'a droit qu'au partage, pour sa quote-part, des bénéfices qui ont été réalisés, et dans les proportions fixées par les statuts, c'est ce qu'on appelle les *dividendes* : ils sont évidemment plus ou moins considérables, selon le résultat des opérations entreprises par la société, ou même nuls. A l'expiration du terme fixé pour l'association, ou lorsque par tout autre motif la société est dissoute, chacun des associés a droit à une quote-part du fonds social que représente son action, à moins qu'elle n'ait été amortie et qu'à l'expiration de la société le fonds social ne doive, comme dans les compagnies de chemins de fer, par exemple, devenir la propriété du Gouvernement ou de tout autre.

L'art. 529 du Cod. Nap. a déclaré que les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, sont meubles dans tous les cas, tant que dure la société ; la loi pouvait toutefois changer cette détermination : ainsi la loi du 16 janv. 1808 a décidé que les actions de la Banque de France, dans certaines circonstances et sous les conditions qui ont été fixées, pourraient être immobilisées.

Personne ne confondra sans doute l'actionnaire d'une société anonyme avec un créancier de cette même société : « Celui qui a une action de la Banque de France, dit Dageville, n'ignore pas que la dissolution de cet établissement peut seule lui donner des droits au fonds qui la compose, tandis que celui qui a dans ses mains un billet de cette banque sait qu'à chaque instant il a droit d'en exiger le remboursement (1). »

La loi du 5 juin 1850 (art. 14 à 26) a soumis à un droit de timbre proportionnel les actions de toute société, à partir du 1<sup>er</sup> janv. suivant.

(1) Dageville, sur l'art. 34.

## ARTICLE 35.

L'action peut être établie sous la forme d'un titre au porteur. Dans ce cas, la cession s'opère par la tradition du titre.

**185.** Le titre au porteur contient l'engagement par la société de reconnaître comme actionnaire la personne qui représentera le titre même, sans exiger d'autre justification; et de l'admettre, en toute circonstance, comme légitime propriétaire, par cela seul qu'il est détenteur. La société anonyme étant formée, abstraction faite de la manière la plus complète des personnes mêmes qui fournissent les fonds, rien ne s'opposait à ce que ces personnes restassent non-seulement inconnues du public, mais des administrateurs mêmes qui gèrent la société.

La possession suffisant dans ce cas pour établir la propriété, il était naturel d'admettre que la cession d'une action au porteur s'établirait par une simple tradition du titre, sans aucune autre formalité.

Cette règle cesserait d'être applicable après la dissolution de la société suivant un arrêt de la Cour de Paris. Cet arrêt porte que l'acte de partage intervenu pour la liquidation est déclaratif d'un droit de propriété sur l'ancien actif social et constitue désormais, avec la possession des actions dont la représentation n'est plus qu'un mode justificatif de libération pour le liquidateur, un titre nominatif à la délivrance de la somme due. Ce droit ne peut plus être cédé que comme une créance ordinaire, et la cession n'est valable, à l'égard des tiers, que si le transport a été régulièrement signifié, conformément à l'art. 1690, Cod. Nap. (1).

La société dissoute, il est certain qu'il n'existe plus d'associés, ni d'actions proprement dites; l'action représente une véritable créance ou constate un droit de propriété; mais ce ne sont pas seulement les actions des sociétés commerciales qui peuvent être au porteur; tout titre de créance peut être créé sous cette forme (2); une rente au porteur est un véritable

(1) Paris, 15 fév. 1851 (J. du P., t. 1<sup>er</sup>, p. 333).

(2) Cass., 10 nov. 1829.

titre de propriété; ne peut-on pas admettre que jusqu'à parfaite liquidation, le droit, quel qu'il soit, qui appartient à l'ancien actionnaire, sera représenté par un titre au porteur; cette présomption ne résulte-t-elle pas forcément de l'origine de ce droit de propriété? Sauf des circonstances particulières, nous ne pourrions admettre la doctrine de l'arrêt de la Cour de Paris, et le titre créé au porteur, soit qu'il représente le droit à toucher les dividendes ou à recevoir une quote-part du fonds social, nous semble devoir conserver sa nature.

**184.** En cas de perte d'actions au porteur, le propriétaire est déchu de tous ses droits; le paiement des intérêts est dû au titre, non à la personne (1). « Si le législateur ne s'est pas occupé du remplacement des effets au porteur qui auraient été perdus, disait M. Jaubert, rapporteur à la Cour de cassation, c'est peut-être à cause des difficultés qu'il y aurait à trouver un mode certain de garantie..... évidemment des réclamations occasionneraient des procès qui entraveraient la libre circulation des actions et en déprécieraient la valeur. D'où il faut conclure que c'est à dessein que le législateur a laissé le porteur d'actions pareilles responsables de la perte de ses titres. »

Cependant la Cour de cassation a pensé qu'il pouvait être, dans certaines circonstances, dérogé à une règle aussi sévère; s'il était prouvé, disait-on devant elle, dans une autre espèce, que les titres ont péri dans les mains du légitime propriétaire ou lui ont été soustraits, il ne cesserait pas d'être associé; seulement, il serait juste que, prévoyant le cas où un tiers porteur se présenterait, on l'assujettît à donner caution: la Cour de cassation a jugé conformément à ces principes, le vol ayant été constaté par une condamnation en Cour d'assises (2). La difficulté résultera donc de la preuve à fournir, sur laquelle il y aura toujours lieu de se montrer extrêmement sévère. En règle générale, le porteur qui a perdu son titre ne peut plus éléver aucune réclamation.

Les statuts de plusieurs compagnies, pour parer à cet incon-

(1) Cass., 5 déc. 1837 (J. du P., 1837, t. 2, p. 561).

(2) Cass., 15 nov. 1841 (J. du P., 1842, t. 4<sup>er</sup>, p. 33).

vénient, portent que tout actionnaire peut déposer ses titres dans la caisse sociale et réclamer en échange un récépissé nominatif.

### ARTICLE 36.

La propriété des actions peut être établie par une inscription sur les registres de la société. Dans ce cas, la cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur les registres, et signée de celui qui fait le transport ou d'un fondé de pouvoir.

**185.** Les actions peuvent également être créées sous cette condition, que la propriété n'en sera établie que par une inscription sur les registres de la société. La simple tradition du titre, dans ce cas, ne transporte pas la propriété ; il faut une nouvelle inscription sur les registres indiquant quel est le cessionnaire ; et la déclaration de transfert faite par l'ancien propriétaire doit être signée par lui ou par un fondé de pouvoir. Les statuts exigent quelquefois que la signature de l'actionnaire soit certifiée par un officier public, tel qu'un agent de change, un notaire ou un avoué. L'art. 4 du décret du 16 janv. 1808 a dit, en ce qui concerne les actions de la banque de France : « La transmission des actions s'opère par de simples transferts sur des registres doubles tenus à cet effet. Elles sont valablement transférées par la déclaration du propriétaire ou de son fondé de pouvoirs signée sur les registres et certifiée par un agent de change, s'il n'y a opposition signifiée et visée à la Banque. »

Les oppositions ne seraient pas possibles dans le cas prévu par l'art. 35, et lorsque la cession s'opère par la simple tradition du titre.

Sauf l'opposition, la déclaration de transfert transporte au cessionnaire tous les droits du cédant, tant à la répartition des dividendes qu'au partage de l'actif, à la dissolution de la société.

## ARTICLE 37.

La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du Roi, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue; cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique.

**186.** Le commerce a été depuis longtemps rendu libre et complètement indépendant; la disposition contenue dans l'article 37 paraît être une grave dérogation à ce grand principe, et aussi rencontra-t-elle quelque opposition au sein du conseil d'Etat, mais il fut passé outre sur les observations de Cambacérès (1).

La société anonyme est la seule où il n'existe aucune garantie personnelle; l'autorisation du Gouvernement, accordée en connaissance de cause, doit en tenir lieu et peut rassurer les capitaux hésitant à s'engager dans une semblable entreprise. La liberté du commerce n'en est pas moins respectée, puisque la forme de la société anonyme n'est imposée dans aucun cas; libre à ceux qui ne veulent pas s'y soumettre de s'en affranchir, mais en engageant alors leur responsabilité personnelle: libre également aux capitalistes de choisir entre les diverses entreprises, selon que les garanties que chacune d'elles présente leur semblent préférables et appellent plus particulièrement leur confiance.

Le projet du Code de commerce avait cherché à déterminer les cas où le Gouvernement accorderait, refuserait ou révoquerait l'autorisation indispensable à la formation de toute société anonyme; mais on comprit qu'il était préférable de laisser à cet égard au Gouvernement une liberté entière (2).

Le Gouvernement bien entendu, ne garantit pas le succès de l'opération, l'examen auquel il se livre a simplement pour but, ainsi que le dit M. Pardessus, « de s'assurer qu'il existe, non un vain *prospectus* dépourvu de tout moyen d'exécution,

(1) Procès-verbal, 15 janv. 1807; Locré, t. 17, p. 191 et 192.

(2) *Id.* *Id.* p. 193.

mais que des capitaux en suffisante proportion avec l'étendue de l'entreprise ont été versés ; ou s'ils ne l'ont été que jusqu'à une certaine quotité, que les versements subséquents sont suffisamment assurés, qu'enfin l'administration est organisée d'une manière propre à garantir la régularité de la gestion(1).» Quant aux chances de succès que présente la spéculation qui va être tentée, c'est à chacun à les apprécier.

L'autorisation doit être donnée dans la forme des règlements d'administration publique, c'est-à-dire après avoir pris l'avis du conseil d'Etat. Des instructions émanées du ministre de l'intérieur, à la date du 16 janv. 1808 et du 22 oct. 1817, ont déterminé les formalités préliminaires auxquelles les demandes d'autorisation devaient être soumises. (Voir l'*appendice à la suite de l'article.*)

Le Gouvernement peut, dans l'autorisation particulière qu'il accorde à chaque société, créer les garanties qui lui sembleront nécessaires dans l'intérêt des tiers et des actionnaires et pour lesquelles la loi s'en est remis à sa prudence. Quelquefois, en outre, il place auprès de la société un agent nommé par lui, sous le nom de commissaire, qui suit toutes les opérations de la société et rendrait compte à qui de droit, de toutes les infractions qui seraient commises aux statuts ou à la loi; le décret fixe les conditions auxquelles l'autorisation est accordée, et qui deviennent obligatoires pour la société.

**187.** Les décrets d'autorisation sont insérés au *Bulletin des lois*; mais la solennité de cette publication, pas plus que l'intervention du Gouvernement, ne change la nature des statuts destinés à régir des conventions particulières et qui ne peuvent être considérés d'une manière générale comme ayant force de loi (2). Ces statuts ne deviennent pas même matière administrative; et, en cas de difficultés entre la société et les tiers, les tribunaux civils seraient seuls compétents pour les interpréter : « Ce sont des conventions de droit civil, dit M. Troplong, dont la base est dans la volonté des parties et dont les clauses

(1) *Droit comm.*, n. 1040.

(2) Cass., 15 fév. 1826; *Id.* 25 août 1842 (S.V.42.4.981).

douteuses doivent être soumises aux juges ordinaires (1). »

Les précautions prises par l'art. 57 seraient tout à fait illusoires, si elles n'étaient sanctionnées par le pouvoir que se réserve toujours le Gouvernement, de révoquer l'autorisation qu'il a accordée, en cas d'inexécution ou de violation des statuts. A lui seul appartient le pouvoir de dissoudre la société, les tribunaux ne peuvent prétendre à un pareil droit. Mais, conformément à ce que nous venons de dire, ils ne pourraient être arrêtés par cette considération, pour prononcer des condamnations personnelles contre les administrateurs, qui ont violé les statuts, et pour dégager les actionnaires de leurs obligations, s'ils allèguent un dol pratiqué à leur égard ou toute autre cause légitime. Ces décisions n'attaquent pas évidemment l'existence même de la société ; et le pouvoir que se réserve le Gouvernement ne peut faire obstacle à ce que toute personne intéressée poursuive devant la justice civile la réparation du préjudice dont elle aurait souffert par suite d'inexécution ou de violation des statuts (2).

## APPENDICE A L'ARTICLE 57.

### INSTRUCTION SUR LES DEMANDES EN AUTORISATION ET APPROBATION DE SA MAJESTÉ POUR L'ÉTABLISSEMENT DES SOCIÉTÉS ANONYMES.

Aux termes de l'article 37 du Code de commerce, aucune société anonyme ne peut *exister* qu'avec l'autorisation du Roi et sans l'approbation de l'acte ou des actes qui la constituent. Cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique, c'est-à-dire par une ordonnance de Sa Majesté.

Une instruction émanée du département de l'intérieur, et publiée le 31 décembre 1807, régla la marche à suivre pour obtenir cette autorisation. Comme ce règlement paraissait au moment même où le Code de commerce commençait à être mis à exécution, et introduisait un droit nouveau et des formes jusque-là inusitées relativement aux sociétés anonymes, il ne put être absolument complet. L'expérience a fourni de nouvelles indications ; et la jurisprudence du Conseil d'État s'étant fixée sur cette matière, il est utile aujourd'hui de retracer les principes arrêtés et les conditions générales.

(1) Troplong, n. 474. — Siv, Delangle, n. 489.

(2) Paris, 6 fév. 1833 (S.V.33.2.436) ; Delangle, n. 476 et 477.

ment exigées, puisque ce n'est qu'en s'y conformant que les autorisations nécessaires peuvent être obtenues.

Il convient d'abord de bien éclaircir la nature, le but et les limites de l'intervention que l'autorité s'est réservée dans les associations anonymes.

### *Nature de l'autorisation requise.*

Les spéculations de l'industrie sont libres en France. Tant qu'elles ont un objet licite ou qu'elles n'embrassent pas ce que la loi défend ou met en réserve, les commerçants, en général, n'ont pas besoin d'une autorisation spéciale pour s'y adonner.

Le Gouvernement ne concède à personne le droit ou le privilége d'exploiter *telle* ou *telle* branche de commerce. Cette concession serait contradictoire avec la liberté légale assurée à l'industrie.

Les ordonnances par lesquelles Sa Majesté autorise la formation et l'existence d'une société qui se propose de faire un certain commerce ou une certaine entreprise, n'ont donc pas pour objet d'accorder aux sociétaires rien qui ressemble à une propriété sur cette entreprise ou ce commerce.

Le but que la loi s'est proposé est différent, et l'importance en sera démontrée par les considérations suivantes.

En général, le commerçant est responsable envers ses créanciers et envers ceux avec qui il traite. Cette responsabilité a pour gage tous ses biens présents et à venir, et sa personne même soumise à la contrainte par corps.

Si plusieurs se réunissent dans une société *collective*, chacun d'eux met en commun la même responsabilité indéfinie, et, de plus, tous sont solidaires entre eux.

Un commerçant ou une société *collective* peuvent s'aider de moyens pécuniaires fournis par des capitalistes, qui, voulant participer aux bénéfices espérés, soumettent aux risques et aux pertes possibles une somme déterminée. La loi admet ces bailleurs de fonds sous le nom de *commanditaires*. Elle autorise la stipulation par laquelle ils déclarent ne s'engager pour rien de plus que la somme mise en commandite, et surtout ne contracter ni solidarité ni responsabilité personnelle.

Mais cette classe d'associés non responsables n'est pas admise dans le commerce sans précautions légales. Toute société de ce genre doit déclarer la quotité du fonds en commandite. Le commanditaire ne peut s'immiscer en rien dans la gestion des affaires ; il en devient garant et solidaire, s'il y prend part. Au surplus, la commandite suppose nécessairement un ou plusieurs associés en *nom* et responsables ; le public a donc sur ceux ci la garantie ordinaire ; le capital du commanditaire n'est qu'une sûreté de plus.

Mais le Code de commerce admet une troisième espèce de sociétés, où tous les intéressés sont commanditaires, où chacun n'est engagé et responsable que pour sa mise, sans solidarité, sans garantie, soit d'engagement indéfini, soit de contrainte par corps ; où les gérants sont de simples mandataires, et où enfin, ce qui constitue une différence essentielle entre les sociétés en commandites et celles-ci, ils peuvent être choisis parmi les ac-

tionnaires, sans que la gestion qui leur est confiée les engage personnellement et les constitue responsables d'autre chose que de l'exécution du mandat. Cette société est dite *anonyme*, parce qu'aucun associé n'y étant personnellement engagé, nul ne peut y prêter son nom.

Comme la loi a pourvu à la sûreté du commerce par les règles de la responsabilité, de la solidarité et de la contrainte envers ceux qui commercent en leur nom ou dans les sociétés collectives ;

Comme elle a pris des précautions pour que l'administration des commanditaires ne portât pas atteinte aux garanties dues au public,

Elle a dû en instituer de plus spéciales à l'égard de sociétés où n'existe pas la responsabilité personnelle des associés ordinaires.

Elle s'est donc réservé de constater :

Qu'une telle société n'est pas un piège tendu à la crédulité ;

Que l'objet de la spéculation est licite et réel ; qu'il existe, non un vain prospectus sur une idée sans consistance, mais déjà un acte social, un fonds d'engagement qui assure l'entreprise, des actionnaires véritables et non simplement des associés fictifs qui ne figureraient en apparence que pour provoquer des engagements réels ;

Que les capitaux annoncés existent effectivement, ou que le versement en est suffisamment assuré ;

Qu'ils sont proportionnés à l'entreprise ;

Que les statuts qui en établissent l'administration offrent aux associés une garantie morale, et, en tout cas, des moyens de surveillance et l'exercice des droits qui leur appartiennent sur l'emploi de leurs deniers.

L'acte de l'autorité royale qui renferme autorisation et approbation n'a pour but que de certifier au public que cette vérification a été régulièrement faite.

Et cette vérification est la garantie mise à la place de celle qu'offrent les sociétés ordinaires, et dont la société anonyme n'est pas susceptible.

Le Gouvernement ne concède donc rien ; et il autorise seulement, à raison de la nature de la société, ce qu'une société ordinaire ou en commandite, ou un simple négociant, pourrait faire sans autorisation.

Mais la vérification scrupuleuse que cette autorisation suppose est une sûreté morale d'autant plus importante, que les associations anonymes sont particulièrement faites pour des spéculations vastes et exposées à quelques chances, spéculations qui n'auraient pas lieu sans l'admission de ce genre de sociétés. Il est propre aux banques publiques, aux exploitations de mines, de canaux, aux assurances maritimes, etc. ; grandes entreprises qu'il importe d'encourager. Ainsi, la réunion de capitaux modiques, pris séparément, présente dans son ensemble des moyens suffisants que ne voudraient pas hasarder quelques particuliers, et supplée à des engagements qui pourraient compromettre l'existence entière et la sûreté personnelle d'entrepreneurs *en nom*.

Les précautions légales une fois accomplies, c'est au public à mesurer sa confiance envers des établissements dont le but, les moyens et les règles fondamentales ont été appréciés et portés à la connaissance du public.

Si une entreprise échoue, le Code et l'accomplissement des formalités qu'il a prescrites mettent à l'abri les actionnaires de toute perte au delà de leur mise, et les gérants, de toute garantie personnelle autre que celle qui correspond à leur qualité de purs mandataires.

C'est parce qu'avant le Code de commerce, il manquait une disposition positive à cet égard, quoique les sociétés anonymes fussent dès longtemps connues, que, plusieurs fois, la sécurité des uns et des autres a été troublée. Les règles étaient si peu fixes, qu'on a vu des sociétés gérées sous un nom social, sous une raison collective, où l'on croyait néanmoins pouvoir stipuler que les associés ne seraient que de simples actionnaires non solitaires et non responsables. La loi actuelle a mis fin à ces irrégularités, aux inquiétudes et aux procès qui en devaient provenir. Les conditions qu'elle impose pour profiter de ses dispositions méritent donc qu'on s'y conforme avec soin.

Il résulte de ces principes :

1<sup>o</sup> Que l'autorisation de Sa Majesté n'est point un privilége ; qu'elle se donne à cause de la forme de la société anonyme, et non à raison de la branche d'industrie qu'on se propose d'exploiter ;

2<sup>o</sup> Qu'en vertu de la liberté commune, plusieurs sociétés anonymes pourraient être concurremment autorisées pour un même commerce ;

3<sup>o</sup> Que le but de l'autorisation est purement et simplement de certifier au public, d'abord la vérification des bases sociales et l'existence des moyens annoncés, moyens reconnus être en rapport avec l'entreprise ; en second lieu, qu'un examen attentif a été fait de la moralité et de la convenance de l'administration sociale ;

4<sup>o</sup> Qu'en conséquence, le Roi n'admet point de simple projet, et n'autorise point un prospectus dans l'intérêt d'un inventeur ou d'un spéculateur qui recherche des actionnaires ; il n'attache son approbation qu'à des sociétés réelles, formées par des actes publics, et par lesquelles une masse suffisante de souscripteurs ont déjà engagé et assuré leurs mises.

La marche que doivent suivre les actionnaires pour obtenir l'autorisation va être tracée en conséquence de ces principes.

#### *Forme et direction de la demande.*

1<sup>o</sup> Les individus qui veulent former une société anonyme adressent leur pétition au préfet de leur département, et, à Paris, au préfet de police.

2<sup>o</sup> La pétition est signée de tous les actionnaires, à moins que l'acte social par eux souscrit ne contienne une délégation et un pouvoir à cet effet à un ou plusieurs d'entre eux.

3<sup>o</sup> Lorsque la société a pour objet une exploitation placée dans un autre département que le siège de son administration, la pétition adressée au préfet du domicile où elle s'établit est communiquée par les parties au préfet du lieu de l'exploitation.

4<sup>o</sup> La pétition n'est pas admise, si elle n'est accompagnée de l'acte public constituant la société, et contenant l'engagement des associés, en telle forme que leur mise sociale, ou leur promesse de la fournir, soit ferme et

irrévocable, sous la seule condition que l'approbation de Sa Majesté sera accordée.

5<sup>e</sup> Les statuts pour l'administration sociale sont produits en même temps que l'acte constitutif, et peuvent en faire partie. S'ils sont séparés et qu'ils ne soient remis d'abord que sous seing privé, ils doivent être signés de tous les intéressés, et contenir soumission de rédiger le tout en acte public, lorsque le ministre du commerce le requerra. L'ordonnance d'approbation n'est présentée à la signature du Roi que sur le vu de l'acte public.

Une copie simple des actes publics doit être remise en même temps, pour rester déposée dans les bureaux du ministère.

6<sup>e</sup> Les actes sociaux doivent énoncer.

L'affaire ou les affaires que la société se propose d'entreprendre, et la désignation de celui de ses objets qui lui servira de dénomination, le domicile social, le temps de sa durée, le montant du capital que la société devra posséder, la manière dont il sera formé, soit par des souscriptions personnelles fixes ou transmissibles, soit en actions à ordre ou au porteur, les délais dans lesquels le capital devra être réalisé, et le mode d'administration.

#### CONDITIONS NÉCESSAIRES OU FACULTATIVES :

##### *Sur le mode d'administration sociale.*

1<sup>o</sup> Les premiers administrateurs temporaires peuvent être désignés dans les actes sociaux ; mais, conformément à l'art. 31 du Code, les gérants des sociétés anonymes n'étant que des mandataires nécessairement à temps et révocables, et tous les sociétaires devant avoir des droits égaux ou proportionnés à leur mise, les actes sociaux ne peuvent réservier à aucun individu, sous le nom d'auteur du projet d'association, de fondateur ou autre, aucune propriété spéciale sur l'entreprise, aucun droit à la gestion perpétuelle ou irrévocable, ni aucun prélèvement sur les profits, autre que le salaire à attribuer aux soins qu'il peut donner à l'administration.

2<sup>o</sup> Néanmoins, la valeur de l'acquisition ou de la jouissance d'un brevet d'invention ou d'un secret, sur l'exploitation duquel la société serait fondée, ainsi que le salaire de l'artiste dont elle aurait le talent pour objet, peuvent être appréciés en argent, et leur montant converti en actions au profit des-dits artistes et propriétaires du secret ou brevet.

##### *Sur les mises de fonds.*

3<sup>o</sup> Si les souscripteurs de l'acte social, joint à la pétition, ne complètent pas à eux seuls la société qui doit être formée, et s'ils déclarent avoir l'intention de la compléter lorsque seulement ils auront reçu l'approbation du Roi, ils doivent composer au moins le quart en somme du capital réel, non compris les actions dont il vient d'être parlé au n° 2. En ce cas, si Sa Majesté juge à propos d'autoriser la société, l'ordonnance règle le délai dans lequel le surplus des souscriptions doit être complété.

On doit bien remarquer que, faute d'avoir rempli cette condition au temps prescrit, l'autorisation devient comme non avenue, à moins que Sa Majesté

ne permette à la société, s'il y a lieu, et du consentement des intéressés, de réduire son plan au capital qu'elle a réuni.

Après avoir justifié de l'existence du quart en somme du capital convenu, on peut demander autorisation pour la mise provisoire en activité, avant que le capital ait été complété. Cette demande est jugée suivant les circonstances de l'affaire.

*Transmission de la pétition et avis des préfets.*

1<sup>o</sup> Les préfets des départements, et le préfet de police à Paris, transmettent la pétition à eux adressée et les pièces précédemment indiquées au ministre secrétaire d'Etat du commerce. Ils y joignent leur avis, informations prises sur les points ci-après :

En premier lieu, si l'entreprise n'est pas contraire aux lois, aux mœurs, à la bonne foi du commerce et au bon ordre des affaires en général, ou si elle ne présente pas quelque vice qui rende le succès improbable et la proposition à des actionnaires inconvenante ;

En second lieu, sur les qualités et la moralité des souscripteurs, particulièrement dans le cas prévu n° 3, § précédent, où des intéressés pour le quart du capital à réunir sont seuls connus et doivent rechercher des coassociés, et spécialement sur le personnel des administrateurs, s'ils sont désignés ;

En troisième lieu, sur la suffisance des moyens des souscripteurs, de manière à s'assurer qu'ils sont en état de réaliser, soit à l'ouverture de la société, soit aux termes prescrits, la mise pour laquelle ils entendent s'intéresser.

2<sup>o</sup> Les pièces produites et les avis des préfets doivent mettre le ministre secrétaire d'Etat du commerce en état de reconnaître :

En premier lieu, si les conditions de l'acte social et des statuts sont conformes aux lois, particulièrement aux art. 21, 22 et suivants jusqu'à 40, du Code de commerce, et si les règles indiquées par la présente instruction ont été suivies ;

En second lieu, si l'objet de la société est licite ;

En troisième lieu, si le capital est suffisant, s'il est assuré, principalement quand une partie ne doit être fournie que successivement, et si, en ce cas, la portion réellement versée offre assez de garantie ;

En quatrième lieu, si, dans les statuts relatifs à la gestion, à la reddition des comptes, au partage des bénéfices ou pertes, les intérêts et les droits de tous les membres de la société sont garantis convenablement, et dans toute l'étendue que comporte une société sans responsabilité personnelle ;

Enfin, si l'administration de la société offre les garanties morales qui importent aux intéressés et au public.

**SOCIÉTÉS ANONYMES D'ESPÈCE PARTICULIÈRE :**

*1<sup>o</sup> Banques.*

Si l'objet de la société proposée est la fondation d'une banque, les avis

des préfets, sur la convenance d'en permettre l'érection, doivent être particulièrement motivés sous le rapport de l'utilité publique. La loi du 24 germ. an XI (14 avril 1803), soumettant ces sortes d'établissements à une autorisation spéciale indépendante de celle des sociétés anonymes en général, les renseignements doivent être tels qu'ils puissent éclairer également les ministres du commerce et des finances, que l'examen de la demande intéresse concurremment.

### *2<sup>e</sup> Sociétés sans émission d'engagements extérieurs.*

Les sociétés anonymes qui n'émettent point d'engagements extérieurs, mais dont les intéressés placent simplement en commun les risques qui affectent leurs propriétés, comme les compagnies d'assurances mutuelles contre les divers fléaux, sont soumises à l'approbation de Sa Majesté, dans la forme ci-dessus ; mais les dispositions ci-devant énoncées, concernant le capital et les actions, ne leur sont point applicables, attendu que le fonds commun destiné à répondre des pertes, étant la masse des biens que chaque actionnaire soumet à la chance commune, la société n'a point de capital divisible par actions proprement dites.

### *3<sup>e</sup> Associations dispensées des formalités propres aux sociétés anonymes commerciales.*

Quant aux administrations ou associations de prévoyance et de charité, les formes propres aux sociétés anonymes ne leur sont point applicables ; elles ne sont pas non plus exigées pour les sociétés commerciales régies par le Code civil, comme sont celles qui, n'ayant pour but que la manutention et la jouissance de biens mis en commun, ne se livrent pas aux opérations de banque, n'achètent pas pour revendre, et ne manufacturent pas leurs produits.

Les souscripteurs des sociétés anonymes susceptibles de l'autorisation sauront ainsi ce qu'ils doivent faire, en se conformant au Code de commerce, et en suivant la jurisprudence qui s'est établie en conséquence. Ce n'est qu'au moyen de l'instruction complète qui vient d'être indiquée que l'affaire peut être en état de passer sous les yeux du Roi et de son conseil.

### *Sociétés contenues dans les limites tracées lors de l'approbation de leur établissement.*

Il reste à rappeler qu'après l'approbation obtenue, rien ne peut être changé aux statuts ; la société ne peut étendre ses opérations à aucun objet qui n'y soit pas compris ; elle serait dans le cas de l'interdiction, si elle s'écartait des limites dans lesquelles elle a été placée, sans avoir obtenu une nouvelle autorisation, dans la même forme qu'à son établissement primitif.

### *Surveillance spéciale des sociétés qui intéressent l'ordre public.*

Un mode particulier de surveillance permanente peut même être exigé à l'égard des sociétés anonymes dont l'objet intéresse l'ordre public.

Paris, le 22 octobre 1817.

*Le ministre secrétaire d'Etat au département de l'intérieur*

*Signé : LAINÉ.*

## QUESTIONS PROPOSÉES

ET SOLUTION DE CES QUESTIONS, FAISANT SUITE A L'INSTRUCTION  
DU 22 OCTOBRE 1817.

---

## SOCIÉTÉS ANONYMES EN GÉNÉRAL.

1<sup>re</sup> QUESTION.

Convient-il que la durée des sociétés anonymes soit fixée par l'acte du Gouvernement qui les autorise ?

## RÉPONSE.

La durée des sociétés anonymes établies pour une entreprise dont le terme n'est pas fixé par sa nature, doit être déterminée par l'acte de société soumis à l'approbation de S. M.

## OBSERVATIONS.

La confiance que méritent les premiers souscripteurs d'une société anonyme est une des conditions prises en considération par le Gouvernement au moment où il accorde son autorisation. Après un certain laps de temps, la mort où les cessions volontaires doivent substituer de nouveaux intéressés à ceux-ci. Il est donc de l'intérêt public que, pour continuer, l'association soit expressément renouvelée à son terme, et soumise de nouveau à la sanction de l'autorité, afin que le Gouvernement puisse la refuser si les nouveaux sociétaires ne lui paraissent plus dignes de confiance.

D'ailleurs, par l'article 43 du Code de commerce, les sociétés commerciales étant présumées des sociétés à temps limité, l'article 46 et l'article 1866 du Code civil exigent, pour toute prorogation ou continuation de sociétés, les mêmes écrits, formalités et publications que pour leur établissement primitif.

2<sup>e</sup> QUESTION.

Doit-on exiger que les sociétaires anonymes fixent une proportion de l'acte social, et la quotité doit en être perte du capital, qui les oblige à se dissoudre ?

## RÉPONSE.

## OBSERVATIONS.

Le Gouvernement n'ayant autorisé la société anonyme qu'en raison du capital qu'elle offrait pour garantie de ses opérations, lorsque ce capital est détruit, la garantie n'existe plus, et le public serait induit à une confiance sans fondement, si, dans cet état de choses, la société était maintenue.

Il est vrai que le public court le même risque envers les sociétés ordinaires ; mais elles présentent les garanties de la responsabilité individuelle, indéfinie et solidaire des associés, ce qu'on ne trouve pas dans les sociétés anonymes. On ne saurait d'ailleurs demander à des particuliers, dont les opérations commerciales roulent sur l'opinion qu'on a de leur crédit, de

rendre compte de la situation journalière de leur capital ; mais le capital étant la seule sûreté que présente la société anonyme, tout ce qui concerne son existence doit être public ; c'est sur la connaissance des choses, et non sur l'opinion, qu'en cette matière la confiance doit être réglée. Quand donc il est constaté que le fonds social est réduit au tiers, au quart ou à telle autre proportion prévue et fixée d'avance dans l'acte d'association ; quand on est au point de ne pouvoir plus concilier la sûreté des créanciers futurs avec l'espérance de réparer les pertes par les bénéfices à venir, la compagnie doit être tenue de mettre fin à ses opérations, d'entrer en liquidation et de se dissoudre, à moins qu'elle ne soit reconstituée au moyen d'un nouveau capital.

Les sociétés qui courrent des chances considérables, comme les compagnies d'assurances, doivent être surtout astreintes rigoureusement à une fixation du *minimum* des fonds nécessaires à la conservation de leur existence.

Du reste, cette proportion doit être mesurée sur la nature plus ou moins chanceuse des opérations entreprises, et principalement sur l'intérêt que peuvent avoir des tiers à l'existence réelle de tout ou partie du capital de l'association ; en d'autres termes, sur l'usage plus ou moins étendu que cette association aurait à faire de son crédit : car, par exemple, une société formée pour une exploitation de mines, qui ne contracterait aucune dette et qui payerait au comptant ses ouvriers et ses fournisseurs, devrait être autorisée à employer la totalité du capital des actionnaires à la recherche d'un filon, et aurait droit de ne s'arrêter qu'au dernier moment. Des limites trop restreintes, dans l'usage, même infructueux, de son capital, seraient dans le cas de l'exposer à perdre le prix de ses sacrifices, au moment où un dernier effort allait en procurer un ample dédommagement.

Ces considérations font voir que le principe émis ne peut recevoir indistinctement une application absolue : c'est à la prévoyance des futurs sociétaires qu'il appartient de combiner de sages réserves à cet égard, et au Gouvernement à apprécier le discernement dont ils auront usé.

### 3<sup>e</sup> QUESTION.

Faut-il exiger que les sociétés anonymes fassent chaque année une réserve sur le montant des bénéfices, pour prévenir la réduction de leur capital primitif, ou même pour l'accroître ?

### RÉPONSE.

Une réserve annuelle sur les bénéfices doit être exigée dans les sociétés anonymes qui ont pour objet des opérations de commerce.

### OBSERVATIONS.

La conséquence de la réduction éventuelle du capital à un certain *minimum* étant la dissolution de la société, suivant l'article précédent, il convient à l'association de prévenir cet accident, en formant sur ses bénéfices éventuels une réserve pour éloigner toute décroissance de son fonds primitif.

En particulier, les compagnies d'assurances maritimes peuvent, suivant les circonstances, faire de très-grands bénéfices, ou être exposées à de

très-grandes pertes. Il est convenable qu'une partie des avantages obtenus dans le premier cas vienne au secours des désastres qui peuvent succéder. En imposant la nécessité d'une réserve, le Gouvernement ne fait aucun tort aux associés ; il ne fait que donner plus de valeur et une valeur plus constante aux actions, et ménager au public une garantie plus certaine des engagements pris par la compagnie.

La réserve doit être proportionnée, soit à la grandeur des bénéfices, soit à celle des chances que court la société. Une compagnie d'assurances doit l'établir plus forte qu'une société occupée d'une exploitation régulière.

Les sociétés d'assurances mutuelles n'ont pas besoin d'y être astreintes, puisqu'elles n'ont pas de bénéfices, et qu'au surplus elles ne sont pas formées pour gérer des opérations commerciales ; mais, par une disposition relative, il doit être fixé un *minimum* des valeurs engagées dans l'assurance mutuelle, et au-dessous desquelles la masse de ces valeurs venant à tomber, la société ne peut être maintenue.

### 3<sup>e</sup> QUESTION.

Lorsque, la réserve étant épuisée, le capital a été entamé, doit-il être défendu aux sociétés anonymes de faire une répartition de dividendes avant que le capital ait été réintégré en entier par une nouvelle réserve ?

### RÉPONSE.

Quand le capital a été entamé, tous les bénéfices doivent être d'abord consacrés à le rétablir ; et, pour cet effet, ils doivent être mis en réserve, sans qu'il soit permis de distribuer de dividendes jusqu'au complètement du fond social originaire. Cette réserve ne préjudicie en rien au paiement des intérêts ordinaires.

### [OBSERVATIONS.]

La garantie de l'entièrre mise de fonds est due au public. Si quelque malheur y porte atteinte jusqu'à un certain point, la société doit être dissoute. Mais lorsque, sans arriver à ce terme extrême, les événements ont entamé le capital, il serait injuste de le laisser réduit par les pertes passées, et de soustraire de la caisse sociale les bénéfices présents. Peu importe que les actions changent de possesseurs ; la société est toujours une pour le public, et il ne saurait y avoir de distribution de bénéfices que sous la déduction des pertes.

Néanmoins, comme, par la supposition il s'agit de compagnies au-dessus de leurs affaires, et dont le capital reste encore supérieur au *minimum*, les précautions se rapportent à la garantie due au public pour l'avenir, et non à aucun péril pour les créanciers actuels. Dans cette situation, la défense de distribuer des bénéfices ne doit pas empêcher les actionnaires de retirer l'intérêt simple de leur mise.

### 5<sup>e</sup> QUESTION.

Par quel moyen doivent être assurées les dispositions qui précèdent, et

### RÉPONSE.

Les sociétés anonymes doivent présenter, tous les six mois, leur état de

qui sont relatives à la situation des sociétés anonymes pendant leur durée? au greffe du tribunal de commerce (ou du tribunal civil, là où il en fait les fonctions); une autre copie au préfet du département, et une troisième à la chambre de commerce s'il en existe dans l'arrondissement.

Celles qui ont des actions au porteur publieront cet état de situation par la voie de l'impression.

Dans l'approbation des sociétés anonymes proposée à Sa Majesté, il sera inséré une clause portant qu'en cas d'inexécution des statuts ou de leur violation, l'autorisation pourra être révoquée par le Gouvernement, sauf les actions à exercer par les particuliers devant les tribunaux, à raison des infractions commises à leur préjudice.

Dans les sociétés anonymes aux-  
quelles il aurait été attaché un com-  
missaire du Gouvernement, sa mis-  
sion est spécialement de faire con-  
naître à l'autorité les contraventions  
aux statuts qu'il serait dans le cas  
d'apercevoir.

#### 6<sup>e</sup> QUESTION.

Quel mode de publicité convient-il de donner aux sociétés anonymes?

#### RÉPONSE.

Les autorisations des sociétés anonymes continueront à être publiées dans le *Bulletin des lois*.

Les révocations d'autorisation se-  
ront publiées de même.

Les statuts des sociétés anonymes doivent être insérés dans le journal de la ville ou du département où est le siège de la société, et dans le *Mo-  
niteur*.

Le tout sans préjudice des affiches prescrites par l'art. 45 du Code.

## SOCIÉTÉS D'ASSURANCES EN GÉNÉRAL.

7<sup>e</sup> QUESTION.

## RÉPONSE.

Convient-il de permettre à la même société anonyme d'entreprendre des genres d'assurances différents, ou dont les chances n'ont rien commun ?

## OBSERVATIONS.

Il pourrait résulter de l'autorisation accordée à la même société d'assurer des risques différents qu'elle essuierait des pertes par un genre d'assurances et obtiendrait par l'autre des bénéfices. Si le capital ne formait qu'une seule masse, en cas de malheurs propres à une des branches d'assurances, les parties intéressées dans la spéculation qui tournerait plus favorablement et dont les primes produiraient des avantages aux assureurs auraient à se plaindre de partager la perte résultant d'une spéculation moins prospère à laquelle ils seraient étrangers, et de n'avoir pas, pour leur garantie, les profits que la société faisait sur eux. Si la même société imaginait de laisser deux capitaux distincts, elle pourrait se croire en droit de se liquider, d'un côté, et de partager, de l'autre, les dividendes, ce qui serait un scandale. Il n'est donc ni naturel ni juste d'admettre la cumulation pour des genres d'assurances soumis à des chances qui n'ont point d'analogie.

Mais rien n'empêche les mêmes capitalistes de former des sociétés différentes pour des risques différents.

## SOCIÉTÉS D'ASSURANCES MARITIMES.

8<sup>e</sup> QUESTION.

## RÉPONSE.

Convient-il de fixer le *maximum* des assurances maritimes ?

Les sociétés dont les spéculations portent sur des événements incertains, telles que les sociétés d'assurances maritimes, doivent exprimer dans leurs statuts le *maximum* de chaque assurance. Elles doivent le fixer en raison combinée du capital de la société et de la nature et de l'étendue du risque.

## OBSERVATIONS.

Il importe à la sûreté du commerce que ces sociétés ne se livrent point à des entreprises disproportionnées avec les capitaux qu'elles engagent. Ce n'est qu'en divisant les chances jusqu'à un certain point, en s'abstenant d'en courir de trop fortes sur une seule affaire, enfin en se mettant dans le cas de balancer les unes par les autres, que les sociétés peuvent se flatter d'arriver à d'heureux résultats.

9<sup>e</sup> QUESTION.

RÉPONSE.

Les sociétés d'assurances maritimes peuvent-elles assurer les risques de guerre ? Il y a lieu d'autoriser les sociétés à assurer les risques de guerre, même ceux de guerre survenante.

## OBSERVATIONS.

Ces assurances sont prévues par le Code de commerce, et généralement usitées. On ne pourrait les interdire aux sociétés anonymes sans porter un notable préjudice au commerce maritime, qui, au premier bruit de guerre, ne pouvant plus diviser son nouveau danger entre ses assureurs ordinaires, serait forcé d'interrompre ses opérations ou de se mettre dans la dépendance des assureurs étrangers. Si les compagnies peuvent être exposées à payer, en cas de guerre, des indemnités supérieures à leur capital, ce danger peut être prévenu par la précaution, déjà indiquée, de fixer le *maximum* de chaque assurance qu'elles seront autorisées à couvrir.

## ASSURANCES SUR LA VIE.

10<sup>e</sup> QUESTION.

RÉPONSE.

Y a-t-il lieu d'autoriser les sociétés anonymes à s'engager à payer une somme déterminée au décès d'un individu, moyennant une prestation annuelle à payer par cet individu ?

Cet engagement (en d'autres termes, *l'assurance sur la vie*) peut être autorisé, mais il ne doit pas être permis d'assurer sur la vie d'autrui sans son consentement.

## OBSERVATIONS.

Ce genre de contrat peut être assimilé aux contrats aléatoires que permet le Code civil; il est même plus digne de protection que le contrat de rente viagère : c'est un sentiment bienveillant et généreux qui porte le souscripteur à s'imposer des sacrifices annuels pour assurer aux objets de son affection une aisance dont sa mort pourrait les priver.

La restriction proposée à l'égard de l'assurance sur la vie d'un tiers s'explique et se justifie d'elle-même.

Ce contrat est susceptible de plusieurs combinaisons. Le Gouvernement jugera, d'après les principes ci-dessus, les divers modes que les compagnies d'assurances pourront se proposer.

## ASSURANCES CONTRE L'INCENDIE.

11<sup>e</sup> QUESTION.

RÉPONSE.

Doit-on défendre aux compagnies d'assurances pour les incendies d'assurer le dernier dixième de la valeur ?

On ne doit pas exiger cette condition des compagnies qui ne voudraient pas en faire une règle, mais il est désirable et avantageux pour elles de l'adopter dans leurs statuts.

## OBSERVATIONS.

Il convient infiniment aux assureurs contre l'incendie que l'assuré reste intéressé à veiller avec plus de soin sur sa propriété. Néanmoins, on n'a

pas cru nécessaire de prescrire une disposition trop facile à échapper dans les évaluations des effets soumis à l'assurance.

12<sup>e</sup> QUESTION.

## RÉPONSE.

Les effets mobiliers existant dans un édifice assuré contre l'incendie peuvent-ils être assurés séparément et auprès d'un autre assureur ? Il dépend des sociétés qui assurent les maisons de faire à cet égard telles réserves qu'elles jugeront convenables dans leurs polices d'assurances.

## OBSERVATIONS.

Il résulte de cette faculté que l'autorité n'a pas à intervenir et à poser des principes ou à prononcer des restrictions qui, dans une infinité de cas, pourraient avoir des inconvénients.

Paris, ce 11 juillet 1818.

*Le ministre secrétaire d'État au département de l'intérieur,*

*Signé : LAINÉ.*

## ARTICLE 38.

Le capital des sociétés en commandite pourra être aussi divisé en actions, sans aucune autre dérogation aux règles établies pour ce genre de société.

Actions nominatives, 492.	Constitution défin., 489, 491.	Pénalités, 208 et s., 214.
Apport, 495.	Fondateurs, 489, 495.	Procès collectif, 212.
Assemblée gén., 496 et s., 213.	Gérant, 488 et s., 208 et s.	Publication, 210.
Avantages particuliers, 495.	Nouvelle émission, 491.	Resp. du cons., 198, 204 et s.
Chiffre des actions, 489.	Négociation, 493.	Sociétés existantes, 213.
Conseil de surv., 498, 204 et s.	Nullité de la société, 200.	Souscripteurs primitifs, 494.

**188.** Cambacerès exprimait la crainte au conseil d'État que cette disposition n'offrit le moyen d'échapper aux prescriptions de l'art. 37 : « On formera, disait-il, une société prétendue en commandite ; une seule personne paraîtra ; cependant on divisera l'intérêt en plusieurs actions qu'on distribuera entre les personnes qui se présenteront et auxquelles on donnera facilement le nom de commanditaires : ainsi la société sera vraiment anonyme et cependant elle pourra exister sans l'autorisation du Gouvernement (1). » En vertu d'aucunes stipulations il ne sera possible de fonder une société dans laquelle

(1) Procès-verbaux, 15 janv. 1807; Locré, t. 47, p. 493.

un associé au moins ne soit indéfiniment responsable ; ce sera, suivant l'expression de Cambacerès, la personne qui paraîtra : ces craintes étaient donc chimériques ; et, si les stipulations de l'acte de société n'étaient pas claires et précises, le seul danger à redouter, et il est exclusivement pour les associés, c'est que la société ne fût déclarée par les tribunaux purement et simplement en nom collectif, parce que ce régime est le droit commun en matière de société (*suprà*, n° 109). Il n'existe aucun doute qu'une société prenant le nom de commandite, où le gérant prétendrait n'être pas responsable et dont les stipulations donneraient à tous les associés le nom de commanditaires, ne serait pas reconnue par les tribunaux qui imposeraient la qualité d'associé responsable aux gérants tout au moins, à tous les associés peut-être (*suprà*, n° 111).

**189.** La société en commandite par actions, si elle n'offre pas, le danger que redoutait Cambacerès, avait donné lieu en fait à de regrettables abus. Dès 1838, on s'en était préoccupé, et récemment la loi du 17 juillet 1856 a essayé d'y mettre un terme ; nous devons en rapporter le texte, qui ne peut plus être séparé de l'art. 58, Cod. comm. :

« Les sociétés en commandite ne peuvent diviser leur capital en actions ou coupons d'action de moins de cent francs lorsque ce capital n'excède pas deux cent mille francs, et de moins de cinq cents francs lorsqu'il est supérieur.

« Elles ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital social, et le versement par chaque actionnaire du quart au moins du montant des actions par lui souscrites.

« Cette souscription et ces versements sont constatés par une déclaration du gérant dans un acte notarié ;

« A cette déclaration sont annexés la liste des souscripteurs, l'état des versements faits par eux, et l'acte de société. » (Art. 1<sup>e</sup>.)

Il avait été jugé avec raison qu'une société en commandite par actions n'a d'existence que du moment où il a été émis une ou plusieurs actions ; par suite, l'hypothèque consentie à un tiers par le fondateur sur un immeuble, dont il déclarait vouloir transférer la propriété à la société, était valable contre

les actionnaires, si elle avait été réalisée avant qu'aucune action eût été émise (1). Une difficulté analogue ne peut plus se produire aujourd'hui ; la loi fixe d'une manière certaine le moment où la société est définitivement constituée ; jusque-là, le gérant n'a pu agir qu'en son nom personnel, et la société ne peut profiter ni souffrir de ses actes.

**190.** La loi n'exige pas que la réalité des souscriptions et des versements soit constatée par acte notarié : « cette disposition, dit le rapport fait à la Chambre des députés, qui imposait à l'officier public des recherches souvent difficiles dans la pratique, et dont sa responsabilité aurait pu s'inquiéter, nous a paru être remplacée utilement par une nouvelle rédaction. Nous avons proposé que le versement préalable du quart et la souscription fussent l'objet d'une déclaration notariée par le gérant, qui serait tenu d'y joindre la liste des souscripteurs et l'état des versements. C'est à la fois une preuve à l'appui de la déclaration et un document important en cas de poursuite des premiers souscripteurs pour défaut de paiement des actions. » La déclaration n'est donc faite que sous la responsabilité du gérant et le notaire ne constate que la réalité et les termes de la déclaration, non l'exactitude des faits auxquels elle s'applique.

Cet article fixe la somme au-dessous de laquelle ne pourront jamais descendre les fractions du capital social, quelle que soit la dénomination qui leur sera donnée.

**191.** « On stipule quelquefois, dans les actes de société, disait le rapport, qu'une portion seulement du capital social sera émise provisoirement, et on abandonne au gérant, soit seul, soit avec l'autorisation du conseil de surveillance, la faculté de faire émission d'une nouvelle série d'actions. De là peuvent naître des abus de toutes sortes, et nous avions proposé qu'on subordonnât cette émission à la double condition que le capital primitif fût recouvré en totalité et que l'assemblée générale des actionnaires eût donné une autorisation. Le conseil d'État a rejeté cet amendement. »

La loi n'a donc rien statué à cet égard. Il faut conclure des

(1) Douai, 27 nov. 1839 (S.V.40.2.206).

dispositions que la commission de la Chambre des députés voulait introduire dans le projet que la société sera définitivement constituée, lorsque les conditions posées par l'art. 1<sup>e</sup> auront été remplies, en ce qui concerne la portion du capital social provisoirement émise, mais il faudra tenir compte de la somme à laquelle il pourra être éventuellement porté, pour déterminer si les actions peuvent descendre jusqu'à cent francs ou doivent s'élever à cinq cents francs au moins.

L'acte de société qui doit être joint à la déclaration notariée peut être sous seing privé; il n'est rien innové sur ce point.

**192.** « Les actions des sociétés en commandite sont nominatives jusqu'à leur entière libération. » (Art. 2.)

« Les souscripteurs d'action dans les sociétés en commandite sont, nonobstant toute stipulation contraire, responsables du paiement du montant total des actions par eux souscrites.

« Les actions ou coupons d'actions ne sont négociables qu'après le versement des deux cinquièmes. » (Art. 3.)

Ce texte a tranché une controverse qui avait existé jusqu'à ce jour pour savoir si les actions des sociétés en commandite pouvaient être au porteur comme celles des sociétés anonymes. En admettant d'autres titres que les actions nominatives, avait-on dit, il n'est plus possible de reconnaître si, contrairement au vœu de la loi, l'un des commanditaires ne s'est pas immiscé dans la gestion. Le texte de la loi nous paraissait avoir décidé, quelle que fût la force de l'objection que nous venons de rappeler, que les actions des sociétés en commandite pouvaient être au porteur; la plupart des auteurs et la jurisprudence s'étaient prononcés dans ce sens (1). Sans doute la difficulté ne serait pas élevée maintenant pour les sociétés formées avant la promulgation de la nouvelle loi; l'art. 2 n'a rien voulu innover à cet égard et doit être considéré comme une interprétation législative qui lève toutes les incertitudes.

**193.** L'art. 3 a reproduit des dispositions analogues qui sont écrites dans les lois du 15 juillet 1845 et du 10 juin 1853

(1) Paris, 7 fév. 1832 (S.V.32.2.257); Troplong, n. 147 et s.; Malpeyre et Jourdain, p. 143; Delangle, n. 500 et s.; Frémery, p. 59. — *Contra*, Pardessus, n. 1033; Horson, q. 14 et s.

relativement aux actions des chemins de fer, et ne permet la négociation de toute action de quelque société en commandite que ce soit pour l'avenir qu'après le versement des deux cinquièmes. Ces actions ne sont pas frappées par le législateur d'une indisponibilité absolue. Il a été expliqué et reconnu de la manière la plus formelle soit par la jurisprudence, en ce qui concerne les actions des chemins de fer, soit par l'exposé des motifs et le rapport fait à la Chambre des députés, qu'une cession régulière par acte, soit notarié, soit sous signatures privées, qu'une donation dans les formes légales, que tous les autres modes autorisés par le droit civil pourraient être mis en usage pour la transmission des titres, même non négociables. Ce que les lois des 15 juillet 1845 et 10 juin 1853 ont interdit, pour les actions des chemins de fer, ce que la loi nouvelle interdit également pour les actions de toute société en commandite qui sera créée à l'avenir, c'est la négociation ; c'est la transmission par la voie commerciale (*V. infra*, n° 217).

**194.** Après le versement des deux cinquièmes, lorsque l'action est devenu négociable, elle n'en continue pas moins à rester forcément nominative jusqu'au paiement intégral. Le texte est clair et des explications officielles ont été, en outre, données dans ce sens devant la Chambre des députés (1). Cette responsabilité n'est, au reste, que la conséquence des principes généraux en matière d'obligations conventionnelles ; mais la règle a été contestée et il pouvait être utile de l'établir en termes formels. Ce qui ne pouvait résulter, en outre, que d'un texte aussi positif que l'art. 3 que nous avons rapporté ci-dessus, c'est qu'il ne serait possible désormais au moyen d'aucune stipulation de déroger à cette règle, que la loi a considérée comme une disposition d'ordre public.

**195.** « Lorsqu'un associé fait, dans une société en commandite « par actions, un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou « stipule à son profit des avantages particuliers, l'assemblée « générale des actionnaires en fait vérifier et apprécier la va- « leur.

« La société n'est définitivement constituée qu'après appro-

(1) *Moniteur*, 2 juill. 1856.

« bation dans une réunion ultérieure de l'assemblée générale.  
 « Les délibérations sont prises par la majorité des action-  
 « naires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des  
 « actionnaires et représenter le quart du capital social en nu-  
 « méraire.

« Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé les avantages  
 « soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibé-  
 « rative. » (Art. 4.)

L'art. 4 met sur une même ligne les apports faits de toute autre manière qu'en numéraire et dont on peut craindre que la valeur ne soit exagérée par l'estimation qui en serait faite, et les avantages particuliers que tout associé, soit gérant, soit commanditaire, ou les fondateurs, auraient stipulés à leur profit.

Le gérant doit être rémunéré de son travail et compenser par quelques avantages, la responsabilité qui pèse sur lui. Les avantages particuliers qu'ils stipule en sa faveur n'ont rien d'illicite, s'ils se renferment dans une certaine mesure; mais les abus sont à craindre et, la loi ne faisant aucun distinction, cette clause de l'acte social devra, dans tous les cas, être approuvée par l'assemblée générale, dont parle l'art. 4.

**196.** Le rapporteur disait à la Chambre des députés sur cet article que ni la commission ni le Gouvernement n'avaient eu l'intention de toucher à la liberté des conventions, en ce qui concerne les assemblées générales d'actionnaires. On a voulu laisser aux statuts de chaque société le droit de déterminer comment seraient composées les assemblées générales dans les cas ordinaires. C'est seulement pour le cas spécial de la vérification des apports qu'a été rédigé le § 5 de cet article; et il ne serait pas possible d'y déroger par des stipulations particulières. Dans cette assemblée spéciale, tous les actionnaires, quelque peu considérable que soit le nombre des actions par eux souscrites, et quelles que soient les clauses de l'acte social sur les assemblées générales ordinaires (Voir *suprà*, no 168), seront admis de plein droit (1).

**197.** Il a été dit également à la même séance, par l'organe officiel de la commission, que, dans la rédaction donnée au § 5,

---

(1) *Moniteur*, 2 juill. 1856.

la commission a entendu parler des actionnaires présents : « Le mot *actionnaire présent* veut dire ici, porte le compte rendu du *Moniteur*, personne présente et figurant au tableau qui doit être annexé à l'acte de société » : en effet, toutes les actions sont encore nominatives.

**198.** « Un conseil de surveillance, composé de cinq actionnaires au moins, est établi dans chaque société en commandite par actions.

« Ce conseil est nommé par l'assemblée générale des actionnaires immédiatement après la constitution définitive de la société, et avant toute opération sociale.

« Il est soumis à la réélection tous les cinq ans au moins : toutefois, le premier conseil n'est nommé que pour une année. » (Art. 3.)

Cet article, en exigeant que dans toute société en commandite par action il y ait un conseil de surveillance dont la loi a réglé le mode de nomination, l'art. 8 a déterminé les droits, et les articles suivants, la responsabilité, ne porte aucune atteinte aux principes posés par le Code de commerce sur les pouvoirs et les obligations du gérant ; tout ce que nous avons dit, à cet égard, ne cesse pas d'être applicable quand il s'agit d'une commandite par action, et nous n'avons rien à y ajouter.

L'assemblée générale qui est mentionnée dans cet article est la même que celle dont la composition a été réglée par l'art. 4. L'esprit de la loi nous paraît exiger qu'il en soit ainsi ; les nominations seront faites à la majorité des personnes présentes, et, s'il est nécessaire, au scrutin de ballottage. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social conformément à ce même art. 4.

**199.** Lorsqu'il y aura lieu à réélection, il semblerait naturel de procéder de la même manière, mais les actions auront pu être négociées et cesser d'être nominatives. Après la constitution définitive de la société, il faudra bien admettre qu'il n'y aura plus d'assemblée générale que celles qui ont été prévues et réglées par les statuts.

**200.** « Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés

« toute société en commandite par actions constituée contrairement à l'une des prescriptions énoncées dans les articles qui précèdent.

« Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés. » (Art. 6.)

Le mot *intéressé*, emprunté à l'art. 42, Code comm., est pris dans l'acception que lui a donnée la jurisprudence (V. *inf.*, n° 227 et s.).

**201.** « Lorsque la société est annulée, aux termes de l'article précédent, les membres du conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables solidairement et par corps avec les gérants de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination.

« La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des fondateurs de la société qui ont fait un apport en nature ou au profit desquels ont été stipulés des avantages particuliers. » (Art. 7.)

La responsabilité qui peut peser, dans le cas prévu par l'art. 7, sur les commanditaires membres du conseil de surveillance, est une création nouvelle de la loi et ne peut aucunement être appréciée par les règles qu'ont posées les art. 27 et 28 du Code de commerce; ils sont tenus, envers toute personne intéressée, de leur négligence à remplir le devoir spécial qui leur est imposé par la loi nouvelle; de s'assurer si le chiffre des actions est, en effet, conforme à ce qui est prescrit par l'art. 1<sup>er</sup>; si le capital social est intégralement souscrit; le quart en numéraire, réalisé; la déclaration du gérant à cet égard, constatée par acte notarié; si les apports, autres que ceux qui sont en numéraire, ont été vérifiés par l'assemblée générale convoquée suivant l'art. 3, et délibérant dans la forme qu'il a tracée, et leur estimation approuvée; enfin, si toutes les formalités qui doivent précédé la constitution régulière de la société ont été remplies. Cette vérification toute matérielle, pour ainsi dire, de formalités simples, aisément saisissables, a paru assez facile pour que le conseil de surveillance fût tenu, sous peine de responsabilité envers toute personne intéressée, d'y procéder. Aux six premiers articles de la loi, disait à la Chambre des députés M. Duvergier, commis-

saire du Gouvernement, « il faut une sanction : or cette sanction se trouve précisément dans l'art. 7. Les dispositions de cet article sont tellement claires, qu'aucun membre du conseil de surveillance, pour peu qu'il veuille être attentif, ne peut se faire illusion. Il y aura d'ailleurs, pour les membres d'un conseil de surveillance, un moyen facile d'échapper à cette responsabilité ; il suffira qu'ils lisent les statuts de la société et les six premiers articles de la loi, où sont indiquées les conditions qu'elle exige pour la formation des sociétés en commandite. Toutefois les tribunaux apprécieraient et pourraient rechercher si la négligence est excusable ; la forme même de l'article n'est pas impérative et se borne à déclarer qu'ils peuvent être déclarés responsables.

**202.** « Les membres du conseil de surveillance vérifient « les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la « société.

« Ils font, chaque année, un rapport à l'assemblée générale, « sur les inventaires et sur les propositions de dividendes « faites par le gérant. » (Art. 8.)

Les pouvoirs accordés par l'art. 8 aux membres du conseil de surveillance, ont toujours appartenu aux associés commanditaires ; mais quand le capital souvent considérable était divisé en actions, dont le chiffre est descendu quelquefois, jusqu'à 5 francs et même plus bas, il n'était pas possible que l'exercice de ce droit pût être accordé à chaque actionnaire, et presque toujours il était délégué à un conseil de surveillance. La loi nouvelle a fait de cet usage une disposition légale, en même temps qu'elle faisait disparaître un doute, s'il avait pu exister encore, sur la légitimité du droit accordé par la doctrine aux commanditaires. Mais ce qui n'avait été jusqu'ici qu'une faculté, la loi l'impose comme un devoir aux membres du conseil de surveillance, et ils sont tenus sous leur responsabilité personnelle envers tous les actionnaires, de le remplir avec soin et avec exactitude. Ils doivent en outre, faire, chaque année, un rapport sur les inventaires et sur les propositions de dividendes.

**203.** Cet article ne fait nul obstacle à ce que les dispositions du Code de commerce, relatives à l'immixtion de tout

commanditaire dans la gérance, soient appliquées au membre du conseil de surveillance qui ne se serait pas renfermé dans le rôle qui lui est assigné par sa qualité de commanditaire. Nous le répétons, la loi nouvelle a défini les obligations auxquelles ces commanditaires sont astreints, mais elle n'a rien innové, ni quant aux pouvoirs qui leur appartiennent, ni quant à la responsabilité qui pèse sur eux, s'ils violent les prescriptions des art. 27 et 28, Cod. comm.

**204.** « Le conseil de surveillance peut convoquer l'assemblée générale. Il peut aussi provoquer la dissolution de la société. » (Art. 9.)

**205.** « Tout membre d'un conseil de surveillance est responsable avec les gérants solidairement et par corps :

« 1<sup>o</sup> Lorsque sciemment il a laissé commettre dans les inventaires des inexactitudes graves préjudiciables à la société ou aux tiers ;

« 2<sup>o</sup> Lorsqu'il a, en connaissance de cause, consenti à la distribution de dividendes non justifiés par des inventaires sincères et réguliers. » (Art. 10.)

L'art. 6, que nous avons expliqué tout à l'heure, déclare que les membres du conseil de surveillance pourront être déclarés responsables en cas d'inobservation des règles prescrites pour la constitution des sociétés; l'art. 10 s'applique à un autre ordre d'idées et édicte des pénalités qui sont la sanction des devoirs imposés aux membres du conseil de surveillance par l'art. 8, obligations qui survivent à la constitution régulière de la société.

« Votre commission, disait le rapport présenté à la Chambre des députés, constate d'abord que la loi n'apporte aucun changement ni aux attributions ni aux devoirs des conseils de surveillance. La loi ne crée pas : elle déclare, elle rappelle des obligations trop oubliées et trop méconnues. Les commanditaires ont toujours eu le droit de surveiller la gestion et de déléguer ce droit à ceux des associés qui jouissaient de leur confiance. La surveillance est un mandat qui impose des devoirs. Les attributions existaient, mais elles n'étaient définies ni précisées ; on ne les exerçait qu'avec inquiétude ; on redoutait de s'immiscer dans la gestion. La loi est claire et, sous

ce premier rapport, elle est bien plus propre à donner la confiance et la sécurité qu'à inspirer la crainte.

« L'esprit de la loi n'est pas davantage un esprit hostile à l'autorité du gérant. La loi n'admet pas que le conseil de surveillance puisse participer aux actes de gestion intérieurs et patents ; là serait cette confusion qui amène la pénalité prononcée contre tout associé qui s'immisce dans l'administration. La loi n'admet pas même une intervention, pour ainsi dire domestique, dans la direction pratique et journalière des affaires. Un gérant n'est pas libre , quand un conseil d'intéressés lui trace la marche à suivre, prend part à chaque instant à ses opérations ; indique celles qui sont à faire ; lui demande compte de ses projets, de ses relations, de ses secrets de fabrication. Le conseil de surveillance a le contrôle, le conseil ; il n'a pas la conduite. »

**206.** Il faut donc bien se pénétrer de cette idée, que la loi nouvelle n'a apporté aucune modification dans la position du gérant à l'égard des tiers, ni dans ses rapports avec les commanditaires ; elle n'ajoute rien également aux droits et aux prérogatives de ceux-ci, qui, dans les sociétés en commandite par actions, étaient exercés par les membres du conseil de surveillance. Mais la loi a fait de ce qui n'était qu'une faculté une obligation à laquelle ne peuvent se soustraire ceux qui acceptent le mandat de représenter tous les actionnaires ; le droit pour eux s'est changé en devoir.

**207.** La loi ne punit pas encore, toutefois, la simple négligence, elle ne punit que le dol ; le rapport le constatait expressément ; une nouvelle déclaration, à cet égard, a été faite par le rapporteur à la séance de la Chambre des députés : « De deux choses l'une, disait-il : ou le membre du conseil de surveillance saura que l'inventaire est inexact et qu'il s'agit d'un dividende fictif, ou il ne le saura pas ; dans ce dernier cas, si, par exemple, le gérant a trompé le conseil par des pièces fausses, les membres qui le composent n'encourent aucune responsabilité, mais, si le conseil de surveillance a connu les faits, si, dans son rapport, il a dit que l'inventaire était exact, sachant qu'il ne l'était pas ; s'il a constaté l'existence de bénéfices qu'il savait ne pas exister, n'est-il pas complice du gérant, et ne

doit-il pas être puni comme ce dernier? Cette disposition n'est pas non plus une nouveauté; aujourd'hui même, un membre du conseil de surveillance qui aurait évidemment trompé les actionnaires dans son rapport serait considéré comme complice du gérant (1). »

Les membres du conseil de surveillance ne doivent pas oublier toutefois qu'il est de principe que la faute lourde, que la négligence sans aucune excuse, ont toujours été assimilées au dol; et ils devraient craindre que les tribunaux ne leur fissent l'application de ces règles, quoiqu'elles n'aient pas été rappelées dans la discussion.

Chaque membre n'est responsable que de son fait personnel.

**208.** « L'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une « société constituée contrairement aux art. 1 et 2 de la pré- « sente loi est punie d'un emprisonnement de huit jours à « six mois, et d'une amende de cinq francs à dix mille francs, « ou de l'une de ces peines seulement.

« Est puni des mêmes peines le gérant qui commence les « opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de « surveillance. » (Art. 11.)

**209.** « La négociation d'actions ou de coupons d'actions « dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions « des art. 1 et 2 de la présente loi, ou pour lesquels le verse- « ment des deux cinquièmes n'aurait pas été effectué confor- « mément à l'art. 3, est punie d'une amende de cinq cents « francs à dix mille francs.

« Sont punies de la même peine toute participation à ces « négociations et toute publication de la valeur desdites ac- « tions. » (Art. 12.)

Nous avons suffisamment expliqué (*suprà*, n° 193) ce qu'on devait entendre par la *négociation* prévue et punie par la loi; nous n'avons pas besoin de revenir sur ce point, pour éviter qu'on ne confonde la négociation coupable avec la transmission licite opérée par les voies qu'autorisent les lois civiles.

L'émission, la négociation et la publication seront souvent

---

(1) *Moniteur*, 2 juill. 1856.

le fait commun de plusieurs personnes ; les principes généraux sur la complicité détermineront celles qui seront punissables.

**210.** On a demandé à la Chambre des députés, sur l'art. 12, si, en disant que toute publication de la valeur des actions pour lesquelles le versement des deux cinquièmes n'aurait pas été effectué entraînerait une amende de 500 à 10,000 francs, on a entendu que cette amende sera appliquée au gérant du journal qui aura fait l'insertion, ou bien au gérant de la société en commandite qui l'aura fait faire. Il semble, disait le compte rendu du *Moniteur*, qu'il y a là un manque de précision ; il paraît, d'ailleurs, exagéré et peu pratique d'exiger que le gérant du journal vérifiât, pour toutes les annonces qui peuvent lui être apportées, si les gérants des sociétés en commandite se sont conformés aux dispositions des art. 1 et 2 du projet de loi. La peine édictée paraissait donc ne devoir être appliquée qu'au gérant de la société en commandite qui a fait insérer l'annonce, mais non au gérant du journal qui l'a insérée.

M. Duvergier, commissaire du Gouvernement, répondit : « Cette disposition de l'art. 12 est empruntée à la loi du 15 juillet 1845, où le mot *publication* est employé dans le même sens. Ce mot, dans la loi nouvelle, aura la même signification que dans la loi de 1845. Lors de la discussion de cette loi, la même question fut adressée au Gouvernement par M. d'Argout, à la Chambre des pairs ; le ministre des travaux publics répondit que tout dépendrait des circonstances, et que l'intention de ceux qui auraient fait la publication serait appréciée par les tribunaux. Le Gouvernement fait aujourd'hui la même réponse (1). »

**211.** « Sont punis des peines portées par l'art. 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie :

« 1° Ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements ou par la publication faite de mauvaise foi de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements ;

(1) *Moniteur*, 2 juill. 1856.

« 2<sup>o</sup> Ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont, de mauvaise foi, publié les noms de personnes désignées contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque ;

« 3<sup>o</sup> Les gérants, qui, en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes non réellement acquis à la société.

« L'art. 463 du Code pénal est applicable aux faits prévus par le présent article. » (Art. 15.)

**212.** « Lorsque les actionnaires d'une société en commandite par actions ont à soutenir collectivement et dans un intérêt commun, comme demandeurs ou comme défendeurs, un procès contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance, ils sont représentés par des commissaires nommés en assemblée générale.

« Lorsque quelques actionnaires seulement sont engagés comme demandeurs ou comme défendeurs dans la contestation, les commissaires sont nommés dans une assemblée spéciale composée des actionnaires parties au procès.

« Dans le cas où un obstacle quelconque empêcherait la nomination des commissaires par l'assemblée générale ou par l'assemblée spéciale, il y sera pourvu par le tribunal de commerce, sur la requête de la partie la plus diligente.

« Nonobstant la nomination des commissaires, chaque actionnaire a le droit d'intervenir personnellement dans l'instance, à la charge de supporter les frais de son intervention. » (Art. 14.)

L'exposé des motifs a donné de cette disposition nouvelle une explication pleinement approuvée par la commission de la Chambre des députés.

« Toutes les fois, dit cet exposé des motifs, que dans le sein des sociétés, où l'on compte beaucoup d'associés, se sont élevées des contestations, le nombre des parties, la difficulté de les connaître, l'éloignement des domiciles, ont entraîné des frais, des lenteurs, des embarras considérables. En permettant à tous les actionnaires de se faire représenter par des commissaires nommés en assemblée générale, en accordant aussi

à des groupes d'actionnaires la faculté de choisir entre eux des commissaires spéciaux, selon que tous les associés, ou seulement quelques-uns d'entre eux, seront engagés dans des contestations soutenues dans un intérêt collectif, le projet simplifie les procédures et diminue, par conséquent, les dépenses dans une grande proportion. En même temps, et par une précaution qu'il eût été imprudent d'omettre, il réserve à chacun le droit d'intervention. Celui qui manquera de confiance dans les mandataires choisis par ses coïntéressés pourra se défendre lui-même, mais à la condition de supporter seul tous les frais que sa présence aura causés, quelle que soit la décision qui intervienne sur un procès auquel il pouvait rester étranger. »

**243.** « Les sociétés en commandite par actions actuellement existantes, et qui n'ont pas de conseil de surveillance, sont tenues, dans le délai de six mois à partir de la promulgation de la présente loi, de constituer un conseil de surveillance.

« Ce conseil est nommé conformément aux dispositions de l'art. 5.

« Les conseils déjà existants et ceux qui sont nommés en exécution du présent article exercent les droits et remplissent les obligations déterminés par les art. 8 et 9 ; ils sont soumis à la responsabilité prévue par l'art. 10.

« A défaut de constitution du conseil de surveillance dans le délai ci-dessus fixé, chaque actionnaire a le droit de faire prononcer la dissolution de la société. Néanmoins, un nouveau délai peut être accordé par les tribunaux, à raison des circonstances.

« L'art. 14 est également applicable aux sociétés actuellement existantes. » (Art. 15.)

La loi définitivement adoptée n'exige point la réorganisation de tous les conseils de surveillance actuellement en exercice : ils subsistent, sauf le droit pour chaque membre, bien entendu, de donner sa démission et de se retirer volontairement ; mais ces conseils tombent de plein droit sous l'empire de la loi nouvelle, en ce qui concerne et leurs attributions et leur responsabilité.

Toute société actuellement existante, qui ne serait pas pourvue

d'un conseil de surveillance, est tenue d'en constituer un dans le délai de six mois, en se conformant à l'art. 5. Le tribunal peut toutefois accorder un délai selon les circonstances.

La loi, en renvoyant à l'art. 5, exige que le conseil de surveillance soit composé de cinq actionnaires au moins; nommé la première fois pour une année, soumis ensuite à la réélection tous les cinq ans. Mais, ainsi que nous l'avons dit déjà dans cet article, l'assemblée générale qui procèdera à cette élection ne peut être composée comme celle dont il est question dans l'art. 4, les actions ayant cessé d'être nominatives.

En ce qui concerne les sociétés formées avant la promulgation de la loi nouvelle, il est certain que les dispositions de l'art. 15 ne règlent que les conséquences des faits qui se seront accomplis sous son empire.

### ARTICLE 39.

Les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325 du Code civil.

**244.** La loi, contrairement au dire exprimé à cet égard par le Tribunat (1), a permis que les actes de société fussent rédigés même sous signature privée; dans ce cas, les parties doivent se conformer à l'art. 1325 du Code Nap., ainsi conçu : « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions « synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été « faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un in- « téret distinct. Il suffit d'un original pour toutes les person- « nes ayant le même intérêt. Chaque original doit contenir la « mention du nombre d'originaux qui en ont été faits. »

Cet article s'applique, sans aucune exception, à toute société commerciale; il est très-explicite, mais il amène naturellement à se demander quelles règles seront suivies quand il n'existera aucun acte. L'écriture n'est pas de l'essence du contrat de so-

---

(1) Observations du Tribunat, Locré, t. 17, p. 310.

ciété ; elle peut être un moyen de preuve, mais elle ne constitue pas le contrat.

Ces questions ont soulevé d'assez vives discussions au conseil d'Etat ; elles sont tranchées par les art. 41 et 42, que nous allons expliquer bientôt. L'art. 42 exige, à peine de nullité, que les actes de société soient transcrits au greffe, affichés, enregistrés : à plus forte raison y aurait-il nullité, si l'acte même n'existe pas ; mais l'art. 42 ajoute que le défaut d'aucune de ces formalités ne pourra être opposé à des tiers par les associés. Ces dispositions de l'art. 42 se lient si intimement aux questions que peut soulever l'art. 39, que nous n'essaierons pas de les scinder ; sous l'art. 42, nous examinerons toutes les difficultés pouvant résulter de l'inexécution des prescriptions de la loi, qui exige que le contrat de société soit rédigé par écrit et soumis à la publicité.

**215.** Dans une société en commandite, la Cour de cassation a jugé qu'il n'y avait que deux intérêts distincts, celui des gérants, qui administrent, et celui des actionnaires, à raison de leur mise de fond ; que, ces actionnaires entre eux ne représentant qu'un intérêt commun, l'acte social sous seing privé, auquel ils ont apposé leurs signatures, n'a pas besoin d'être fait en autant de doubles qu'il y a d'individus signataires ; qu'il suffit qu'il y en ait deux, *l'un pour les gérants, l'autre pour leurs associés commanditaires* (1). Dans l'espèce, l'acte sous seing privé avait été déposé chez un notaire : cette circonstance a sans doute influé sur la décision, mais la doctrine de cet arrêt nous paraît un peu large : il en faudrait rigoureusement tirer cette conséquence que, si dans une société en commandite deux originaux doivent suffire, dans une société en nom collectif un seul original suffira pour tous les associés : dans l'espèce, en effet, il y avait plusieurs associés gérants, et à leur égard, aux termes de l'article 24, la société était en nom collectif. Nous ne pouvons admettre cette doctrine, même en la restreignant aux seuls associés commanditaires, quoique dans ces termes elle soit adoptée par M. Pardessus (2) ; le texte positif de l'art. 39 ne se

(1) Cass., 20 déc. 1830 (S.V.31.2.38).

(2) *Droit comm.*, n. 1027.

prête pas à une semblable interprétation. Dans la société en commandite, si l'on recule devant un trop grand nombre de doubles, il reste la ressource de l'acte authentique, et ce sera dans tous les cas, sans doute, le meilleur moyen de constater la société.

Si l'acte n'est qu'un simple projet et que le gérant, entre les mains de qui il reste déposé, ait mandat, de la part des actionnaires qui viennent successivement y adhérer, de le régulariser, lorsqu'une condition suspensive, telle que la réalisation d'un certain capital, aura été accomplie, il n'y a aucun doute que cet acte, une fois régularisé, ne peut plus être attaqué, si les juges reconnaissent qu'il n'est pas resté à l'état de simple projet, et qu'au moment où il a été contesté il réunissait toutes les conditions d'existence et de validité nécessaires pour le rendre obligatoire (1).

#### ARTICLE 40.

**Les sociétés anonymes ne peuvent être formées que par des actes publics.**

Actes préliminaires, 218.	Négociation, 217.	Société projetée, 216, 218 ets.
Commenc. de la société, 221.	Opérations commencées, 218	Souscripteurs primitifs, 217.
Fondateurs, 218 ets.	Promesses d'actions, 217.	Temps intermédiaire, 218 ets.

**216.** Une société anonyme doit, avant toute demande en autorisation, être constatée par un acte public.

Acte public veut dire ici acte notarié, dont il reste minute.

Les statuts de la société sont quelquefois joints à l'acte social et quelquefois en sont séparés : dans ce cas, ils doivent aussi, avant la mise en activité de la société, être redigés par acte public.

Les actes des sociétés anonymes reçoivent, par l'insertion au *Bulletin des Lois*, une publicité particulière ; toutefois, si, par exception, l'un des associés avait besoin de consulter la minute même de l'acte, nous pensons que le notaire qui en

---

(1) Cass., 28 janv. 1844 (S.V.44.1.692).

est dépositaire ne pourrait se refuser à lui en donner communication.

Si l'approbation est refusée, les associés sont dégagés et entièrement libres les uns envers les autres. « Mais il serait peu logique, dit M. Pardessus, de prétendre que jusqu'au moment où le Gouvernement se prononcera, soit pour l'autorisation, soit pour le refus d'autorisation, il n'existe aucun lien entre ceux qui ont formé l'acte social ou qui y ont adhéré en soumissionnant des actions. Ces soumissionnaires ne sont pas maîtres de rétracter leur consentement et de former opposition à ce que le Gouvernement accorde son autorisation. Les administrateurs désignés ou tous autres chargés de faire les démarches convenables pour l'obtenir sont investis d'un pouvoir irrévocabile jusqu'à la décision du Gouvernement (1). »

Aucun délai n'est fixé, au reste, pour obtenir l'autorisation du Gouvernement; si cette condition est accomplie avant toute demande en nullité de la société, nul doute que son existence ne peut plus désormais être attaquée (2); et, à moins de négligence prouvée, les souscripteurs ne peuvent se plaindre des retards qu'ils éprouvent pour obtenir une décision. « Tout ce que les mécontents auraient droit d'exiger, dit M. Pardessus, ce serait, faute de plus amples et de plus formelles explications de la part des parties, que le tribunal déterminât à quelles diligences et dans quels délais la demande en autorisation sera faite : car nul ne peut commander au Gouvernement de statuer dans un temps quelconque (3). »

**217.** Le décret d'autorisation peut seul donner aux actionnaires des droits positifs ; quoique purement éventuels jusque-là, quelquefois, sous le nom de promesses d'actions, ils ont été vendus : dans le cas où l'autorisation est refusée, les circonstances ont pu seules déterminer si la vente a été faite sous condition résolutoire ou à forfait (4).

Des abus faciles à apprécier naissaient de cet état de choses,

(1) *Droit comm.*, n. 1040.

(2) Douai, 12 fév. 1848 (S.V.49.2.670).

(3) *Droit comm.*, n. 1042-2°.

(4) Troplong, n. 479.

et diverses lois de concession pour des lignes de chemins de fer y ont remédié pour cette espèce d'actions.

Désormais les souscripteurs primitifs sont responsables, nonobstant toutes conventions contraires, du montant des cinq premiers dixièmes sur le capital des actions par eux souscrites.

Il est interdit à la compagnie concessionnaire d'émettre aucune action ou promesse d'action négociable avant de s'être constituée en société anonyme.

Toute publication quelconque, c'est-à-dire, sous quelque forme qu'elle soit faite, de la valeur des actions dont la négociation est interdite et avant l'homologation de l'adjudication, est punie d'une amende de 500 à 5,000 fr. Est puni de la même peine tout agent de change qui, avant la constitution de la société anonyme, se sera prêté à la négociation d'action ou promesses d'actions (L. 15 juill. 1845, chemin de fer du Nord, art. 8, 10 et 15).

Des lois postérieures ont poussé plus loin les précautions et ont défendu aux compagnies concessionnaires de négocier leurs actions avant le versement des deux premiers cinquièmes (L. 10 juin 1853, chemin de fer de Lempdes, de Périgueux, de Montauban et de Sceaux à Orsay), tout en maintenant les règles posées par la loi du 15 juillet 1845.

Ces dispositions ont été étendues à toutes les actions des sociétés en commandite. Nous en avons parlé sous l'art. 58 (*suprà*, n° 193), et nous avons dit qu'une cession régulière par acte, soit notarié, soit sous signatures privées; qu'une donation dans les formes légales; que tous les autres modes autorisés par le droit civil, pourraient être mis en usage pour la transmission des titres même non négociables; la négociation, la transmission par la voie commerciale, est la seule chose que la loi ait voulu prohiber.

La Cour de cassation, conformément à ces règles, a jugé que la négociation ou la vente d'actions ou de promesses d'actions émises avant la constitution de la compagnie adjudicataire en société anonyme et stipulées livrables à l'époque de l'émission des titres définitifs a une cause illicite comme prohibée par la loi et contraire à l'ordre public, et ne peut dès

lors avoir aucun effet. Le nantissement destiné à garantir l'exécution d'une semblable convention serait par suite également nul (1).

**218.** Entre le moment où les fondateurs de la société projetée ont fait les premières démarches pour arriver à la réalisation de leur idée, et celui où le Gouvernement a définitivement statué, il existe forcément un temps intermédiaire pendant lequel les opérations auront peut-être commencé; dans tous les cas, les actes préliminaires peuvent avoir entraîné des dépenses ou des obligations. La loi n'a donné aucune règle pour une situation anormale et nécessairement transitoire (2).

Les Codes de Hollande et de Portugal ont pris soin de dire que, jusqu'à la constitution définitive de la société anonyme, « les directeurs seront obligés personnellement et solidairement à raison des opérations faites avec les tiers » (3). Cette disposition est inutile : les règles du droit commun doivent suffire à lever les difficultés.

Ces difficultés existeront ou envers les tiers ou entre les actionnaires ; nous parlerons d'abord des premiers.

Le mandat peut être exprès ou tacite et résulte des circonstances, mais, si entre les souscripteurs et les fondateurs de la société projetée il n'est intervenu ni délégation expresse ni délégation tacite, aucun lien de droit ne peut exister entre les futurs actionnaires et les tiers, avec qui les fondateurs ou les personnes désignées pour être administrateurs de la société anonyme projetée ont traité : les administrateurs seuls sont tenus et répondent de leurs actes envers toute personne et envers les actionnaires, s'ils ont employé, sans y être autorisés, l'argent versé par eux d'avance entre leurs mains (4).

Lorsqu'il y a eu délégation, la solution peut être plus difficile et dépendra des circonstances. Si les actionnaires ont maintenu avec soin leur qualité de simples mandataires et sont

(1) Cass., 17 juill. 1854 (S.V.54.1.561); Rouen, 8 fév. 1854.

(2) Cass., 1<sup>er</sup> avr. 1834 (S.V.34.1.794).

(3) Code hollandais, art. 39; Code portugais, art. 544.

(4) Pardessus, n. 1040.

restés dans les termes du pur droit civil, ils ne seront tenus que dans les limites du mandat qu'ils ont donné. Mais ils peuvent craindre que les tiers intéressés ne prouvent contre eux qu'ils ont pris part à une société de fait dont l'existence entraînera pour eux les mêmes obligations et les mêmes conséquences qu'une société légale. La plupart du temps même les principes de droit commun, en semblable matière, sont assez rigoureux pour arriver à faire considérer la société anonyme non autorisée comme une société collective à l'égard des tiers; cependant, pour les bailleurs de fonds qui se seraient abstenus avec le plus grand scrupule de tout acte de gestion, les circonstances peuvent être assez favorables pour qu'ils ne soient considérés que comme simples commanditaires et tenus seulement jusqu'à concurrence des mises qu'ils ont souscrites (1).

**219.** Entre les associés eux-mêmes, s'il y a contestation, la décision dépendra également des circonstances.

Si le souscripteur de l'action a pu être trompé par les fondateurs ou administrateurs qui lui ont représenté la société comme pourvue de l'autorisation nécessaire, le dol pratiqué à son égard l'autorisera à retirer son apport franc et quitte de toute charge sociale, sauf les droits des tiers à apprécier suivant les règles que nous venons de poser (2).

Si le souscripteur connaît l'état des choses, il ne peut éléver aucune réclamation, quand intervient le refus d'autorisation (3); et il doit accomplir les obligations qu'il a prises envers les fondateurs et ses coassociés. Mais rien ne s'oppose à ce que les stipulations qui réglaient leurs intérêts respectifs, en prenant pour base les règles de la société anonyme, ne soient exécutées, et que chaque associé ne réponde des dépenses ou des pertes envers les fondateurs que jusqu'à concurrence de sa mise. Une telle convention n'aurait assurément rien de contraire à l'ordre public, aux bonnes moeurs, à l'équité. «Les con-

(1) Troplong, n. 478; Pardessus, n. 1040; Delangle, n. 478; Malpeyre et Jourdain, p. 278.

(2) Cass., 9 juin 1841 (S.V.41.4.579); Troplong, n. 476; Delangle, n. 483.

(3) Cass., 20 janv. 1847 (S.V.47.1.428).

ventions, dit M. Delangle, que leur irrégularité ne permet pas d'opposer aux tiers, ne cessent pas d'être la loi de ceux qui les ont faites, dans tous les cas où le consentement librement exprimé peut créer un lien de droit » (1).

Les dépenses faites par les fondateurs avant que l'autorisation n'ait été obtenue ne peuvent être mises par les administrateurs à la charge de la société régulièrement organisée : l'assemblée générale ou une clause des statuts pourraient seules et devraient sans doute en grever la société, si ces dépenses avaient été faites dans son intérêt (2). Si les statuts de la société projetée dont le refus d'autorisation empêche la fondation avaient alloué des fonds pour frais de gestion et d'administration, ces fonds ne seraient pas sujets à répétition et ne pourraient être réclamés par les associés ou souscripteurs qui avaient adhéré à cette clause, quoiqu'il y ait lieu, du reste, de restituer les mises (3).

**220.** Les principes que nous venons d'exposer ont été consacrés et leur justice parfaitement démontrée par un arrêt de la Cour de Caen : après avoir constaté que l'acte de société n'ayant été ni transcrit, ni affiché, ni approuvé par le Gouvernement, était radicalement nul à l'égard des intéressés, « considérant cependant, ajoute l'arrêt, qu'il est constant et reconnu par toutes les parties que sous la foi de l'acte du 20 mars 1840 les apports convenus ont été réalisés, que des opérations communes ont été faites, que des engagements ont été souscrits, et que, dans un tel état de choses, il est impossible de refuser aux parties qui figurent dans cet acte le droit de se demander respectivement compte, non plus d'une société légale, mais d'une société de fait, d'une communauté d'intérêts, d'un ensemble d'opérations faites au nom de tous et équipollent à une société ; — Considérant que, si la loi frappe de nullité les sociétés anonymes qui n'ont été ni publiées, ni autorisées, cette nullité ne peut rétroagir; que son effet doit se borner à rendre à

(1) *Sociétés comm.*, n. 481. — *Sic*, Paris, 20 fév. 1819; Toulouse, 16 juill. 1825; Cass., 21 juin 1826.

(2) Cass., 1<sup>er</sup> avril 1834 (S.V.34.1.794).

(3) Paris, 3 nov. 1842, 26 janv. et 23 fév. 1843 (S.V.43.2.285).

chacun des associés sa liberté avant le terme convenu, et qu'il serait contraire au droit et à l'équité que, pour un vice de forme, quelque grave qu'on le suppose, quand d'ailleurs l'objet de la société est licite, les stipulations loyales, et le contrat l'œuvre d'un consentement éclairé, l'un des associés pût exiger que le partage et la liquidation de la société fussent réglés d'après d'autres clauses que celles du contrat écrit;...

— Considérant qu'en examinant avec attention les faits qui ont eu lieu pendant l'existence de la société, on arrive à cette conviction que les actionnaires ont tous, ou *choisi* les administrateurs, *en les autorisant à commencer les opérations* de la société avant qu'elle n'ait été régularisée, ou versé leur mise avant que ces opérations eussent été commencées, mais qu'elles l'ont été depuis *à leur vu et su, et sans qu'ils y aient formé opposition*, ou bien n'ont versé leur mise qu'après qu'elles avaient été commencées, mais *sachant qu'elles l'avaient été*; qu'en laissant ainsi sciemment agir les administrateurs et en versant leur mise, lorsqu'ils n'ignoraient pas que les mandataires choisis par la société avaient commencé à opérer avant que les formalités ordonnées par la loi eussent été remplies, tous les actionnaires ont approuvé tacitement, et le choix des mandataires, et les opérations auxquelles ils se sont livrés; d'où suit qu'ils font tous partie de la société qui a été établie le 20 mars 1840 par Bedouin, Abraham, etc. (1).

A l'égard des tiers, l'existence de la société ne pouvait être révoquée en doute, puisque le non-accomplissement des formalités ne peut leur être opposé, contrairement à leur intérêt; elle n'était pour personne, assurément, société anonyme, mais les circonstances déterminaient si elle devait être considérée, en ce qui concernait les tiers, comme société en nom collectif ou en commandite; à l'égard des associés, les stipulations de l'acte qui avait été fait devaient être suivies, et le mandat dont avaient été investis les administrateurs pouvait tout aussi bien résulter d'un consentement exprès que d'un consentement tacite.

---

(1) Caen, 7 août 1844 (S.V.45.2.292).

**221.** « Si l'ordonnance a pour objet d'autoriser la société, dit M. Pardessus, son effet rétroagira à la date même du contrat qui l'a formée (1). » Cette règle n'est pas absolue. Le décret d'autorisation fixe la durée de la société et le moment où elle commence, et peut prendre pour point de départ une autre date que celle de l'acte social. A l'égard des tiers, l'énonciation portée au décret est seule valable et légale; il peut en être autrement à l'égard des associés entre eux, mais, en cas de contestation, les tribunaux auront un pouvoir très-grand d'appréciation. Dans une espèce où une société en nom collectif avait fait les démarches nécessaires pour se transformer en société anonyme, le nouvel acte social avait pris pour point de départ le 1<sup>er</sup> janvier 1827; l'ordonnance rendue le 17 février 1828 portait : « La durée de la société est fixée à 99 ans, « à dater de ce jour, toutefois sans préjudice des conventions « particulières des intéressés entre eux. » Des contestations s'élèverent relativement aux dépenses faites du 1<sup>er</sup> janv. 1827 au 17 fév. 1828 : la Cour de Rennes jugea que le mot *intéressé* ne comprenait pas les nouveaux associés ayant souscrit à l'acte du 1<sup>er</sup> janvier 1827 depuis l'autorisation accordée; que la réserve de l'ordonnance s'appliquait exclusivement à ceux qui, ayant fait partie de l'ancienne société transformée en société anonyme, *avaient des comptes à régler entre eux*, et non aux actionnaires, qui ne pouvaient exister *qu'après l'ordonnance et en vertu de l'ordonnance*. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi (2).

#### ARTICLE 41.

Aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent cinquante francs.

(1) *Droit comm.*, n. 1042-2°.

(2) Cass., 1<sup>er</sup> avr. 1834 (S.V.34.1.794).

**222.** Cette disposition, empruntée à l'art. 1<sup>er</sup> du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, est également écrite dans l'art. 1834 du Cod. Nap., en ce qui concerne les sociétés non commerciales. L'acte écrit est donc la loi des parties, et elles doivent s'y conformer strictement.

La preuve testimoniale est vue avec défaveur en matière civile ; elle est de droit commun, au contraire, en matière commerciale. La disposition expresse de l'art. 41 établit une règle différente en ce qui concerne les sociétés, et repousse d'une manière absolue les témoignages en semblable matière, même pour rectifier ou compléter l'acte écrit et quand il s'agirait d'une somme au-dessous de 150 fr. Nous verrons sous l'article suivant les motifs de cette extrême rigueur et l'importance que la loi attache à ce que les sociétés commerciales soient rédigées par écrit.

#### ARTICLE 42.

L'extrait des actes de société en nom collectif et en commandite doit être remis, dans la quinzaine de leur date, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel est établie la maison du commerce social, pour être transcrit sur le registre et affiché pendant trois mois dans la salle des audiences. — Si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements, la remise, la transcription et l'affiche de cet extrait, seront faites au tribunal de commerce de chaque arrondissement. — « Chaque année, dans la première quinzaine de janvier, les tribunaux de commerce dé signeront, au chef-lieu de leur ressort, et, à leur défaut, dans la ville la plus voisine, un ou plusieurs journaux où devront être insérés, dans la quinzaine de leur date, les extraits d'actes de société en nom collectif ou en commandite, et régleront le tarif de l'impression de ces extraits. — Il sera justifié de

« cette insertion par un exemplaire du journal, certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date. » — Ces formalités seront observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés, mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par les associés.

Affiche, 223.

Associés, 227.

Créanciers, 228 et s.

Enregistrement, 223.

Exécution volontaire, 227.

Journal, 225.

Liquidation, 234.

Preuves, 226, 231.

Publication, 224.

Solidarité, 230.

Tiers, 226.

Transcription, 223.

**223.** La publicité exigée par la loi commerciale a pour but de fixer les qualités des parties, d'instruire le public des conditions sous lesquelles la société a été contractée et d'enlever toute possibilité de changer ou de dénaturer l'acte primitif.

Le 1<sup>er</sup> § de l'art. 42 exige que l'extrait des actes de société soit remis dans la quinzaine de leur date au greffe du tribunal de commerce, à peine de nullité, conformément à la disposition finale de l'article. Avant l'expiration de ce délai, aucun reproche ne peut être adressé aux associés, et personne n'a le droit d'attaquer la société pour défaut de transcription et d'affiche. Après l'expiration de ce délai, les associés sont en faute, et si la nullité de la société est demandée, soit par l'un d'eux, soit par des tiers, elle devra être prononcée. Si la remise au greffe est accomplie, lorsque le délai de quinzaine est expiré, la nullité de la société, après cet enregistrement tardif, il est vrai, mais à cela près régulier, pourra-t-elle encore être demandée ? Nous ne le pensons pas : M. Frémery dit avec nous : « Certes, la raison le veut ainsi, mais la loi (1) ! » La loi nous paraît conforme à cette interprétation.

Il était nécessaire que l'art. 42 fixât un délai. S'il y avait eu omission de la loi à cet égard, la remise au greffe ne pouvant être faite séance tenante, en même temps que la signature du contrat, ou l'on aurait pu l'attaquer l'instant d'après où il venait d'être signé, ou, à quelque époque que ce défaut de

(1) Frémery, p. 54.

transcription eût été opposé, les associés auraient pu répondre que leur intention était d'obéir à la loi, mais que rien ne les obligeait à le faire dans un délai déterminé. Ces règles étaient l'une et l'autre également inadmissibles, et la jurisprudence eût été contrainte d'assigner un délai, qu'elle eût fixé d'une manière tout à fait arbitraire. La loi devait donc parler, et c'est ce qu'elle a fait.

Nous cherchons en vain dans le texte une disposition assez clairement impérative pour admettre que le législateur ait voulu, en outre, que, faute d'accomplir les formalités imposées dans le délai qu'il a été constraint de fixer, les associés dusSENT subir la nullité : le dernier § dit bien que les formalités ordonnées par l'art. 42 seront observées, *à peine de nullité*, mais il n'ajoute pas qu'elles devront être accomplies, sous la même peine, dans le délai qu'il a fixé : pourquoi donc ajouter au texte et suppléer une nullité ? Sans lui donner cette conséquence rigoureuse, la fixation d'un délai avait un but et était nécessaire : pourquoi aller plus loin ? M. Pardessus recule devant cette conséquence : « Sans doute, dit-il, l'acte de société est présumé n'avoir eu aucune existence légale tant qu'il n'a point été rendu public, et la demande en nullité qu'un des associés formerait avant cette affiche (et postérieurement au délai de quinzaine) devrait être accueillie, sans égard à la publicité qui lui serait donnée postérieurement, mais, si avant cette demande l'affiche a été faite, il semble naturel de décider que les conditions de cet acte doivent avoir leur effet (1). »

Si l'on veut s'en tenir judaïquement au texte, en y ajoutant toutefois une peine de nullité qu'il n'a pas prononcée, un acte de société sera nécessairement nul, s'il a été rédigé et signé plus de 15 jours avant que les associés, d'un commun accord, aient voulu commencer les opérations et donner à cet acte aucune publicité : quelle utilité peut présenter une pareille rigueur ; à quelle idée raisonnable répond-elle ? Nous nous refusons à prêter gratuitement à la loi une absurdité, et

---

(1) Pardessus, n. 1008. — Sic, Delangle, n. 538; Malpeyre et Jourdain, p. 415.

la Cour de cassation a jugé conformément à l'opinion qui seule nous semble juste et raisonnable (1).

L'ordonnance de 1673, dont la sévérité a toujours paru excessive, admettait cependant que les sociétés étaient valables du jour où elles avaient été enregistrées et publiées (art. 6, tit. 4). La Cour de Lyon, dans un arrêt qui a été souvent cité (2), et qui s'applique également au cas où, sans qu'il y ait eu soumission à l'art. 42, on a prétendu que la nullité pouvait être couverte par l'exécution, rappelait cette maxime : *Quod ab initio nullum est non potest tractu temporis convalescere.* Cette règle ne trouve pas d'application dans l'hypothèse que nous examinons : il est certain que le contrat, au moment où il a été signé, était parfaitement valable ; qu'il l'était encore, personne ne le conteste, dans les 15 jours de sa date ; ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il a cessé de pouvoir être invoqué, si la formalité de la publication n'était pas accomplie ; cette formalité remplie, au contraire, le contrat est à l'égard de tous ce qu'il était *ab initio*, parfaitement valable.

**224.** La loi du 31 mars 1853 a répété les termes du décret du 12 février 1814, déclaré par la Cour de cassation sans effet obligatoire (3) ; le décret et la loi qui l'a remplacé sont devenus le 2<sup>e</sup> § de l'art. 42 et ont pour but d'imposer aux associés une formalité nouvelle, sans aggraver les pénalités édictées par le dernier §. Nous n'ajouterons donc rien à ce que nous venons de dire en ce qui concerne la remise au greffe et l'affiche : avant l'expiration du délai de quinzaine, la société ne pourra être attaquée pour défaut d'insertion dans les journaux ; après ce délai et avant l'insertion, la nullité devra être prononcée, si elle est demandée ; même après ce délai, l'insertion, une fois faite, couvre la nullité, et la société est désormais régulière.

**225.** Enfin la loi exige encore que l'insertion dans les journaux soit justifiée par un exemplaire certifié par l'imprimeur,

(1) Cass., 12 juill. 1825 ; *Id.* 6 juin 1831 (S.V.31.4.246) ; *Id.* 28 fév. 1844 (J.P.44.2.644).

(2) Lyon, 4 juill. 1827.

(3) Cass., 13 mars 1832 (S.V.32.4.293).

légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date.

Divers arrêts ont décidé que la société est nulle par cela seul que l'exemplaire du journal n'a pas été enregistré dans les trois mois, non plus ici de la date de la société, mais de la date du journal : « garantie excessive peut-être, disait la Cour de Toulouse, mais impérieusement exigée par la loi. »

La Cour de cassation, adoptant ce principe, a déclaré, en outre, que *cette formalité était d'ordre public* et qu'il était inutile, par suite, d'examiner si l'acte avait été ou non volontairement exécuté.

« Attendu, a dit la Cour de cassation, que l'art. 42, Cod. comm., tel qu'il a été modifié par la loi du 31 mars 1835, met au nombre des formalités dont il ordonne l'exécution à peine de nullité l'enregistrement, dans les trois mois, d'un exemplaire du journal dans lequel aura été inséré un extrait de l'acte de société en nom collectif ou en commandite, et qu'en annulant pour défaut de cet enregistrement l'acte de société dont il s'agit, l'arrêt attaqué n'a fait que se conformer aux dispositions de cet article ;

« Attendu que, cette formalité étant d'ordre public, il devient inutile d'examiner si le défendeur a ou non volontairement exécuté l'acte de société » (1).

On soutenait en faveur de l'opinion contraire que la loi du 31 mars 1833 ne portait nullement la peine de nullité et que cette formalité n'était pas exigée comme condition, mais comme preuve de cette publicité, qui pouvait être fournie d'ailleurs au besoin par d'autres moyens.

Il ne nous semble pas absolument démontré que la loi ait exigé l'enregistrement dans les trois mois sous peine de nullité; toutefois, « *en supposant*, ainsi que le porte un arrêt de la Cour de Douai, que cette nullité soit d'ordre public et puisse faire tomber l'acte de société (2), » on peut dire que la signature de l'imprimeur, la légalisation du maire, l'enregistrement

(1) Toulouse, 22 avr. 1837 (J.P.37.2.536); Cass., 30 janv. 1839 (J.P.39.1.354); Bordeaux, 5 fév. 1841 (S.V.41.1.219).

(2) Douai, 27 nov. 1839 (S.V.40.2.206).

sont les compléments nécessaires de l'insertion dans les journaux et ne font qu'une seule et même formalité qu'il peut être bon de ne pas scinder, parce qu'elle cesserait de présenter les mêmes garanties; en admettant même que l'enregistrement soit exigé simplement comme moyen de preuve, la loi a pu vouloir, pour éviter toute difficulté, que ce moyen ne fût pas de nature à être supplié. La jurisprudence s'est montrée sévère, sans doute mais cette sévérité peut être utile pour maintenir intactes les garanties que la loi a établies.

Il a été jugé avec raison que l'exemplaire du journal qui contient l'insertion est valablement signé par un employé, au nom de l'imprimeur; il est présumé avoir reçu les pouvoirs nécessaires (1).

Si plusieurs journaux ont été désignés concurremment par l'autorité compétente, aujourd'hui le préfet (décr. 17 fév. 1852, art. 23), pour recevoir les insertions, il n'est pas nécessaire que l'insertion soit faite dans tous; un seul choisi par les associés suffit (2), quoique le texte porte *un ou plusieurs* (3).

**226.** Il serait impossible de se conformer aux dispositions de l'art. 42, si le contrat de société n'était pas rédigé par écrit; la question soulevée par l'art. 39, et tendant à savoir si la société commerciale peut exister sans que le contrat qui l'a formée soit rédigé par écrit, est donc résolue par l'art. 42, qui devient la règle de la matière; mais il ne faut pas perdre de vue qu'en prononçant la nullité à l'égard des intéressés, il décide en même temps que le défaut d'aucune des formalités prescrites ne peut être opposé aux tiers.

Un grand nombre, parmi les corps judiciaires auxquels le projet de Code de commerce avait été communiqué, demandaient qu'une sanction pénale fût ajoutée à la disposition qui ordonnait la publication des actes de société. La commission, se rendant à ce vœu, avait proposé une amende, mais, sur la proposition de Treilhard, il fut décidé au conseil d'Etat que l'article aurait pour sanction la nullité de la convention: « Il ne

(1) Toulouse, 22 avr. 1837 (S.V.37.2.444).

(2) Même arrêt.

(3) *Contra*, Bravard-Veyrières, p. 62.



faut admettre la nullité que contre les associés, disait-il ; mais la société une fois prouvée, ne fût-elle pas constatée par un acte, les obligations contractées en son nom, au profit des tiers, n'en doivent pas moins avoir leur effet » (1).

Le texte définitivement adopté est entièrement conforme à la proposition de Treilhard ; si le défaut d'enregistrement au greffe emporte la nullité, le défaut d'acte même ou d'écriture aura cet effet à plus forte raison ; mais la nullité ne peut être invoquée par les associés contre les tiers ; la nullité n'est que relative.

Sous cette réserve, il faut dire que l'existence d'une société commerciale aujourd'hui, et en présence du texte de l'art. 42, ne peut être prouvée ni par témoins, quand il existerait même un commencement de preuve par écrit, ou que l'objet de la société, si c'était possible, serait inférieur à 150 fr., ni par le serment, ni par l'aveu, ni par l'existence notoire de la société, ni par sa durée de fait ; par aucun moyen enfin, que l'accomplissement rigoureux des formalités exigées par la loi, à l'égard des associés entre eux (2).

Les auteurs mêmes que nous citons comme soutenant une opinion contraire n'ont peut-être pas donné à leur idée la portée qu'on leur a prêtée. M. Delangle, au moins, nous semble avoir voulu établir, non que la société devient obligatoire pour la suite, mais uniquement qu'elle peut être prouvée pour régler les rapports qui avaient existé entre les associés, lesquels doivent rester soumis, ainsi que nous allons le voir, aux clauses de l'acte déclaré nul pour l'avenir.

Il a pu en être autrement sous l'empire de l'ordonnance de 1673 (3), qui, en exagérant la sévérité de la sanction, avait amené souvent l'impunité des infractions ; la discussion au conseil d'Etat a pu aussi paraître confuse et hésitante (4), mais le texte définitivement adopté et confirmé, aggravé, s'il est

(1) Procès-verbaux, 15 janv. 1807; Locré, t. 17, p. 200.

(2) Pardessus, n. 1005 et 1007; Troplong, n. 225; Molinier, n. 264 et 265.—*Contra*, Delangle, n. 512; Malpeyre et Jourdain, n. 106 et s.

(3) Cass., 4 niv. an 9; *Id.* 13 vend. an 10; *Id.* 16 avril 1806.

(4) Procès-verbaux, 15 janv. 1807; Locré, t. 17, p. 198 et s.

permis de s'exprimer ainsi, par la loi du 31 mars 1853, ne permet plus la discussion ni le doute, soit que le contrat de société n'ait pas été rédigé par écrit, soit que l'écrit existe, mais qu'il n'ait pas été publié et enregistré (1).

**227.** Entre associés au moins, la nullité qui résulte de l'inobservation des formalités de l'art. 42 peut-elle être couverte par l'exécution parfaitement volontaire du pacte, et l'associé qui est lui-même complice de la faute commise par ses coassociés peut-il s'en prévaloir pour faire prononcer la nullité d'un acte auquel il s'est ainsi soumis ? Après un peu d'hésitation, la jurisprudence et la doctrine se sont prononcées pour la nullité (2) : « Au surplus, dit M. Troplong, cette loi est-elle si cruelle qu'on veut bien le dire ? L'intérêt des tiers n'exigeait-il pas de fortes garanties contre les dissimulations de sociétés, contre les modifications dolosives de leurs pactes ? Faut-il accorder tant d'intérêt aux associés réfractaires qui, par leur réticence, annoncent une pensée de fraude, et sont indignes de la protection de la loi (3). » Le texte est impératif et ne distingue pas ; si la société est nulle pour les tiers qui y ont intérêt, elle l'est également pour les associés eux-mêmes : l'article 42 a pris soin de dire que le défaut de ces formalités ne pourra être opposé à *des tiers par les associés* ; en dehors de cette exception, on ne peut en créer d'autres.

**228.** Une jurisprudence constante permet aux créanciers personnels d'un associé de ne pas reconnaître l'existence d'une société qui n'aurait pas rempli les formalités exigées par l'article 42 (4). Ils peuvent avoir un intérêt sérieux à agir ainsi,

(1) Cass., 2 juill. 1847, et Cass., 23 déc. 1844 (S.V.46.1.558) ; Cass., 31 déc. 1844 (S.V.45.1.10).

(2) Jugé que la nullité peut être couverte par l'exécution. Grenoble, 21 juill. 1823 ; Rej., 12 juill. 1825 ; Bordeaux, 16 déc. 1829 ; Rej., 6 juin 1831 (S.V.31.4.246) ; Malpeyre et Jourdain, p. 415 ; Molinier, n. 376 ; Persil, p. 214. — *Contra*, Lyon, 4 juill. 1827 ; Nîmes, 9 déc. 1829 ; Bruxelles, 13 fév. 1830 ; Toulouse, 25 juill. 1834 et 22 avr. 1837 ; Rennes, 22 juin 1837 (S.V.35.2.73 ; 37.2.441) ; Rej., 30 janv. 1839 (S.V.39.4.393) ; Bordeaux, 5 fév. 1841 (S.V.41.2.219) ; Cass., 31 déc. 1844 (S.V.45.1.10) ; Troplong, n. 241 et s. ; Delangle, n. 531 ; Horson, t. 1<sup>er</sup>, q. 49.

(3) *Sociétés*, n. 248.

(4) Cass., 22 mars 1843 ; 18 mars 1846 ; Cass., 7 mars 1849 ; Cass., 14 mars 1849 (S.V.44.1.759 ; 46.1.683 ; 49.1.397 ; 49.1.633) ; Cass., 18 mars 1851 (S.V.51.1.273).

puisque les créanciers sociaux ont un privilége sur tout l'actif social ; si la société est nulle, ils viendront tous en concours.

On pourrait hésiter un moment à donner ce droit aux créanciers personnels d'un associé contre les créanciers de la société : ceux-ci ne sont-ils pas autorisés à dire qu'ils sont des tiers, auxquels les associés ne pourraient opposer le défaut de publicité, et que les ayants cause ne doivent pas avoir un droit que leurs débiteurs n'avaient pas eux-mêmes ?

Les créanciers de la société viennent opposer un privilége, ils doivent l'établir d'une manière régulière : « Ils allèguent un fait d'où ils entendent prendre un droit, dit M. Pardessus ; ils en doivent faire la preuve régulière. En prétendant que leur débiteur avait formé une société, ils sont, sous ce rapport, à son lieu et place, et ne peuvent prouver l'existence de la société que comme celui-ci le pourrait lui-même » (1). En effet, les créanciers personnels poursuivant leur paiement n'exercent pas les actions de leur débiteur ; ils agissent en leur nom et en vertu de droits qui leur sont propres.

« Un tel système, dit-on, rend les créanciers de la société responsables d'une faute qu'ils n'ont pas commise. On peut répondre que l'argument est excellent, quand ce sont les auteurs de la faute qui veulent s'en faire un droit contre les tiers ; mais ici ceux qui argumentent de l'oubli des formalités n'ont rien à se reprocher ; ils sont exempts de faute, et ils ne sont pas plus obligés que les autres tiers à rester spectateurs inertes d'omissions qui sont contraires à l'ordre public et que la loi présume frauduleuses » (2).

La seule condition qui soit imposée aux créanciers personnels pour intenter leur action, c'est que leur créance ait acquis date certaine antérieurement à la dissolution de la société (3). M. Pardessus exige, en outre, que la qualité de créancier personnel de l'associé, qui a ainsi contracté une société irrégulière, existât à l'époque où ce débiteur a formé la société. Nous ne pouvons admettre cette règle ; si les créanciers de la société

(1) *Droit comm.*, n. 1009. — *Contra*, Bravard-Veyrières, p. 60 et 61.

(2) Rapport de M. Troplong ; Rej., 18 mars 1846 (J.P.46.2.311).

(3) Cass., 7 mars 1849 (J.P.50.1.442) ; Cass., 16 déc. 1823.

se trouvent dans l'impuissance d'établir régulièrement leur privilége à l'égard des uns, nous ne voyons pas pourquoi ils seraient plus favorablement traités à l'égard des autres.

Ni les associés, ni les créanciers sociaux ne peuvent opposer au créancier personnel la connaissance qu'il aurait eue de l'existence de la société (1).

Si la nullité est demandée par les créanciers personnels de l'un des associés, ils viendront en concurrence avec les créanciers sociaux non-seulement sur l'apport social de cet associé, mais sur les sommes provenant des gains sociaux ; à l'égard des tiers intéressés, ces bénéfices prétendus sociaux ne peuvent, pas plus que toute autre valeur, appartenir à une société qui, en ce qui les touche, n'a pas existé ; ils appartiennent divisément à chacun des associés en raison de sa part (2).

**229.** Lorsque la nullité de la société a été prononcée sur la demande d'un créancier personnel, il est donc hors de discussion que le privilége des créanciers sociaux s'évanouit ; mais on a été plus loin quelquefois, et l'on a voulu que les créanciers personnels fussent payés de préférence. Nous ne comprenons pas sur quoi se fonderait ce nouveau privilége ; « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, dit l'art. 2095, C. Nap., et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. » Ces causes légitimes sont les priviléges expressément établis par la loi ou les hypothèques : nous ne pouvons donc mettre en doute que tous les créanciers ne viennent en concours et au marc le franc, et la plupart des arrêts ont jugé dans ce sens (3).

**230.** La disposition formelle de l'art. 42 admet qu'une société puisse en même temps être considérée comme nulle contre les associés, et comme valable en faveur des tiers intéressés ; s'il y a bizarrerie, elle résulte du texte formel de

(1) Paris, 4 mars 1840 (J.P.40.1.385).

(2) Cass., 13 fév. 1855 (S.V.55.4.724).

(3) Rennes, 10 déc. 1839 ; Lyon, 24 janv. 1845 ; Bordeaux, 15 juin 1847 ; Limoges, 10 juin 1848 (S.V.40.2.418 ; 46.2.241 ; 48.2.745 et 353) ; Cass., 18 mars 1846 (S.V.46.4.683) ; Troplong, n. 859.

la loi, et les tribunaux ne peuvent éprouver aucun embarras à constater un semblable résultat. Ainsi, dans une espèce portée devant la Cour de Lyon, les créanciers sociaux et les créanciers personnels demandaient tout à la fois, les uns que le commanditaire exécutât ses engagements, en versant le montant de sa commandite ; les autres, que la société fût déclarée nulle pour défaut de publicité, afin de faire tomber le privilége des créanciers sociaux. La Cour a fait droit par le même arrêt à ces diverses demandes(1). La nullité de la société clandestine ne peut avoir pour effet ni de la dégager de ses obligations envers les tiers, ni de dégager les associés de ses obligations envers elle. Le commanditaire, obligé à verser sa mise dans l'espèce que nous venons de citer, devait suivre à l'égard des créanciers sociaux les règles qui régissent les sociétés en commandite légalement formées, et ne pouvait concourir avec eux comme simple bailleur de fonds.

La Cour de Lyon semble avoir jugé, dans une autre circonstance, que, par cela seul qu'une société en commandite n'avait pas été publiée, les associés commanditaires étaient solidiairement responsables des dettes contractées par la société(2).

Si aucun écrit, si aucun fait de gestion ne peut être reproché au commanditaire ; si les livres régulièrement tenus prouvent qu'il s'est renfermé dans le rôle que lui donne l'acte de société non publié, ce serait ajouter à la loi une disposition très-nette, très-précise, et, en outre, très-rigoureuse, que d'admettre une semblable doctrine. Sans doute, les associés doivent être regardés comme étant sous l'empire d'une société de fait ; mais si le fait ne constate qu'une commandite, on ne peut en changer arbitrairement les circonstances pour en faire sortir une société en nom collectif dont rien ne prouve l'existence : nous répéterons après M. Troplong, dans un cas analogue : *puisqu'on est forcé d'accepter la société comme fait, il faut prendre ce fait dans sa plénitude (infra, n. 252).*

Lorsque les créanciers personnels et les créanciers sociaux viennent en concours, parce que la société clandestine a été déclarée nulle, les créanciers sociaux perdent non-seulement

(1) Lyon, 24 janv. 1845 (J.P.46.2.315). — *Sic, Troplong, Société*, t. 251.

(2) Lyon, 7 août 1851 (J.P.52.2.205).

leur droit de préférence , mais encore leur action solidaire, qui n'était qu'une suite de la société, si cette solidarité préjudicie aux créanciers personnels ; et ils ne peuvent demander à chaque associé que sa part et sa portion, tant qu'ils sont en concours(1). Ainsi, dans une société composée de trois individus, le passif était de 60,000 fr. et l'actif de 30,000 fr. seulement : par suite de la liquidation, chaque associé, ou communiste, pour mieux dire, puisque la société a été annulée, ne pourra être poursuivi par les créanciers sociaux que pour 20,000 fr. ; et ceux-ci viendront pour cette somme, en concurrence avec les créanciers personnels ; si l'un de ces communistes, sur sa fortune propre, peut désintéresser ses créanciers personnels et payer sa portion des dettes sociales, il se trouvera encore exposé au recours solidaire des créanciers sociaux, dans le cas où les autres associés n'ont pu comme lui s'acquitter envers eux pour leur part ; mais ce recours solidaire, nous le répétons, ne peut être invoqué au préjudice des créanciers personnels, s'ils ne sont entièrement désintéressés, puisqu'il ne résulte que d'une société dont l'existence est, à leur égard, comme non avenue.

Disons donc, pour nous résumer, qu'une société commerciale est nulle, si elle n'est constatée par un acte écrit; qu'il faut, en outre, que les associés aient accompli strictement toutes les formalités prescrites par l'art. 42; cette nullité déclarée à diverses reprises par la Cour de cassation, comme étant d'ordre public, peut être demandée par toute personne intéressée : par les associés eux-mêmes les uns contre les autres; par les créanciers personnels des associés, mais ne peut jamais être opposée par les associés aux tiers; à leur égard, la société serait prouvée par tous les moyens , même la preuve testimoniale.

**231.** A l'égard des associés , toutefois, quand la société aura été déclarée nulle, il restera à régler les rapports de fait qui n'en ont pas moins existé entre eux : « On jugera, dit Locré, comme s'il n'y avait pas eu de société, c'est-à-dire qu'il n'y aura pour le passé, comme pour l'avenir, ni solidarité

---

(1) Lyon, 24 janv. 1845 (J.P.46.2.315).

active entre les associés, ni communauté de pertes et de gain » (1). Une semblable rigueur, que rien ne pourrait justifier, n'a jamais été admise : « Ainsi, dit M. Pardessus, lorsqu'il a été contracté une société sans la rédiger par écrit, ce qui a rendu impossible la formalité de l'affiche, ou lorsqu'après qu'un écrit a été rédigé, mais non rendu public dans les formes expliquées plus haut, les contractants ont eu des relations ou une communauté d'affaires susceptible de produire des effets, et par conséquent des actions que les bonnes mœurs ne proscrivrent pas, les tribunaux ne peuvent refuser de prononcer suivant les règles de l'équité. La nullité à l'égard des intéressés ne doit donc consister qu'en ce qu'aucun d'eux ne peut être contraint de réaliser l'engagement d'entrer en société, si elle n'a pas encore commencé, et que, si elle a commencé, chacun peut la dissoudre, quand il ne juge pas à propos d'y rester, sans que les autres puissent le forcer à l'exécution de l'acte qui en déterminerait la durée » (2).

La nullité de la société prononcée pour défaut d'acte ou de publicité ne peut donc pas être invoquée par les associés eux-mêmes pour les faits accomplis ; les associés sont obligés de se rendre mutuellement compte des opérations faites jusqu'au jour où la nullité a été prononcée (3) ; et l'existence de cette société pourra être prouvée pour le passé par lettres, correspondance, aveux, par tous les moyens qui seraient autorisés, s'il s'agissait d'une association en participation (4).

**252.** Ces principes une fois admis, une question s'est encore élevée pour savoir si cette société, dont l'existence a été ainsi prouvée, devait être réglée, non par les conventions qui étaient intervenues entre les parties, mais par les dispositions de la loi, qui n'a parlé que pour le cas où l'acte est muet.

Cette dernière opinion ne semble pas pouvoir être adoptée : « Supposons, dit M. Troplong, que les parties n'aient voulu faire qu'une commandite : est-ce qu'il faudra transformer cette

(1) *Esprit du Code de comm.*, t. 1<sup>er</sup>, p. 183.

(2) Pardessus, n. 1007.

(3) Cass., 2 juill. 1817; Cass., 13 juin 1832 (S.V.32.1.520), et 29 juin 1841 (S.V.41.1.586).

(4) Pardessus, n. 1008; Troplong, *Sociétés*, n. 227.

société en société ordinaire et grever le commanditaire au delà de sa mise ? Ne serait-ce pas une énormité ? Il faudrait donc aussi n'avoir aucun égard à la quotité des mises ? Et si vous n'osez pas aller jusque-là, si vous consultez la convention pour ce qui concerne cette quotité, pourquoi pas aussi pour le règlement des dettes, pour les parts dans les pertes et bénéfices et pour toutes les conditions pour lesquelles les parties sont entrées en rapport ? Quant à moi, je ne conserve pas le moindre scrupule sur cette question. Puisqu'on est forcé par une irrésistible nécessité d'adopter la société comme fait, il faut prendre ce fait dans sa plénitude ; il ne faut pas le scinder capricieusement ; il ne faut pas en accepter telle partie et en rejeter telle autre, qui en a été un des éléments essentiels ; sans quoi la bonne foi est blessée, et on procure un profit injuste à celui qui n'est pas moins coupable que son adversaire pour n'avoir pas observé les formalités légales » (1).

Cette règle doit être sainement entendue ; il ne faut pas confondre la liquidation des opérations accomplies par la société, et les résultats éventuels ou certains que l'acte social aurait produits ou dû produire, s'il eût été régulier. Ainsi, dans une espèce où une clause de dédit avait été stipulée dans l'acte contre l'associé qui voudrait se retirer avant le terme convenu, la nullité ayant été demandée et déclarée pour défaut de publication, les associés, contre qui elle avait été prononcée, se fondant sur ce que la liquidation devait être faite d'après les clauses de l'acte, quoique nul pour l'avenir, demandaient que l'associé, qui avait provoqué l'annulation, fût tenu au paiement du dédit stipulé. Cette prétention devait être repoussée. Ce résultat n'était pas une conséquence des opérations de la société, mais bien de l'acte même, qui, radicalement nul, ne pouvait produire aucun effet (2).

La prétention des coassociés, voulant soumettre celui qui demande la nullité à des dommages intérêts, serait, si c'est possible, moins soutenable encore (3).

(1) *Sociétés*, n. 249.

(2) Paris, 23 déc. 1831 (S.V.32.2.57).

(3) Cass., 3 mars 1846 (S.V.46.1.633).

Dans une autre espèce, où la société avait été formée pour l'exploitation d'un brevet d'invention, l'inventeur demanda la nullité pour défaut de publication ; les associés prétendaient néanmoins conserver le droit de copropriété sur le brevet. Ces droits, ici encore, ne résultaient pas évidemment des opérations sociales, mais bien de l'acte même de société, qui, étant déclaré nul, ne pouvait produire, ainsi que nous l'avons dit déjà tout à l'heure, aucun effet : l'inventeur devait donc reprendre la libre disposition du brevet ; la nullité prononcée faisait évouir tous les droits des coassociés (1).

**255.** La société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque, dit l'art. 1845, Cod. Nap., mais cet article suppose que l'acte est parfait ; l'acte de société, par exemple, dans lequel un des associés a stipulé pour ses associés futurs, sans présenter leurs pouvoirs, et seulement avec promesse de fournir leur approbation, ne constitue réellement la société que lorsque la ratification a été donnée. L'art. 42, non-seulement n'impose pas le devoir de remplir les formalités qu'il exige avant que l'acte ne soit devenu définitif et n'ait reçu sa perfection, mais la remise au greffe et la publication qui en aurait été faite seraient comme non avenues, quoique la ratification, dans l'espèce que nous avons posée, fût plus tard intervenue ; le vœu de la loi ne serait rempli que par la publicité donnée postérieurement à cette ratification (2).

#### ARTICLE 43.

L'extrait doit contenir : — Les nom, prénoms, qualités et demeures des associés autres que les actionnaires ou commanditaires, — La raison de commerce de la société, — La désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société, — Le montant des valeurs fournies ou à fournir par actions ou en commandite, — L'époque

(1) Paris, 17 fév. 1837 (S.V.38.2.119).

(2) Cass., 4 août 1847 (S.V.47.4.649).

où la société doit commencer, et celle où elle doit finir.

---

#### ARTICLE 44.

L'extract des actes de société est signé, pour les actes publics, par les notaires, et pour les actes sous seing privé, par tous les associés, si la société est en nom collectif, et par les associés solidaires ou gérants, si la société est en commandite, soit qu'elle se divise ou ne se divise pas en actions.

**254.** Les énonciations que doit contenir l'extract déposé au greffe paraissent suffisantes pour faire connaître aux tiers tout ce qu'ils ont intérêt à savoir; toutefois l'extract devrait, en outre, faire mention expresse, de toute autre clause dérogeant au droit commun si elle était de nature à être opposée aux tiers; dans le cas contraire, la publicité n'en est pas exigée (1). L'extract doit indiquer non-seulement la raison de commerce de la société et les noms de tous les membres qui la composent; mais encore faire connaître ceux des associés qui sont autorisés à gérer, administrer et signer pour la société. Cette disposition a une importance très-grande, puisque par cela seul que l'acte a établi un associé gérant, il a exclu tous les autres du pouvoir de traiter avec les tiers pour le compte de la société et de l'engager par leur signature (*suprà*, n. 157).

Les noms des actionnaires peuvent n'être pas connus, changer souvent et n'ont aucun intérêt pour les tiers: il en est de même des commanditaires, s'ils ont versé leur mise. Si les commanditaires, au contraire, sont encore débiteurs du montant de leur commandite, les tiers pourraient avoir intérêt à connaître leurs noms, afin d'apprecier leur solvabilité. La loi n'a pas cru devoir cependant faire exception à la règle générale qui s'applique aux commanditaires; les tiers sont instruits que les valeurs promises ne sont pas réalisées; c'est à eux d'apprecier le degré de confiance qu'ils doivent accorder à la société et

---

(1) Cass., 21 fév. 1832 (D.P.32.1.410); Pardessus, n. 4006.

qui ne peut être basé, surtout dans ce cas, que sur le crédit des associés gérants et solidaires. Mais le montant des valeurs à fournir n'en doit pas moins être indiqué, afin que les créanciers puissent plus tard, au besoin, ou agir contre les commanditaires ou exiger la justification de l'emploi des sommes qui auraient été versées. Toute fausse énonciation à cet égard serait punie des peines portées contre l'escroquerie (C. P., art. 405).

L'extrait mentionne également la durée de la société, puisqu'une fois dissoute, tout ce qui serait fait en son nom serait nul.

L'acte de société peut être fait, ainsi que nous l'avons vu, devant notaires, ou sous signatures privées; dans le premier cas, la signature du notaire qui l'a reçu apposée au bas de l'extrait suffit; dans le second cas, tous les associés doivent signer, si la société est en nom collectif; la signature des associés responsables et solidaires est seule exigée, si la société est en commandite.

Lorsqu'un acte sous seing privé reconnu par toutes les parties est déposé par elles chez un notaire, il doit être assimilé, par suite de ce dépôt, à un acte authentique; c'est une règle admise sans difficultés; dans ce cas, il suffirait donc que l'extrait fût signé par le notaire dépositaire.

Les formalités prescrites par les art. 43 et 44 doivent être remplies comme celles dont il est parlé à l'art. 42, sous peine de nullité, puisqu'elles se rattachent les unes aux autres d'une manière nécessaire; l'art. 46 n'établit à cet égard aucune différence.

**255.** Il a été jugé par la Cour de Douai que si l'extrait rendu public n'avait pas déterminé la mise de l'associé commanditaire, cette omission n'avait pas pour effet de rendre de plein droit cet associé commanditaire indéfiniment responsable des dettes sociales (1); mais il s'exposerait à des difficultés fort graves pour établir l'importance de la mise qu'il avait pris l'engagement d'apporter, et justifier avant tout qu'il n'y a ni dol ni fraude de sa part. Ainsi toute infraction aux prescriptions des

---

(1) Douai, 8 janv. 1814.

art. 43 et 44 non-seulement frappe de nullité la société, mais peut créer des embarras aux associés qui n'ont pas veillé à ce que l'on s'y conformât exactement.

M. Delangle désapprouve même formellement, en principe, la doctrine de cet arrêt; il ne se dissimule pas que l'opinion qu'il soutient est d'une rigueur extrême, mais elle lui paraît exigée par le texte de la loi (1); quant à nous, le texte ne nous paraît pas assez précis pour interdire aux tribunaux de prendre en considération les circonstances qui seraient alléguées; mais il y aurait une imprudence extrême au commanditaire à laisser commettre cette omission: car l'associé qui ne borne pas lui-même sa responsabilité peut légitimement craindre qu'elle ne soit regardée par les tiers au moins comme indéfinie.

### ARTICLE 45.

L'ordonnance du roi qui autorise les sociétés anonymes devra être affichée avec l'acte d'association et pendant le même temps.

**236.** Cet article prescrit l'affiche du décret d'autorisation en même temps que de l'acte d'association, puisqu'il en est le complément nécessaire; il veut, en outre, que l'acte entier, et non simplement un extrait, soit rendu public, afin que les porteurs d'actions qui n'ont pas concouru à l'acte puissent en prendre connaissance. La même raison aurait dû peut-être exiger une précaution semblable pour les sociétés en commandite par actions, mais on ne peut suppléer à ce silence et exiger ce que la loi n'a pas ordonné.

La rédaction de l'art. 45 est peu précise et laisse douteuses des questions que la loi aurait dû trancher.

**237.** En premier lieu, les formalités qu'il prescrit sont-elles exigées à peine de nullité? Un arrêt de la Cour de Nancy a décidé le contraire (2); et M. Pardessus semble adopter cette opinion: «Lorsque le législateur, dit-il, a déclaré que

(1) *Sociétés comm.,* n. 559.

(2) Nancy, 22 déc. 1842 (J.P.43.2.320).

les statuts de ces sociétés et l'ordonnance d'autorisation seraient rendus publics, il n'a attaché à cette mesure aucune disposition pénale, comme pour les sociétés en nom collectif ou en commandite. Le motif est facile à deviner, puisque les ordonnances et les statuts sont insérés au *Bulletin des Lois*, mode de publicité bien supérieur à une affiche dans un greffe et à l'insertion dans un journal local (1). » On ne comprendrait pas, il faut l'avouer, la rigueur excessive déployée contre les sociétés en nom collectif et en commandite, si les anonymes devaient être traitées avec tant d'indulgence (2); l'art. 45 ne peut être un texte vain, auquel chacun pourra à son gré déroger; et l'enchaînement des articles doit faire supposer qu'il est placé sous la même sanction que ceux qui le précédent.

**258.** Ce point admis, il reste encore à décider dans quel délai cette formalité doit être accomplie et de quel moment court le délai qui aura été fixé.

Par analogie et si l'on applique la pénalité de l'art. 42, il semble naturel d'accorder à ceux qu'elle menace le délai de quinze jours posé par cet article pour se conformer aux dispositions de la loi; nous pensons, en outre, comme M. Pardessus, que « le délai fatal ne pourrait courir que du jour où l'ordonnance d'autorisation aurait été promulguée par l'insertion au *Bulletin des Lois*, et très-évidemment dans l'intervalle qui s'écoule entre le jour où l'acte de société a été signé des parties et celui où la décision du Gouvernement a été rendue notoire, aucun des signataires ne pourrait se fonder sur le défaut de publicité, pour invoquer la nullité, comme peuvent le faire des associés en nom collectif ou en commandite, dont l'acte n'a pas été publié dans la quinzaine (3). »

Il faut bien admettre que l'acte authentique qui fonde la société est valable et forme un engagement qui ne peut être rompu, si ce n'est sous la seule condition résolutoire que le Gouvernement refusera son autorisation ou que les formalités qui doivent la suivre n'auront pas été accomplies (*sup.*, n° 216); il n'y a pas de raison pour ne pas le décider ainsi, tout aussi bien

(1) *Droit comm.*, n. 1042-2°.

(2) *Troplong*, n. 252.

(3) *Droit comm.*, n. 1042-2°.

pour l'acte de société anonyme que pour l'acte relatif à toute autre société, et qui, lui aussi, est soumis à la condition résolutoire que les prescriptions de l'art. 42, seront scrupuleusement exécutées.

Si l'affiche a été faite même après l'expiration du délai, mais avant toute demande en nullité, la société est désormais régulièrement établie (*suprà*, n° 223).

**259.** L'art. 45 peut soulever encore une difficulté; après avoir décidé que l'affiche qu'il prescrit est exigée sous peine de nullité et doit avoir lieu dans la quinzaine du jour où le décret d'autorisation est inséré au *Bulletin des Lois*, il reste à rechercher si les sociétés anonymes doivent encore accomplir dans le même délai toutes les formalités énumérées par l'art. 42 et que notre article n'a pas pris soin de rappeler. L'usage avait admis que l'art. 42 n'était pas applicable aux sociétés anonymes; un arrêt récent de la Cour de Paris a jugé le contraire et décidé que, dans tous les cas, « les formalités de publicité sont de rigueur pour la société anonyme comme pour la société en nom collectif ou en commandite; que l'inobservation de ces formalités emporte nullité de la société; que cette nullité est absolue et ne peut être couverte par l'exécution volontaire; que l'intention du législateur est encore manifestée par l'art. 46, Cod. comm.; qu'en effet cet article exige, à peine de nullité, que les actes portant continuation, dissolution ou modification de toutes sociétés commerciales, soient rendus publics, conformément aux art. 42, 43 et 44; que cette nullité est prononcée expressément et sans distinction entre les sociétés en nom collectif, en commandite ou anonymes; que le défaut de publication, qui entraîne la nullité de l'acte modificatif, entraîne pareillement celle de l'acte constitutif » (1).

L'usage contraire doit être abandonné comme vicieux; et, en effet, du moment qu'il a fallu, en partie au moins, recourir à l'art. 42 pour compléter l'art. 45, il semble logique de déclarer d'une manière générale qu'il est complètement applicable aux sociétés anonymes, soumises en outre aux formalités spéciales que la loi a écrivées pour elles.

---

(1) Paris, 26 janv. 1855.

## ARTICLE 46.

Toute continuation de société, après son terme expiré, sera constatée par une déclaration des coassociés. — Cette déclaration, et tous actes portant dissolution de société avant le terme fixé pour sa durée par l'acte qui l'établit, tout changement ou retraite d'associés, toutes nouvelles stipulations ou clauses, tout changement à la raison de société, sont soumis aux formalités prescrites par les articles 42, 43 et 44. — En cas d'omission de ces formalités, il y aura lieu à l'application des dispositions pénales de l'article 42, dernier alinéa.

**240.** Les précautions prises par la loi pour la publicité des actes de société auraient été complètement illusoires, si toute modification apportée au contrat n'avait pas dû recevoir une publicité semblable; c'est ce que la loi a pris soin de dire pour éviter toute hésitation. La stricte exécution de l'art. 46 est placée sous la même sanction que les formalités prescrites par les art. 42, 43 et 44; il y a lieu, dans tous les cas, à prononcer la nullité.

Ces règles doivent être suivies, même quand il s'agit de sociétés non publiées, puisque l'inexécution de l'art. 42 ne peut être opposée aux tiers: « Attendu, a dit la Cour de cassation, que la relation de l'art. 46 à l'art. 42 ne suffit pas pour donner un sens restrictif à l'art. 46 : en effet, de ce que l'art. 46 est applicable aux sociétés publiées en exécution de l'art. 42 il n'est pas permis de conclure que cet article ne doit pas aussi être appliqué aux sociétés non publiées; ce serait autoriser les sociétés déjà coupables de l'inexécution de l'art. 42, à induire encore les tiers en erreur, en n'exécutant pas l'art. 46 » (1).

Ici se représente une question déjà soulevée sous l'art. 42;

(1) Cass., 9 juill. 1833 (S.V.33.1.538). — Sic, Id. 29 janv. 1838 (S.V.38.1.61).

les formalités exigées par l'art. 46 doivent-elles, à peine de nullité, être accomplies dans le délai de quinzaine établi par l'art. 42 ? La question étant la même, la réponse ne peut varier (*suprā*, n<sup>o</sup>s 158 et suiv.) : un arrêt de la Cour de cassation que nous avons cité sous l'art. 42, mais qui s'applique plus particulièrement à l'art. 46, dit que la publication après le délai de quinzaine de l'acte de dissolution d'une société ne doit pas être réputée non avenue et que la société n'est pas censée continuer ; mais la dissolution a son effet du jour de la publication, et non à partir de la date de l'acte tardivement publié (1).

Il semblerait superflu d'ajouter, s'il n'existe pas un arrêt sur cette question, que l'obligation de publicité ne s'applique qu'aux stipulations ou clauses qui auraient dû prendre place dans l'extrait dont parle l'art. 42 et qui sont de nature à intéresser les tiers ; ainsi n'est pas soumise à la condition de publicité la clause qui change le mode de partage des bénéfices de la société (2) ; mais la ratification par un associé de l'acte auquel il n'avait pas concouru et dans lequel on s'était porté fort pour lui a été regardée comme une modification sujette à publication nouvelle, quoique toute publicité eût été donnée à l'acte avant la ratification (3). C'est du reste aux tribunaux qu'il appartient d'appréhender quelles sont les stipulations qui doivent être publiées, s'il y a contestation (4).

**241.** Si la dissolution de société avant le terme fixé pour sa durée par l'acte qui l'établit n'a pas été rendue publique, et doit être considérée comme non avenue, l'associé retiré de fait reste donc de plein droit obligé à tous les engagements contractés par les membres de la société, dont il doit être réputé faire encore partie (5) ; il n'en est pas ici comme du cas que nous avons examiné sous l'art. 21, où toute publicité étant

(1) Cass., 9 juill. 1833 (S.V.33.4.538). — *Sic*, Cass., 7 juin 1831 (D.P.31.4.316) ; Pardessus, n. 1088-2°.

(2) Cass., 24 fév. 1832 (S.V.32.2.544).

(3) Cass., 4 août 1847 (S.V.47.4.649).

(4) Cass., 26 août 1845 (S.V.45.4.625).

(5) Lyon, 14 mai 1832 (S.V.32.2.505).

donnée à l'acte de société, la raison sociale contiendrait cependant le nom d'une personne qui ne serait pas associée. Une publicité incomplète, telle que la publication et l'affiche à un tribunal autre que celui où ressortit l'établissement social, est sans valeur. Cette circonstance que les engagements ont été contractés sous une raison sociale différente de celle qu'avait adoptée la société dissoute clandestinement ne suffit pas pour décharger l'associé retiré : en effet, les engagements contractés au profit de la société, et ici elle est présumée subsister encore, doivent être exécutés par elle, quoiqu'ils n'aient pas été contractés sous la raison sociale (1); c'est ce que nous avons enseigné sous l'art. 22 (*supra*, n° 153).

La Cour de Dijon a jugé que la dissolution peut être opposée aux tiers, quoiqu'elle n'ait pas été légalement publiée, s'ils en ont eu connaissance (2) : cette doctrine ne peut être admise qu'autant que la société aurait été dissoute de plein droit, par la mort de l'un des associés, par exemple ; c'est une question que nous aurons à discuter sous l'art. 64, en traitant des différentes manières dont finit la société (*infra*, n° 272) ; mais, si la société n'a pas été dissoute par un événement qui lui fait prendre fin de plein droit, les règles enseignées sous l'article 42 doivent être suivies ; et nous n'admettons pas que le vœu de l'art. 46 soit suffisamment rempli par des circulaires et des insertions dans les journaux ; il faut se conformer strictement à la loi (3).

**242.** Les associés eux-mêmes peuvent se prévaloir de la nullité de l'acte de prorogation, comme ils peuvent, ainsi que nous l'avons vu sous l'art. 42, se prévaloir de la nullité de l'acte même de société ; les règles à suivre sont les mêmes pour le cas prévu par l'art. 42 et ceux qu'a en vue l'art. 46. M. Pardessus a voulu établir une différence entre le cas où il s'agit de la formation d'une société et celui où il s'agit de sa dissolution, mais il est forcé d'ajouter : « Nous ne nous dissi-

(1) Cass., 29 janv. 1838 (J.P.38.1.499).

(2) Dijon, 22 juill. 1835 (S.V.38.1.612). — *Sic*, Paris, 1<sup>er</sup> juin 1854 (S.V.54.2.535).

(3) Delangle, n. 579. — *Contra*, Bordeaux, 22 déc. 1828 (D.P.29.2.72).

mulons pas, toutefois, que notre opinion, tout équitable qu'elle nous paraisse, s'écarte de la lettre de la loi » (1). Les raisons puisées dans les principes généraux dont il s'appuie seraient parfaitement applicables à la formation de la société ; mais la loi a voulu se montrer d'une rigueur excessive et sacrifier les principes à des considérations d'un autre ordre ; les motifs subsistent dans toute leur force, comme les raisons contraires qui n'ont pas arrêté le législateur.

Pour le temps écoulé jusqu'au jour de la nullité prononcée, les intérêts des associés entre eux se règleraient par les clauses de l'acte qu'ils avaient librement consenti (*suprà*, nos 231 et s.).

Dans le cas prévu par l'art. 46, lorsque la société a été dissoute sans publicité, l'action des tiers ne pourrait être plus étendue que si les titres dont ils sont porteurs avaient été souscrits avant l'époque fixée pour la fin de la société ; et le commanditaire, par exemple, qui n'a pas fait acte de gestion, ne pourrait être tenu indéfiniment : « Il faut admettre, dit un arrêt de la Cour de Paris, que les sociétés se continuent dans leur spécialité originaire, à moins de circonstances particulières qui en modifient la nature » (2).

**245.** Les règles prescrites pour les sociétés en nom collectif, en ce qui concerne la retraite d'un ou de plusieurs associés, ne trouvent aucune application dans les sociétés anonymes et ne peuvent être étendues qu'avec bien des restrictions aux associés commanditaires.

Si la commandite est par actions, il est hors de doute que les actions peuvent être librement cédées, sans que les changements d'associés aient besoin, dans ce cas, de recevoir aucune publicité ; la règle serait la même que pour les sociétés anonymes.

Dans le cas où la commandite n'est point par actions, si elle a été intégralement fournie, et que le montant en reste dans la société, le changement dans la personne du commanditaire serait une de ces modifications, sans aucun intérêt pour les

(1) *Droit comm.*, n. 1071.

(2) Paris, 17 avr. 1839 (D.P.39.2.125).

tiers, qui n'ont pas besoin d'être publiées. Mais il n'en saurait être de même, si le commanditaire, en se retirant, obtient des autres associés une modification à ses engagements, ou reprend tout ou partie du capital qu'il a versé.

Si le commanditaire n'a versé qu'une partie de sa mise, les associés gérants peuvent-ils consentir une novation qui met à sa place un nouveau commanditaire, et décharger celui qui se retire de toute obligation envers la société ? Nous avons décidé le contraire pour l'actionnaire d'une société anonyme, mais nous avons eu soin de dire que les pouvoirs d'un gérant dans une société semblable étaient infiniment moins étendus que ceux des associés responsables des sociétés collectives ou en commandite. Ces derniers ont le pouvoir d'aliéner et d'engager indéfiniment la société : comment leur refuser le droit de consentir cette novation ? Nous croyons qu'il n'y a dans cette doctrine aucune contradiction (1), et nous ne voyons même pas pourquoi le commanditaire, qui cède ses droits dans ce cas, serait tenu de rendre public l'acte par lequel il est remplacé. Nous ne pensons pas que, faute de cette précaution, il dût continuer d'être considéré comme commanditaire (2), puisque son nom n'a pas dû être connu, n'a pas dû être publié ; les tiers ne pourraient se plaindre avec raison.

L'extrait déposé, conformément à l'art. 43, faisait connaître aux tiers qu'il y avait des commanditaires, mais ne les nommait pas ; que le montant des valeurs qu'ils devaient verser n'était pas réalisé : en quoi ces énonciations ont-elles cessé d'être vraies parce qu'il y a eu novation dans la personne des commanditaires débiteurs ?

Dans la société en commandite, toute nouvelle convention affectant la mise a une importance bien autrement grande que celle qui s'applique à la personne même du commanditaire, et doit être rendue publique : ainsi, il a été jugé qu'une contre-lettre par laquelle le commanditaire vendait au gérant un immeuble formant, aux termes de l'acte social, une partie de sa mise, devait être publiée comme modifiant les conditions de la

(1) *Pardessus*, n. 1088-2°.

(2) *Contrà*, *Pardessus*, n. 1088-2°.

société, pour qu'elle pût être opposée aux tiers (1). Cette convention diminuait bien, en effet, l'apport social du commanditaire, quoique à quelques égards l'actif social restât le même, puisque l'immeuble n'était pas retiré de la société ; mais la commandite stipulée doit s'ajouter au patrimoine du gérant et en être indépendante. Ainsi, dans aucun cas, le commanditaire ne pourrait céder ses actions au gérant lui-même.

**244.** Après la dissolution de la société régulièrement publiée, un engagement signé du nom social ne pourrait obliger les anciens associés ; il y aurait un faux ; s'il était antidaté, ce serait un nouveau faux ajouté à celui qui résulterait de l'emploi de la raison sociale d'une société légalement dissoute, et cette circonstance ne changerait pas le principe. Celui qui a reçu l'acte faux ne pourrait invoquer sa bonne foi (2).

L'acte qui constate un changement ne doit pas laisser d'équivoque : ainsi, lorsqu'une Cour a jugé que le directeur gérant d'une société a abdiqué ces fonctions et les a transmises à un autre, conformément au droit qu'il s'était réservé par l'acte de société, mais qu'il n'a pas cessé cependant d'être associé non gérant, cette appréciation est souveraine et ne peut donner ouverture à cassation (3).

**245.** Les règles que nous venons d'exposer doivent être équitablement appliquées ; et la Cour de cassation a jugé qu'on ne pouvait se prévaloir du défaut de publication de l'acte de dissolution et de la continuation présumée de la société, ou contester les effets de la liquidation, qu'à la condition de prouver avoir connu en fait l'existence de la société et avoir entendu contracter avec elle ou à cause d'elle dans l'ignorance de sa dissolution et de sa liquidation (4). En effet, quel tort le tiers peut-il alléguer, s'il n'a même pas connu la société ? et de quelle utilité pouvait être pour lui de savoir la dissolution d'une société dont il avait toujours ignoré l'existence ?

(1) Cass., 26 août 1845 (S.V.45.1.625), et la note de M. Devilleneuve.

(2) Pardessus, n. 1088-3°.

(3) Cass., 1<sup>er</sup> juill. 1844 (S.V.44.1.855).

(4) Cass., 13 mars 1854 (S.V.54.1.378).

## ARTICLE 47.

Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les *associations commerciales en participation*.

---

## ARTICLE 48.

Ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce ; elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants.

---

Achat en commun, 253.	Communauté, 247.	Solidarité, 250 et s.
Caractère distinctifs, 246 et s.	Rapports des particip., 249.	Tiers, 248, 250.

---

**246.** Les associations en participation ne doivent pas être considérées comme une quatrième espèce de société ; le Code, en parlant dans une disposition particulière, le fait connaître expressément. La participation n'établit pas entre ceux qui la forment cette communauté d'intérêts qui forme la base des sociétés, et ne produit pas les mêmes résultats. Il peut arriver et il arrive en effet journallement que deux sociétés permanentes se réuniront pour faire en participation une ou plusieurs opérations commerciales, sans que ces sociétés en éprouvent aucune modification dans leur constitution et sans qu'elles cessent un seul instant de conserver leur existence indépendante et séparée.

Il n'est pas aisé de définir d'une manière doctrinale avec toute la clarté désirable les caractères distinctifs qui séparent l'association en participation d'une société en nom collectif. On a prétendu qu'elle ne pouvait s'appliquer à des opérations qui n'étaient pas prévues et déterminées au moment où l'association s'est formée, ou à une série d'opérations successives ; qu'elle devait se renfermer dans une seule affaire et le temps nécessaire pour la terminer. Il serait dangereux de se fier à

ces définitions beaucoup trop vagues, quand elles ne sont pas démenties par les faits. Le Code de commerce n'a pas ainsi limité la participation ; il a été impuissant, sans doute, à la bien définir, mais il l'a laissée telle qu'elle existait sous l'ancien droit et pouvant s'appliquer, au moins par exception, à tous les cas dont la doctrine quelquefois a voulu l'exclure (1).

Ainsi, la jurisprudence a considéré comme une simple participation l'association formée pour l'exploitation d'un établissement de bains publics (2) ; d'un appareil breveté, même quand il s'y joignait l'achat des matières premières nécessaires à cette exploitation (3) ; de la monnaie de La Rochelle, quoique à la circonstance d'opérations successives, il fallut ajouter des opérations accessoires, telles que l'affinage et souvent des opérations de change (4). La convention par laquelle deux individus s'associent pour trois ans, afin de faire le commerce de vins, avec cette clause que l'un prendra les vins sur les lieux et les expédiera à l'autre, qui fournira les magasins, paiera les droits, procurera la vente (5), ainsi que celle pour la publication d'un journal (6), ont été déclarées également ne constituer que des associations en participation.

**247.** Le caractère distinctif de la participation, selon nous, ce qui la différencie d'une manière bien nette de la société, c'est que celle-ci n'existe qu'autant qu'il y a communauté ; on n'est associé qu'à la condition de mettre quelque chose en commun ; il y a nécessairement un patrimoine appartenant à l'être moral que représente la société ; et ce patrimoine est distinct de celui des associés : dans la participation, au contraire, il n'y a pas d'être moral, il n'y a pas de biens sociaux ; chacune des parties garde son individualité parfaitement distincte, et ne met rien en communauté : les parties sont libres de stipuler telles conditions qu'elles jugeront à propos ; d'imposer à chacune d'elles des obligations et des devoirs parti-

(1) Agen, 23 nov. 1853 (S.V.54.2.23).

(2) Cass., 5 juill. 1825.

(3) Amiens, 18 janv. 1843 ; Rouen, 19 janv. 1844 (S.V.45.2.362 ; 44.2.393).

(4) Poitiers, 13 juill. 1837 (J.P.40.1.168).

(5) Bruxelles, 27 nov. 1830.

(6) Paris, 9 mars 1843 (S.V.43.2.273).

culiers ; mais la convention ne doit pas avoir d'autre but que de partager, quand l'opération ou les opérations seront achevées, la perte ou le bénéfice qui en sera résulté.

Ainsi, M. Delangle, critiquant un arrêt de la Cour de cassation que nous avons cité tout à l'heure, qui déclare simple participation la société formée pour l'exploitation d'une maison de bains pendant treize années, s'exprime ainsi : « Est-ce que la convention a pour objet et pour but, soit un fait, soit un certain nombre de faits déterminés, prévus et qui doivent, dans un temps quelconque, être accomplis et consommés, de telle manière que la société n'ait plus de cause ? Non, assurément, car il y a dans une convention de cette nature une cause perpétuelle de rapports et d'obligations réciproques. C'est une succession de faits qui se renouvellent et peuvent être infinis. Quand les parties ont fixé le terme de leurs relations à treize années, ce n'est pas qu'à cette époque, plus qu'avant, la matière de la spéculation pût manquer. Elles en auraient étendu la durée à vingt, trente, à quarante ans, que le dernier comme le premier jour il y aurait eu réunion des éléments qui constituent la société : chose mise en commun, collaboration nécessaire, chance de gain et de pertes » (1).

Des trois conditions, en effet, rappelées par M. Delangle, comme constituant la société, la troisième seulement doit se retrouver nécessairement dans la participation ; la collaboration, si elle n'est pas nécessaire, peut résulter des conventions des parties, mais n'a pas lieu en commun ; l'industrie comme les capitaux, les marchandises ou tous autres objets matériels, restent distincts.

Chaque intéressé agit donc avec ses fonds et pour soi avec une entière indépendance ; il gère comme il l'entend, conduit ses opérations comme il veut, et ne doit à son coparticipant qu'un compte des profits et des pertes qui se partagent d'après les conventions, et sauf, bien entendu, la responsabilité qui se rrait encourue pour dol ou pour fraude, ou même pour fautes. Ce n'est donc pas sans doute une condition de doctrine que la participation ait lieu pour une ou plusieurs opérations déter-

---

(1) *Société comm., n. 244.*

minées à l'avance et devant s'accomplir dans un délai fixé; mais ce sera presque toujours une condition de fait pour empêcher la participation de dégénérer en société.

Ce serait aller trop loin sans aucun doute, que de prétendre que les participants ne peuvent, si telle est leur volonté, établir entre eux une communauté. Cette communauté résultant d'une convention expresse ne suffit pas à elle seule, si les participants n'ont jamais agi de manière à révéler une société, pour faire déclarer la participation, une société en nom collectif. Mais ce que nous voulons dire, c'est que la communauté des mises, loin d'être de l'essence de la participation comme elle l'est des autres sociétés commerciales, ne peut exister que par suite d'une stipulation particulière.

Nous n'admettons pas que le participant achetant en son nom agisse comme commissionnaire du participant inactif et que, par suite, celui-ci devienne propriétaire de plein droit, pour sa part, de la chose achetée; rien ne nous démontre l'existence du contrat de commission en pareille circonstance. Si le participant inactif a avancé les fonds, il a suivi la foi de son participant et ne peut revendiquer; s'il n'a pas avancé les fonds, il n'est pas tenu, en cas de faillite, de se livrer des marchandises achetées, car il ne s'est engagé à autre chose qu'à supporter sa part dans les pertes, une fois l'affaire liquidée.

Si peu d'instants après que le participant a acheté les marchandises, objet de l'association, elles viennent à périr, son associé ne supporte pas cette perte pour sa part, en qualité de propriétaire, car aucune partie de ces marchandises n'a jamais été sa propriété; mais le dommage souffert par l'acheteur est une suite directe de l'affaire traitée en commun, et son participant ne peut refuser de l'indemniser jusqu'à due concurrence. Telles sont, nous le croyons du moins, les règles qui devraient être suivies.

MM. Delamarre et Lepoitvin ont soutenu des principes différents, que nous ne pouvons admettre (1).

(1) *Contr. de comm.*, t. 5, n. 124, et *Supplément*, p. 316.

Il nous reste à exposer les effets de la participation, soit à l'égard des participants entre eux, soit à l'égard des tiers.

**248.** Le participant qui a fourni les fonds reste seul propriétaire des marchandises qu'il a acquises; son coparticipant ou les créanciers personnels de celui-ci n'ont aucun droit sur cette propriété. Si cet acheteur les adresse à son associé, il n'en reste pas moins propriétaire; et ils doivent être considérés, l'un comme un commettant ordinaire, l'autre comme un dépositaire ou un commissionnaire. En cas de faillite, il conserve donc le droit et le privilège de revendiquer sa marchandise, et, si elle a été vendue par l'associé, le prix qui en est encore dû. Il doit seulement compte du bénéfice que pourra donner l'opération (1). « En un mot, dit M. Vincens, celui qui a fait l'avance n'a rien aliéné à l'intéressé, qui n'a pas fait sa mise, même en lui confiant les effets et les soins de la revente. Ce n'est, en ce cas, que pour le profit ou la perte finale, et non pour la propriété, qu'ils sont associés » (2). C'est par suite de ces principes qu'il a été jugé que, dans une participation, les écritures de l'un et de l'autre participant qui s'accordent à débiter l'associé non propriétaire de la moitié des marchandises, objet de l'association, n'ont pas d'autre but ni d'autre effet que de constater ce qui est dû par le coparticipant à celui qui a fait les avances, mais ne constituent pas une vente (3). Entre participants, la propriété n'est jamais présumée commune, et, d'un autre côté, la nature des rapports qui existent entre eux répugne à l'idée d'une vente, car ils ne sont pas associés pour se faire mutuellement des ventes, mais bien pour acheter à des tiers ou leur vendre, en partageant, l'opération une fois terminée, le bénéfice ou la perte.

**249.** De participant à participant et sauf le cas de faillite, qui fait nécessairement intervenir les tiers dans les rapports qui existent entre eux, il semble impossible qu'il y ait un intérêt pratique à démêler, s'il y a eu participation simple ou société véritable au moment de liquider l'opération qu'ils ont faite

(1) Cass., 7 août 1838 (S.V.38.1.694); Bruxelles, 15 mars 1808.

(2) Vincens, t. 1<sup>er</sup>, p. 380.

(3) Cass., 7 août 1838 (J.P.38.2.422).

en commun. Si, jusqu'au moment où ils règlent leurs comptes, il n'y a entre eux aucune solidarité ; si l'un n'est jamais supposé même le mandataire de l'autre ; si chacun agit pour soi ; si la propriété de l'opération surtout n'est jamais devenue commune , il faut bien admettre, au moment de la liquidation, qu'ils étaient associés pour partager les gains et les pertes, et que chaque participant est tenu envers son associé des pertes survenues, indéfiniment et non-seulement jusqu'à concurrence de sa mise, sauf toutefois des conventions contraires explicites, qui devraient être suivies, puisque les tiers sont tout à fait désintéressés dans un règlement , qui ne touche que les associés eux-mêmes (1). Ils ont toute liberté pour les stipulations qui les concernent (2). Mais la Cour de Rouen, dont nous venons de citer l'arrêt, en admettant comme parfaitement licite que l'un des participants eût pu stipuler que ses capitaux mis dans la participation seraient productifs d'intérêts et devraient lui être remboursés avant tout partage de bénéfice, n'a pas permis que ce capitaliste pût prétendre avoir, à l'égard des tiers, un droit de préférence sur l'actif de son coparticipant ; ce droit de préférence accordé à quelques créanciers, quand les associés ont mis en commun certaines valeurs devenues le patrimoine de l'être moral appelé société, ne peut exister, nous le répétons, lorsqu'il n'y a ni être moral, ni patrimoine commun et distinct. Les créanciers que l'un des associés s'est donnés, même pour les affaires sociales, sont sur un pied d'égalité avec ses créanciers personnels ; ils ne peuvent avoir, ni les uns ni les autres, de privilège sur la chose mise en participation qui est restée la propriété de la personne avec laquelle ils ont contracté (3).

**250.** C'est donc dans les rapports avec les tiers qu'il existe un intérêt très-grand à distinguer la participation de la société ; dans le premier cas, en effet, il n'existe entre les coparticipants aucune solidarité ; nous savons que la solidarité est, au contraire , de l'essence des sociétés commerciales. Cette

(1) Troplong, n. 515.

(2) Poitiers, 15 mai 1821 ; Rouen, 19 janv. 1844 (S.V.44.2.393).

(3) Cass., 19 mars 1838 (S.V.38.1.343); Troplong, n. 82.

règle a cependant été controversée en ce qui concerne les participations.

L'ordonnance de 1675 ne parlait pas des associations en participation et les laissait, par suite, sous l'empire du droit commun, qui ne permet de s'engager et de stipuler que pour soi-même. Le Code de commerce, sans doute pour n'être pas accusé, comme l'a été quelquefois la loi de 1673, d'avoir ignoré l'existence de pareilles associations, les a nommées, a cherché à les définir, mais a voulu seulement maintenir d'une manière explicite les règles que la jurisprudence avait établies à l'égard de ces associations, auxquelles il refuse avec intention le nom de *société*. « Il n'y avait point anciennement de solidarité, disent MM. Delamarre et Lepoitvin, il n'y en a donc point davantage aujourd'hui. Non-seulement il n'y avait point de solidarité, le créancier n'avait même pas d'action contre le participant avec lequel il n'avait point traité. Par la même raison, il en est encore ainsi, et rien de plus juste, de plus conséquent. En effet, si l'on donnait une action au créancier contre le participant avec lequel ce créancier n'a pas contracté, il faudrait aussi en donner une à ce participant contre le créancier pour forcer celui-ci à l'exécution d'un contrat qu'il aurait fait avec l'autre associé. Or cette double action anéantirait l'association fiduciaire, que la loi autorise. Elle supposerait un contrat entre des parties qui n'ont pas contracté; ce serait altérer l'inflexibilité d'un fait; dans un tel système, il n'est plus de participation possible, et l'on ne s'explique pas comment des tribunaux ont pu juger que le participant étranger au contrat de son associé est, non-seulement débiteur, mais débiteur solidaire d'un créancier avec lequel il n'a eu aucune négociation » (1).

L'action dans ce cas ne procèderait ni de la convention, ni de la loi; MM. Delamarre et Lepoitvin soutiennent contre Merlin (2) qu'elle ne résulte pas davantage de l'équité, que l'on a souvent et mal à propos invoquée dans cette occasion. Ainsi on a dit et répété : Vous ne pouvez pas vous enrichir aux dépens d'autrui. « L'objection, répondent MM. Delamarre et Lepoit-

(1) *Contr. de comm.*, t. 2, n. 246.

(2) *Quest. de droit*, v<sup>e</sup> *Société*, n. 2.

vin, n'est qu'une pétition de principe, dans laquelle on suppose ce qui n'existe pas; je ne m'enrichis du bien de personne : *meum recipi*. En effet, quand vous prêtez une somme à Jacques, vous l'en faites propriétaire et devenez son créancier. Cela est des premiers éléments. Si donc quelque chose de cette somme est parvenu jusqu'à moi, je le tiens de Jacques, qui en avait le *dominium*, et non de vous, qui le lui aviez transféré. Avais-je à m'enquérir d'où provenait cet argent?

« Il n'en est pas autrement lorsqu'en donnant du terme à Jacques, vous lui vendez de la marchandise, dont la revente tourne à mon profit. C'est comme si vous lui aviez prêté le prix de la facture.

« Par conséquent aussi, lorsqu'ayant, en vertu de votre mandat, recouvré pour vous un effet, ou touché le prix des marchandises que vous lui aviez consignées, il emploie le produit du recouvrement ou de la vente dans son commerce de commission, où je suis participant, point de recours contre moi, alors même qu'il est prouvé que je profite de la somme, à concurrence de ma part dans l'association » (1).

Il n'y a pas de milieu : possible ou les participants, employant une désignation mensongère, ont cherché à dissimuler une véritable société en nom collectif, et alors ils seront soumis aux conséquences qui doivent en résulter ; ou bien ils sont restés simples participants, et, dans ce cas, aucune solidarité, aucune action des créanciers contre ceux avec qui ils n'ont pas traité. Si, par suite d'une affaire traitée loyalement avec Pierre, Paul a réalisé un bénéfice, est-ce qu'il peut devoir compte à un tiers, qui se trouvera victime de la confiance qu'il avait eue en Pierre ? Ce tiers peut-il dire que Paul s'est enrichi à ses dépens ? Dans de pareilles conditions, aucun commerce ne serait possible. Celui qui achète des marchandises n'a jamais eu besoin, pour en devenir légitime propriétaire, de s'informer si le vendeur en doit encore le prix.

**251.** « Plus de possibilité d'équivoquer sur une prétendue lacune, disent MM. Delamarre et Lepoitvin. Le Code de commerce reconnaît *in terminis* les associations en participation,

---

(1) *Contrat de comm.*, t. 2, n. 252.

*indépendamment* des sociétés, et ne leur donne d'autres règles que les *conditions convenues entre les participants*. Il ne personifie point la participation ; celle-ci, bien différente des sociétés, n'a point, en dehors des associés, une personne morale, un nom social, en un mot, une *raison* qui les représente tous, ou qui représente les capitaux de tous. Son existence n'est même pas révélée, parce que, comme le dit nettement Savary, *elle n'importe en façon quelconque au public*. La loi n'avait donc rien à régler : aussi n'a-t-elle rien réglé touchant l'intérêt du tiers qui se mettrait en rapport avec tel ou tel individu, membre d'une pareille association, que ce tiers ignore. C'eût été une inconséquence, un *non-sens*. Tout a été laissé, tout devait être laissé sous les règles générales des contrats. Or, une de ces règles de bons sens et d'équité, c'est que nul n'est tenu par le contrat d'un autre : *Nemo est alterius contractu obligatus* (1). »

La seule question à résoudre, en cas de contestation, est donc celle-ci : y a-t il société en nom collectif dissimulée, ou y a-t-il simplement association en participation ? Dans le premier cas, les règles sont connues ; dans le second, aucune solidarité ; aucune action que celle qui résulte directement du contrat entre les personnes qui y ont participé en leur propre et privé nom.

Ce n'est donc pas une exception aux principes que nous venons d'établir, que de constater que, si les participants ont agi collectivement, et ont laissé croire qu'ils étaient associés purs et simples, ils deviennent solidaires : tout autre système favoriserait par trop évidemment la fraude de personnes agissant collectivement pour inspirer le crédit, et se réfugiant dans l'allégation d'une participation menteuse pour éviter d'accomplir les obligations contractées. Si les créanciers allèguent et prouvent qu'il y a eu véritable société, ce n'est pas parce qu'on aura évité de se conformer aux formalités et à la publicité requises que les débiteurs se trouveront à l'abri.

La jurisprudence paraît se fixer dans un sens conforme à ces

(1) *Contr. de comm.*, t. 2, n. 251.

règles (1), qui sont adoptées par presque tous les auteurs (2). Les Codes étrangers les plus récents les ont explicitement consacrées : « Ces associations, dit le Code néerlandais, ne donnent action aux tiers que contre celui des associés avec lequel ils ont contracté » (3). Mais il faut dire avec M. Troplong : « momentanée ou prolongée, embrassant une affaire née ou une affaire à naître, une opération simple ou des opérations successives, dès l'instant qu'elle ne reste pas concentrée dans des rapports intérieurs, elle est une société collective ; le nom de participation est menteur, il ne lui appartient pas (4). »

**252.** Les Cours impériales sont souveraines pour décider les difficultés qui s'élèvent sur cette question ; dans l'état de la législation, a dit la Cour de cassation, « la question de savoir si une association commerciale en participation constitue une pure association ou une société qui a pour objet de faire le commerce d'une manière générale est une question de fait exclusivement dévolue à l'appréciation des juges du fait (5). »

Ainsi les Cours impériales ont pu décider qu'une association qualifiée dans un acte public de société en commandite par ceux qui l'avaient souscrit ne devait pas être rangée dans cette classe, à raison des stipulations contraires aux règles de cette société, comme l'obligation de supporter les pertes par moitié, et n'était pas cependant une société en nom collectif, mais bien une simple participation, « dont l'existence n'est pas incompatible avec le but annoncé de se livrer à l'exploitation d'une branche de commerce non limitée, soit dans son extension, soit dans la durée de ses opérations » (6). Leur décision ne peut être soumise à aucune censure, mais, une fois la qualification donnée à l'acte intervenu entre les contractants, il n'apporterait plus évidemment aux Cours impériales d'en modifier arbitrairement les effets.

(1) Cass., 8 janv. 1840 (S.V.40.1.19); Bordeaux, 23 juin 1853 (S.V.54.2.23).

(2) Troplong, n. 780 à 802; Delangle, n. 603 et 604; Molinier, n. 597; Massé, t. 5, n. 79. M. Pardessus paraît soutenir une opinion contraire, n. 1049.

(3) Code néerlandais, art. 58; Code espagnol, art. 356 et 357.

(4) *Sociétés*, n. 499.

(5) Cass., 8 janv. 1840 (J.P.40.1.168). — *Sic*, Cass., 5 juill. 1825; 30 avril 1828; 7 déc. 1836 (S.V.37.1.650).

(6) Agen, 23 nov. 1853 (S.V.54.2.23).

**253.** En s'appuyant sur les expressions de la loi, on a soutenu qu'il n'était pas possible de trouver une association en participation dans la convention n'ayant pour but que l'*achat* en commun , l'art. 48, disait-on, établit que les associations en participation sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce, et l'art. 632 ne répute acte de commerce que l'*achat* de marchandise fait pour *revendre*. Ce raisonnement n'était qu'une chicane. Si la convention excluait l'idée de revente en commun, il n'en restait pas moins certain que chacun des participants avait acheté dans le but de revendre, mais en particulier et non plus en commun : « La convention d'acheter en commun, a dit la Cour de cassation, a suffi, aux termes de l'art. 48, Cod. de comm., pour constituer une association en participation, soit que les participants eussent dû revendre aussi en commun les objets achetés, soit qu'ils eussent dû seulement les partager entre eux après leur achat (1). »

#### ARTICLE 49.

Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise.

**254.** Aucun acte n'est nécessaire pour contracter une semblable association, aucune formalité n'est imposée pour la constater : il était donc facile de prévoir que des difficultés pourraient s'élever pour en prouver l'existence, même entre les participants. La loi a donné toute facilité pour arriver à cette preuve et toute latitude aux juges ; l'aveu des parties suffirait (2).

On avait demandé au conseil d'Etat si, pour admettre la preuve testimoniale, un commencement de preuve par écrit serait nécessaire : « Sans doute, répondit Regnaud de Saint-

(1) Cass., 4 déc. 1839 (J.P.39.2.569).

(2) Colmar, 21 mai 1843.

Jean-d'Angély, les tribunaux seront très-réservés à admettre ce genre de preuves, quand il ne sera pas appuyé d'un commencement de preuve par écrit (1). » Mais, toutefois, il faut ajouter qu'ils ont toute latitude à cet égard ; le texte ni la discussion n'ont eu pour résultat d'établir une règle absolue ; journellement, dans les foires, des associations de ce genre se forment pour un moment entre gens qui ne savent même pas écrire.

Encore moins exigea-t-on, s'il y a un écrit, qu'il ait été rédigé conformément à l'art. 1525, Cod. Nap., et en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées ; un arrêt contraire de la Cour de Colmar ne peut être suivi (2).

Les tiers, à l'égard desquels aucune règle n'est prescrite, peuvent-ils également invoquer les trois genres de preuve énoncés par l'art. 49, et particulièrement la preuve testimoniale, même sans un commencement de preuve par écrit ?

Cette question ne peut être soulevée ; l'existence d'une participation, nous l'avons déjà dit, ne peut jamais avoir d'intérêt pour les tiers ; ce fait controversé au conseil d'État y a été établi par la discussion d'une manière préemptoire (3).

**255.** Si tous les genres de preuve sont admis pour établir l'existence d'une association en participation, il en doit être et il en est de même pour établir qu'elle a été dissoute ; alors même qu'elle aurait été formée par un acte écrit, la preuve testimoniale, de simples présomptions, pourraient suffire pour établir qu'elle a pris fin : « Attendu, a dit la Cour de cassation, que, si l'existence d'une société en participation peut être établie par une preuve écrite ou testimoniale, sa dissolution peut aussi être établie par les mêmes moyens ; qu'en jugeant ainsi, l'arrêt attaqué n'a point violé l'art. 49, Cod. comm. (4). »

(1) Procès-verbaux, 15 janv. 1807; Locré, t. 17, p. 494.

(2) Colmar, 28 août 1816.

(3) Procès-verbaux, 15 janv. 1807; Locré, t. 17, p. 495.

(4) Cass., 10 janv. 1831 (S.V.32.1.207).

**ARTICLE 50.**

Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés.

**256.** Cet article rappelle en termes exprès ce qui résulte implicitement de la nature des associations en participation et des développements dans lesquels nous sommes entrés. N'intéressant pas les tiers, toutes les formalités prescrites pour les sociétés deviennent inutiles, et il y aurait souvent même impossibilité de les remplir dans le cas de ces associations passagères, dont la durée fort courte ne laisserait même pas le temps matériel nécessaire pour se conformer aux prescriptions de l'art. 42, Cod. comm.

L'art. 50 s'applique tout aussi bien à la dissolution du contrat de participation qu'à sa formation ; et, si néanmoins cette dissolution avait été rendue publique avec les formalités prescrites pour les sociétés en nom collectif, l'association par cela seul, évidemment, ne deviendrait pas une société en nom collectif (1) ; mais il faut dire que l'accomplissement des formalités exigées spécialement pour constater l'existence ou la dissolution des véritables sociétés commerciales pourrait quelquefois être relevée contre les participants, si les tiers avaient intérêt à prouver qu'ils sont associés : il faut donc agir avec une prudence extrême.

**SECTION II.**

*Des contestations entre associés, et de la manière de les décider.*

**ARTICLE 51** (abrogé).

Toute contestation entre associés, et pour raison de la société, sera jugée par des arbitres.

(1) Paris, 9 mars 1843 (S.V.43.2.273).

**ARTICLE 52** (abrogé).

Il y aura lieu à l'appel du jugement arbitral ou au pourvoi en cassation, si la renonciation n'a pas été stipulée. L'appel sera porté devant la Cour royale.

---

**ARTICLE 53** (abrogé).

La nomination des arbitres se fait—Par un acte sous signature privée,—Par acte notarié,—Par acte extra-judiciaire, — Par un consentement donné en justice.

---

**ARTICLE 54** (abrogé).

Le délai pour le jugement est fixé par les parties, lors de la nomination des arbitres ; et, s'ils ne sont pas d'accord sur le délai, il sera réglé par les juges.

---

**ARTICLE 55** (abrogé).

En cas de refus de l'un ou de plusieurs des associés de nommer des arbitres, les arbitres sont nommés d'office par le tribunal de commerce.

---

**ARTICLE 56** (abrogé).

Les parties remettent leurs pièces et mémoires aux arbitres, sans aucune formalité de justice.

---

**ARTICLE 57** (abrogé).

L'associé en retard de remettre les pièces et mémoires est sommé de le faire dans les dix jours.

---

**ARTICLE 58** (abrogé).

Les arbitres peuvent, suivant l'exigence des cas, proroger le délai pour la production des pièces.

**ARTICLE 59** (abrogé).

S'il n'y a renouvellement de délai, ou si le nouveau délai est expiré, les arbitres jugent sur les seules pièces et mémoires remis.

**ARTICLE 60** (abrogé).

En cas de partage, les arbitres nomment un sur-arbitre, s'il n'est nommé par le compromis : si les arbitres sont discordants sur le choix, le sur-arbitre est nommé par le tribunal de commerce.

**ARTICLE 61** (abrogé).

Le jugement arbitral est motivé. — Il est déposé au greffe du tribunal de commerce. — Il est rendu exécutoire sans aucune modification, et transcrit sur les registres, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal, lequel est tenu de la rendre pure et simple, et dans le délai de trois jours du dépôt au greffe.

**ARTICLE 62** (abrogé).

Les dispositions ci-dessus sont communes aux veuves, héritiers ou ayants cause des associés.

**ARTICLE 63** (abrogé).

Si des mineurs sont intéressés dans une contestation pour raison d'une société commerciale, le tuteur ne pourra renoncer à la faculté d'appeler du jugement arbitral.

**257.** La loi a voulu que toutes les contestations commerciales fussent appréciées par des commerçants, au moins en premier ressort ; et l'institution des tribunaux de commerce a répondu parfaitement à ce besoin. Dans certaines circonstances, les différends avaient paru de nature à exiger pour juges, non-seulement des commerçants, mais des hommes apparte-

nant à la profession même des parties ; ayant des connaissances tout à fait techniques ; initiés aux pratiques et aux nécessités du métier ou de la profession exercée par les plaideurs : l'art. 51, Cod. comm., avait fait, en conséquence, des contestations entre associés, pour raisons de société, une catégorie distincte d'affaires, et il avait chargé les parties elles-mêmes de faire un choix dans cette première spécialité, comprenant tous les commerçants indistinctement, où se recrutent les tribunaux de commerce : les filateurs devaient être jugés par les filateurs ; les fabricants de soieries par les fabricants de soieries ; les teinturiers par les teinturiers ; les épiciers par les épiciers. La loi, selon nous, avait été prévoyante et sage. Mais, il faut le dire, son esprit avait été étrangement méconnu dans la pratique, et des usages abusifs avaient justifié les critiques dont l'arbitrage forcé a été l'objet.

En effet, les fonctions d'arbitres étaient trop souvent confiées à des hommes appartenant au barreau des tribunaux civils : devant eux, d'autres avocats venaient expliquer les détails techniques de l'affaire, après les avoir étudiés eux-mêmes pour les besoins de la cause auprès de leurs propres clients. On se demandait alors, non sans raison, pourquoi de semblables affaires n'étaient pas renvoyées aux tribunaux ordinaires, ou tout au moins aux tribunaux de commerce. En fait, c'étaient donc les contestations pour lesquelles la loi avait voulu des juges tout à fait spéciaux qui étaient enlevées à la connaissance même des tribunaux de commerce.

Ces abus trop réels ne pouvaient cependant vicier l'institution ; chacun restait libre de revenir à l'esprit de la loi sans éprouver de gêne par les précédents, quelque nombreux qu'ils fussent, ou des usages vicieux. D'ailleurs, si les juges choisis par les parties ne remplissaient pas leur attente, elles ne pouvaient s'en prendre qu'à elles-mêmes.

Peut-être, cependant, était-il possible et aurait-il fallu améliorer la loi ; on a préféré l'abroger, sur l'insistance particulièrement du tribunal de commerce de Paris, qui, sans aucun doute, sera contraint, quels que soient le zèle et l'incontestable aptitude des membres qui le composent, de renvoyer ces affaires nouvelles à des personnes sans caractère officiel, connues

sous le nom *d'arbitres rapporteurs* et dont on chercherait vainement, dans la loi, les attributions et les pouvoirs. Nous n'attaquons assurément ni leur loyauté ni leurs lumières, mais ils ne peuvent présenter pour les parties les garanties de juges choisis par elles-mêmes, ni posséder les connaissances des hommes du métier.

Quoi qu'il en soit du remède un peu héroïque appliqué au mal très-justement signalé, nous devons nous borner à rapporter le texte de la loi du 17 juill. 1856, qui a supprimé l'arbitrage forcé; il est ainsi conçu :

« Les art. 51 à 63 du Code de commerce sont abrogés. »

#### ARTICLE 64.

Toutes actions contre les associés non liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société, si l'acte de société qui en énonce la durée, ou l'acte de dissolution, a été affiché et enregistré conformément aux articles 42, 43, 44 et 46, et si, depuis cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue à leur égard par aucune poursuite judiciaire.

Absence déclarée, 277.	Décès du gérant, 270.	Infirmité habituelle, 277.
Acte sous seing privé, 260.	Déconfiture, 275.	Interdiction, 275.
Actions (société par), 279.	Demande en justice, 277.	Liquidateur, 284 ets.
Anonyme (société), 268.	Eloignement forcé, 277.	Mort civile, 275.
Association en particip., 269.	Expiration du temps, 260.	Partage, 293.
Associé liquidateur, 289.	Extinction de la chose, 264.	Perte de la mise, 262.
Commandité (soc.), 266, 276.	Faillite, 275 et s.	Perte du fonds social, 264.
Condition, 260.	Hérit. bénéficiaires, 273 ets.	Perte partielle, 264, 264.
Conseil judiciaire, 277.	Héritiers majeurs, 274 et s.	Service militaire, 277.
Consomm. de la négociat., 265.	Héritiers mineurs, 272 et s.	Société par action, 279.
Continuat. de la société, 260.	Industrie personnelle, 264.	Volonté de diss. la soc., 278.
Décès d'un associé, 266, 274.	Inexécution des engag., 277.	Unanimité des associés, 260.

**258.** Lorsqu'une société a cessé d'exister, il y a lieu de procéder à sa liquidation, mais, avant d'exposer les règles qui doivent être suivies en semblable circonstance, il est nécessaire d'énumérer les différentes manières dont peut finir une société. C'est au Code Napoléon qu'il nous faut recourir.

I<sup>e</sup> PARTIE. — *Des différentes manières dont finit la société.*

**259.** La société finit, porte l'art. 1865, Cod. Nap. : 1<sup>o</sup> par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée ; 2<sup>o</sup> par l'extinction de la chose ; 3<sup>o</sup> par la consommation de la négociation ; 4<sup>o</sup> par la mort naturelle de quelqu'un des associés ; 5<sup>o</sup> par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux ; 6<sup>o</sup> par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société.

L'art. 1871 du même Code a prévu d'autres causes de dissolution ; nous examinerons ce texte tout à l'heure.

**260. § 1<sup>er</sup>.** *Expiration du temps.* Il est rare qu'une société commerciale ne précise pas le temps de sa durée ; le terme expiré, la société est dissoute de plein droit, alors même que la négociation qui en avait été l'objet ne serait pas consommée : décider autrement, ce serait faire disparaître, en fait, cette première cause de dissolution, et l'absorber dans celle qui est fondée sur la consommation de la négociation (1).

Des circonstances tout exceptionnelles et des raisons de fait particulières à une espèce pourraient seules permettre de décider que le terme n'a été fixé que par approximation, et comme désignation secondaire, non comme limite ; et que, par suite, la société doit continuer jusqu'à la consommation de l'affaire pour laquelle elle a été entreprise, sans s'arrêter à l'époque fixée.

La volonté unanime des parties peut, sans doute, éloigner le terme de la dissolution ; mais cette prorogation ressemblerait trop, en réalité, à la constitution d'une société nouvelle, pour que la loi n'ait pas jugé nécessaire de la soumettre à certaines conditions. L'art. 1866 du Cod. Nap. porte : « La prorogation d'une société à temps limité ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société. » Et le Code de commerce, ainsi que nous l'avons vu sous l'article 46, a dit : « Toute continuation de société, après son

(1) Troplong, n. 870; Malpeyre et Jourdain, p. 288 et s.; Pardessus, n. 1053.

« terme expiré, sera constatée par une déclaration des coas-  
« sociés. » La règle posée par le Code Napoléon ne doit pas toutefois être entendue dans ce sens, qu'il faudra, pour rendre la continuation valable, un acte identiquement semblable à l'acte constitutif de la société; il est évident, par exemple, qu'un acte sous seing privé suffirait pour continuer une société qui aurait été formée par acte notarié, mais sous les conditions que nous avons expliquées en nous occupant de l'article 46 (*suprà*, nos 240 et s.).

La volonté unanime des parties suffirait aussi, sous les mêmes conditions de publicité, pour dissoudre la société avant l'expiration du terme.

Enfin une société finirait également par la réalisation d'une condition prévue et stipulée; ce serait, sous une autre forme, l'expiration du terme; mais, dans ce cas, nous croyons, avec M. Pardessus, que, quoique cette éventualité eût été rendue publique par l'extrait de l'acte social déposé et affiché, la dissolution qui en serait la suite devrait être soumise aux formalités prescrites par l'art. 46, Cod. comm. (1).

Si la société a été dissoute par un acte sous signature privée, cet acte, s'il n'est pas attaqué pour cause de dol ou de fraude, aurait une date certaine pour les créanciers d'un associé comme pour lui-même, puisqu'ils sont ses ayants cause (2).

**261. § 2. Extinction de la chose.** L'extinction ou la perte totale du fonds social est le second cas prévu par l'art. 1865, Cod. Nap., comme devant nécessairement entraîner la dissolution de la société. M. Pardessus en donne pour exemple une société formée pour entreprendre des transports au moyen d'un navire acheté en commun: en cas de perte de ce navire, la société n'a plus d'objet et doit prendre fin (3).

Si le fonds social n'a subi qu'une simple diminution, s'il n'y a eu que perte partielle, la loi a voulu que la société continuât; et toutefois, si une perte, même partielle, est d'assez grande

(1) *Droit comm.*, n. 4088-2°.

(2) Cass., 12 juill. 1825.

(3) *Droit comm.*, n. 4054.

importance pour rendre la chose sociale impropre à remplir son objet, la société devient impossible, et il y a lieu à dissolution (1); si l'on ne peut dire que la perte soit totale d'une manière absolue, elle l'est au moins d'une manière relative.

**262.** La perte, non plus du fonds social, mais de la mise de l'un des associés, peut également amener la dissolution de la société.

« Lorsque la chose dont l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété même, disait le Tribunat, vient à périr avant que la mise en soit effectuée, la perte de cette chose doit sans doute opérer la dissolution de la société, cet associé se trouvant réduit à l'impossibilité de réaliser sa mise.

« Si la chose dont la propriété même est mise en commun ne vient à périr qu'après avoir été effectivement apportée à la société, la perte tombe alors sur la société, qui en est demeurée propriétaire.

« Si ce n'est pas la propriété même, mais la seule jouissance ou les fruits de la chose, qui aient été mis en commun, que la chose périsse avant ou après que la mise en a été effectuée, la perte de la chose dissout évidemment, dans les deux cas, la société, puisque, dans l'un et dans l'autre, l'associé, dont la chose a péri, ne peut plus contribuer pour rien à faire de mise dans la société, qui ne consistait qu'en fruits ou simple jouissance. »

Ces observations donnèrent lieu à l'art. 1867 du Cod. Nap., qui trouve son application aux matières commerciales, et elles lui servent de commentaire.

« Lorsque l'un des associés, dit cet article, a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés.

« La société est également dissoute dans tous les cas par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun et que la propriété en est restée dans les mains de l'associé.

(1) Troplong, n. 940; Malpeyre et Jourdain, p. 292.

« Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société. »

Ainsi, on le voit, lorsque c'est la jouissance seule de la mise d'un associé qui a été apportée dans la société, si la chose périt et par les motifs expliqués plus haut par le Tribunat, cet événement dissout la société tout comme l'extinction totale du fonds social dont parle l'art. 1865, Cod. Nap.

Lorsque c'est la propriété, au contraire, que l'associé a promis d'apporter dans la société, si la chose périt, il y a lieu de distinguer.

Si la perte a lieu ayant qu'il ait pu réaliser son apport, cette perte entraîne encore la dissolution. Si cet apport consistant, non dans la simple jouissance, mais dans la propriété même, a été réalisé, soit par la tradition réelle, soit par tout autre moyen emportant, aux termes du Cod. Nap., transmission de propriété, dans ce cas, la perte étant pour la société devenue propriétaire, certe perte n'emporterait dissolution qu'autant qu'elle constituerait l'extinction totale du fonds social, dont parle l'art. 1865, Cod. Nap., ou qu'elle enlèverait à la société son objet principal et essentiel, comme le ferait la déchéance d'un brevet d'invention, par exemple, si la société n'avait pas d'autre but que l'exploitation de ce brevet (1). Dans toute autre circonstance, « l'associé, dit M. Pardessus, n'en reste pas moins membre de la société, tant que d'autres parties de l'actif social offrent matière aux opérations, car c'est pour le compte de la société que cette chose a péri. Ceux dont la mise subsiste ne seraient pas fondés à réclamer la dissolution ou à prétendre, lors du partage, plus de droit que l'associé dont la mise a péri, parce que l'effet de la livraison a fait disparaître l'ancienne propriété exclusive de l'associé, pour la remplacer par une co-propriété, qui ne permet point à l'un des associés, même à celui à qui la chose périe appartenait, d'y prétendre plus de droits que les autres (2). »

L'art. 1867 n'a pas eu pour effet d'abroger l'art. 1851 qui le précède et aux termes duquel, ainsi que nous l'avons vu, les

(1) Pardessus, n. 1055.

(2) *Droit comm.*, n. 990.

choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société, si elles se consomment; celles qui se détériorent en les gardant; celles qui ont été destinées à être vendues, ou celles qui ont été mises dans la société sur une estimation portée par un inventaire, sont aux risques de la société (*suprà*, n° 101), et par suite, leur extinction n'a pas pour effet de dissoudre la société; l'art. 1867, en disant,... *dans tous les cas*, se réfère au paragraphe précédent et établit seulement que la perte est une cause de dissolution en dehors des cas prévus par l'art. 1851, soit qu'elle précède, soit qu'elle suive la réalisation de la mise (1).

**263.** « Nous ne devons pas néanmoins dissimuler, dit M. Pardessus, que notre opinion est controversée, parce qu'elle repose sur une disposition de la loi qui ne présente pas une clarté parfaite (Cod. Nap., art. 1867), et qui paraît en opposition avec les principes généraux du droit commun sur l'effet des promesses de livrer des corps certains. Mais il nous semble que cette opposition ou plutôt cette différence de principes tient à la différence des contrats, dont il s'agit de régler les effets... Le contrat de société, quoique parfait par le seul consentement, ne produisant jamais une simple obligation de livrer, mais créant entre les contractants des rapports personnels, qui tiennent de l'obligation de faire, devient un contrat conditionnel : car la livraison, qui ordinairement termine tous les rapports entre le vendeur et l'acheteur, n'est que le principe des rapports individuels que la société fera naître pendant toute sa durée entre les associés. Les contractants sont présumés avoir entendu se mettre en société sous la condition expresse que chacun d'eux réaliseraient l'apport destiné à former le fonds social, sans lequel la société se trouverait n'avoir aucun objet, aucun moyen d'exister. Il en est dans ce cas de la société comme de l'assurance, qui, parfaite, sans doute, par le seul consentement réciproque, ne produit cependant pas ses effets, si le risque essentiel à cette convention ne commence pas (2). »

M. Delangle soutient la même opinion : « Il est évident, à nos yeux, dit-il, que le législateur, dérogeant par l'art. 1867

(1) Troplong, n. 946.

(2) *Droit comm.*, n. 988.

du Code civil au principe général écrit dans les art. 1138 et 1302, a fait dépendre, non de l'échange régulier du consentement, mais du fait de la livraison, l'exécution des engagements contractés par chaque associé. Les mots *avant que la mise ne soit effectuée* ne peuvent laisser aucun doute. On n'effectue pas une mise par cela seul qu'on a déclaré dans un acte de société qu'on apporterait tel ou tel objet déterminé. *Effectuer*, c'est mettre à effet, c'est exécuter (1). » Cette doctrine nous paraît devoir être préférée.

**264.** La loi est muette pour le cas de perte partielle, aussi bien lorsqu'elle s'applique à la mise de l'un des associés que dans le cas où elle s'applique au fonds social : « Si les corps certains et déterminés, dit M. Pardessus, dont la jouissance a été mise en commun par l'un des associés ne périssaient qu'en partie, on pourrait, suivant les circonstances, ordonner, soit une diminution de sa part dans les bénéfices, soit la résolution même de la société (2). » C'est par extension des règles établies à l'art. 1722, Cod. Nap., relatif au bail, que l'art. 1867 prononce la dissolution de la société, quand il y a perte totale de la chose, dont la jouissance seule a été mise dans la société; mais cette assimilation est expressément écrite dans la loi; nous ne pensons pas que les juges fussent autorisés à appliquer également, quand la loi est muette, la seconde disposition de l'art. 1722, qui s'occupe de la perte partielle de l'objet loué; la perte partielle, selon nous, ne changerait rien aux conventions sociales.

Si un empêchement permanent et absolu ne permettait pas à un associé d'apporter son industrie personnelle dans la société, lorsque cette industrie constituait son apport social, il faudrait assimiler ce cas à la perte de la chose, et décider que la société est dissoute (3).

Dans les cas que nous avons examinés sous ce §, la dissolution devrait être rendue publique (4).

(1) *Sociétés comm.*, n. 74, t. 1<sup>er</sup>, p. 80. — *Contra, Zacharie*, t. 3, p. 412, § 384, note 5.

(2) *Droit comm.*, n. 1054.

(3) *Troplong*, n. 947; *Duranton*, t. 17, n. 468.

(4) *Pardessus*, n. 1088-2°.

**265. § 3. Consommation de la négociation.** Cette disposition donne lieu à peu de difficultés : dans les sociétés commerciales, sauf les participations, il est rare que le contrat n'ait pour but qu'une affaire déterminée ; il s'étend, en général, à une branche de commerce embrassant des opérations successives, et, par suite, non définies. Cette disposition de la loi civile trouve donc rarement d'application dans la pratique commerciale (1).

**266. § 4. Mort d'un associé.** Le décès d'un associé entraîne la dissolution de la société ; cet événement change les conditions du contrat ; ce n'était pas une simple communauté de choses qu'il avait fondée, mais une association de personnes ; et il est tout naturel qu'elle ne puisse continuer, au moins de plein droit, soit entre les survivants, soit avec les héritiers.

Cette règle ne soulève aucune difficulté dans les sociétés collectives.

On a pu douter qu'elle fût applicable aux sociétés en commandite, lorsque c'est un commanditaire qui vient à décéder, et demander si cet événement entraînait également de plein droit la dissolution de la société ; en cas de négative, s'il donnait au moins, soit aux héritiers du commanditaire, soit aux associés commandités, soit aux uns et aux autres, le droit d'en poursuivre la dissolution ; enfin, si les règles établies pour les commandites ordinaires devaient être les mêmes que pour les commandites par actions.

**267.** Si la société est par actions, l'opinion générale décide que le décès d'un commanditaire ne peut être une cause de dissolution : « Les associés, dit M. Pardessus, ayant par cela seul consenti que chacun d'eux pût se substituer qui il voudrait, sans l'autorisation des autres, il est naturel d'en conclure que les héritiers d'un associé le remplacent de plein droit, de même que l'eussent fait des cessionnaires de ses actions (2). »

Les textes, disons-le tout d'abord, se prêtent mal à établir des règles différentes, selon que la commandite est ou n'est

(1) Troplong, n. 877 et 878.

(2) *Droit comm.*, n. 4057.

pas divisée en actions ; l'art. 38, Cod. comm., en permettant que le capital des sociétés en commandite soit divisé en actions dit en termes exprès que cette circonstance n'apportera aucune autre dérogation aux règles établies pour ce genre de société ; le Code Napoléon ne peut être cité comme ayant réglé spécialement ce qui concerne les sociétés en commandite, dont il ne s'est pas occupé.

M. Pardessus s'appuie exclusivement sur le consentement présumé des associés gérants à ce que chaque commanditaire pût se substituer un cessionnaire ; si, en cas de décès, ces associés déclarent formellement, expressément, qu'ils consentent à accepter les héritiers à la place de leur auteur, la raison de décider n'est-elle pas la même et mieux établie ? Pourquoi donc décider autrement dans ce cas ? Il est possible même que l'acte de société contienne une stipulation à cet égard (1), et donne au commanditaire le droit de se *substituer qui il voudrait*, ainsi que le dit M. Pardessus : comment admettre dans ce cas la dissolution de plein droit par le décès du commanditaire ?

M. Pardessus convient que les meilleures raisons, qu'il a exposées avec sa logique habituelle, militent en faveur du système contraire au sien ; mais le même droit devrait appartenir aux commanditaires comme aux commandités, parce que, ajoute-t-il, « il ne peut y avoir de droits résultant de la nature d'un acte synallagmatique qui ne soient réciproques. »

Pour admettre cette raison comme péremptoire, il faudrait au moins que les obligations imposées aux deux parties fussent égales ; à ces conditions, leurs droits ne pourraient être différents. Dans le contrat intervenu, quelles obligations le commandité lègue-t-il à ses héritiers ? Il n'est associé que pour ses fonds, non pour sa personne ; si la loi lui a réservé des droits, c'est uniquement dans son intérêt, mais elle ne lui impose aucun devoir. Toutefois, nous ne demandons pas mieux que de nous soumettre à la règle des contrats synallagmatiques invoquée par M. Pardessus. Les associés commanditaires étant complètement en dehors des prévisions du Code Napoléon,

---

(1) Horson, q. 14.

nous ne pouvons leur en appliquer les dispositions ; mais le décès même d'un commanditaire pourra, comme toute autre cause laissée à l'appréciation des juges, autoriser, soit les associés gérants, soit même les héritiers du commanditaire, si le gérant, par impossible, pouvait accomplir à leur égard autrement qu'à l'égard de leur auteur ses obligations de commandité, à demander la résiliation : en droit, égalité parfaite. Disons cependant que M. Pardessus, en cas, non plus de décès, mais de faillite du commanditaire, va même plus loin que nous ; il accorde aux associés gérants seuls le droit de choisir entre la continuation ou la dissolution de la société (1).

La mort du gérant, dans le cas même où la société en commandite est par actions, doit entraîner de plein droit la dissolution de la société.

Nous ne devons pas laisser ignorer que la plupart des auteurs, quand la société n'est point par actions, enseignent que le décès du commanditaire est une cause de dissolution (2) : il sera donc prudent aux commandités de stipuler dans l'acte, s'ils le jugent convenable, que l'association continuera avec les héritiers, rien ne mettant le moindre obstacle à une semblable convention.

**268.** Dans une société anonyme, la mort d'un actionnaire ne peut jamais être un motif de dissolution ; le Code Napoléon, d'un commun accord, ne peut s'appliquer à cette espèce de société.

**269.** Quant aux associations en participation, il est malaisé de donner à l'avance et pour tous les cas une règle précise : on peut dire cependant que, toutes les fois que la personne décédée était chargée d'un travail personnel qui peut n'être pas fait de la même manière par toute autre, le décès devrait entraîner la dissolution.

**270.** Dans les sociétés anonymes, la mort du gérant doit-elle entraîner la dissolution ? Le doute est permis, puisque le gérant n'est pas associé. Nous pensons qu'il faudrait distinguer. Si le gérant a été institué par l'acte social même, sa

(1) *Droit comm.*, n. 1066. — *Infrā*, n. 275.

(2) Troplong, n. 888 ; Pardessus, n. 1057 ; Malpeyre et Jourdain, [p. 299 et s.]

personne peut avoir été une des conditions essentielles du contrat, et l'analogie tirée de l'art. 1865, Cod. Nap., ne nous permet pas de douter que le décès ne soit une cause de dissolution. S'il a été nommé par délibération ultérieure, son décès ne peut plus être une cause de dissolution nécessaire : les mêmes personnes qui l'avaient nommé peuvent le remplacer.

Ces règles devaient être suivies, sauf les stipulations expresses du contrat de société qui auraient prévu le décès du gérant et réglé s'il devait entraîner la dissolution, et, dans le cas contraire, de quelle manière il devait être procédé à son remplacement.

L'avis unanime des actionnaires, nous n'avons pas besoin de le dire, peut dans tous les cas suppléer aux dispositions du contrat de société ou les contredire.

**271.** « S'il est stipulé, dit l'art. 1868, Cod. Nap., qu'en « cas de mort de l'un des associés la société continuerait avec « son héritier ou seulement entre les associés survivants, ces « dispositions seront suivies : au second cas, l'héritier du décédé « n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits « ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce « qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède. »

Les héritiers de l'associé décédé, si la société ne continue pas avec eux, doivent participer pour le bénéfice ou pour la perte aux opérations commencées avant le décès, quel que soit le moment où elles seront définitivement conclues, mais à l'exclusion de toute opération nouvelle. Il faut dire encore que, si les associés survivants ont entamé des opérations pour la société, dans l'ignorance du décès, cette circonstance, par application des règles relatives au mandat (Cod. Nap., art. 2008), validera ce qui a été fait ; et les héritiers y participeront également pour le profit et pour la perte.

Si la société continue, conformément à la première partie de l'art. 1868, Cod. Nap., la loi n'a pas voulu restreindre l'application de cette disposition au cas où l'associé ne laisserait qu'un seul héritier ; quel qu'en soit le nombre, la règle est la même et sans distinction des héritiers du sang ou testamentaires.

**272.** A défaut même de stipulation formelle, la société doit être présumée, à l'égard des tiers, avoir continué, quand les héritiers de l'associé décédé, s'ils sont majeurs, ont, par leur fait, donné à croire aux tiers que l'ancienne société avait continué, et que ceux-ci se trouveraient victimes de leur bonne foi (1). Ce point est admis par tous les auteurs. Les Cours impériales ont un pouvoir souverain pour apprécier les faits des héritiers, d'où résulte, à l'égard des tiers, cette continuation de société.

Mais, si les héritiers sont mineurs, cette présomption sera-t-elle admise également, et peuvent-ils, par leur fait, faire supposer une société que leur incapacité, aux termes de la loi, ne leur permettrait pas de contracter? La Cour de cassation a décidé le contraire : « Attendu, porte cet arrêt, que, si les tribunaux peuvent suppléer par l'appréciation des faits et des circonstances à une stipulation formelle de continuation de société avec les héritiers, en cas de mort de l'un des associés, ils ne sauraient avoir ce pouvoir quand les héritiers de l'un des associés se trouvent, lors de son décès, en état de minorité ; que des mineurs ne peuvent pas en effet, *dans l'absence d'une stipulation formelle* faite par leur auteur, être engagés dans la suite et les conséquences d'une société commerciale à laquelle ils n'ont pris et ne pouvaient prendre aucune part à raison de leur incapacité, casse (2). »

**273.** S'il y a eu stipulation formelle que la société continuera avec l'héritier, et que cet héritier soit majeur, aucune difficulté n'est donc possible. Si l'héritier est mineur, il résulte implicitement de l'arrêt que nous venons de citer que cet état de minorité ne serait pas un obstacle à la continuation de la société, s'il y avait eu, à cet égard, répétons-le avec l'arrêt, *une stipulation formelle*. Nous croyons avec M. Trop-long que ce pacte se transmet avec la succession et en est une charge. La société n'a peut-être été formée qu'à la condition de n'être pas dissoute par le décès; la position des associés

(1) Cass., 16 mai 1838 ; 22 mars 1843 ; 26 juill. 1843 (J. du P., 1838, t. 2, p. 413; 1844, t. 2, p. 115; 1843, t. 2, p. 85).

(2) Cass., 10 nov. 1847 (J. du P., 1848, t. 1<sup>er</sup>, p. 16).

survivants pourrait être fort difficile, si, sous prétexte de minorité, ils se voyaient enlever le bénéfice d'un pacte nécessaire à leur prospérité. Il ne serait pas impossible qu'une brusque liquidation les conduisit à la faillite (1).

Les mineurs, bien entendu, s'ils ne sont régulièrement autorisés, ne pourront cependant être considérés comme commerçants, déclarés en faillite, soumis à la contrainte par corps; en outre, ne pouvant accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire, ils ne seraient pas tenus sur leur patrimoine, puisqu'il est certain que c'est l'hérité, à proprement parler, et non leur personne, qui reste dans la société; mais les biens de la succession répondraient de toutes les dettes sociales.

« Il est douteux, dit M. Pardessus, que l'héritier ou le légataire majeur qui aurait accepté la succession sous bénéfice d'inventaire pût invoquer l'effet de cette stipulation (2). » Le savant auteur ne se dissimule pas cependant que cette décision contredit celle qu'il vient de donner pour les héritiers mineurs. Nous ne pouvons admettre cette doctrine, mais, en ce qui concerne les héritiers bénéficiaires et dans cette limite, il est bien certain qu'une stipulation formelle de leur auteur ne serait pas nécessaire pour les faire présumer associés.

Ces règles seraient suivies sans difficultés, si l'associé décéde était simplement commanditaire.

**274.** La dissolution arrivée par suite du décès d'un associé peut-elle être opposée, même aux tiers, lorsque cette dissolution n'a pas été rendue publique dans les formes exigées par l'art. 46, Cod. comm.; ou cet article n'est-il applicable que dans les cas où la dissolution de la société s'opère par le fait ou la volonté de l'homme?

La Cour de cassation, saisie de ces questions, a rendu un arrêt ainsi conçu: « Attendu qu'aux termes de l'art. 1865, Cod. civ., la société finit par la mort naturelle de l'un des associés; que l'art. 46, Cod. comm., en soumettant les faits qui

(1) Troplong, *Sociétés*, n. 954. — Sic, Duranton, t. 17, p. 473; Delangle, n. 654, qui pose toutefois des conditions que nous n'adoptons pas. — Contrâ, Duvergier, n. 440.

(2) *Droit comm.*, n. 1059. — Sic, J. B. Paris, n. 871.

modifient la société commerciale au même mode de publication que l'art. 42 prescrit pour ceux qui la forment, n'a eu en vue que les faits de l'homme, quand il envisage, soit la continuation de la société après son terme, soit la dissolution anticipée, soit le changement apporté à la personne de ses membres, aux stipulations qui la régissent ou à la raison sociale; — Attendu qu'en appliquant, en pur droit, ces dispositions à la mort naturelle d'un associé, l'arrêt attaqué leur a donné une extension qu'elles n'ont pas et refusé à la mort naturelle l'effet que lui attribue la loi; en quoi il a faussement appliqué l'art. 46, Cod. de comm., et violé l'art. 1865, Cod. civ., casse (1). »

Cet arrêt a été approuvé par M. Delangle (2), et M. Pardessus s'est rangé à cette opinion (3); mais un arrêt précédent de la Cour de cassation était contraire à cette doctrine (4). M. Troplong, qui avait examiné la question avant que la Cour de cassation eût rendu son dernier arrêt, se prononçait dans un sens contraire à l'opinion qui a prévalu: « Entre associés, dit-il, la société est censée durer malgré le décès, en vertu d'une fiction empruntée à la théorie du mandat. Par la même raison, elle doit aussi se continuer fictivement à l'égard des tiers qui ont contracté avec elle, dans l'ignorance de la dissolution. Il n'est pas possible de trouver un motif de différence entre ces deux situations; les raisons de conformité sont, au contraire, nombreuses et palpables (5). »

L'intention de frauder est loin d'être incompatible, quoi qu'on en ait dit, avec la dissolution pour cause de décès. Sans doute le décès lui-même n'est pas un acte de la volonté des associés, mais, le fait une fois produit, ils peuvent avoir la volonté d'en profiter d'une manière frauduleuse, et la loi n'est pas plus favorable dans une circonstance que dans l'autre. Le Code de commerce a organisé un système particulier de publicité, en

(1) Cass., 10 juill. 1844 (S.V.44.1.763).

(2) Delangle, t. 2, n. 580.

(3) Pardessus, n. 1088-2°.

(4) Cass., 26 juill. 1843 (S.V.43.1.884).

(5) Sociétés, n. 903.

ce qui concerne les sociétés, tout à fait distinct des règles établies par le Code Napoléon pour les sociétés civiles; et, si la loi commerciale a maintenu et complètement adopté les principes de la loi civile, c'est en y ajoutant toutefois, en ce qui concerne les tiers, des garanties nouvelles dont il faut bien tenir compte. Ainsi, le décès est une cause de dissolution de *plein droit* entre les associés et même à l'égard des tiers, si la société cesse d'agir à partir de ce moment. Mais, si elle continue ses opérations, quoique frappée de dissolution, comment la traiter plus favorablement qu'une société clandestine, dont la nullité est radicale et d'ordre public, sans que cette nullité puisse être opposée aux tiers ? Le Code de commerce a dit où il fallait se renseigner pour connaître l'existence et les conditions d'une société commerciale; il n'a pas parlé des registres de l'état civil.

« Malgré la publicité des actes de l'état civil, dont on argumente, dit encore M. Troplong, on ne peut cependant pas exiger que le décès d'un associé soit connu de tous les correspondants de la société, sur toutes les places de commerce où elle opérait. Or, voilà cette société qui, au lieu de signaler l'événement dont elle est frappée, le dissimule et continue de se servir du crédit social; la voilà qui encourage et autorise l'ignorance des tiers, dont les occupations ne sont pas précisément de parcourir tous les jours les registres de décès de toutes les villes avec lesquelles ils font des affaires. Et il n'y aurait pas là un fait qui légitime la fiction de droit et la rend nécessaire aux yeux de la raison (1)! » Ajoutons que l'associé a pu mourir hors du siège de la maison de commerce, à la campagne, en voyage, à l'étranger, où l'avaient conduit ses affaires ou le soin de sa santé ébranlée. La fraude ne sera donc pas nécessairement évitée et peut être crainte à juste titre, si l'associé décédé était propriétaire de la plus grande partie du fonds social et attirait principalement le crédit.

Nous pensons donc qu'il faut entendre l'arrêt du 10 juill. 1844 dans un sens qui le mettrait en rapport avec les principes posés par l'arrêt précédent du 26 juill. 1843, lequel avait

---

(1) *Société*, n. 903.

décidé qu'une société avait pu continuer, malgré le décès de l'un de ses membres, et que les tiers qui, dans cette confiance, avaient traité, ne pouvaient être victimes de leur bonne foi(1). La société ne sera dissoute de plein droit par le décès d'un associé, à l'égard des tiers, que s'il est prouvé contre eux que cet événement leur était connu; dans ce cas, ils ne pourront plus se prévaloir de l'inobservation des formalités exigées par l'art. 46, Cod. comm., et, à leur égard comme à l'égard des associés, la dissolution s'est opérée par le seul fait du décès. L'art. 46, qui a établi pour les sociétés commerciales un système de publicité particulier sanctionné par des règles rigoureuses, parce que les intérêts les plus graves l'exigent, ne s'applique pas seulement à tous actes portant dissolution de société, mais à tout changement ou retraite d'associé : le décès, s'il n'est une retraite, n'est-il donc pas un changement?

Au reste, M. Delangle lui-même, que nous avons cité comme soutenant une opinion contraire à la nôtre, n'a peut-être raisonné que pour le cas où les tiers connaissaient le décès; et dans ce cas, en effet, nous croyons que le texte de l'art. 1865, Cod. Nap., ne leur permet plus d'invoquer l'exception que peut offrir aux tiers de bonne foi l'art. 46, Cod. comm.; c'est la seule manière de mettre ces deux dispositions de la loi en harmonie.

Si les héritiers sont mineurs, la règle qui ne permet pas qu'ils puissent en aucun cas être engagés dans une société commerciale sans une *stipulation formelle* de leur auteur les protégerait (*suprà*, n. 273).

**275. § 5. Mort civile, interdiction ou déconfiture.** La mort civile est aujourd'hui abolie par la loi du 31 mai 1854.

La dissolution par suite de l'interdiction ne soulève aucune difficulté; la loi ne distingue pas entre les diverses causes qui peuvent la faire prononcer, ni pour le cas où elle est une suite de condamnation judiciaire.

La déconfiture est l'état d'insolvabilité constaté dans la vie purement civile; en matière commerciale, elle conduit néces-

(1) Cass., 26 juill. 1843 (S.V.43.1.884).

sairement à la faillite, qui doit, à bien plus forte raison que la simple déconfiture civile, amener la dissolution.

La loi a distingué d'une manière très-nette les causes qui amènent la dissolution de plein droit, et celles qui autorisent les parties intéressées à la provoquer en s'adressant aux tribunaux ; les premières sont énumérées par l'art. 1865, Cod. Nap., dont nous avons déjà expliqué quelques dispositions ; les secondes par l'art. 1871, dont nous parlerons tout à l'heure.

L'art. 1865, dans l'énumération qu'il donne, met sur la même ligne que les faits dont nous avons examiné les conséquences la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés ; cependant M. Pardessus, en ce qui concerne la faillite au moins, modifiant ce classement de la loi, ne veut voir dans cet événement qu'une de ces causes qui autorisent à demander la dissolution à l'autorité judiciaire et dont l'art. 1871, nous l'avons dit, s'est occupé (1).

Cette doctrine a été vivement combattue par M. Delangle.

« La loi, dit M. Delangle, ne distingue pas entre la faillite et le décès de l'un des associés ; elle les place sur la même ligne pour en tirer les mêmes conséquences. M. Pardessus allègue que la faillite n'est pas, comme la mort, un événement tout à la fois nécessaire et naturel : cela est vrai, mais qu'importe, si la loi, sans se préoccuper de la différence qui sépare ces accidents, en a tiré des conséquences analogues ; si elle a voulu que la faillite et le décès eussent le même effet ? Or, le doute n'est pas permis en présence du texte : la société finit..... par la déconfiture de l'un des associés. Il n'y a rien là de facultatif ; le sens est absolu : la société ne survit donc pas à la faillite de l'un des associés ; dès que cet événement arrive, elle finit pour tout le monde (2). »

Ces raisons nous paraissent convaincantes et s'appuient sur les termes du texte, que nous sommes habitué à respecter.

**276.** S'il s'agissait de la faillite d'un commanditaire, nous serions disposé, au contraire, à adopter pleinement les règles enseignées par M. Pardessus ; le Code Napoléon, nous l'avons

(1) *Droit comm.*, n. 1066.

(2) *Sociétés comm.*, n. 661. — *Sic*, J. B. Paris, n. 897.

dit bien des fois, ne s'est pas occupé des sociétés en commandite.

Si le commanditaire a réalisé sa mise par un versement complet, les événements malheureux qui surviennent dans sa fortune sont sans importance pour la société ; et néanmoins une distinction est à faire : dans le cas où l'associé commanditaire avait été autorisé à céder ses droits sans l'agrément préalable de ses coassociés, ceux-ci ne peuvent éléver aucune réclamation ; dans le cas contraire, les associés non faillis restent juges de leur intérêt ; seuls ils sont admissibles à demander la dissolution, et, s'ils préfèrent la continuation de la société, la masse du failli ne peut exiger la dissolution malgré eux.

M. Pardessus, dans ce cas, on le voit, est plus large que nous n'avons osé l'être nous-même pour le cas de décès (*supta*, n° 267).

Si le commanditaire n'a pas versé sa mise, l'inexécution de ses engagements serait évidemment une cause suffisante pour l'exclure ; mais les syndics du failli, ajoute M. Pardessus, « pourront-ils offrir de faire ou de compléter sa mise, afin d'assurer à leur masse la chance des bénéfices que peut produire l'établissement dans lequel le failli était commanditaire ? Nous n'en doutons point, si la société avait été formée avec faculté concédée explicitement ou implicitement aux associés de céder leurs droits à qui bon leur semblera. Mais, s'il en est autrement, ils ne peuvent contraindre les associés à continuer la société avec la masse de la faillite (1). »

Nous adoptons pleinement ces règles.

Aucun doute n'existe que la faillite de la société même entraîne la dissolution.

**277. § 6. Demande en justice.** L'art. 1871 a prévu d'autres causes de dissolution, mais qui n'ont plus pour effet de dissoudre de plein droit la société : « La dissolution des sociétés à terme, dit le texte, ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a

(1) *Droit comm.*, n. 1066.

« de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges. »

L'art. 1871 n'a nullement prétendu donner l'énumération complète de tous les cas qui permettent de demander l'annulation de la société; il n'a cité que quelques exemples et s'en est rapporté à la sagesse des tribunaux pour prononcer dans chaque espèce. Parmi les causes qui peuvent être invoquées, au premier rang doit être placée, comme motif légitime, l'inexécution des engagements contractés. Celui qui, par sa faute ou par sa mauvaise volonté, ne remplit pas ses promesses, non-seulement donne le droit de demander contre lui la dissolution de la société, mais est possible de dommages-intérêts, sans être admis, bien entendu, à se prévaloir de sa faute pour demander l'annulation du contrat; la force majeure serait seule une excuse pour lui; les autres associés peuvent, s'ils le préfèrent, le poursuivre pour le forcer à l'exécution de ses engagements.

D'autres raisons indépendantes de tout mauvais vouloir ou de toute faute, telles qu'une infirmité habituelle, l'absence légalement déclarée, un éloignement forcé, comme le service militaire (1), enfin toute cause légitime, suivant l'expression de la loi, jugée telle par l'autorité compétente, autoriseraient également la dissolution de la société avant le terme convenu.

Le prodigue ne pouvant contracter une société commerciale (*suprà*, n° 10), la nomination d'un conseil judiciaire autoriserait tout au moins les associés à invoquer l'art. 1871.

**278. § 7. Volonté manifestée par un associé.** Le Code Napoléon a placé parmi les causes de dissolution la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société (Cod. Nap., art. 1865, n° 5), mais il a déterminé, en même temps, la seule circonstance où cette cause puisse être invoquée: « La dissolution de la société par la volonté de l'une des parties, dit l'art. 1869, Cod. Nap., ne s'applique qu'aux so-

(1) Pardessus, n. 1068.

« ciétés dont la durée est *illimitée*, et s'opère par une renonciation notifiée à tous les associés, pourvu que cette renonciation soit de bonne foi et non faite à contre-temps.

« La renonciation n'est pas de bonne foi, dit l'art. 1870, lors que l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun. Elle est faite à contre-temps, lorsque les choses ne sont plus entières et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée. »

**279.** Cette cause de dissolution ainsi restreinte ne peut trouver son application en ce qui concerne les sociétés en nom collectif ou en commandite. Il ne faudrait pas considérer comme illimitée une société devant durer, par exemple, autant qu'une certaine opération entreprise par elle ; si le terme, dans ce cas, n'est pas explicitement fixé, il l'est au moins d'une manière implicite.

Un arrêt de la Cour de Lyon, longuement motivé, avait donné à cette cause de dissolution une portée bien plus grande et établi d'une manière générale que, dans tous les cas où un associé en nom collectif déclare ne vouloir plus rester en société, le contrat, sans autre examen, doit être déclaré dissous, sauf dommages-intérêts : de la part de l'associé, l'obligation étant une obligation de faire, ce n'étaient plus les règles écrites pour les sociétés qui étaient applicables, mais bien l'art. 1142, Cod. Nap.

M. Horson s'est élevé avec force contre cette singulière doctrine (1) ; sans doute la société ne peut commencer qu'à la condition que chaque associé apportera sa mise et son concours personnel ; c'est ce que nous avons soutenu (*suprà*, n° 99) ; mais, dans ce cas, le refus empêche le contrat de naître et laisse aux autres contractants la liberté de former une nouvelle société entre eux ; une fois la mise réalisée, le contrat est formé, et peut seulement être rompu dans les cas déterminés par la loi ; et elle a dit dans quel cas unique la volonté d'un associé est une cause de dissolution ; la perte d'une mise sociale n'entraîne qu'exceptionnellement la dissolution ; une fois

(1) Horson, q. 21 ; Lyon, 18 mai 1823. — V. également Duvergier, *Sociétés*, n. 449.

le concours apporté, le refus d'y persévéérer, de la part d'un associé, doit encore moins rompre une société dont les opérations ont commencé; l'art. 1142, Cod. Nap., qui dit que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », non-seulement donne une simple faculté au créancier et ne lui impose pas une obligation, mais, la société continuant de subsister, il ouvre une action en dommages-intérêts contre l'associé qui refuse son concours pour réparation du préjudice qu'il cause aux autres associés, et cette disposition de la loi trouve ainsi une juste et saine application. On comprend que les conséquences sont tout autres, ou de ne pas donner suite à un projet de société, ou de rompre brusquement le cours d'une société en activité.

Dans les cas où le dernier § de l'art. 1865 est applicable, nous ne pensons pas qu'il soit permis de renoncer d'avance à la faculté accordée par l'art. 1869. M. Delangle a examiné cette question avec beaucoup de soin, et nous nous rangeons complètement à son avis (1).

**280.** La Cour de cassation a décidé que cette cause de dissolution ne peut, en aucun cas, être invoquée dans une société par actions (2); cette doctrine a été contestée, mais à tort.

Dans les sociétés par actions, il sera possible que la pratique commerciale offre des exemples de sociétés dont la durée sera illimitée même; nous ne pensons pas que l'art. 1869, Cod. Nap., puisse, dans ce cas, être appliqué.

On peut supposer que l'acte de société contient la stipulation expresse que les actionnaires n'auront jamais le droit de demander la dissolution de la société et n'en pourront sortir qu'en vendant leur action, ou admettre que le contrat est muet à cet égard; on peut supposer encore que la société offre d'acheter l'action selon le cours, ou renvoie l'actionnaire à chercher un acheteur où et comme il le pourra. Mais nous croyons inutile d'entrer dans ces distinctions, parce que, selon nous, il n'est jamais permis à un actionnaire de demander

(1) *Sociétés comm.*, n. 667 et ss. — *Sic, Zachariæ*, t. 3, p. 414, § 384.

(2) Cass., 6 déc. 1843 (S.V.44.1.22).

der la dissolution d'une société par actions, lorsqu'il n'allègue, conformément à l'art. 1869, Cod. Nap., que sa seule et unique volonté d'en sortir.

Le droit conféré par l'art. 1869 a pu quelquefois paraître exorbitant ; mais la loi est contraire aux engagements perpétuels ; elle les prohibe dans le louage de services : elle n'aurait pu, sans graves inconvénients, les autoriser dans la société et imposer pour toujours la communauté de vie et d'intérêts à des personnes qui n'ont plus aucune confiance l'une dans l'autre et entre lesquelles s'est déclarée la plus complète incompatibilité d'humeur : la loi a donc été sage. Mais dans les sociétés par actions, quel motif allèguera l'actionnaire pour vouloir rompre le contrat qu'il a signé et se dégager d'un lien qu'il s'est volontairement imposé ? Nous le cherchons en vain. Les sociétés par actions ne sont pas une réunion de personnes, mais une réunion d'intérêts matériels : comment permettre à chaque associé, à tout moment, sans alléguer même une raison, de compromettre de la manière la plus grave peut-être les intérêts des autres actionnaires, en exigeant la dissolution ?

Le Code Napoléon n'a point parlé des sociétés par actions : l'art. 1869 n'a donc pas pu s'appliquer à elles ; c'est le Code de commerce seul qui les a nommées, et nulle part il ne laisse soupçonner qu'il ait voulu accorder à chaque actionnaire ce monstrueux privilége. Aucune société par actions ne serait possible à ces conditions, et il peut y avoir intérêt quelquesfois à en créer de perpétuelles.

On a cité également à l'appui de l'opinion que nous repoussons le principe qui régit toute communauté et qui ne permet pas que l'on puisse malgré soi rester perpétuellement dans l'indivision. Cet argument a été réfuté de la manière la plus péremptoire. La société est une personne civile distincte des individus qui la composent ; elle devient propriétaire des apports sociaux et, dans la société par actions au moins, donne à chaque associé, en échange de sa mise, les titres appelés actions. « Par cette combinaison, dit M. Troplong, ces deux droits ont été tellement différenciés ; la propriété sociale a été si nettement dessinée hors du cadre de l'inté-

rêt des associés, que, tandis que la société est propriétaire d'immeubles, les actions délivrées aux sociétaires sont de purs meubles. On ne peut voir un contraste plus frappant (1). » Il n'y a donc pas communauté.

## SECONDE PARTIE.

**281.** Quand la société, par suite des événements que nous venons de passer en revue, est dissoute, il faut procéder au partage des biens qui la composent ; le Code Napoléon a dit : « Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés » (art. 1872). En ce qui concerne au moins les sociétés commerciales, puisque nous n'avons pas à nous occuper des autres, cet article ne trouve que peu d'application ; l'art. 64, Cod. comm., suppose que l'on a nommé des *liquidateurs* ; et suivant un usage admis, dont le sens et la portée ne donnent lieu dans le commerce à aucune difficulté, *la société ne subsiste plus que pour sa liquidation* : cette formule consacrée et adoptée pour tous rend le partage à faire d'une extrême simplicité, et les explications à donner fort succinctes.

L'art. 64 ne doit pas être interprété dans ce sens qu'un liquidateur sera nécessairement nommé à l'expiration de toute société de commerce ; aucune disposition légale n'a imposé cette obligation, et, faute d'user de cette faculté, la liquidation appartient à tous les associés. Rien ne s'oppose même à ce que les associés fassent le partage en nature de ce qui compose l'actif et le passif de la société, mais un pareil moyen présenterait des inconvénients de toutes sortes. Dans les sociétés nombreuses, il y aurait également des difficultés à laisser le soin de la liquidation à tous les associés, et, d'un autre côté, il y a intérêt pour eux à se décharger d'un travail fastidieux et désormais sans profit. Il ne faut donc pas s'étonner de voir des liquidateurs nommés en toute occasion.

**282.** Quelquefois l'acte de société même a désigné d'avance les liquidateurs ; aucune difficulté ne peut s'élever dans ce cas.

---

(1) Sociétés, n. 971.

Si cette précaution n'a pas été prise au moment de la dissolution de la société, il y a lieu de procéder à cette nomination : mais nous pensons qu'elle ne peut émaner que de l'unanimité des suffrages de tous les associés, dont chacun d'eux va remettre ses intérêts au liquidateur (1). Toutefois l'usage de quelques places semble donner ce droit à la majorité, mais il faudrait que cet usage fût constaté d'une manière bien irrécusable pour être suivi comme loi et présumé de plein droit avoir été tacitement accepté par les associés.

Si les associés ne peuvent s'entendre, un moyen facile s'offre à eux de sortir d'embarras ; cette divergence a été considérée, par une pratique constante et qui ne rencontre aucun contradicteur, comme une contestation entre associés : par suite les tribunaux doivent être saisis, et c'est à eux qu'il appartient de mettre fin à la contestation en nommant le liquidateur (2). Si tous les associés se mettaient d'accord plus tard pour désigner un autre liquidateur, le choix fait par justice, à leur défaut, ne mettrait pas obstacle à l'exercice de ce droit.

**283.** Dans aucun cas, il n'existe de liquidateur de plein droit. Un liquidateur ne peut tenir ses pouvoirs que d'un mandat exprès ; même dans le cas où, par suite de décès ou de disparition, un seul associé serait resté en possession de l'actif, il ne pourrait s'attribuer la qualité de liquidateur ; il doit appeler les héritiers ou représentants des autres associés pour procéder à la nomination d'un liquidateur (3).

Cette hypothèse ne doit pas être confondue avec celle où tous les individus ayant composé l'ancienne société dissoute procèdent eux-mêmes à la liquidation ; si un liquidateur n'a pas été nommé par eux, cette qualité appartient nécessairement à tous. Mais il faut remarquer que l'art. 1857, C. Nap., qui décide que, lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer, ils peuvent faire séparément tous les actes de cette

(1) Malpeyre et Jourdain, p. 323 ; J. B. Paris, t. 1<sup>er</sup>, n. 987 ; Troplong, n. 1025. — *Contra*, Persil, p. 380 ; Delangle, n. 685.

(2) Malpeyre et Jourdain, p. 323 ; Troplong, n. 1026.

(3) Cass., 13 juin 1831 (D.P.31.1.200) ; Troplong, n. 1033 ; Pardessus, n. 1074-4°.

administration, cesse de leur être applicable, puisqu'ils ne sont plus associés. Ils sont simplement communistes, et un seul ne peut plus agir sans le consentement de tous les autres. Il n'y a rien de singulier à refuser à chaque ancien associé des pouvoirs aussi étendus qu'en aurait un liquidateur mandataire de tous et tenant de l'acte qui l'a nommé les droits dont il use.

Si plusieurs liquidateurs étaient nommés, ils ne pourraient également agir l'un sans l'autre, à moins de pouvoirs express concédés par le mandat.

**284.** Aucune condition spéciale n'est requise des liquidateurs; on peut choisir même un homme étranger à la société (1). Celui qui présentera les garanties les plus rassurantes d'intégrité et d'habileté doit être préféré, mais il semble naturel de s'adresser aux anciens associés gérants et à celui d'entre eux dont le nom inspirera plus de confiance.

La liquidation peut être confiée à une ou à plusieurs personnes, pour la liquidation entière, ou pour un temps limité; une indemnité peut être exigée.

L'associé nommé liquidateur par l'acte de société ne peut être révoqué sans cause légitime, même par tous les autres associés; son consentement est évidemment nécessaire pour former l'unanimité, qui seule peut modifier les conditions du contrat primitif; ce n'est que par voie de justice qu'il pourrait être révoqué. Si le liquidateur, même nommé par l'acte de société, est, au contraire, étranger à la société, l'unanimité des associés pourra le remplacer; ce que tous les associés ont fait, tous également peuvent le défaire; c'est un simple mandat qu'ils avaient donné (2).

Le liquidateur nommé après la dissolution de la société est révocable, dans tous les cas, par ceux qui l'ont choisi.

**285.** M. Pardessus enseigne que l'associé désigné pour faire la liquidation par l'acte de société ou par convention postérieure peut être requis par ses coassociés de donner

(1) Horson, q. 22, t. 4<sup>er</sup>, p. 95; Malpeyre et Jourdain, p. 324; Troplong, n. 1033.

(2) Troplong, n. 1037.

caution, s'il n'en a été dispensé par l'acte de sa nomination, et y être condamné par jugement, si les autres associés offrent de se charger de la liquidation, en fournissant ce cautionnement (1). Nous pensons avec M. Troplong que cette doctrine ne doit pas être admise et qu'on ne peut modifier après coup une convention librement consentie, sauf s'il y avait des motifs légitimes, nés ou découverts depuis la nomination, qui donnassent de justes craintes, de s'adresser à l'autorité judiciaire, qui apprécierait (2).

**286.** Les pouvoirs du liquidateur doivent être très-étendus. Toutes les fois qu'il s'agira de régler un compte, soit en payant, soit en recevant, le liquidateur est la société elle-même : « Il représente la société tout entière, dit M. Pardessus, pour tout ce qui tend à régler d'une manière définitive ce qu'elle doit ou ce qui lui est dû (3) ; » et la dissolution et la liquidation étant notoires, si un débiteur avait payé entre les mains d'un associé non liquidateur, le paiement pourrait être déclaré non libératoire (4).

Quoique à bien des égards le liquidateur semble devoir être considéré comme mandataire des associés, il peut cependant devenir leur adversaire, car, s'il en est quelques-uns qui n'aient pas rempli envers la société toutes leurs obligations, il a qualité pour les poursuivre ; si la société, d'un autre côté, est débitrice envers eux, c'est au liquidateur que les associés s'adresseront, non comme à leur mandataire, mais comme au représentant de leur débiteur (5).

**287.** Pour bien définir le caractère du liquidateur et, par suite, ses pouvoirs, dire jusqu'où ils s'étendent, comment ils sont limités, il faut bien admettre avec l'usage commercial qu'à la dissolution de la société il se forme une nouvelle personne civile distincte des associés, comme de l'ancienne société qu'ils avaient formée : c'est la société de liquidation, dont le

(1) *Droit comm.*, n. 4074-1°.

(2) Troplong, n. 4044. — V. l'observation du tribunal de commerce de Lyon (*Observations*, t. 2, 1<sup>re</sup> partie, p. 536), observation qui n'eut pas de suite.

(3) *Droit comm.*, n. 4074-2°.

(4) Troplong, n. 4044; Malpeyre et Jourdain, p. 337.

(5) Troplong, n. 4040.

liquidateur est le gérant, le représentant complet. Mais cette société n'a pas pour but de rien entreprendre, elle doit seulement terminer ce qui est commencé, sous la condition de rendre compte ; et c'est ce qui la distingue de l'ancienne société dissoute, dont elle est héritière passivement et activement. En cette qualité, elle est substituée à tous ses droits comme à toutes ses obligations (1) ; elle la représente en justice, en demandant comme en défendant, et c'est contre le liquidateur que doivent être dirigés tous les actes de poursuite.

Le liquidateur, après avoir fait inventaire et mis, par suite, tous les comptes à jour, paie toutes les dettes et recouvre toutes les créances. Les objets formant l'actif social doivent être vendus et convertis en espèces ; aucune distinction ne doit être faite entre les meubles et les immeubles : ils sont tous réputés vénaux par l'état de liquidation et doivent être réalisés (2), à moins que les associés n'aient usé du droit incontestable qui leur appartient de se partager en nature les meubles comme les immeubles ou d'interdire au liquidateur le droit de les vendre, c'est-à-dire, en d'autres termes, de les liquider.

Plusieurs auteurs pensent qu'à moins de pouvoirs exprès ou du moins présumés par les circonstances, le liquidateur ne pourrait vendre des créances non échues et moins encore les immeubles sociaux (3). Ces pouvoirs nous semblent, au contraire, devoir être toujours présumés, si l'acte qui nomme le liquidateur ne les a restreints d'une manière explicite. Comment liquider, si l'on ne peut vendre ?

On a contesté encore que le liquidateur eût le droit de transiger et de compromettre : « Le droit de compromettre, dit M. Troplong, est le corollaire du droit de disposer (4) : » mais le liquidateur qui peut vendre ne dispose-t-il pas ? Sans doute, le liquidateur pourrait abuser du droit de compromettre, mais au même titre que des autres pouvoirs qui lui sont conférés :

(1) Douai, 17 juill. 1841 (J. du P., 1841, t. 2, p. 382).

(2) Troplong, n. 1017.

(3) Pardessus, n. 1074-2°; Delangle, n. 691; Persil, p. 367; Paris, t. 1, n. 1006.

(4) Troplong, n. 1023.

on doit le supposer digne de la confiance des anciens associés qui l'ont investi de ses fonctions.

Toute la question, il faut bien le dire, se réduit à interpréter le mandat dont est chargé le liquidateur et qui ne peut être assimilé au mandat ordinaire. Dans la pratique, nous le croyons du moins, le pouvoir de transiger et de compromettre est implicitement contenu dans la mission de liquider : car transiger et compromettre, c'est assurément liquider. C'est l'opinion de M. Vincens(1), de M. Horson (2), de M. Pardessus. « Autrement, dit ce dernier auteur, la liquidation serait impossible dans beaucoup de circonstances. On ne peut croire qu'en prenant des mesures pour effectuer leur liquidation, les associés aient entendu ou voulu qu'elle ne pût jamais être faite par des voies amiables (3). »

Il sera prudent, cependant, dans l'acte qui nomme le liquidateur, de comprendre expressément un semblable pouvoir, qu'il nous semble d'une bonne administration de lui conférer ; c'est un sûr moyen d'éviter une contestation qui pourrait aisément s'élever, puisque la plupart des auteurs et la jurisprudence se sont prononcés dans un sens opposé à notre opinion (4). Si l'acte portait que le liquidateur est nommé *avec les pouvoirs les plus étendus*, une désignation plus complète deviendrait évidemment inutile.

**283.** Le liquidateur est tout à fait impuissant à créer, sous aucun prétexte et à aucun titre, une charge nouvelle aux anciens associés. Ainsi, quoiqu'il puisse vendre, il ne peut hypothéquer (5), car c'est créer une charge : ainsi, il ne peut obliger les anciens associés par la souscription, ni même par l'endossement d'effets de commerce. S'il n'a pas en mains les fonds suffisants pour faire face aux engagements de la société qu'il liquide, il doit s'adresser aux anciens associés, afin

(1) *Lég. comm.*, t. 1<sup>er</sup>, p. 363.

(2) *Ques. 44.*

(3) *Droit comm.*, n. 1074-2°.

(4) Cass., 15 janv. 1812; Troplong, n. 1023; Delangle, n. 688; Persil, p. 364; Malpeyre et Jourdain, p. 332 et s.

(5) Cass., 2 juin 1836 (D.P.36.1.384); Troplong, n. 1022; Delangle, n. 688; Pardessus, n. 1074-2°.

qu'ils lui en fournissent les moyens, ou lui donnent les pouvoirs exprès nécessaires pour se procurer les fonds qui lui manquent.

Cette question a cependant été controversée (1) et deux arrêts de la Cour de Rouen ont jugé contrairement à notre opinion (2).

Dans la première des deux espèces jugées par la Cour de Rouen, le liquidateur avait signé par procuration de l'ancienne société, et l'on pouvait admettre, par suite, qu'une autorisation expresse lui avait été accordée : mais cette circonstance ne se retrouve pas dans la seconde espèce. Sans doute le liquidateur peut vendre les marchandises et en employer le prix à solder les dettes, ainsi que toutes autres sommes qu'il aurait touchées à quelque titre que ce soit ; mais la négociation d'un effet peut entraîner des conséquences plus graves ; si l'effet est simplement impayé entre les mains du liquidateur, chaque associé supportera sa part de la perte ; s'il y a négociation, le non-paiement ou même le moindre retard donnerait une action solidaire contre tous les associés. Ces négociations peuvent, il est vrai, être nécessaires pour fournir au liquidateur les sommes dont il a besoin, mais, nous le répétons, les associés ne refuseront pas alors évidemment de donner au liquidateur un mandat spécial et suffisant ; à défaut, il ne doit pas pouvoir les engager.

La jurisprudence accorde encore au liquidateur le droit de donner valablement en nantissement des marchandises appartenant à la société (3), et rien, en effet, ne semble devoir s'y opposer.

Dans aucune circonstance la nomination d'un liquidateur n'enlève aux tiers l'action directe contre les associés ; mais ce serait au liquidateur d'abord que l'ayant droit devrait s'adres-

(1) Troplong, n. 1012 ; Horson, q. 10 et 11, p. 38 et s. ; Frémery, p. 70 ; Massé, t. 5, n. 58, refusent au liquidateur le pouvoir d'engager à aucun titre la société. — *Contra*, Malpeyre et Jourdain, p. 332 ; Vincens, t. 1<sup>er</sup>, p. 362, n. 2 ; Delangle, n. 690 ; J. B. Pâris, t. 1<sup>er</sup>, n. 1012.

(2) Rouen, 12 avril et 26 août 1845 (J. du P., 1848, t. 1<sup>er</sup>, p. 651).

(3) Paris, 17 mai 1849 (S.V.49.2.289) ; Cass., 5 mars 1850 (J. du P., 50, t. 2, p. 348).

ser comme au représentant de l'ancienne société débitrice ; antérieurement à la dissolution, les tiers devaient poursuivre et faire condamner préalablement la société ; après la dissolution, les règles sont les mêmes, mais c'est le liquidateur qui représente la société.

**289.** La qualité de liquidateur est parfaitement distincte de celle d'associé ; si ces deux qualités peuvent être réunies dans la même personne, elles ne se confondent pas néanmoins. Ainsi, la condamnation prononcée contre le liquidateur ne l'affecte que comme un mandataire, ou, si l'on veut, comme un héritier bénéficiaire, et ne peut l'atteindre que jusqu'à concurrence des valeurs qu'il a entre ses mains ; il n'est pas tenu sur ses biens ; il n'est pas contraignable par corps, si ce n'est, bien entendu, à raison des valeurs appartenant à la société, dont il est détenteur.

A côté de lui sont les anciens associés tenus solidairement de toutes les obligations sociales, s'ils sont en nom collectif, et jusqu'à concurrence de la mise, s'ils sont commanditaires.

Si donc c'est un associé qui a été nommé liquidateur, il peut être poursuivi dans cette double qualité ; mais la demande doit le porter expressément et dire que l'action est formée à raison de la qualité de liquidateur et de celle d'associé (1).

« Ainsi donc, dit M. Troplong, la liquidation laisse subsister toutes les actions des tiers contre l'ancienne société ; ils peuvent exercer ces actions tant contre les ci-devant associés, leurs veuves, héritiers ou ayants cause, que contre le liquidateur, en tant que comptable des valeurs sociales ; et, si ce liquidateur est en même temps un ancien associé, ils peuvent le poursuivre, tant en son nom personnel que comme liquidateur, pour obtenir une double condamnation (2). »

**290.** Ces règles sont simples et ne peuvent sans doute donner lieu à aucune difficulté, mais, rapprochées du texte de l'art. 64, Cod. comm., elles ont fait naître une discussion fort grave.

(1) Troplong, n. 4046.

(2) Troplong, n. 4048.

Le texte de cet article dit fort nettement que les actions contre les associés non liquidateurs, leurs veuves, héritiers et ayants cause, sont prescrites par cinq ans.

Il est certain également que les actions contre le liquidateur durent trente ans.

Les poursuites intentées contre lui n'ont donc pas pour effet d'interrompre la prescription contre les associés.

Mais, si le liquidateur est un ancien associé, la qualité de liquidateur se confond-elle, quant aux effets de la prescription, avec celle d'associé, de façon qu'il n'y ait prescription à son égard que par trente ans, soit comme liquidateur comparable, soit comme associé indéfiniment tenu ?

Le texte n'accordant le bénéfice de la prescription quinquennale qu'à l'*associé non liquidateur*, faut-il en conclure, par une rigueur de déduction qui semble bien sévère, que l'*associé liquidateur* est exclu de cet avantage, et que, dans cette unique occasion, ces deux qualités, que nous avons vues jusqu'ici, d'un accord unanime, être toujours si soigneusement distinguées, arrivent à être complètement confondues ? C'est l'opinion de M. Pardessus et de M. Troplong (1).

MM. Malpeyre et Jourdain et Bravard-Veyrières ont soutenu une opinion contraire (2); ils ont insisté avec force sur cette considération, qu'en permettant de poursuivre l'*associé liquidateur* pendant trente ans, on retirait d'une main ce que l'on semblait avoir accordé de l'autre, puisqu'il était certain, et tout le monde en convient, qu'il aura son recours en garantie contre ses coassociés.

Sans doute, il y a une différence pour eux à être soumis à l'action directe et solidaire des tiers ou à n'être tenu que pour leur part et portion, que le liquidateur peut seulement leur demander; mais nous croyons que la loi a voulu faire pour eux plus encore et ne pas rendre la position du liquidateur aussi mauvaise.

En effet, si l'un des associés à qui le liquidateur s'adressera

(1) Pardessus, n. 4090; Troplong, n. 4054.

(2) Malpeyre et Jourdain, p. 343 et s.; Bravard-Veyrières, p. 94 et s.

pour sa part et portion est devenu insolvable, il devra donc seul supporter cette insolvabilité ?

La loi n'exige nullement que la liquidation soit confiée à l'un des associés ; elle a cru ce fait parfaitement indifférent ; il s'en faut de beaucoup qu'il le soit cependant. Si le liquidateur est étranger, tous les associés sont complètement libérés après cinq ans ; dans le cas contraire, non-seulement l'un d'eux est tenu directement pendant trente ans, mais tous les autres le sont indirectement pendant le même temps : où trouver la cause d'une pareille différence ; comment l'expliquer et la justifier ? Quels sont les négociants assez insensés, dans une pareille situation, pour ne pas choisir un étranger pour liquidateur ? et cependant presque toujours la liquidation sera mieux faite par un associé que par tout autre. Il faudrait donc soutenir que la loi a voulu que la liquidation fût confiée à l'un des associés, et personne ne l'a dit jusqu'ici. Une raison puissante de décider, c'est que les co-associés sont tenus indirectement.

**291.** « En droit commun, dit M. Troplong, la prescription est de trente ans ; pour la réduire à un moindre temps, il faut une disposition particulière. Où est cette disposition ? J'en lis bien une dans l'art. 64 du Cod. de comm., en faveur des associés non liquidateurs ; mais en ce qui touche les associés liquidateurs, cet article est muet. Je ne tirerai pas avantage de la maxime si souvent trompeuse : *qui dicit de uno negat de altero*. Je concéderai qu'il n'y a pas exclusion expresse du liquidateur, mais tout au moins il y a silence, et c'est ce silence qui le laisse sous le droit commun. Quelques phrases empruntées à la discussion du conseil d'Etat ne peuvent suppléer à l'absence de cette loi toujours nécessaire pour substituer une prescription abrégée à la prescription ordinaire (1). »

Nous professons pour la lettre de la loi le plus profond respect, mais ce respect n'exige pas que nous fassions abstraction, en la lisant, des principes qui dominent chaque matière et en forment le droit proprement dit. Le principe ici, le droit, tout le monde l'a dit, c'est la séparation nette et formelle de la qua-

(1) Sociétés, n. 1051.

lité de liquidateur et de celle d'associé. L'art. 64 y est-il contraire ? Nullement : « TOUTES ACTIONS, dit-il, contre les associés non liquidateurs, sont prescrites cinq ans après, etc.... » Toutes actions, au contraire, par suite, ne sont point prescrites contre l'associé liquidateur : et, en effet, toutes actions ne sont point prescrites contre lui, puisqu'il peut être poursuivi pendant trente ans, comme liquidateur. L'art. 64 peut avoir pour but de réserver expressément ce droit. La loi a-t-elle été plus loin ; a-t-elle dit que les actions, comme associé, qui, pour tous les autres sont prescrites par cinq ans, dureraient contre lui trente ans, contrairement à toute équité, à cette règle universellement admise, qui veut que les deux qualités restent entièrement, complètement distinctes ? A-t-elle dit qu'après les cinq ans écoulés la distinction entre l'associé et le liquidateur disparaît ; que le bénéfice qu'elle accorde aux sociétés exige, pour être complet, que le liquidateur soit étranger ? Non, évidemment, et le contraire a été répété au conseil d'Etat ; mais la loi n'a pas voulu toutefois que le liquidateur, par cela seul qu'il avait été associé, pût repousser par cinq ans les actions qui compétent contre lui à raison de sa qualité de liquidateur. Quoique associé, il est traité comme un liquidateur étranger ; mais les associés, soit qu'ils choisissent l'un d'eux ou un étranger, ne changent pas leur position, que la loi commerciale a voulu faire telle, parce que, dans le commerce, les négligences ne sont pas facilement admises, et les prescriptions, en conséquence, tendent toujours à être abrégées.

Ajoutons, au reste, que ce bénéfice si bien en rapport avec les habitudes commerciales est entouré pour les tiers de toutes les garanties désirables et disparaît devant toute poursuite judiciaire.

**292.** M. Troplong, poursuivant son raisonnement, arrive forcément à dire : « Si ces raisons sont considérées comme devant l'emporter, on sera conduit à faire un second pas et à décider que, dans les sociétés qui n'ont pas de liquidateur, la prescription quinquennale n'a pas lieu. Pourquoi ? C'est qu'alors tous les associés sont saisis collectivement de l'actif social ; c'est que la liquidation appartient à tous et que, chaque

associé étant liquidateur, il n'y a plus d'exception pour personne (1). » Nous n'admettons pas cette règle.

**293.** Une fois la liquidation terminée, il y a lieu de procéder au partage. Dans les sociétés commerciales, on opérera presque toujours sur des valeurs mobilières ; il y a peu d'intérêt à dire, par conséquent, que le partage d'après les principes généraux est déclaratif et non translatif de propriété ; qu'il n'a pas pour effet, en d'autres termes, d'attribuer, de donner la propriété de l'objet à celui qui l'obtient dans le partage, mais de déclarer qu'il lui appartient déjà. Presque tous les auteurs font rétroagir cette propriété au moment où l'objet est entré dans la société ; M. Duvergier pense qu'il ne faut remonter que jusqu'au moment où, la société étant dissoute, les associés ont cessé d'être en société pour être en communauté. La question, même pour les immeubles, n'aura que rarement un intérêt pratique, puisque tout le monde convient que les charges créées par la société subsistent dans tous les cas et doivent être respectées par celui dans le lot duquel tombe l'immeuble ; il n'en serait pas tenu, au contraire, et cela également dans tous les cas, si ces charges avaient été créées, soit avant, soit depuis la dissolution de la société, par tout autre que par lui, puisque l'immeuble appartenait ou à la société comme personne civile distincte, ou à lui, en vertu de la fiction qui fait remonter son droit au moment où l'immeuble est entré dans la société.

**294.** Le partage d'une société étant, dans de certaines limites, régi par les mêmes principes que celui qui intervient entre cohéritiers, l'acte est susceptible de rescission pour lésion de plus du quart, et le droit de la demander dure dix ans (2). Mais nous ne croyons pas, contrairement à l'avis de M. Pardessus, que le tiers auquel un associé aurait, depuis que la société est dissoute et avant partage, cédé ses droits sociaux, moyennant une somme d'argent, pût être écarté du partage, soit par tous les associés, soit par un seul, en lui remboursant ce qu'il a payé pour les acquérir. Ce droit a été accordé

(1) *Sociétés*, n. 1051.

(2) Code Napoléon, art. 887 et 1304 ; Pardessus, n. 1085.

par l'art. 841, Cod. Nap., aux cohéritiers, mais aucune disposition légale ne l'a étendu aux associés. « L'intérêt des familles, dit M. Troplong, doit faire écarter du partage l'étranger qui vient troubler son repos; mais la présence d'un étranger au partage d'une société n'a rien d'effrayant. La société finie, les associés sont étrangers les uns aux autres : qu'importe que l'un d'eux soit remplacé par un étranger(1)? » L'acte social pourrait établir que, si l'un des associés vendait sa part, la préférence devrait être accordée aux coassociés; cette stipulation n'a rien que de licite, mais elle ne peut être suppléée.

**295.** Les associés se doivent réciproquement garantir les lots : ainsi, si l'un d'eux était évincé d'un bien social qui aurait été contenu dans son lot, ou s'il se trouvait avoir payé plus que sa part de dettes, il aurait, dans tous les cas, son recours pour rétablir l'égalité. Il faut excepter le cas où il y a eu forfait et où, l'événement étant prévu, l'associé en a pris l'éventualité à sa charge.

M. Pardessus examine une difficulté que cette règle peut soulever.

Pierre et Jacques formaient une société qui a été dissoute par la faillite. Les dettes sociales s'élevaient à 200,000 francs ; par suite de l'abandon qu'ont fait les associés de toute leur fortune s'élevant, celle de Pierre à 80,000 francs et celle de Jacques à 50,000 francs, les créanciers les ont tenus quittes. Jacques ayant, par la suite, rétabli ses affaires, Pierre peut-il exiger de lui 15,000 fr., moitié de la somme qu'il a payée de plus que lui aux créanciers communs ? Notre auteur se prononce avec raison pour la négative. Au moment où l'arrangement a été conclu, la société était dissoute, dit-il ; les créanciers ont traité directement avec chacun des débiteurs, et Pierre a bien payé plus que Jacques, mais non plus que sa part : il ne peut donc rien réclamer, puisqu'il n'a rien payé à la décharge de Jacques(2).

**296.** Les créanciers particuliers d'un associé ne peuvent

(1) *Sociétés*, n. 1059. — *Sic*, Duranton, t. 47, p. 443 ; Duvergier, n. 472 ; Persil, p. 48.

(2) *Droit comm.*, n. 1086.

être admis à intervenir dans les opérations de la société, ni en demander la dissolution et la liquidation; mais, la société dissoute, ils pourraient intervenir au partage pour veiller à ce qu'il ne fût pas fait en fraude de leurs droits (1).

Il existe une assez vive controverse pour savoir, dans le cas où ils n'auraient préalablement fait aucune opposition, s'ils pourraient également attaquer le partage consommé. La négative nous paraît préférable, et nous pensons que l'art. 882, Cod. Nap., peut leur être opposé. Mais cette question, qui est du domaine du droit civil plus que du nôtre, partage les auteurs et a été décidée en sens divers par un grand nombre d'arrêts.

**297.** La prescription de l'art. 64 ne court que du jour où la société finit par l'expiration du terme qui avait été fixé, ou bien du jour où l'acte de dissolution a été rendu public: « Attendu, a dit la Cour de cassation, que la dissolution d'une société avant le terme fixé par l'acte qui la constitue ne peut faire courir contre les tiers la prescription quinquennale établie par l'art. 64, Cod. de comm., que si les tiers ont été avertis de cette dissolution par l'affiche et la publication de l'acte qui contient la convention; attendu, en effet, qu'une prescription ne peut courir contre qui ne peut agir, et que les tiers ne sont pas mis légalement en demeure d'agir en vertu d'un acte de dissolution qui n'a point été porté à leur connaissance par les moyens et dans les formes établis par la loi (2). »

Cette prescription courrait en faveur d'un associé retiré, mais à compter également du jour où sa retraite aurait été rendue publique (3).

Elle frappe, du reste, tous les créanciers même mineurs (4); mais l'exception de minorité peut être invoquée dans la prescription de droit commun applicable au liquidateur.

Elle cesse de pouvoir être invoquée quand il y a faillite.

Elle n'éteint pas les actions que les associés peuvent avoir

(1) Pardessus, n. 4087.

(2) Cass., 24 nov. 1845 (J. du P., t. 45, t. 2, p. 673).

(3) Cass., 7 juin 1830.

(4) Pardessus, n. 4090-1° ; Delangle, n. 727.

les uns contre les autres ; les actions des associés entre eux ne se prescrivent que par trente ans.

La Cour de Paris, interprétant notre article, a décidé avec raison « que l'associé liquidateur, qui a été remplacé par son coassocié après s'être conformé aux dispositions prescrites par les art. 42 et 46, Cod. comm., avoir rendu ses comptes, s'estre dessaisi de toutes les valeurs, de tous les livres et titres de la société, n'est plus qu'un associé non liquidateur et a le droit d'invoquer la prescription de cinq ans, à partir du jour de sa retraite ; que les créanciers de la société qui n'ont exercé aucune action dans cet intervalle de temps seraient fondés à critiquer les comptes par lui rendus de sa gestion, mais qu'ils ne peuvent prétendre qu'il est personnellement responsable pour le passé des dettes de la société, et, pour l'avenir, des faits de la gestion du nouveau liquidateur (1). »

## TITRE IV.

### *Des Séparations de biens.*

#### ARTICLE 65.

Toute demande en séparation de biens sera poursuivie, instruite et jugée conformément à ce qui est prescrit au Code civil, livre III, titre V, chap. II, sect. III, et au Code de procédure civile, 2<sup>e</sup> partie, liv. I, tit. VIII.

#### ARTICLE 66.

Tout jugement qui prononcera une séparation de corps ou un divorce entre mari et femme, dont l'un serait commerçant, sera soumis aux formalités prescrites par l'article 872 du Code de procédure civile ;

---

(1) Paris, 20 avril 1847 (S.V.47.2.299).

à défaut de quoi les créanciers seront toujours admis à s'y opposer, pour ce qui touche leurs intérêts, et à contredire toute liquidation qui en aurait été la suite.

**298.** Ce n'est qu'à la suite d'une discussion qu'on a compris au conseil d'Etat, qu'au lieu de créer des dispositions qui ne pouvaient qu'établir sans profit diverses manières de procéder dans des cas semblables, il était préférable de s'en tenir aux règles générales établies par le Code Napoléon et le Code de procédure civile, auxquels il faut se reporter (1).

(1) Locré, *Lég. comm.*, t. 17, p. 214 et s.

**CODE NAP.**, art. 1443. La séparation de biens ne peut être poursuivie qu'en justice par la femme dont la dot est mise en péril, et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme. — Toute séparation volontaire est nulle.

1444. La séparation de biens, quoique prononcée en justice, est nulle, si elle n'a point été exécutée par le paiement réel des droits et reprises de la femme, effectué par acte authentique, jusqu'à concurrence des biens du mari, ou au moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement, et non interrompues depuis.

1445. Toute séparation de biens doit, avant son exécution, être rendue publique par l'affiche sur un tableau à ce destiné, dans la principale salle du tribunal de première instance, et de plus, si le mari est marchand, banquier ou commerçant, dans celle du tribunal de commerce du lieu de son domicile; et ce, à peine de nullité de l'exécution. — Le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande.

1446. Les créanciers personnels de la femme ne peuvent, sans son consentement, demander la séparation de biens. — Néanmoins, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, ils peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances.

1447. Les créanciers du mari peuvent se pourvoir contre la séparation de biens prononcée et même exécutée en fraude de leurs droits; ils peuvent même intervenir dans l'instance sur la demande en séparation pour la contester.

**CODE PROC. CIV.**, art. 865. Aucune demande en séparation de biens ne pourra être formée sans une autorisation préalable, que le président du tribunal devra donner sur la requête qui lui sera présentée à cet effet. Pourra néanmoins le président, avant de donner l'autorisation, faire les observations qui lui paraîtront convenables.

866. Le greffier du tribunal inscrira, sans délai, dans un tableau placé à cet effet dans l'auditoire, un extrait de la demande en séparation, lequel contiendra, 1<sup>o</sup> la date de la demande; 2<sup>o</sup> les noms, prénoms, profession et demeure des époux; 3<sup>o</sup> les noms et demeure de l'avoué constitué, qui sera tenu de remettre, à cet effet, ledit extrait au greffier, dans les trois jours de la demande.

867. Pareil extrait sera inséré dans les tableaux placés, à cet effet, dans l'audi-

Le mariage peut être contracté en France sous le régime de la communauté, sous le régime dotal, sous le régime exclusif de la communauté, qui comprend la séparation de biens (Cod. Nap., art. 1387 et suiv.).

Lorsque la séparation des biens entre époux n'a pas été établie par le contrat de mariage, c'est-à-dire n'est pas *contractuelle*, elle peut être prononcée plus tard par jugement et s'appelle alors *judiciaire*; c'est de celle-ci seulement que s'occupe l'art. 65 : elle ne peut être formée que dans les

toire du tribunal de commerce, dans les chambres d'avoués de première instance et dans celles de notaires, le tout dans les lieux où il y en a : lesdites insertions seront certifiées par les greffiers et par les secrétaires des chambres.

868. Le même extrait sera inséré, à la poursuite de la femme, dans l'un des journaux qui s'impriment dans le lieu où siège le tribunal, et, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux établis dans le département, s'il y en a. — Ladite insertion sera justifiée ainsi qu'il est dit au titre de *la Saisie immobilière*, article 696.

869. Il ne pourra être, sauf les actes conservatoires, prononcé, sur la demande en séparation, aucun jugement qu'un mois après l'observation des formalités ci-dessus prescrites, et qui seront observées à peine de nullité, laquelle pourra être opposée par le mari ou par ses créanciers.

870. L'aveu du mari ne fera pas preuve, lors même qu'il n'y aurait pas de créanciers.

871. Les créanciers du mari pourront, jusqu'au jugement définitif, sommer l'avoué de la femme, par acte d'avoué à avoué, de leur communiquer la demande en séparation et les pièces justificatives, même intervenir pour la conservation de leurs droits, sans préliminaire de conciliation.

872. Le jugement de séparation sera lu publiquement, l'audience tenante, au tribunal de commerce du lieu, s'il y en a : extrait de ce jugement, contenant la date, la désignation du tribunal où il a été rendu, les noms, prénoms, profession et demeure des époux, sera inséré sur un tableau à ce destiné, et exposé pendant un an dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari, même lorsqu'il ne sera pas négociant, et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari. Pareil extrait sera inséré au tableau exposé en la chambre des avoués et notaires, s'il y en a. La femme ne pourra commencer l'exécution du jugement que du jour où les formalités ci-dessus auront été remplies, sans que néanmoins il soit nécessaire d'attendre l'expiration du susdit délai d'un an. — Le tout sans préjudice des dispositions portées en l'article 1445 du Code civil.

873. Si les formalités prescrites au présent titre ont été observées, les créanciers du mari ne seront plus reçus, après l'expiration du délai dont il s'agit dans l'article précédent, à se pourvoir par tierce opposition contre le jugement de séparation.

874. La renonciation de la femme à la communauté sera faite au greffe du tribunal saisi de la demande en séparation.

mêmes cas, devant les mêmes juges et suivant les mêmes formes qu'entre époux non commerçants, et doit par conséquent, dans tous les cas, être portée devant le tribunal civil. Toute séparation volontaire est nulle, et l'aveu du mari ne peut faire preuve des faits allégués pour la faire prononcer en justice.

**299.** « La séparation de biens, dit l'art. 1445, Cod. Nap., « ne peut être poursuivie qu'en justice par la femme dont la « dot est mise en péril, et lorsque le désordre des affaires du « mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne « soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de « la femme. Toute séparation volontaire est nulle. »

Le mari, maître de la communauté et administrateur de la dot, ne peut, en aucun cas, former une semblable demande et avoir besoin de prendre cette précaution pour sauvegarder ses intérêts.

La séparation n'est établie que dans l'intérêt de la femme et seule elle a qualité pour la demander : il a même été jugé que ses héritiers ne pouvaient reprendre et continuer une instance en séparation formée avant son décès et non jugée (1); l'action est éteinte par son décès. Les tiers, à plus forte raison, sont sans droit à cet égard : « Les créanciers personnels de la « femme, dit l'art. 1446, Cod. Nap., ne peuvent sans son con- « sentement demander la séparation de biens. Néanmoins, en « cas de faillite ou de déconfiture du mari, ils peuvent exer- « cer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du mon- « tant de leurs créances.

« Il n'est pas nécessaire, a dit Pothier, pour que la femme soit reçue à demander la séparation, que son mari soit devenu entièrement insolvable; la séparation serait alors pour elle un remède inutile : il suffit qu'il commence à le devenir et que le mauvais train que prennent ses affaires donne lieu de craindre qu'il ne le devienne de plus en plus. Il n'est pas nécessaire que le mauvais état des affaires du mari soit arrivé par sa faute et par sa mauvaise conduite : quoique le dérangement de ses affaires soit arrivé sans sa faute, par des pertes considéra-

(1) Douai, 23 mars 1831 (S.V. 34.2.243).

bles survenues dans son commerce, qu'il n'avait pas pu prévoir, il suffit pour obtenir la séparation que les biens du mari ne soient plus suffisants pour répondre de la dot de la femme » (1).

La séparation de biens pourrait être demandée dans une pensée de dol, et afin de spolier de légitimes créanciers, en faisant passer à la femme les restes de la fortune du mari : aussi le Code de procédure, auquel la loi commerciale se réfère, exige-t-il que ces sortes de demandes reçoivent la plus grande publicité (Cod. proc. civ., art. 866 à 868); et les créanciers peuvent intervenir dans l'instance et même se pourvoir contre la séparation prononcée et exécutée en fraude de leurs droits (Cod. Nap., art. 1447, Cod. proc. civ., art. 871).

**500.** L'art. 66, Cod. comm., dit expressément que tout jugement prononçant une séparation du corps entre époux, dont l'un est commerçant, sera soumis à ces mêmes formalités, parce que la séparation de biens est une suite nécessaire de la séparation de corps (Cod. Nap., art. 511) : les tiers devaient donc être avertis dans l'un et l'autre cas ; la disposition finale de l'article réserve leurs droits en cas d'inexécution.

**501.** Une femme mariée doit, en règle générale, n'avoir d'autre domicile que celui de son mari, mais une femme commerçante a souvent, en fait, un domicile qui lui est propre au lieu où est établi le siège de son commerce ; l'affiche dans ce cas devrait être faite à la résidence de l'un et de l'autre époux (2).

## ARTICLE 67.

Tout contrat de mariage entre époux dont l'un sera commerçant sera transmis par extrait, dans le mois de sa date, aux greffes et chambres désignés par l'article 872 du Code de procédure civile, pour être exposé au tableau, conformément au même ar-

(1) *Traité de la comm.*, n. 540.

(2) *Pardessus*, n. 95.

ticle. — Cet extrait annoncera si les époux sont mariés en communauté, s'ils sont séparés de biens, ou s'ils ont contracté sous le régime dotal.

**502.** Les art. 65 et 66 ont parlé des modifications introduites par la justice au régime adopté par des commerçants au moment de leur mariage ; la loi devait, pour être logique, exiger également d'abord la publicité du contrat de mariage, et soit que les époux soient mariés sous le régime dotal, de la séparation de biens, exclusif de la communauté et même de la communauté légale, du moment qu'il y a eu contrat, l'art. 67 devient applicable et doit être exécuté.

Cet article est obligatoire et le contrat de mariage reçoit la même publicité que celle qui a été donnée à la séparation judiciaire, quel que soit celui des époux qui est commerçant, et l'affiche doit avoir lieu au siège du commerce de la femme, comme au domicile du mari, s'ils sont différents. L'art. 67 doit évidemment être entendu avec cette restriction que l'affiche n'aura lieu aux tableaux des chambres des notaires et des avoués qu'autant qu'il y en a au lieu du domicile de l'époux commerçant. La question cependant a été portée devant l'autorité judiciaire (1).

La clause de non-communauté entre commerçants peut quelquefois être une occasion de fraude. « Ce n'est pas sans motifs, disaient les auteurs du Cod. de comm., que l'on nous a fait remarquer les abus qui naissent de la stipulation de non-communauté dans les contrats de mariage des commerçants, par la faculté qu'ils laissent au mari de reconnaître à la femme une dot qui souvent n'a point été apportée, et de créer ainsi au préjudice des créanciers futurs de la communauté un privilége aussi injuste que coupable..... Il est des abus contre lesquels les précautions du législateur sont impuissantes ; on ne peut admettre des livres de commerce contre un acte authentique ; on ne peut priver une épouse des droits qui lui sont assurés par le contrat de mariage ; et, fussent-ils essentiellement frau-

(1) Paris, 16 mars 1824 (D.P. 23.1.36).

duleux, l'acte qui les établit tient jusqu'à inscription de faux (1). »

Non-seulement les contrats ne pourront donc être attaqués au préjudice de la femme, mais il est encore à remarquer qu'aucune nullité ne résulte du défaut de publication ; aucune peine n'est prononcée contre les époux ; l'exécution de l'art. 67 est assurée par les dispositions de l'article qui suit.

**303.** L'extrait, conformément aux observations du Tribunat, énonce simplement le régime adopté par les époux, mais il n'exprime pas quel est le montant de la constitution dotale. Le Tribunat disait avec raison que, d'un côté, la publicité donnée à ces détails serait presque toujours désagréable aux familles, et que, d'un autre côté, il est rare que la constitution dotale ait un chiffre fixe et déterminé même pour l'avenir : faudra-t-il à chaque événement, partage de droits indivis, successions, legs, donations, recourir à de nouvelles publications (2) ?

Si les époux sont mariés sans contrat, la loi les soumet de plein droit au régime de communauté, qui forme en France le droit commun ; toute publication devient inutile.

**304.** La loi du 10 juill. 1850, rendue sur l'initiative de M. Valette, a étendu au droit civil les bienfaits de la publicité des contrats de mariage, en modifiant les art. 75, 76, 1591 et 1594 du Cod. Nap. Cette loi, bien entendu, doit être exécutée dans tous les cas et s'appliquerait aux commerçants pour lesquels elle a complété, à certains égards, les dispositions spéciales du Cod. de comm. Aux termes de cette loi, l'acte de mariage dressé par l'officier de l'état civil doit mentionner s'il a été fait un contrat de mariage, et, dans le cas de l'affirmative, indiquer la date de ce contrat, ainsi que le nom et le lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu. Si l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, et, par suite, nécessairement, sous le régime de la communauté légale, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que dans l'acte qui

(1) *Analys: raisonnée*, p. 29.

(2) *Observ. du Trib.*, Loiré, t. 1<sup>er</sup>, p. 325.

contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage. Cette loi n'a eu d'effet qu'à partir du 1<sup>er</sup> janv. 1851.

### ARTICLE 68.

Le notaire qui aura reçu le contrat de mariage sera tenu de faire la remise ordonnée par l'article précédent, sous peine de cent francs d'amende, et même de destitution et de responsabilité envers les créanciers, s'il est prouvé que l'omission soit la suite d'une collusion.

**505.** Les notaires habitués à remplir ponctuellement toutes les obligations auxquelles ils sont astreints se conformeront scrupuleusement aux prescriptions de la loi ; l'amende qui vient les frapper, en cas de négligence, ajoute une sanction qui doit être suffisante.

Pour éviter qu'il puisse y avoir, en aucun cas, collusion, et que le notaire cède aux suggestions d'époux de mauvaise foi, la loi lui impose, dans ce cas, la destitution et une responsabilité indéfinie envers les créanciers ; à ces conditions, la fraude n'est plus possible, puisqu'elle cesse d'être avantageuse, mais le fait de collusion doit être prouvé. Les tribunaux, en outre, pourraient décider que les clauses dérogeant à la communauté légale ne seraient point opposables aux tiers, à qui elles ont été cachées (1). Les nouvelles garanties ajoutées par la loi du 10 juillet 1850, dont nous avons rapporté les dispositions au numéro précédent, paraissent suffisantes, d'ailleurs, pour prévenir tous les abus de la clandestinité.

Si l'une des parties a pris, même à tort, dans le contrat, la qualité de commerçant, du moment que le notaire en a fait mention dans l'acte, la loi lui impose l'obligation de se conformer à l'art. 68 (2). Il en serait de même, si l'époux commerçant avait dissimulé cette qualité, mais qu'elle fût connue

(1) Pardessus, n. 93.

(2) Colmar, 4 mai 1829.

du notaire (1). Le notaire ne pourrait être excusé qu'autant qu'il aurait pu croire de bonne foi que la profession déclarée dans le contrat n'était pas commerciale, puisqu'il peut y avoir doute quelquefois à cet égard.

La loi du 16 juin 1824 a réduit à 20 francs l'amende prononcée par cet article (2), et a établi une prescription de deux ans pour couvrir la contravention qui aurait été commise (art. 10 et 14); mais la responsabilité continuerait de subsister.

#### ARTICLE 69.

L'époux séparé de biens, ou marié sous le régime dotal, qui embrasserait la profession de commerçant postérieurement à son mariage, sera tenu de faire pareille remise dans le mois du jour où il aura ouvert son commerce; à défaut de cette remise, il pourra être, en cas de faillite, condamné comme banqueroutier simple.

#### ARTICLE 70.

La même remise sera faite, sous les mêmes peines, dans l'année de la publication de la présente loi, par tout époux séparé de biens, ou marié sous le régime dotal, qui, au moment de ladite publication, exerce-rait la profession de commerçant.

**306.** Si l'un des époux embrasse la profession de commerçant postérieurement à son mariage, le notaire qui a reçu le contrat ne peut plus être chargé de lui donner la publicité; c'est à l'époux lui-même à le faire dans le délai d'un mois.

La loi ne parle que des cas où il y a séparation de biens ou régime dotal; si la communauté légale avait été modifiée de toute autre manière, la publication du contrat ne serait pas moins nécessaire que dans le cas prévu par l'art. 67; elle

(1) Pardessus, n. 93.

(2) Cass., 27 août 1828.

ne devient inutile que si les époux avaient adopté le régime de la communauté pure et simple.

Si l'époux, qui embrasse le commerce, avait été précédemment séparé de biens judiciairement, la publicité qui aurait été donnée au jugement, quand il a été rendu, le dispenserait d'y recourir de nouveau ; c'est ce qui explique le silence de l'art. 69 sur ce point.

L'époux négligent pourrait, en cas de faillite, être condamné comme banqueroutier simple ; la loi du 28 mai 1838 a remplacé par cette disposition plus douce le texte ancien, qui pronçait la peine de la banqueroute frauduleuse.

Les clauses, ainsi laissées secrètes, contrairement aux prescriptions de la loi, ne pourraient être opposées aux tiers (1).

La disposition transitoire de l'art. 70 n'a plus d'objet maintenant, puisque le Code de commerce a été promulgué le 20 sept. 1807.

## TITRE V.

### *Des Bourses de commerce, agents de change et courtiers.*

#### SECTION PREMIÈRE.

##### *Des Bourses de commerce.*

#### ARTICLE 71.

La bourse de commerce est la réunion qui a lieu, sous l'autorité du roi, des commerçants, capitaines de navire, agents de change et courtiers.

#### ARTICLE 72.

Le résultat des négociations et des transactions qui s'opèrent dans la bourse détermine le cours du

(1) Pardessus, n. 94.

change, des marchandises, des assurances, du fret ou nolis, du prix des transports par terre ou par eau, des effets publics et autres dont le cours est susceptible d'être coté.

### ARTICLE 73.

Ces divers cours sont constatés par les agents de change et courtiers, dans la forme prescrite par les règlements de police généraux ou particuliers.

**507.** Des bourses de commerce existaient avant 1789 dans diverses villes de France; celle de Paris, créée par arrêt du conseil du 24 septembre 1724, fermée par un décret du 27 juin 1793, a été ouverte de nouveau quelques années après, conformément au décret du 6 floréal an 5. La loi du 28 ventôse an 9 a eu pour but de généraliser l'institution des bourses de commerce et d'en établir dans tous les lieux où le Gouvernement jugerait utile d'en créer. Les actes du 29 germinal an 9 (19 avril 1801) et du 27 prairial an 10 (16 juin 1802) ont posé les principaux règlements qui les régissent et auxquels se rapporte l'art. 71, Cod. comm.; ils s'occupent également des agents de change et des courtiers, dont nous parlerons tout à l'heure.

La surveillance de ces établissements appartient, à Paris, au préfet de police; aux commissaires généraux de police dans les villes où il en existe, et aux maires dans les autres.

Le Gouvernement, qui peut seul instituer les bourses de commerce, peut aussi les supprimer; c'est lui qui choisit et détermine le local qui doit y être affecté et fixe les dépenses relatives à l'entretien et au service de ces établissements; elles sont couvertes par une contribution imposée à certaines classes de négociants de la ville même où la bourse est établie. Ces dépenses ne s'appliquent pas à l'acquisition ou à la construction même de la Bourse; le Gouvernement y pourvoit par d'autres moyens. Quelquefois, en raison de l'importance des travaux à faire, une loi particulière est rendue pour y subvenir; c'est ce qui a eu lieu notamment pour la Bourse de Paris.

L'art. 5 de l'arrêté du 27 prairial an 10 est ainsi conçu : « Il est défendu de s'assembler ailleurs qu'à la Bourse et à d'autres heures que celles qui sont fixées par le règlement de police, pour proposer et faire des négociations, à peine de destitution des agents de change ou courtiers qui auraient contrevenu, et pour les autres individus, sous les peines portées par la loi contre ceux qui s'immiscent dans les négociations sans titre légal. Le préfet de police de Paris et les maires et officiers de police des villes des départements sont chargés de prendre les mesures nécessaires pour l'exécution de cet article. » Des ordonnances de police ont, à différentes reprises, rappelé à l'exécution de cette disposition.

« Cette disposition, dit M. Locré, a trois effets qui sont expliqués par les arrêts du conseil du 24 sept. 1724 et du 7 août 1785, desquels elle est empruntée. L'un est d'empêcher les réunions dans l'intérieur des maisons ; l'autre, d'interdire les réunions dans les rues et dans les lieux publics ; le troisième de défendre les négociations qui pourraient être faites entre deux agents de change ou courtiers dans leur cabinet (1). » Quelques auteurs, trouvant sans doute cette rigueur excessive, ont cru pouvoir enseigner une doctrine contraire aux conséquences que Locré a tirées des textes législatifs, mais leur opinion ne peut être suivie. Restera sans doute la difficulté de constater les contraventions : si la loi ne peut toutes les empêcher, elle aura au moins cet avantage d'en restreindre le nombre et l'éclat (2).

Les bourses de commerce sont pour les négociants d'une grande utilité ; même à Paris, où la négociation des rentes sur l'État et des autres effets publics a pris un accroissement si considérable, ce serait une erreur de croire que la Bourse n'est pas un lieu de réunion où se traitent les affaires véritablement commerciales, se résument dans la vente et l'achat de marchandises. Il va de soi que les prohibitions de la loi ne s'étendent pas à ces sortes de négociations que les négociants ont

(1) *Esprit du Code de comm.*, t. 1<sup>er</sup>, p. 337.

(2) Dalloz, *Rép.*, v<sup>o</sup> *Bourse de comm.*, n. 168.

partout le droit de traiter, et pour lesquelles on n'a pu songer à créer aucune entrave.

**508.** Après plusieurs mesures plus ou moins restrictives, quant aux personnes qui pourraient avoir entrée à la Bourse, la règle consacrée aujourd'hui par l'art. 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 27 prairial an 10, c'est que « les bourses de commerce sont ouvertes à tous les citoyens et même aux étrangers. » L'interdiction portée contre les femmes par l'arrêt du 24 septembre 1724 a été maintenue; sont également exclus les faillis non réhabilités et les individus condamnés à des peines afflictives ou infamantes.

M. Dalloz pense que la loi, en employant le mot *citoyens*, n'a pas prétendu exclure les mineurs autorisés à faire le commerce, et, par suite, il voudrait que les femmes commerçantes fussent, comme eux, admises dans les bourses (1). La loi, nous le croyons du moins, a employé le mot *citoyens* comme synonyme de *Français*; son désir a été d'exclure les femmes, que des raisons de plusieurs sortes doivent éloigner de semblables réunions, mais non les mineurs commerçants, quoique l'exercice des droits politiques ne leur ait pas encore conféré les prérogatives des citoyens proprement dits (2).

## SECTION II.

### *Des Agents de change et Courtiers.*

## ARTICLE 74.

La loi reconnaît, pour les actes de commerce, des agents intermédiaires, savoir, les agents de change et les courtiers.

**509.** Les agents de change et les courtiers forment deux corporations ou compagnies distinctes, qui ont chacune une

(1) Rép., v° *Bourse de comm.*, n. 153.

(2) Contrà, Mollot. *Bourses de comm.*, n. 31.

organisation particulière : les uns et les autres sont autorisés à s'assembler pour se donner des règlements intérieurs, soumis toutefois à l'approbation du Gouvernement ; se choisir des syndics et adjoints, et dans d'autres circonstances analogues spécialement prévues.

Le syndic et les adjoints forment la chambre syndicale, chargée de veiller à l'exécution des lois et règlements par les membres de la compagnie ; de donner son avis sur les candidats présentés à la nomination du Gouvernement ; d'intervenir dans les contestations élevées entre les agents de change ou courtiers et des particuliers, à raison de leurs fonctions, ainsi que dans les plaintes portées contre eux, sans préjudice de l'action des tribunaux, auxquels les intéressés peuvent toujours recourir ; enfin de poursuivre ceux qui empiètent sur les priviléges de la compagnie.

Si les agents de change et les courtiers doivent être rangés sous la dénomination commune d'agents intermédiaires pour les actes de commerce, nous verrons plus tard, toutefois, que les agents de change forcés de taire le nom de leurs clients sont amenés souvent à agir comme de véritables commissaires et en leur propre nom ; ils sont, par suite, responsables. Il n'en est jamais ainsi des courtiers, qui encourraient la destitution, s'ils s'engageaient personnellement.

Les agents de change et les courtiers, quoique officiers publics, sont en même temps commerçants ; il est certain qu'ils réunissent ces deux qualités qui, au premier abord, sembleraient devoir s'exclure ; l'art. 89, Cod. comm., en prévoyant le cas où ils tomberaient en faillite, suffirait pour lever tous les doutes.

#### ARTICLE 75.

Il y en a dans toutes les villes qui ont une bourse de commerce. — Ils sont nommés par le roi.

**510.** La loi du 28 ventôse an 9 avait rendu obligatoire la création d'agents de change ou courtiers près chaque bourse

de commerce, en laissant à l'administration le soin d'en fixer le nombre ; le Code de commerce a maintenu cet état de choses, mais la disposition de la loi ne doit pas être entendue dans ce sens que le Gouvernement n'en pourrait établir également dans d'autres localités, lorsqu'il croirait que l'intérêt du commerce l'exige : son droit est entier à cet égard.

Les agents de change, comme les courtiers, sont placés par la loi sous la surveillance de l'autorité municipale : ils doivent, en conséquence, résider dans la ville que leur nomination leur assigne pour résidence, et ils n'ont pas qualité pour exercer leurs fonctions hors de la circonscription communale où ils sont commissionnés ; les courtiers particulièrement pourraient être passibles, dans ce cas, de dommages-intérêts envers les commissaires-priseurs (1).

Le Gouvernement détermine le nombre des agents de change et des courtiers, en raison des besoins auxquels ils doivent satisfaire, et il conserve le droit de modifier cette fixation, s'il y a lieu. A Paris, particulièrement, le nombre des agents de change a été fixé à 60 par l'ordonnance du 29 mai 1816.

M. Mollot a soutenu que la loi du 28 avril 1816, qui a permis aux agents de change et aux courtiers, ainsi qu'aux notaires et à tous les officiers ministériels, de présenter leurs successeurs, avait enlevé au Gouvernement le pouvoir d'augmenter le nombre des charges ou offices existant à ce moment. Cette doctrine ne peut être admise : sans doute les titulaires ont obtenu la concession d'un droit de propriété en ce qui concerne la finance représentant la valeur vénale de leurs offices, mais cette propriété est restée grecée de la charge résultant du droit qui appartient au Gouvernement d'en déterminer le nombre, droit qu'il exerce dans un intérêt public et qu'il ne pouvait abdiquer pour favoriser autre mesure des intérêts particuliers. Les palliatifs proposés par M. Mollot ne peuvent être acceptés (2).

(1) Rouen, 4 mai 1839 (S.V.39.2.343); Cass., 10 mars 1840 (S.V.40.1.374); Cass., 24 juill. 1852 (S.V.52.1.584).

(2) *Bourses de comm.*, n. 69 et s.—*Contra*, Dalloz, v° *Bourse de comm.*, n. 226.

**311.** L'ancienne législation défendait aux agents de change de se faire remplacer dans aucune circonstance ; la défense n'avait été levée que pour les agents de change de Paris (1) ; l'arrêté du 27 prair. an 10 a maintenu cette faveur pour eux seuls également, et leur a permis de faire choix d'un commis principal qui peut, sous les conditions déterminées et dans certaines limites, tenir leur place. Cette faculté est indépendante du droit, qu'aucun texte n'a pu songer à leur contester, de se faire aider, pour leurs écritures et tous les détails de leur maison, par des employés. En ce qui concerne l'exercice même des actes de leur profession, ils peuvent se suppléer entre eux (2) ; Locré rappelle qu'aux termes de l'art. 28 de l'arrêté du 27 prairial an 10, le remplaçant doit être muni de la procuration de son collègue empêché d'agir par absence ou maladie (3).

Des peines sévères sont établies contre l'agent de change qui par cupidité, faiblesse, complaisance, ou par tout autre motif, aurait prêté son nom à une personne non commissionnée ; la loi frappe également ceux qui se sont immiscés sans caractère dans les fonctions d'agent de change. Enfin, comme dernière sanction, il est défendu à tout banquier, négociant ou marchand, de confier ses négociations et de payer des droits de commission ou de courtage à d'autres qu'aux agents de change ou courtiers ; en cas de contravention, ils encourrent la même peine que ceux qui se sont illégalement immiscés dans les fonctions d'agent de change ou de courtier, et la négociation, en outre, est déclarée nulle (4). M. Pardessus pense, il est vrai, que l'effet de la nullité doit se borner à interdire la preuve de l'opération par les registres et le témoignage de celui qui s'est rendu indûment intermédiaire, mais non faire dénier toute action ou exception, puisqu'il n'y a eu que lésion d'in-

(1) Arr. du Cons. de 1724, art. 33 ; Règlem. du 5 sept. 1784 ; Décl. et arr. du Cons. du 19 mai 1786, 10 sept. et 2 déc. 1786 et 10 juin 1788.

(2) Mollot, n. 302 ; Dalloz, v<sup>o</sup> *Bourse de comm.*, n. 352.

(3) *Esprit du Code de comm.*, t. 1<sup>er</sup>, p. 425.

(4) Arr. du 26 nov. 1784, art. 13 ; L. 28 vend. an 4, art. 17 ; L. 28 vent. an 9, art. 7 et 8 ; Arr. 27 prair. an 10, art. 4, 5, 6, 7 et 10.

térêts privés (1). Le luxe des pénalités appliquées par la loi et qui sont nécessairement indépendantes des dommages-intérêts, s'il y a lieu, peut faire croire que le législateur a voulu sanctionner autre chose qu'une simple *lésion d'intérêts privés*, et il a été jugé, par suite, que le consentement des agents de change et des courtiers ne fait pas disparaître le délit (2) : en fait, la question a peu d'intérêt ; si ces textes n'ont pas été abrogés, il faut bien reconnaître néanmoins qu'ils sont aujourd'hui peu appliqués (3).

Ces règles doivent être entendues, dans tous les cas, sans préjudice du droit qui appartient à tout négociant d'agir par lui-même ou par ses commis (4).

## ARTICLE 76.

Les agents de change, constitués de la manière prescrite par la loi, ont seuls le droit de faire les négociations des effets publics et autres susceptibles d'être cotés ; de faire pour le compte d'autrui les négociations des lettres de change ou billets, et de tous papiers commerçables, et d'en constater le cours. — Les agents de change pourront faire, concurremment avec les courtiers de marchandises, les négociations et le courtage des ventes ou achats des matières métalliques. Ils ont seuls le droit d'en constater le cours.

**Cautionnement**, 329.

**Caractère commercial**, 330.

**Commis**, 34.

**Dépôt**, 324.

**Droits et devoirs**, 346 et s.

**Effets publics**, 342.

**Effets suscep. d'être cotés**, 342

**Incapables**, 349.

**Mandat**, 324 et s.

**Marchés directs**, 344.

**Matières métalliques**, 345.

**Ministère forcé**, 325.

**Particuliers non connus**, 349.

**Prescriptions**, 327.

**Privilège**, 329.

**Rentes sur l'Etat**, 313.

**Responsabilité**, 346 et s., 325.

**Secret**, 346.

**Transfert personnel**, 328.

**Tresor public**, 323.

**Ventes judiciaires**, 342 et s.

(1) *Droit comm.*, n. 425. — *Sic*, Vincens, t. 1<sup>er</sup>, p. 582.

(2) Cass., 4 mess. an 11 et 9 janv. 1823.

(3) Dalloz, v<sup>o</sup> *Bourse de comm.*, n. 264.

(4) Arr. 27 prair. an 10, art. 4, et Cass., 8 juin 1832 (S.V.32.1.736). — *V. inf.*, n. 314.

**512.** Les effets publics, que les agents de change ont seuls le droit de négocier, comprennent non-seulement les titres représentant les emprunts faits par l'Etat et les dettes qu'il a contractées, sous quelque forme que ce soit, mais encore les titres des emprunts faits par les villes et les établissements publics reconnus par le Gouvernement ; les actions des compagnies légalement instituées ; enfin, les effets même des gouvernements étrangers depuis l'ordonnance du 12 nov. 1825, qui a rapporté, en ce qui concerne ces derniers effets, l'arrêt du Conseil du 7 août 1785, portant défense de coter d'autres effets que les effets royaux.

Aux effets publics la loi ajoute : *et autres susceptibles d'être cotés.*

La Chambre syndicale des agents de change décide, quand il y a lieu, quels sont les effets assez répandus et donnant lieu à d'assez fréquentes négociations pour mériter que leur cours soit coté sur le registre tenu à la Bourse ; la loi ne les désigne pas et ne pouvait pas les désigner à l'avance, et elle a été forcée de parler non-seulement des effets cotés, mais des effets qui seraient par la suite *susceptibles* de l'être.

Cette expression un peu vague a fait naître une difficulté très-grave. Il est possible que la loi ait voulu établir le privilége des agents de change pour les effets cotés au moment où le Code a été promulgué et pour ceux qui le seraient par la suite, mais que la cote, néanmoins, soit une condition préalable indispensable pour créer le privilége. Ce système, il faut le dire, semble le plus rationnel. Quelle différence y a-t-il entre un effet qui n'est pas susceptible d'être coté et celui qui est virtuellement susceptible de l'être, mais qui ne l'est pas et ne le sera peut-être jamais ? Quel rapport y a-t-il entre cet effet et la Bourse ? Dans une contestation portée devant le tribunal de la Seine, le jugement déclara que des valeurs n'étaient susceptibles d'être cotées que lorsqu'elles donnaient lieu à des opérations sinon journalières, du moins fréquentes, et avaient acquis sur le marché de la Bourse, non-seulement un prix, mais un cours. La Cour de Paris a réformé le jugement et déclaré qu'il suffit, pour constituer un droit exclusif en faveur des agents de change, qu'une valeur soit par sa nature suscep-

tible d'une cote prochaine ou éloignée, possible dès à présent ou purement éventuelle, alors même qu'en fait elle n'aurait jamais été offerte à la Bourse et que par une cause quelconque on pourrait admettre qu'elle n'y sera jamais ni négociée, ni, à plus forte raison, inscrite sur la cote (1).

Cette interprétation est peut-être plus grammaticale, mais elle nous semble beaucoup moins raisonnable. Le législateur n'a voulu, selon nous, que réservé l'avenir ; et certes la part est belle pour les agents de change, puisqu'eux seuls décident si l'effet doit être coté ; mais cette cote seule peut établir, en fait, que la valeur est susceptible d'être cotée ; si le législateur avait voulu donner à la loi le sens que lui prête la Cour de Paris, il eût simplement dit : *Des effets publics et de toutes les valeurs industrielles.*

**515.** L'affaire a été portée devant la Cour de cassation, mais elle se compliquait d'une question accessoire d'un intérêt moins général, qui seule a été résolue. Lorsque les actions industrielles non cotées à la Bourse dépendent d'une succession bénéficiaire, et dans tous les cas où la vente doit être ordonnée par justice, pour être faite publiquement et aux enchères, les agents de change sont-ils également les seuls officiers publics par l'entremise desquels ces ventes puissent être faites ?

La Cour de cassation a prononcé sur cette question contre les agents de change : « Attendu, porte cet arrêt, qu'aux termes des art. 986, 989, 945 et 946, Cod. proc. civ., lorsqu'il y a lieu de procéder à la vente des biens meubles dépendant d'une succession bénéficiaire, cette vente doit être faite suivant les formes prescrites par les art. 717 et suiv. même Code, et par le ministère d'un officier public désigné par le juge ; attendu que les textes de loi précités ne précisant pas de quelle classe d'officiers publics ils entendent parler, il appartient au juge de faire pour chaque cas particulier telle désignation que bon lui semble, en se conformant aux lois générales qui règlent les attributions de ces diverses classes d'offi-

---

(1) Paris, 30 mai, 11 juill. et 2 août 1854 (S.V.51.2.508).

ciers ; attendu que l'art. 76, Cod. comm., n'attribue aux agents de change de compétence exclusive que seulement dans l'objet de faire *les négociations* des effets publics et autres susceptibles d'être cotés, ainsi que les négociations des lettres de change ou autres papiers commerçables, et d'en constater le cours ; attendu que ces attributions ne sont exclusives et privilégiées qu'autant qu'il y a lieu de procéder par voie de *négociation*, ainsi que l'indique formellement la loi ; et qu'il est impossible de confondre la négociation, qui se fait d'agent de change à agent de change, avec la vente publique aux enchères, que prescrivent, en cas de succession bénéficiaire, les articles du Code de procédure ci-dessus visés ; casse (1). »

La Cour de Rouen, devant laquelle l'affaire avait été renvoyée par la Cour de cassation, a confirmé le jugement du tribunal de première instance de la Seine, et nous paraît avoir décidé, non-seulement la question posée quant aux ventes judiciaires, mais celle également plus générale qui se rapporte au sens qu'il faut donner à l'expression de : *susceptibles d'être cotés*, par ce considérant : « Attendu que les valeurs dont il s'agit au procès sont des valeurs ignorées, inconnues, qui n'ont point de cours proprement dit et qui ne sont, par conséquent, ni cotées à la Bourse, ni *susceptibles de l'être* (2). »

Il faut donc admettre, selon nous, que le privilége des agents de change est restreint aux effets qui ont été cotés, et, en outre, que, dans tous les cas où la vente est faite en justice, les tribunaux peuvent, selon les circonstances, ordonner qu'elle aura lieu à la Bourse ou par l'entremise d'un notaire. Quand il s'agit, en effet, d'actions émises par des compagnies ignorées, les formalités de publicité préalable et la chaleur des enchères peuvent être une garantie qui devient superflue, sans doute, pour des effets publics, objet de transactions nombreuses et journalières, et dont le cours est trop bien connu pour qu'il soit possible que les enchères amènent un résultat.

En ce qui concerne les rentes sur l'Etat, au reste, le ministère de l'agent de change est toujours forcé. Les lois et rè-

(1) Cass., 7 déc. 1853 (S.V.54.1.177).

(2) Ronen, 27 fév. 1856.

gements particuliers qui régissent cette sorte de biens ont déterminé le mode par lequel la propriété peut en être transportée; un transfert opéré de toute autre manière que celle qui a été réglée et sans l'entremise d'un agent de change est sans effet. Ainsi, un acte notarié même est insuffisant: « attendu, dit un arrêt de la Cour de Toulouse, qu'à l'égard de ces sortes de biens, la transmission du titre est indispensable pour saisir le cessionnaire, et que cette transmission ne peut s'opérer que par l'intervention des fonctionnaires spéciaux que la loi a établis (1). » Cette règle est positive. Même lorsque les rentes sur l'État et les actions de la Banque de France appartiennent à des mineurs ou à des incapables, la loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 sept. 1815 ont décidé qu'elles seraient négociées par les agents de change et sans formalités de procédure. Des dispositions expresses et spéciales ont été nécessaires pour soustraire ces valeurs aux règles générales posées par le Code de procédure, qui, dans toute autre circonstance, doivent être appliquées; ces lois spéciales prouvent que l'art. 76, Cod. comm., ne suffisait pas par lui-même à produire cet effet.

**514.** L'arrêté du 27 prair. an 10, art. 4, permet « à tous partoutiers de négocier entre eux et par eux-mêmes les lettres de change ou billets à leur ordre ou au porteur, et tous les effets de commerce qu'ils garantiront par leur endossement, et de vendre aussi par eux-mêmes leurs marchandises. »

Si l'on excepte les rentes sur l'État, il faut dire également que le privilége des agents de change ne forme pas obstacle à la vente qui a lieu par marché direct, pour tous les effets même cotés à la Bourse (2).

En fait, cette question ne semble pas de nature à pouvoir être portée devant les tribunaux, lorsque le paiement suit immédiatement la livraison, non-seulement quand il s'agit d'actions au porteur, mais encore quand il s'agit d'actions nominatives, si le transfert a été régulièrement opéré sur les registres de la société, conformément aux statuts qui la régissent. Mais à la

(1) Toulouse, 5 mai 1838; Dalloz, Rép., n. 254. — Sic, Paris, 3 juin 1836 (S.V.32.2.305).

(2) Paris, 20 juill. 1853 (Norbert-Estibal); 3 janv. 1855 (Michel); *Jur. du Not.*, t. 29, janv. 1856, art. 10,590.—*Contrá*, Dalloz, Rép., v° *Bourse de comm.*, n. 232.

suite d'un marché direct, non contesté, l'acheteur peut refuser de prendre livraison, parce que ce marché n'a pas été conclu par l'intermédiaire d'un agent de change : sa prétention devrait être repoussée, parce qu'ainsi que le porte l'arrêt du 3 janv. 1855 que nous venons de citer, « les lois qui ont institué les agents de change ne prohibent pas les négociations et les marchés directs entre particuliers. » L'usage est conforme à cette manière d'interpréter la loi, et la difficulté a été soulevée, non par les agents de change réclamant un privilége qui ne leur appartient pas, mais par des contractants qui refusaient de tenir leurs engagements.

Les commis d'un négociant doivent être assimilés aux patrons eux-mêmes : « Attendu, a dit la Cour de cassation, que le commis d'une maison de commerce ou de banque qui négocie des effets appartenant à son patron est, à cet égard, identifié avec lui ; que sous ce rapport il doit être considéré non comme intermédiaire, mais comme traitant directement avec celui qui a accepté la négociation ; que, se trouvant dès lors dans l'exception portée au 2<sup>e</sup> alinéa de l'art. 4 de l'arrêté du 27 prair. an 10, on ne peut pas dire qu'il s'immeisce dans les fonctions d'agent de change ou de courtier (1). » Il en serait autrement, s'il s'entremettait pour plusieurs maisons (2).

Quand les agents de change s'entremettent pour la négociation de lettres de change ou tous autres effets de commerce, c'est comme courtiers qu'ils agissent en mettant en présence les deux parties : ils ont droit à une commission. Dérogeant à d'anciennes règles qui ont paru trop sévères, l'arrêté du 27 prair. an 10, art. 14, ne les rend responsables que de la vérité de la dernière signature apposée sur les effets qu'ils négocient.

Les agents de change constatent le cours du change des effets commerçables qui varient d'une ville à l'autre de la France, selon les besoins ou l'abondance des papiers payables sur chaque marché ; à cette cause générale il faut ajouter, pour les effets payables à l'étranger, les différences de valeur entre les monnaies de chaque pays.

(1) Cass., 8 juin 1832, ch. crim. (S.V.32.4.736).

(2) Cass., 12 avril 1834, ch. crim.; Dalloz, Rép., n. 493. — V. *inf.*, n. 345.

**515.** Enfin, l'art. 76 parle des matières métalliques, dont les agents de change peuvent s'occuper concurremment avec les courtiers.

Par matières métalliques, nul doute n'existe que la loi parle exclusivement des matières d'or ou d'argent, monnayées ou en lingots (1).

Sous l'empire des circonstances exceptionnelles où l'on s'est trouvé pendant une partie de la première révolution ; lorsque l'émission des assignats et des causes qu'il est inutile d'énumérer avaient fait en grande partie disparaître le numéraire, les spéculations sur les matières d'or et d'argent avaient acquis une importance toute spéciale et motivé les dispositions des décrets du 13 fruct. an 3 ; 28 vend. an 4 ; l'arrêté du 2 ventôse de la même année établissait pour ces négociations des règles particulières. Mais après la suppression des assignats et dans d'autres temps ont été rendus la loi du 28 ventôse an 9 ; les arrêtés du 29 germ. et du 27 prair. an 10 ; plus tard ont paru le Code de commerce et enfin l'ordonnance du 29 mai 1816, qui a organisé les agents de change de Paris. Aucun de ces actes n'a rappelé les anciennes règles ni soumis à des restrictions les ventes ou achats de matières métalliques ; si les lois précédentes que nous avons citées n'ont pas été explicitement abrogées, elles l'ont donc été implicitement, et il devient inutile d'en étudier les dispositions. Nous ne croyons pas possible qu'une difficulté s'élève jamais sur ce point (2).

**516.** « Les agents de change, dit l'art. 19 de l'arrêté du 27 prair. an 10, devront garder le secret le plus inviolable aux personnes qui les auront chargés de négociations, à moins que les parties ne consentent à être nommées ou que la nature des opérations ne l'exige. » Ce texte a prévu les cas d'exception à la règle qu'il pose ; quand il s'agit du transfert de rentes appartenant à des mineurs ou autres incapables, les autorisations nécessaires dans ce cas, pour que l'aliénation

(1) Dalloz, v<sup>o</sup> *Bourse de comm.*, n. 245.

(2) Dalloz, n. 244.

soit valable, rendent le secret impossible et la discrétion de l'agent de change inutile; mais à moins de circonstances qui doivent forcément décharger l'agent de change de l'obligation qui pèse sur lui, il reste soumis à la loi particulière qui le régit et ne peut se conformer à l'art. 107, Cod. comm., qui exige que les bordereaux et arrêtés constatant les achats et ventes faits par son entremise, soient signés par les parties: les agents de change, agissant en fait comme commissionnaires et en leur nom, leur signature seule suffit (1).

L'ancienne législation contenait contre les agents de change qui violent le secret qui leur est imposé, des pénalités aujourd'hui abrogées; mais ils seraient tenus de dommages et intérêts envers la partie, s'il y avait lieu (2); et sans nul doute, ils encourraient, en outre, des peines disciplinaires, comme ayant manqué à l'un des premiers devoirs de leur profession.

Appelés comme témoins à déposer des faits relatifs à leurs fonctions, les agents de change ne pourraient les révéler; mais il faut ajouter avec la Cour de cassation que, « le secret qui doit être gardé par les courtiers de change sur les opérations qu'ils font en cette qualité, ne peut les dispenser de répondre à l'accusation de dol et de fraude ou de complicité de ces délits relativement à ces fonctions (3). »

**517.** La qualité de commissionnaire qu'il faut bien reconnaître à l'agent de change, en vertu des règles spéciales écrites pour lui, amène naturellement, comme conséquence, qu'il a seul action contre le commettant. Ainsi, le vendeur d'effets publics ne peut agir contre l'acheteur, alors même qu'il parviendrait à connaître son nom; il n'existe aucun lien de droit entre eux; l'agent de change que l'acheteur a dû employer couvre entièrement son client, à moins que celui-ci n'ait voulu être nommé; mais ce consentement même ne modifierait pas la responsabilité de l'agent de change, qui est tenu dans tous les

(1) Mollot, n. 222; Dalloz, v<sup>e</sup> *Bourse de comm.*, n. 236.

(2) Mollot, n. 223; Dalloz, n. 350.

(3) Cass., 18 janv. 1806.

cas (1); il n'est pas admis, pour se dégager envers son confrère, à se prévaloir de l'inexécution des engagements de son client envers lui (2); enfin, les agents de change ont qualité pour intenter personnellement des actions devant les tribunaux, en exécution des négociations qu'ils ont opérées pour leurs clients innommés (3). Ces conséquences sont exposées par M. Dalloz et ne peuvent être contestées (4).

Toutefois, il a été jugé avec raison que le client peut exercer un recours réel, si nous pouvons nous exprimer ainsi, sur l'objet même de la négociation, lorsque l'agent de change commis par lui en est encore détenteur, et en établissant ses droits; ainsi lorsqu'un transfert de rente sur l'Etat a été fait au nom de l'agent de change acheteur, si cet officier public tombe en faillite, son client acquéreur réel de l'inscription peut la revendiquer contre les créanciers du failli, en justifiant qu'il a fourni la valeur (5).

Mais l'acheteur est sans droit à exiger de l'agent de change du vendeur la remise des titres laissés en sa possession, quand même il aurait versé le prix entre les mains de l'agent de change acheteur pour son compte, si celui-ci n'a pas lui-même remis ce prix à son confrère (6).

**518.** La responsabilité qui pèse sur les agents de change résulte du texte de l'arrêté du 27 prairial an 10, art. 10 : « Chaque agent de change, porte cet acte, devant avoir reçu de « ses clients les effets qu'il vend ou les sommes nécessaires pour « payer ceux qu'il achète, est responsable de la livraison et du « paiement de ce qu'il aura vendu et acheté. » A ces conditions, la responsabilité dont ils sont chargés n'avait rien de trop rigoureux et aussi la règle est-elle absolue; l'agent de change ayant livré les titres d'actions qu'il a été chargé de négocier, ne pourrait offrir de rendre, au lieu du prix, un nombre pareil

(1) Cass., 19 août 1823.

(2) Paris, 29 mai 1810.

(3) Paris, 29 mess. an 12 ; 13 fruct. an 13 ; 29 mai 1810 et 9 juin 1836 (S.V. 37.2.85).

(4) Rép., v<sup>e</sup> Bourse de comm., n. 347.

(5) Cass.. 23 juill. 1833 (S.V.33.4.679).

(6) Paris, 14 janv. 1848 (S.V.49.2.267).

d'actions, sous le prétexte de la disparition de l'acheteur dont il n'a pas été payé (1).

Nous aurons occasion de parler plus tard des marchés à terme (*infra*, n. 355 et suiv.) ; dès à présent, nous pouvons dire qu'aucune exception n'est introduite, en ce qui les concerne, aux règles de la responsabilité des agents de change ; si ces marchés peuvent être tolérés, c'est aux risques et périls des agents de change qui ont consenti à suivre la foi de leurs clients (2).

**519.** L'art. 11 de la loi du 21 avril-8 mai 1791, défend aux agents de change de négocier aucun effet qui leur serait remis par des particuliers non connus et non domiciliés, sous peine de destitution et de responsabilité. Nous croyons avec M. Dalloz, contrairement à l'avis de M. Mollot, que cette disposition fort sage n'a pas cessé d'être en vigueur (3).

Il leur est interdit, en outre, de négocier des effets appartenant à des individus, dont la faillite serait connue, sous peine de destitution et d'une amende de 3,000 fr. (L. 21 avril; 8 mai 1791, art. 11 ; arr. du 27 prairial an 10, art. 18) ; cette expression ne doit s'entendre que des personnes dont la faillite est déclarée par jugement (4). Si le marché est donc conclu avant le jugement déclaratif de la faillite, il est valable et doit être exécuté ; l'agent de change ne pourrait être inquiété que dans le cas où il aurait agi de mauvaise foi ; lorsque le jugement est rendu, son premier effet étant de dessaisir le failli de l'administration de ses biens, l'agent de change serait exposé à une action en répétition de la part des syndics.

Ils ne peuvent également négocier des effets appartenant à des mineurs, interdits, femmes mariées et toute autre personne incapable, sans que toutes les formalités prescrites pour l'aliénation des biens appartenant à ces personnes aient été accomplies.

(1) Cass., 6 fév. 1848 (J. du P., 48, t. 1<sup>er</sup>, p. 428).

(2) Dalloz, n. 362.

(3) Cass., 20 avril 1848 (S.V.49.1.38) ; Dalloz, n. 277. — *Contra*, Mollot, n. 435.

(4) Mollot, n. 433 ; Dalloz, n. 276.

**520.** Ces règles ne sont pas appliquées toutefois avec une rigueur extrême. Dans un cas où l'agent de change avait vendu, sur la demande d'une personne pourvue d'un conseil judiciaire, une rente dont régulièrement elle ne pouvait pas disposer sans le concours de ce dernier, l'agent de change a été déchargé de toute responsabilité. La Cour de cassation a décidé qu'aucune loi, aucun règlement n'obligeait ces officiers ministériels, « d'attester la capacité civile de leurs clients à peine de répondre personnellement des erreurs qu'ils pouvaient commettre à ce sujet » (1); les agents de change doivent seulement répondre de l'identité de leurs clients, de la vérité de leur signature et de celle des pièces produites.

Le principe posé par cet arrêt est vrai sans doute; mais cet arrêt ne peut pas être entendu cependant d'une manière assez absolue pour enlever aux incapables toutes les garanties que le droit commun a cru nécessaire de leur accorder; les agents de change, ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure, ne peuvent accepter de commission de particuliers non connus; et il faut que l'erreur de l'agent de change soit pleinement justifiée; qu'aucune faute ne puisse lui être imputée, pour qu'il n'ait à craindre aucun recours; c'est une question de fait à juger; « attendu, a dit la Cour de cassation, dans une autre occasion, que le tribunal a reconnu en fait que l'agent de change demandeur n'avait pu ignorer l'interdiction (2) : » les agents de change ne peuvent donc prendre trop de précautions, s'ils veulent être certains d'être complètement à l'abri.

**521.** Des principes analogues, mais moins sévères peut-être, seraient suivis dans le cas où un agent de change aurait négocié des effets au porteur, s'il était établi plus tard que le vendeur n'en était que frauduleusement possesseur (3); il faudrait, dans ce cas, pour que sa responsabilité fût engagé, que des circonstances particulières aient dû éveiller son attention et qu'il pût être justement accusé d'avoir manqué de prudence (4); mais, dans tous les cas, au moins, est-il permis

(1) Cass., 8 août 1827.

(2) Cass., 3 brum.an 7. *sollalt : (S. V. 49.1.38)* 868 livra 08 . 2263 (6)

(3) Cass., 21 nov. 1848 (S.V.49.1.38).

(4) Cass., 20 avril 1848 (S.V.49.1.38). *772 livra 08 : 622 livra 08 : 10000 (6)*



d'exiger de l'agent de change que les effets lui aient été remis, ainsi que le veut la loi spéciale qui le régit, par un particulier connu et domicilié. Ce n'est, au reste, que l'application, en ce qui le concerne, d'un principe général commun à tous les officiers publics.

**322.** Aux termes de l'arrêté du 27 prairial an 10 (art. 15), les agents de change sont tenus de certifier l'identité du propriétaire de la rente qui signe le transfert, la vérité de sa signature, ainsi que celle des pièces produites ; leur responsabilité dans ces limites est entière (1) ; mais cette règle doit être sainement entendue. Ainsi, lorsqu'il y a faux dans la procuration en vertu de laquelle le transfert est consenti, l'agent de change doit-il en répondre ? La Cour de Paris, adoptant les motifs d'un jugement du tribunal de la Seine du 19 fév. 1825, a décidé le contraire avec raison, selon nous, mais en établissant, en même temps, les limites de cette exception : « lorsque le transfert, disait le jugement confirmé, est fait par un tiers, comme mandataire du propriétaire, l'agent de change répond tout à la fois, de l'identité du mandataire, de la vérité de sa signature et de la procuration produite, soit en brevet, soit en expédition par copie entière ou par extrait ; mais sa responsabilité est entièrement à couvert, relativement à la vérité de la procuration, lorsque l'expédition entière ou partielle qui en est produite a été délivrée par un notaire dans la forme authentique ; en effet, l'acte authentique faisant foi de ce qu'il contient, son contenu est légalement vrai pour l'agent de change qui ne saurait être tenu d'aller vérifier l'expédition sur la minute et qui serait d'ailleurs dans l'impossibilité de le faire, lorsque la minute se trouverait déposée à une grande distance du lieu où se ferait le transfert (2). »

L'agent de change est responsable de la validité du transfert à l'égard du Trésor, comme à l'égard du titulaire de la rente (3).

Ces règles, qui n'étaient applicables dans l'origine qu'aux

(1) Cass., 8 août 1827.

(2) Paris, 23 janv. 1834; Dalloz, Rép., v° *Bourse de comm.*, n. 374.

(3) Paris, 25 janv. 1833 (S.V.33.2.410).



agents de change de Paris, ont dû être étendues aux agents de change des départements par l'art. 6 de l'ordonnance du 14 avril 1819, comme une conséquence nécessaire de la loi du même jour, qui a créé dans chaque département un livre auxiliaire du grand livre de la dette publique. Si l'on contestait la légalité de l'ordonnance, en ce qui concerne la responsabilité imposée aux agents de change, les principes généraux suffiraient pour les atteindre : en effet, l'agent de change, averti tout au moins par ce texte, sait que le Gouvernement n'opère le transfert que sous cette responsabilité qu'il consent volontairement à accepter, en donnant sa signature (1).

**323.** Cette responsabilité de l'agent de change a été substituée à celle du Trésor, dans les circonstances que nous venons d'énumérer : « Attendu, dit un jugement du tribunal de la Seine, du 25 mars 1835, que les art. 15 et 16 de l'arrêté du 27 prair. an 10, ont reporté sur les agents de change seuls la responsabilité dont étaient chargés antérieurement le liquidateur de la trésorerie (l. 24 août 1795), puis le préposé au bureau des transferts (l. 28 flor. an 7) ; attendu que sous la législation aujourd'hui en vigueur, le Trésor n'est plus responsable des fautes de ses employés pour ce qui concerne l'identité du titulaire, la vérité des signatures et des pièces produites (2) ; » mais en dehors des cas rappelés par ce jugement, le Trésor, bien entendu, n'en reste pas moins sous l'empire du droit commun, et tenu en vertu de l'art. 1584, Cod. Nap., de réparer le dommage causé par les personnes dont il répond, lorsqu'il y a abus de fonctions de l'un de ses agents ou employés (3).

**324.** Les agents de change doivent être considérés, à raison des sommes qu'ils reçoivent pour leurs clients, par suite des négociations qu'ils ont opérées pour leur compte, comme dépositaires et non comme simples mandataires ; ces sommes constituant un dépôt, ne peuvent être compensées, par suite, avec les créances que l'agent de change aurait à faire valoir contre

(1) Dalloz, v° *Bourse de comm.*, n. 372.

(2) V. Cass., 8 août 1827 ; Paris, 23 janv. 1834 ; Dalloz, *Rép.*, n. 374.

(3) Paris, 25 janv. 1833 ; *Id.* 3 mars 1834 ; Cass., 29 fév. 1836 (S.V.33.2.410; 34.2.85 et 36.1.293).

son client (1). M. Dalloz a fait observer que la nature du contrat qui intervient entre l'agent de change et le client était originairement un mandat; que la substitution d'un contrat à un autre ne peut avoir lieu sans le consentement réciproque des parties, et particulièrement de la partie qui s'oblige, et que le mandat de l'agent de change étant non-seulement de percevoir une somme, mais de la rendre, tant qu'il n'a pas accompli cette seconde partie de son obligation, il est donc mandataire (2). Nous croyons que M. Dalloz fait confusion: le mandat porte sur la négociation; quant aux espèces, l'agent de change en est dépositaire forcé aux termes de la loi, mais le client ne l'a pas spécialement chargé de les recevoir en son nom et de les lui rendre.

**325.** Les agents de change, par une conséquence du privilégi qui leur est accordé, sont tenus de prêter leur ministère pour tous les actes où la loi a voulu que leur entremise fût nécessaire. En cas de refus, la partie pourrait recourir à la chambre syndicale, et, si elle se croit lésée, en appeler en outre aux tribunaux pour se faire indemniser du tort qu'elle a éprouvé par le refus ou le retard de l'agent de change d'exécuter la commission dont il avait été chargé.

La Cour de cassation, par un arrêt de rejet, approuvant une décision de la Cour de Douai, a jugé qu'en « décidant que Vandermacq, en sa qualité d'agent de change et suffisamment nanti, n'avait pu se dispenser d'exécuter l'ordre d'achat à lui transmis sans se rendre garant et responsable des pertes que l'inexécution de cet ordre pouvait occasionner, l'arrêt attaqué, loin de violer les art. 1984 et 1985 du Code Napoléon, n'a fait qu'une juste et rigoureuse application des principes qu'ils posent sur la formation et l'acceptation du mandat (3). »

Cet arrêt n'a pas semblé à M. Dalloz à l'abri de toute critique. « Ainsi, dit-il, un agent de change a pu être déclaré avoir commis une faute dont il est responsable, par cela seul qu'il a différé d'exécuter l'ordre qu'il avait reçu, encore bien

(1) Paris, 7 mai 1832 (D.P.33.2.21).

(2) Rép., v° Bourse de comm., n. 314.

(3) Cass., 19 fév. 1835 (S.V.35.1.518).

qu'il soit reconnu en fait, qu'en ajournant l'exécution du mandat, l'agent de change a cédé à un sentiment de sollicitude et de désintéressement honorable. Toutefois, c'est là un principe rigoureux qui peut placer les agents de change dans une alternative très-fâcheuse. Y a-t-il erreur évidente de la part de leurs clients dans les ordres qu'ils ont donnés, les agents de change, s'ils ne les avertissent pas avant de s'y conformer, seront blamés et peut-être condamnés à des dommages-intérêts pour ne les avoir pas éclairés de leurs conseils. S'ils les avertissent, et qu'il soit reconnu, en définitive, qu'ils ont eux-mêmes été trompés par les apparences; que leurs clients avaient donné leurs ordres en parfaite connaissance de cause, le retard nécessité par leur avis pourra leur être imputé à faute (1). »

**326.** Ni l'arrêt attaqué ni celui de la Cour suprême, on doit le reconnaître, n'ont posé un principe général, en vertu duquel l'agent de change serait tenu en toute circonstance d'exécuter la commission qu'il reçoit, s'il est, du reste, suffisamment nanti ; les arrêts se sont bornés à décider que, dans l'espèce, les art. 1984 et 1985, Cod. Nap., étaient applicables et que l'agent de change avait accepté le mandat. Toutefois, il faut bien, si ce n'est des termes exprès, au moins des circonstances et de l'esprit qui a dicté les arrêts, tirer une doctrine et arriver à poser un principe. En se reportant aux faits de la cause, il semble impossible que tout autre qu'un agent de change eût pu être considéré, en semblable circonstance, comme ayant accepté le mandat qui lui était offert; on est donc amené à conclure, non des considérants de l'arrêt, mais des faits de la cause, que, par cela seul qu'un agent de change reçoit une commission, il est tenu de l'exécuter et ne peut refuser le mandat, dans le cas où il est nanti de valeurs suffisantes pour être à l'abri de toute perte. Nous croyons donc, qu'à moins d'erreur matérielle complètement démontrée; qu'à moins de circonstances tout exceptionnelles, qui ne permettraient pas de supposer qu'un homme dans son bon sens eût donné un ordre semblable, l'agent de change est tenu d'exécuter immédiatement les commissions qu'il reçoit; l'acceptation du

(1) Rép., v° Bourse de comm., n. 273 et 274.

mandat pour lui est forcée. La nature des choses ne permet pas qu'un client puisse être exposé à s'adresser successivement à tous les agents de change de la compagnie, et puis à la chambre syndicale, sur leur refus, afin qu'elle en désigne un d'office ; pendant ces délais, la ruine du client peut être consommée. Il n'en est pas moins certain, qu'à ses risques et périls, l'agent de change peut éclairer le client de ses conseils avant d'agir ; mais il doit savoir à quel danger il s'expose.

Quant l'agent de change a exécuté les ordres qu'il a reçus, ce ne peut être un cas de responsabilité que de n'avoir pas donné avis à son client des opérations qu'il a faites pour son compte, le jour même où elles ont été conclues (1).

**527.** L'art. 16 de l'arrêté du 27 prairial an 10, a limité la responsabilité des agents de change à 5 années à partir de la déclaration de transfert, en ce qui concerne les rentes de l'Etat ; et, ce délai expiré, ils peuvent invoquer la prescription contre toute action civile intentée contre eux, à raison de l'exercice de leurs fonctions. Cette règle a été maintenue et déclarée opposable à l'action récursoire du trésor, dans le cas même où celui-ci n'avait été actionné qu'après l'expiration de ces cinq années (2). Mais si la responsabilité de l'agent de change est complètement couverte par la prescription de 5 ans, en ce qui touche l'identité de la personne, la vérité des signatures et la validité, en un mot, des transferts de rentes opérés par son ministère, en est-il de même pour l'action en paiement, qui peut être intentée contre lui, en raison du produit de la négociation, lorsqu'il ne justifie pas s'en être libéré ? La question s'est présentée et paraît, au premier abord, avoir été résolue d'une manière contradictoire (3) par deux arrêts de rejet, l'un de la Chambre des requêtes, l'autre de la Chambre civile (4).

Dans la première espèce, M. le conseiller Hervé disait dans son rapport : « Si l'agent de change avait pu répondre : J'ai

(1) Paris, 21 juin 1836 (S.V.36.2.545).

(2) Paris, 25 janv. 1833 (D.P.33.2.87).

(3) Dalloz, Réf., v° *Bourse de comm.*, n. 380.

(4) Req., 18 nov. 1840 (S.V.40.1.989); Rej., 31 mai 1843 (S.V.43.1.488).

« versé le prix de ce transfert entre les mains de celui que je « croyais être vous, » ou dans les mains du mandataire de ce dernier, et qu'il établit ce versement, on pourrait dire, ce versement n'est qu'une suite, une exécution du transport. Si ce transport ne peut être attaqué, si la responsabilité de l'agent de change n'existe plus, quant à ce transport, cette responsabilité ne peut pas subsister, quant aux conséquences de ce transport ; quant à un acte, qui en a été la consommation, la négociation. » Cette circonstance ne se présentait pas dans la première espèce, elle était constatée dans celle qui a été jugée par le second arrêt ; la contradiction n'est donc qu'apparente.

Les agents de change doivent rendre compte et prouver leur libération ; aucune loi ne les soustrait aux règles du droit commun à cet égard ; mais s'ils se sont libérés, même entre les mains d'une personne dont ils avaient certifié à tort l'identité, ou entre les mains de son mandataire, la prescription a couvert la faute de l'officier ministériel et ne permet plus de lui en demander la réparation.

Nous n'avons pas besoin de dire que l'agent de change est supposé avoir agi de bonne foi ; la prescription ne s'étendrait pas au délit.

Les règles établies par l'arrêté de l'an 10 sont spéciales aux rentes sur l'Etat et ne doivent être étendues ni au transfert des actions de la banque de France ou de toute autre compagnie d'industrie et de finance, ni à la négociation des lettres de change.

**528.** Les agents de change de Paris, au moins, sont dans l'usage, dans les négociations des actions industrielles, telles que celles des chemins de fer, d'acheter en leur nom et de faire ensuite un nouveau transfert au nom de leurs clients. Il a été jugé qu'ils se trouvaient par ce fait personnellement obligés aux statuts de la compagnie, et, par suite, solidairement responsables des versements à faire, quand les statuts établissent cette solidarité entre tous les cédants et les cessionnaires successifs (1) ; leur qualité d'officiers publics ne peut créer en leur

---

(1) Paris, 8 mars 1850 (S.V.50.2.311).

faveur, dans cette circonstance, un privilége qui n'est pas écrit dans la loi, si au lieu de faire opérer le transfert directement au nom de leur client et de signer en leur qualité d'agent de change, ils ont fait effectuer ce transport en leur nom personnel et signé en qualité d'acheteur pour leur propre compte.

**529.** La loi du 25 niv. an 15 porte, art. 1 et 2 : « Les cautionnements fournis par les agents de change, les courtiers de commerce,..., sont affectés par premier privilége à la garantie des condamnations qui pourraient être prononcées contre eux, par suite de l'exercice de leurs fonctions. Les réclamants sont admis à faire sur ces cautionnements des oppositions motivées, soit directement à la caisse des consignations, soit au greffe des tribunaux de commerce. »

Ce privilége, qui, comme tous les autres, est de droit étroit, n'est accordé, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, « qu'aux créances résultant d'actes pour lesquels le créancier était forcé par la loi d'employer le ministère de l'agent de change, et il n'est pas permis de l'étendre à toute autre opération financière, résultant de tout autre acte de confiance volontaire du créancier dans l'agent de change (1). » Ainsi le privilége ne peut être invoqué si l'agent de change ou le courtier abusent d'un mandat pour affaires étrangères à leurs fonctions (2); ni même dans le cas où leur entremise était nécessaire, mais a été demandée pour des opérations qui, aux yeux des tribunaux, *quoique licites, avaient cependant le caractère de jeu de bourse* (3); telles que des achats à terme ou des reports; la solvabilité de l'agent de change était une des chances de la spéculation et le cautionnement doit être exclusivement réservé aux personnes qui n'avaient voulu en courir aucune.

La loi n'a pas fixé de délai au créancier privilégié pour agir; s'il est constant qu'il n'a pas voulu opérer novation de sa créance, laisser en dépôt à aucun autre titre que celui qui

(1) Cass., 10 mai 1827.

(2) Paris, 15 avril 1833 (S.V.33.2.193).

(3) Cass., 25 juill. 1826 et 14 août 1828.

(4) Cass., 14 juill. 1829.

est exigé par la loi, les fonds qui sont dans les mains de l'agent de change, qu'il n'a voulu leur donner aucune autre destination, il est indifférent qu'il n'ait pas formé son action dans les délais, par exemple, qu'une délibération de la chambre syndicale a imposés aux agents de change, pour terminer leurs opérations : « la loi, a dit la Cour de cassation, n'ayant fixé aucun délai dans lequel le privilége dût être exercé, à peine de déchéance, il en résulte qu'il est régi par le principe général, et qu'il ne peut s'éteindre que de l'une des manières énoncées en l'art. 1234, Cod. civ., auquel renvoie l'art. 2180 du même Code (1). »

**350.** L'obligation contractée par un non-commerçant envers un agent de change, à raison d'achat d'actions, même industrielles, ne peut être considérée comme ayant un caractère commercial; l'action de l'agent de change est indépendante de celle qui peut lier le preneur d'actions envers la compagnie, et quel que soit le caractère de celle-ci, l'action de l'agent de change reste dans tous les cas de la compétence des tribunaux civils (2); M. Mollot a soutenu, à tort, selon nous, un principe contraire (3).

#### ARTICLE 77.

Il y a des courtiers de marchandises, — des courtiers d'assurances, — des courtiers interprètes et conducteurs de navires, — des courtiers de transport par terre et par eau.

**351.** Les courtiers, de même que les agents de change, sont destinés à servir d'intermédiaires pour les négociations ; ils sont responsables de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu, et cette responsabilité, qui pèse sur tous les mandataires, est plus rigoureuse à leur égard, puisqu'ils sont salariés; mais leur rôle se borne à rapprocher les parties, dont ils certifient

(1) Cass., 14 juill. 1829.

(2) Paris, 1<sup>er</sup> mai 1848 (S.V.49, 2.220).

(3) *Bourses de comm.*, n. 642.

l'identité, sans qu'ils puissent en garantir la solvabilité; c'est à elles également à vérifier la valeur, la qualité et la quantité des marchandises, objet de la négociation.

Le courtier ne peut demander en son nom l'exécution du marché contracté.

L'énumération que donne cet article doit comprendre, pour être complète, les courtiers gourmets piqueurs de vin établis pour le service de l'entrepôt des vins de Paris. Ils sont institués, suivant le décret du 15 sept. 1813 : 1<sup>o</sup> pour servir d'intermédiaires dans l'entrepôt entre les vendeurs et les acheteurs, quand ils en sont requis ; 2<sup>o</sup> déguster, à cet effet, les vins et en indiquer fidèlement le crû et la qualité ; 3<sup>o</sup> enfin, servir d'experts en cas de contestations, sur la qualité des vins. Il leur est interdit de faire aucun achat ou vente pour leur compte ou par commission. Leur privilége ne s'étend pas hors de l'entrepôt; mais, dans ces limites, ils ont le droit exclusif d'exercer les fonctions qui leur sont attribuées, sauf la concurrence des seuls courtiers de marchandises (1).

Les courtiers doivent être considérés comme commerçants.

**552.** L'entremise des courtiers est et doit être salariée ; mais, contrairement aux promesses et aux désirs des lois sur la matière, il n'existe pas encore de tarif général sur les droits de courtage ; ils sont déterminés sur chaque place de commerce par des ordonnances, des règlements, des usages locaux. Nonobstant des habitudes contraires, il a été jugé que des droits sont dus aux courtiers qui les réclament, pour les marchés résiliés aussi bien que pour ceux qui reçoivent leur exécution. Dans aucun cas, ils ne peuvent recevoir de droits plus élevés que ceux qui leur sont alloués par les règlements, sous peine de s'exposer à encourir le reproche de concussion et d'être soumis aux sévères pénalités de l'art. 174, Cod. pén., qui parle, sans distinction, de *tous les officiers publics*; aucun usage, ni le consentement même du client ne pourraient légitimer la perception illégale (2).

(1) Dalloz, Rép., v<sup>e</sup> *Bourse de comm.*, n. 489. — *Contra*, Mollot, n. 798.

(2) Cass., 31 janv. 1826; Code pénal, art. 174 : « Tous fonctionnaires, tous

Si le mandat dont ils ont été investis leur est retiré avant que l'opération ne soit entièrement conclue, ils ont droit à une indemnité pour leurs démarches et au remboursement des dépenses faites, en se conformant aux usages existants (1).

Ces règles ne s'appliquent qu'aux actes spéciaux et particuliers aux fonctions de courtiers; en dehors de ces actes, les courtiers sont simples mandataires, et soumis aux principes généraux. S'ils sont employés comme experts, c'est comme tels qu'ils devraient être rétribués et sans application du tarif applicable au courtage.

S'ils se sont entremis dans une opération illicite, toute convention relative à leur salaire serait nulle. Dans les marchés fictifs, véritables paris sur la hausse et la baisse des marchandises, ils n'auraient pas d'action pour se faire payer, à moins qu'ils n'eussent ignoré le véritable caractère de la négociation.

#### ARTICLE 78.

**Les courtiers de marchandises, constitués de la manière prescrite par la loi, ont seuls le droit de faire le courtage des marchandises, d'en constater le cours; ils exercent, concurremment avec les agents de change, le courtage des matières métalliques.**

**555.** Le privilégié attribué aux courtiers de marchandises n'est pas limité aux opérations conclues à la Bourse même; il

---

officiers publics, leurs commis ou préposés, tous percepteurs des droits, taxes, contributions, deniers, revenus publics ou communaux, et leurs commis ou préposés, qui se seront rendus coupables du crime de concussion, en ordonnant de percevoir ou en exigeant, ou en recevant ce qu'ils savaient n'être pas dû, ou excéder ce qui était dû pour droits, taxes, contributions, deniers ou revenus, ou pour salaires ou traitements, seront punis, savoir : les fonctionnaires ou les officiers publics de la peine de la réclusion, et leurs commis ou préposés d'un emprisonnement de deux ans au moins et de cinq ans au plus. — Les coupables seront de plus condamnés à une amende dont le *maximum* sera le quart des restitutions et des dommages-intérêts et le *minimum* le douzième. »

(1) Bordeaux, 19 juill. 1831; Dalloz, Rép., v° Bourse de comm., n. 533.

s'étend à toutes les opérations de courtage, qui se font sur la place de commerce où ils sont commissionnés. « Attendu, a dit la Cour de cassation, que la loi du 28 ventôse an 9, art. 7 et 8, n'a point circonscrit les droits et les opérations des courtiers pendant l'ouverture de la Bourse et seulement dans son enceinte et ses dépendances ; que de la disposition prohibitive desdits articles, ainsi que des art. 4 et 6 de l'arrêté du 27 prairial an 10, il suit, au contraire, que leurs droits exclusifs s'étendent au delà de ces limites et à toutes les opérations de courtage, qui se font sur la place ; que des dispositions générales des art. 74 et 78, Cod. comm., il résulte aussi en faveur des courtiers, le droit exclusif et indéfini de faire le courtage des marchandises dans les lieux où ils sont établis, sans que les négociants commissionnaires et ceux non commissionnaires puissent entrer avec eux en concurrence pour ces sortes d'opérations ; rejette. (1) »

Leur entremise n'est pas imposée, sans doute, à toute personne qui veut faire par elle-même les actes qui dépendent de leur ministère, pour ses propres affaires ; un commerçant peut évidemment acheter ou vendre les marchandises de son commerce par lui-même ou par ses commis ; mais s'il juge à propos de prendre un intermédiaire il n'en peut choisir d'autres qu'un courtier. « Les commerçants, dit le Code espagnol, ont la faculté de contracter directement entre eux et sans intervention de courtier ; néanmoins, ils ne peuvent avoir recours, pour ce qui est des fonctions particulières à cette charge, qu'aux personnes qui l'exercent en vertu d'une nomination légale(2). » Les mêmes principes existent en France, et nous avons eu occasion déjà de le rappeler (*suprā*, n° 314).

Le courtier ne peut, dans aucun cas, exiger le paiement du prix des marchandises vendues par son entremise, ni les revendiquer à défaut de paiement ; ces actions n'appartiennent qu'au propriétaire (3).

**554.** Les courtiers sont autorisés, en outre, à vendre aux

(1) Cass., 14 août 1818.

(2) Code espagnol, art. 65. — *Sic*, Code portugais, art. 106.

(3) Cass., 2 brum. an 13.

enchères publiques les marchandises appartenant à des faillis (Cod. comm., art. 486), concurremment avec les autres officiers publics investis du même droit; une attribution semblable leur est accordée d'une manière générale pour certaines espèces de marchandises spécifiées par les décrets du 22 sept. 1811 et du 17 avril 1812; ces actes et les ordonnances du 1<sup>er</sup> juillet 1818 et du 9 avril 1819 déterminent la manière de procéder; enfin, la loi du 21 avril 1818, art. 52, permet encore que les ventes publiques des marchandises avariées par suite d'événements de mer, soit faites par eux, concurremment avec d'autres officiers publics. Des difficultés étaient nées du concours, dans ces différentes circonstances, de divers officiers ministériels; la loi du 25 juin 1841, sur les ventes aux enchères des marchandises neuves, y a mis un terme, en fixant tous les droits d'une manière claire et précise; elle est ainsi conçue:

« Art. 1<sup>er</sup>. Sont interdites les ventes en détail de marchandises neuves à cri public, soit aux enchères, soit au rabais, soit à prix fixe proclamé avec ou sans l'assistance des officiers ministériels. Art. 2. Ne sont pas comprises dans cette défense les ventes prescrites par la loi, ou faites par autorité de justice, non plus que les ventes après décès, faillite ou cessation de commerce, ou dans tous les autres cas de nécessité dont l'appréciation sera soumise au tribunal de commerce. Sont également exceptées les ventes à cri public de comestibles et objets de peu de valeur, connus dans le commerce sous le nom de menues mercerises. Art. 3. Les ventes publiques et en détail de marchandises neuves qui auront lieu après décès et par autorité de justice seront faites selon les formes prescrites et par les officiers ministériels préposés pour la vente forcée du mobilier, conformément aux art. 625 et 945 du Cod. proc. civ. (commissaires-priseurs et huissiers.) » « Art. 4. Les ventes de marchandises après faillite seront faites conformément à l'art. 486 du Cod. comm., par un officier public de la classe que le juge-commissaire aura déterminée. Quant au mobilier du failli, il ne pourra être vendu aux enchères que par le ministère des commissaires-priseurs, notaires, huissiers ou greffiers de justice de paix, conformément aux lois et règlements quidéterminent les attributions de ces différents officiers. Art. 5. Les

ventes publiques et par enchères, après cessation de commerce, ou dans les autres cas de nécessité prévus par l'art. 2 de la présente loi, ne pourront avoir lieu qu'autant qu'elles auront été préalablement autorisées par le tribunal de commerce sur la requête du commerçant propriétaire, à laquelle sera joint un état détaillé des marchandises. Le tribunal constatera par son jugement le fait qui donne lieu à la vente ; il indiquera le lieu de son arrondissement où se fera la vente ; il pourra même ordonner que les adjudications n'auront lieu que par lots dont il fixera l'importance. Il décidera, d'après les lois et règlements d'attribution, qui des courtiers ou des commissaires-priseurs et autres officiers publics, sera chargé de la réception des enchères. L'autorisation ne pourra être accordée pour cause de nécessité qu'au marchand sédentaire ayant depuis un an au moins son domicile réel dans l'arrondissement où la vente doit être opérée. Des affiches, apposées à la porte du lieu où se fera la vente, énonceront le jugement qui laura autorisée. Art. 6. Les ventes publiques aux enchères de marchandises en gros continueront à être faites par le ministère des courtiers, dans les cas, aux conditions et selon les formes indiqués par les décrets des 22 nov. 1811, 17 avril 1812, la loi du 15 mai 1818 ; et les ordonnances des 1<sup>er</sup> juillet 1818 et 9 avril 1819..... Art. 10. Dans les lieux où il n'y aura point de courtiers de commerce, les commissaires-priseurs, les notaires, huissiers et greffiers de justice de paix feront les ventes ci-dessus..... » Toute contravention à cette loi soumet l'officier public qui l'a commise à une amende de 50 fr. à 3,000 fr. (art. 7 et 8.)

**534 bis.** Le privilége des courtiers de commerce est restreint dans tous les cas, à la vente des marchandises neuves ; s'ils en vendaient d'autres, ils seraient passibles de dommages-intérêts envers les commissaires-priseurs (1). Le décret du 17 avril 1812, rappelé et maintenu par la loi du 25 juin 1841, exige qu'ils obtiennent, avant d'y procéder, l'autorisation du tribunal de commerce donnée sur requête (art. 1<sup>er</sup>) ; les précau-

(1) Cass., 10 août 1847 (J. du P., 47, t. 2, p. 524).

tions les plus grandes sont prises pour empêcher que cette facilité ne donne lieu à des ventes contraires aux usages habituels du commerce régulier et ne dégénère en abus (art. 3 et suivants).

Ce décret contient en outre un tableau désignant les seules marchandises qui peuvent être ainsi vendues à Paris, et charge les tribunaux et les chambres de commerce, dans les autres villes, de dresser un tableau analogue, qui devait être soumis à l'approbation du Gouvernement. Les lots ne peuvent être au-dessous de 2,000 fr. pour la place de Paris, et de 1,000 fr. pour les autres places de commerce (art. 6).

L'ordonnance du 9 avril 1819 a permis aux tribunaux de commerce de déroger par des ordonnances motivées à la fixation du *maximum* et du *minimum* de la valeur des lots, sous la réserve néanmoins qu'ils ne pourront autoriser la vente des articles pièce à pièce, ou en lots à la portée immédiate des particuliers consommateurs, mais seulement en nombre ou quantité suffisante d'après les usages, pour ne pas contrarier les opérations du commerce en détail (art. 5).

**355.** Le privilège des courtiers a toujours été maintenu avec soin par la jurisprudence. Si le commis d'un négociant a pu sans difficulté s'occuper des négociations relatives au commerce de son patron (*suprà*, n° 314), cette qualité ne pourrait plus le couvrir, s'il s'entremettait pour un grand nombre de maisons et il serait considéré comme courtier clandestin (1).

La qualité de commissionnaire n'a pas non plus été une excuse.

Chacun, a dit la Cour de cassation, peut charger un mandataire de vendre ses marchandises en son nom ; un examen attentif fera découvrir la nuance fort délicate qui sépare le mandat proprement dit du courtage, lorsque cessant d'agir dans l'intérêt exclusif de son mandat, il se rendra l'*intermédiaire* du vendeur et de l'acheteur (2).

Les courtiers clandestins ont essayé d'échapper à la loi en pre-

(1) Cass., ch. crim., 12 avril 1834; Dalloz, Rép., v<sup>o</sup> *Bourse de comm.*, n. 493.

(2) Cass., ch. crim., 13 janv. 1855 (S.V.55.4.447).—*Sic*, Cass., 14 août 1818.

nant la qualité d'acheteurs ou de vendeurs, mais cette fraude n'a pas réussi à les mettre à l'abri : « Considérant, a dit la Cour de Paris, que si les écritures de Viel et celles des commerçants, avec lesquels il a été en relations, présentent Viel comme ayant été acheteur et vendeur dans toutes les opérations sur lesquelles a porté l'instruction, il résulte de l'instruction et des débats, que ces factures et écritures ont eu pour objet, dans le plus grand nombre de ces négociations, de masquer, sous la forme d'opérations commerciales, des opérations qui, dans la vérité, ne sont, à l'égard de Viel, que des opérations de courrage clandestin (1). »

Quels que soient donc les moyens employés pour dissimuler le délit de courtage, la peine est encourue, si le fait est reconnu par les tribunaux (2). Les contrevenants n'échappent pas à l'application de la loi, lors même que, par une complicité dont on a vu des exemples, un courtier a consenti à prêter son nom pour couvrir des opérations en réalité consommées par des intermédiaires non commissionnés (3).

Le courtier ne peut pas se faire remplacer par son commis ; les lois rendues sur la matière veulent que les opérations de son ministère soient accomplies exclusivement par lui (4).

**356.** « Aucune disposition de la loi, a dit la Cour de cassation, n'impose pour élément de l'acte de courtage que les opérations qui le constituent aient lieu entre négociants présents dans la place où elle doit s'effectuer; au contraire, chacun des actes de *courtage*, de *commission* ou de *mandat* peut se produire pour le compte de négociants présents comme pour le compte de commerçants étrangers à la place, sauf, si l'acte est de sa *nature* un de ceux qui sont réservés aux courtiers par la loi, l'obligation pour le commissionnaire ou mandataire, comme pour le commettant lui-même, de ne le faire que par l'entremise du courtier privilégié (5). » Quant aux faits qui peuvent établir

(1) Paris, 31 déc. 1836. — *Sic*, Paris, 6 fév. 1836; Dalloz, *Rép.*, v° *Bourse de comm.*, n. 492.

(2) Cass., ch. crim., 13 vent. an 11; ch. réunies, 19 vent. an 12.

(3) Cass., ch. crim., 4 mess. an 11.

(4) Cass., ch. crim., 9 janv. 1823.

(5) Cass., 24 juill., 1852 (S.V.52.1.584).

le courtage clandestin, ils sont laissés à l'appréciation entière des juges du fait, et leur décision ne peut donner ouverture à cassation (1); ainsi, la Cour de Bordeaux a jugé qu'il y avait immixtion dans les fonctions de courtier, dans le fait d'un individu qui se borne à rapprocher les vendeurs et les acheteurs, sans que lui-même débatte le prix et les conditions (2).

Les inculpés ne pourraient être renvoyés des poursuites dirigées contre eux, qu'autant que l'organisation des courtiers sur la place n'aurait pas encore été complétée, et que le nombre de ces officiers ministériels existant, serait insuffisant (3).

Un courtier s'il ne peut alléguer un préjudice personnel, ne serait pas admis à intervenir en son nom, dans une instance intentée pour courtage clandestin; ce droit n'appartient qu'à la chambre syndicale, qui a qualité pour se porter partie civile (4).

Le courtier de commerce commet lui-même le délit de courtage illicite, s'il fait des actes de courtage sur une place différente de celle où il est institué (5); mais la simple réception d'un ordre d'achat, s'il doit être exécuté dans un lieu où il n'existe pas de courtiers, n'est pas elle-même un acte de courtage (6).

### ARTICLE 79.

**Les courtiers d'assurances rédigent les contrats ou polices d'assurances, concurremment avec les notaires; ils en attestent la vérité par leur signature, certifient le taux des primes pour tous les voyages de mer ou de rivière.**

(1) Cass., 18 août 1818; Cass., ch. crim., 12 avril 1834; Dalloz, *Rép.*, v° *Bourse de comm.*, n. 493.

(2) Bordeaux, 8 janv. 1847 (S.V.47.2.305).

(3) Douai, 12 sept. 1829.

(4) Bordeaux, 13 juill. 1826; Cass., 11 sept. 1847 (J.P.47.2.687).

(5) Cass., 31 juill. 1847 (S.V.47.1.591), et 12 fév. 1848 (S.V.48.1.240).

(6) Cass., 2 avril 1852 (S.V.52.1.586).

**357.** La loi, en exigeant, pour la validité des contrats d'assurance, qu'ils soient constatés par un écrit, n'en prescrit pas la forme ; les parties peuvent donc s'entendre directement et rédiger elles-mêmes l'acte, qui constate la convention ; mais si elles emploient un intermédiaire, elles doivent s'adresser aux courtiers ou aux notaires ; les uns et les autres peuvent recevoir ces actes, si les parties ne savent ou ne peuvent écrire, ou certifier la vérité des actes sous seing privé rédigés par les parties.

L'art. 79 a maintenu un usage depuis longtemps existant sur certaines places au moins, en établissant une concurrence entière et complète entre les notaires et les courtiers ; les notaires peuvent négocier, rédiger et certifier les polices d'assurance, comme les courtiers, et empiéter ainsi de la manière la plus complète, sur leurs attributions (1), et ils ne sont pas tenus de rédiger ces polices dans les formes exigées pour les actes notariés ; mais bien dans la forme employée par les courtiers : les contrats dressés par ces derniers, d'un autre côté, font foi jusqu'à inscription de faux.

Les courtiers seuls peuvent certifier le taux des primes. Le Code de commerce n'a pas parlé des primes des assurances terrestres, dont il ne s'est pas occupé.

## ARTICLE 80.

Les courtiers interprètes et conducteurs de navires font le courtage des affrétements ; ils ont, en outre, seuls le droit de traduire, en cas de contestations portées devant les tribunaux, les déclarations, chartes-parties, connaissances, contrats, et tous actes de commerce dont la traduction serait nécessaire ; enfin, de constater le cours du fret ou du nolis. — Dans les affaires contentieuses de commerce, et pour le service des douanes, ils serviront seuls de truchement à

(1) Cass., 7 fév. 1833 (D.P.33.1.94) ; Aix, 23 janv. 1832 (D.P.32.2.74).

tous étrangers, maîtres de navire, marchands, équipages de vaisseau et autres personnes de mer.

**558.** Les courtiers, dont il est question dans cet article, ont deux fonctions distinctes : celle de traducteurs ou interprètes, et celle d'intermédiaires pour les affrétements, ou de conducteurs de navires : le mot *conducteur* a conservé ici la signification latine, et désigne celui qui prend à loyer ; et, par extension, dans le cas qui nous occupe, celui qui sert d'intermédiaire pour la location ou l'affrément des navires.

L'entremise des courtiers n'est pas forcée pour ce qui concerne les affrétements et rien n'est innové à ce que prescrivait l'ordonnance de 1681 qui porte : « Les maîtres et marchands qui voudront agir par eux-mêmes ne seront tenus de se servir d'interprètes ni de courtiers ; mais si les parties directement intéressées n'agissent pas elles-mêmes, nul autre que les courtiers ne peut se livrer au courtage et procurer des chargements aux capitaines ou patrons de navire, ou débattre et fixer les prix avec les personnes ayant des expéditions à faire. »

C'est à eux qu'appartient également et que devait naturellement revenir, par suite de leurs fonctions de courtiers spéciaux, le droit de constater le cours du fret ou du nolis.

**559.** Comme interprètes, ils ont seuls le droit de traduire, en cas de contestations portées devant les tribunaux, les déclarations, chartes-parties, connaissances, contrats et tous actes de commerce, dont la traduction est nécessaire, enfin, toutes pièces écrites en langue étrangère, ayant rapport à la contestation pendante en justice, et qu'il serait utile de produire. Foi est due à ces traductions, lorsque les courtiers interprètes ont été choisis par le juge ou par les parties (1).

Les courtiers interprètes étant assermentés pour toutes les opérations de leur ministère, ne peuvent être tenus de prêter serment chaque fois qu'ils sont appelés à faire une traduction (2) ; et nous pensons, avec M. Dalloz, qu'aucune

(1) Ord. de 1681, liv. 1<sup>e</sup>, tit. 7, art. 4.

(2) Beaussant, t. 1<sup>e</sup>, p. 428.

distinction n'est à faire à cet égard : devant quelque autorité que doive être produite leur traduction, ils ont juré de la faire fidèle (1). Dans aucun cas, ils ne peuvent perdre leur qualité d'officiers publics et être assimilés à de simples experts. Toutefois, l'exactitude de la traduction pourrait être contestée, car il est évident qu'ils ont pu se tromper avec entière bonne foi (2).

L'ordonnance de 1681 imposait aux interprètes l'obligation de justifier de leur capacité, et ils ne pouvaient agir qu'après l'enregistrement de leurs commissions ; les commissions qu'ils reçoivent aujourd'hui déterminent quelles sont les langues pour lesquelles seules ils peuvent remplir les fonctions d'interprètes, car on n'a pu exiger d'eux la connaissance de toutes les langues ; ces fonctions pourraient même être séparées de celles de conducteurs exclusivement attribuées à quelques-uns d'entre eux par le décret de nomination.

**540.** Le conseil d'Etat, sur les explications de Regnaud de Saint-Jean-d'Angély, a voulu conserver aux fonctions des courtiers interprètes, conformément aux anciennes règles, la plus grande étendue, et non les limiter au service des douanes, dont parle seulement l'art. 80 (3) ; « Attendu, a dit la Cour de cassation, que les courtiers doivent, comme par le passé, servir de truchement aux capitaines étrangers qui ne pourraient ou ne voudraient pas agir par eux-mêmes, non-seulement pour les relations que ces capitaines auraient avec l'administration des douanes ; mais encore avec les *autres administrations* ; et attendu qu'en faisant aux demandeurs inculpés de s'être illégalement immiscés dans les opérations de courrage auprès des administrations des contributions indirectes et de l'octroi de Marseille, l'application des art. 80, Cod. comm., 8, loi du 28 vent. an 9 ; 4, arrêté du 27 prair. an 10, et des anciennes ordonnances, la Cour royale d'Aix, loin d'avoir commis un excès de pouvoir et violé ces lois, en a fait au contraire une juste application, rejette (4) ; » les expressions

(1) Dalloz, *Rép.*, v° *Bourse de comm.*, n. 476.

(2) *Id.* n. 477.

(3) Procès-verbaux, 17 janv. 1807 ; Locré, t. 17, p. 227 et 228 ; Mollot, n. 791.

(4) Cass., 19 fév. 1831 (S.V.31.1.82).

de l'art. 80 doivent être considérées comme purement démonstratives.

**541.** Indépendamment même des cas où il y a contestation, les courtiers servent encore de truchement pour les déclarations à faire, soit à l'administration des douanes, soit à toute autre autorité publique ; dans ce cas, pas plus que pour le courtage des affrétements, leur entremise n'est imposée au maître du navire ou au marchand qui veut agir par lui-même ; mais Valin a expliqué ce qu'on devait entendre par cette expression : « On conçoit, dit-il, que ce n'est pas en assistant simplement aux opérations qui sont à faire pour les déclarations, tant au greffe de l'amirauté qu'au bureau des fermes ; qu'il ne suffit pas, en un mot, qu'il se présente en personne dans les endroits où doivent se traiter les affaires relatives à son voyage ou à son commerce ; mais qu'il faut qu'il fasse personnellement sans truchement ni aucun aide tout ce qui est à faire à ce sujet. »

« Ainsi si, étant étranger, il ne sait pas parler la langue française, il n'est pas évidemment en état d'agir par lui-même, ayant nécessairement besoin d'interprète pour lui servir de truchement ; et cet interprète ne peut être autre que l'interprète juré. Dans ce même cas, il lui faut aussi un courtier, et il ne peut le prendre ailleurs que dans le nombre des courtiers jurés. »

« D'un autre côté, si, entendant la langue française, il ne peut ou ne veut pas se charger des détails nécessaires pour ses déclarations et autres expéditions, ce n'est pas non plus de sa part agir par lui-même ; et, alors encore, il est obligé de se servir d'un courtier juré, et nul autre ne peut être par lui choisi pour en faire les fonctions. Quoiqu'il assiste à toutes les opérations, il ne peut pas être censé agir par lui-même, dès qu'il a recours au ministère d'un tiers (1). »

Ces observations de Valin, érigées en loi sous l'ancienne jurisprudence (2), sont encore applicables aujourd'hui ; c'est dans ce sens que l'art. 80 doit être entendu ; le privilége ré-

(1) Valin, *Comm.*, art. 14, tit. 7, liv. 1<sup>er</sup>, ord. de 1681.

(2) Lettres-patentes, 16 juill. 1776.

servé au capitaine ou au propriétaire d'agir par lui-même, lui est exclusivement attribué et ne pourrait s'étendre au commissionnaire, par exemple, auxquels il est adressé, et qui n'a pas qualité pour le représenter en semblable circonstance.

La seule extension donnée aux termes de la loi a consisté à permettre à l'armateur ou au propriétaire de la cargaison, d'assister le capitaine, chacun d'eux pour les actes relatifs à son intérêt particulier, parce que, dans ces termes, le capitaine est en réalité leur mandataire (1). Toutefois, les armateurs et les consignataires pourraient se faire remplacer par un commis exclusivement attaché à leur maison ; l'exception ne s'étendrait pas à celui qui s'entremettrait pour plusieurs négociants (2).

**342.** Le privilége des courtiers maritimes n'est pas restreint aux navires étrangers et à la personne des capitaines ayant besoin d'interprètes ; eux seuls auraient le droit de servir de guides aux capitaines français qui ne peuvent ou ne veulent agir par eux-mêmes et de suivre leurs affaires ; de faire les manifestes, les déclarations à la douane, à l'octroi, au bureau de la marine, les rapports d'avarie, les chartes-parties, etc., etc. ; les capitaines ne peuvent se faire aider et assister que par les courtiers (3) ; tout autre encourrait les peines portées contre ceux qui s'immiscent sans droit dans ces fonctions.

Le privilége des courtiers cesse, si aucun d'eux n'est commissionné pour la langue que parle le capitaine qui a besoin d'interprète, et dans laquelle sont écrites les pièces de bord ; le capitaine peut s'adresser, dans ce cas, à qui bon lui semble (4). Les courtiers ne pourraient prétendre qu'impuissants à faire les traductions, ils ont qualité pour assister le capitaine étranger.

De nos jours et contrairement à ce que Valin enseignait, les courtiers interprètes ne pourraient s'occuper de la vente et de l'achat des marchandises composant la cargaison ; ce serait faire le courrage des marchandises, et ils ne peuvent s'y li-

(1) Beaussant, t. 1<sup>er</sup>, p. 437 ; Dalloz, v<sup>o</sup> *Bourse de comm.*, n. 504.

(2) Cass., 31 janv. 1852 (S.V.52.4.153).

(3) Rouen, 6 juin 1828 ; Mollot, n. 790 ; Dalloz, n. 502.

(4) Cass., 12 janv. 1842 (J.P.42.4.151) ; Dalloz, n. 503.

vrer (1). Les courtiers de marchandises, de leur côté, les courtiers d'assurance ou autres ne peuvent leur faire concurrence, à moins, bien entendu dans tous les cas, que la commission ne soit cumulative (2).

**543.** La Cour de cassation a décidé que des stipulations consenties par un courtier maritime, ayant pour objet d'interdire contractuellement à cet officier public une partie des fonctions pour lesquelles il est institué et pour lesquelles son ministère est obligatoire, sont directement contraires aux conditions légales de l'institution des courtiers maritimes, conditions qui intéressent essentiellement l'ordre public; « Attendu, porte cet arrêt, que le nombre de ces courtiers est fixé par l'autorité publique en vue du service auquel ils ont à pourvoir; que les fonctions publiques et privilégiées attribuées à des officiers publics ne leur sont point livrées pour être l'objet d'un trafic, mais sont instituées pour le service et la garantie des droits et des intérêts de tous; que la loi, quand elle juge nécessaire de les créer, en règle elle-même les conditions et l'exercice, ce qui exclut la faculté, pour les officiers qui en sont investis, d'en modifier l'exercice et les conditions suivant leurs convenances personnelles et par l'unique considération de leur propre intérêt; que les fonctionnaires existent pour leurs fonctions et non les fonctions pour les fonctionnaires (3). »

Nous approuvons complètement les principes posés par cet arrêt; et il est évident qu'ils seraient applicables de plein droit à tous les officiers publics et ne doivent pas être restreints à la seule classe à propos de laquelle l'arrêt a été rendu.

**544.** Des traités particuliers ont autorisé les consuls de quelques nations à remplir, pour les capitaines des pays qu'ils représentent, les fonctions de courtier interprète (Consuls Espagnols, traité de 1678, art. 6; Brésiliens, ordonn. 4 oct. 1826; Vénézueliens et Grenadins, ordonn. 5 juin 1854; Boliviens, ordonn. 26 juillet 1857; Haïtiens, ordonn. 12 fév.

(1) Dalloz, n. 482.

(2) Aix, 25 fév. 1847 (J.P.47.2.85).

(3) Cass., 15 déc. 1845 (S.V.46.4.251).

**1858**; Mexicains, ordonn. 9 mars 1839), une décision du ministre des affaires étrangères, du 31 janv. 1844, a expliqué que ce droit accordé aux consuls n'excluait pas les courtiers, dont la concurrence peut toujours être admise.

Tout consul non légalement autorisé à assister ses nationaux en pareille circonstance ne pourrait prétendre à ce droit. Le privilége est restreint à la personne du consul même autorisé et ne peut s'étendre à ses employés (1).

**545.** La disposition de l'art. 11, tit. 7 de l'ordonn. de 1681, qui défend, à peine de 50 livres d'amende, d'aller au devant des vaisseaux, soit dans les rades, soit dans les canaux ou rivières navigables pour s'attirer la clientèle des maîtres, capitaines ou marchands, a été déclarée encore en vigueur (2); la convenance au moins d'une semblable règle, ne saurait être douteuse.

#### ARTICLE 81.

Le même individu peut, si l'acte du Gouvernement qui l'institue l'y autorise, cumuler les fonctions d'agent de change, de courtier de marchandises ou d'assurances, et de courtier interprète et conducteur de navires.

**546.** Les fonctions d'agent de change et de courtier, confondues à une époque très-reculée, ont été séparées et rendues distinctes; mais elles ne sont pas évidemment incompatibles, et quelquefois même, il pourra être utile de les réunir; en effet, dans une petite localité il peut y avoir beaucoup d'affaires de courtage par exemple, et trop peu d'affaires de change pour occuper plusieurs agents.

L'article exige que l'acte d'institution fasse mention expresse de cette réunion de deux qualités différentes, mais cette règle n'est applicable que dans les villes où il existe, tout à la fois, des agents de change et des courtiers; lorsque

(1) Cass., 19 fév. 1831 (S.V.31.1.82); Dalloz, n. 506.<sup>1</sup>

(2) Rouen, 18 mai 1819 et 8 juin 1821; Beaussant, n. 401.

le Gouvernement n'a établi qu'une seule espèce d'agents, la possibilité du cumul est de plein droit.

Six courtiers de commerce avaient été établis pour la ville de Montauban, et aucun agent de change; ils craignirent de ne pouvoir cumuler les deux fonctions. Le conseil d'Etat leva toute espèce de doute sur ce point. « Considérant, disait le conseil d'Etat, que de même que dans les villes où il n'y a ni agents de change ni courtiers institués par le Gouvernement, ces professions sont permises à tous les citoyens; de même dans les villes où le Gouvernement n'a institué que des courtiers de commerce, ils ont la faculté d'exercer les fonctions d'agents de change comme les autres citoyens.

« Que toute interprétation contraire des arrêtés du Gouvernement serait d'autant moins fondée, qu'en refusant aux courtiers de commerce la faculté de faire les fonctions d'agent de change, ce serait la leur ôter pour la laisser libre à tout le monde et diminuer leurs avantages sans en donner au Trésor national et sans ajouter à la garantie de l'ordre public.

« Est d'avis que dans les villes de commerce où le Gouvernement n'a institué que des courtiers de commerce, ils ont la faculté d'exercer toutes les fonctions pour lesquelles la loi du 19 mars 1801 (28 vent. an 9) a créé des agents spéciaux. » (Avis du 23 mai 1802, 3 prair. an 10.)

Il résulte de ces considérants que les courtiers de commerce, dans ce cas, peuvent faire les fonctions d'agent de change, mais non exclusivement; il n'y a pas incompatibilité, mais il n'y a pas privilége; tous les citoyens ont le même droit qu'eux en ce qui concerne ces dernières fonctions.

Les mêmes règles seraient suivies, s'il y avait des agents de change et pas de courtiers; mais cette espèce se rencontrera difficilement.

**547.** Les courtiers de marchandises de Marseille avaient élevé la prétention de restreindre le privilége des courtiers interprètes et conducteurs de navire au droit d'agir pour les navires étrangers, et ils revendiquaient la concurrence en ce qui concerne les navires français; cette prétention fut repoussée avec raison par la Cour d'Aix : « Reconnaître, disait-elle, ainsi que l'ont fait les premiers juges, que les intimés ont

droit de s'immiscer dans la conduite et les affrétements de navires, dont les capitaines peuvent agir sans interprète et sans truchement, c'est reconnaître, au profit des simples courtiers de marchandises et d'assurances, un cumul de fonctions que la loi leur interdit expressément, lorsqu'ils n'y sont point autorisés par l'acte du Gouvernement qui les institue ; en d'autres termes, c'est violer ouvertement l'art. 81, Cod. de comm. (1). »

---

### ARTICLE 82.

Les courtiers de transport par terre et par eau, constitués selon la loi, ont seuls, dans les lieux où ils sont établis, le droit de faire le courtage des transports par terre et par eau : ils ne peuvent cumuler, dans aucun cas et sous aucun prétexte, les fonctions de courtiers de marchandises, d'assurances, ou de courtiers conducteurs de navires, désignées aux articles 78, 79 et 80.

**548.** Ces fonctions ne peuvent, dans aucun cas, même dans les circonstances indiquées dans l'art. 81, être cumulées avec une autre espèce de courtage ; elles sont exclusives d'une manière absolue ; la loi est formelle et l'observation faite par le Tribunat ferait disparaître le doute, s'il pouvait en exister (2).

Les courtiers de transports ne doivent pas être confondus avec les commissionnaires de roulage dont il sera parlé à l'art. 96 et suivants : courtier et commissionnaire expriment ici, comme en toute circonstance, des idées complètement diverses : « Le commissionnaire, dit Dageville, est celui qui se charge d'effectuer par lui-même le transport ; et le courtier de transport, au contraire, est celui qui le négocie entre le com-

(1) Aix, 25 fév. 1847 (S.V.47.2.234).

(2) Observations du Tribunat, Locré, t. 17, p. 331 ; Dageville, t. 1<sup>er</sup>, p. 257.

— Contrà, Dalloz, Rép., v<sup>o</sup> Bourse de comm., n. 485.

missionnaire et le marchand, et qui se trouve ainsi l'interprète commun de leurs volontés respectives (1). »

Les courtiers dont il est question dans cet article ne peuvent s'occuper des transports maritimes, et, contrairement aux prévisions de la loi, les négociations relatives aux transports par terre et par rivières ou canaux n'ont été dans aucune localité ni assez considérables ni assez multipliées, pour nécessiter la création d'intermédiaires spéciaux ; l'établissement des chemins de fer rend de jour en jour cette création plus inutile ; il est donc peu probable qu'elle soit jamais réalisée.

### ARTICLE 83.

Ceux qui ont fait faillite ne peuvent être agents de change ou courtiers, s'ils n'ont été réhabilités.

**549.** Cette disposition semble trop naturelle pour qu'elle n'ait pas existé dans l'ancienne législation ; et on la trouve, en effet, dans l'ordonnance de 1673, tit. 2, art. 5 ; au conseil d'Etat, on hésita un instant à faire exception en faveur des faillis réhabilités ; mais cette disposition a été cependant admise, et l'article ne leur est pas applicable (2).

La faillite crée une incapacité absolue, soit qu'elle ait précédé la nomination ou ait éclaté après l'entrée en fonctions.

### ARTICLE 84.

Les agents de change et courtiers sont tenus d'avoir un livre revêtu des formes prescrites par l'article 11. — Ils sont tenus de consigner dans ce livre, jour par jour, et par ordre de dates, sans ratures, interlignes ni transpositions, et sans abréviations ni chiffres, toutes les conditions des ventes, achats, as-

(1) *Commentaires, etc., t. 1<sup>er</sup>, p. 257.*

(2) *Observations du Tribunal, Locré, t. 17, p. 331.*

surances, négociations, et, en général, de toutes les opérations faites par leur ministère.

**550.** L'obligation de tenir un livre revêtu des formes prescrites par l'art. 11, Cod. comm., est plus sévèrement imposée aux agents de change et aux courtiers qu'à tout autre négociant; les dispositions de l'art. 84 ne peuvent être entendues dans ce sens toutefois qu'un teneur de livres ne puisse jamais laisser échapper une erreur ou une faute et la réparer; la loi parle de ratures et interlignes qui pourraient prêter à la fraude.

Ce livre ne peut être considéré comme authentique, quoique tenu par un officier public; il n'a pas d'autre caractère que celui qui est attribué aux livres des commerçants (1) et il y a excès de sévérité, selon nous, à considérer les altérations qui y seraient commises comme des faux en écriture publique (2).

L'arrêté du 27 prair. an 10 avait déjà prescrit aux agents de change et aux courtiers de transcrire, jour par jour, les opérations qu'ils auraient consommées, sur un journal timbré, coté et parafé par les juges du tribunal de commerce (art. 11); il les obligeait, en outre, à avoir un carnet sur lequel ils inscrivaient d'abord leurs opérations; « lorsque deux agents de « change ou courtiers de commerce auront consommé une opé- « ration, dit l'art. 12 du même arrêté, chacun d'eux l'inscrira « sur son carnet et le montrera à l'autre.» L'obligation de tenir ce carnet n'est pas répétée par le Code de commerce; mais il est sans intérêt de rechercher, si, dès lors, elle doit être considérée comme une prescription légale, car le carnet est d'une trop indispensable utilité pour craindre que les agents de change et les courtiers ne se soumettent pas à la règle qui les oblige à en avoir; c'est un règlement intérieur qui a déterminé que les carnets des agents de change de Paris seraient tous semblables, cotés et parafés par le syndic ou un adjoint.

S'il y a contradiction entre les énonciations inscrites sur le carnet et celles du journal, M. Mollot veut qu'on donne la

(1) Mollot, n. 196; Dalloz, Rép., v<sup>o</sup> Bourse de comm., n. 338.

(2) Cass., 11 fruct. an 13; Pardessus, n. 126.

préférence au premier ; M. Dalloz, au second (1) : M. Dalloz ajoute cependant, et nous sommes complètement de cet avis que la solution d'une pareille question dépendrait des circonstances.

**351.** Les diverses énonciations que contient le journal, aux termes de l'art. 84, doivent être complétées par les noms des parties ; il faut regarder comme abrogé l'art. 26 de l'arrêt de 1724 qui ordonnait qu'aucun nom ne figurât sur ce livre. L'obligation du secret imposé aux agents de change n'y met aucun obstacle, mais s'oppose à ce qu'ils puissent communiquer ces livres même aux parties, et délivrer à tout autre qu'à elles des extraits relatifs à la négociation dont ils ont été chargés ; ceux-là seuls qui y auraient participé pourraient les obtenir (2).

La représentation des livres ne pourrait avoir lieu qu'en justice : « Le secret, demandé souvent par prudence, disait l'orateur du conseil d'Etat, mais plus souvent exigé par mauvaise foi, ne sera jamais trahi par l'indiscrétion, mais il pourra être dévoilé par la justice. »

L'arrêté du 27 prairial an 10 ordonne que les agents de change et courtiers seront tenus de représenter leurs livres aux juges ou aux arbitres ; cette disposition doit être entendue comme s'appliquant aux arbitres juges et non à de simples délégués des tribunaux de commerce qu'il faut assimiler à des experts plutôt qu'à des juges (3). M. Mollot, toutefois, revenant sur l'opinion qu'il avait d'abord embrassée, enseigne que l'arrêté du 27 prairial ne faisant aucune distinction, la communication devrait être faite à tous les arbitres et même, par suite, à un expert nommé par le tribunal (4). Nous ne pouvons admettre cette doctrine.

Les bordereaux que les agents de change sont tenus de remettre à leurs clients pour constater l'opération conclue par eux varient suivant que, par exception, ils font connaître les

(1) Mollot, n. 499; Dalloz, n. 336.

(2) Pardessus, n. 126.

(3) Dalloz, n. 340.

(4) Bourses de comm., n. 204.

noms des deux contractants , ou qu'ils doivent garder le secret ; dans ce dernier cas, le bordereau ne porte que la signature de l'agent de change et ne peut faire une preuve, même incomplète, de l'opération, qu'à la condition d'être d'accord avec les livres. Pour être admis comme pièces justificatives, les bordereaux soit de vente, soit d'achat, devraient nécessairement contenir non-seulement le nom de l'agent de change acheteur ou vendeur , mais encore le nom de celui de qui on a acheté ou auquel on a vendu (1).

Les agents de change et les courtiers doivent en outre avoir les livres dont la tenue est imposée d'une manière générale aux commerçants ; quelque simples que doivent être leurs opérations, il n'y a qu'avantage pour eux à se conformer aux règles imposées à tous les commerçants et dont la loi ne les a pas dispensés.

#### ARTICLE 85.

Un agent de change ou courtier ne peut , dans aucun cas et sous aucun prétexte, faire des opérations de commerce ou de banque pour son compte. — Il ne peut s'intéresser directement ni indirectement, sous son nom ou sous un nom interposé, dans aucune entreprise commerciale. — Il ne peut recevoir ni payer pour le compte de ses commettants.

**352.** Ces règles déjà anciennes (2) ont été maintenues et confirmées par la législation nouvelle ; la sagesse ne peut en être méconnue, mais elles ne doivent pas être étendues au delà des termes et de l'esprit de la loi ; elles ne s'opposent pas à ce que les agents de change et courtiers certifient que les signatures des effets de commerce qu'ils négocient sont véritables ; ils ne font qu'attester ainsi un fait qui doit être à leur

(1) Cass., 17 mars 1807.

(2) Ord. de 1673, tit. 2, art. 1 et 2; Arr. du Cons. de 1720, art. 7; du 24 sept. 1724, art. 34 à 36; du 17 août 1785; Arr. du 27 prair. an 10.

connaissance ; l'arrêté du 27 prairial an 10 dit même : « Les « agents de change seront civilement responsables de la vérité « de la dernière signature des lettres de change ou autres effets « qu'ils négocieront. »

La disposition qui leur défend de recevoir et de payer pour le compte de leurs commettants doit également être entendue dans le sens des observations présentées par le Tribunat : « Un agent de change, disait-il, est toujours présumé aux yeux de la loi avoir reçu de ses clients les sommes nécessaires pour payer les objets qu'il achète ; on ne peut donc pas lui défendre de payer pour eux, de même que, lorsqu'il vend un effet, on ne peut pas lui défendre d'en recevoir le montant » (1). Ce que la loi a interdit, c'est le paiement *pour compte*, c'est-à-dire l'avance des fonds et les fonctions de banquier, mais non le droit pour les agents de change de payer, pour ainsi dire, comme caissiers de leurs commettants ; ils peuvent également, quoi qu'en ait dit Locré (2), recevoir pour eux, s'ils restent simples dépositaires des fonds, sans les faire entrer en compte courant ; et nous trouvons également trop sévère l'opinion de M. Mollot, qui leur refuse le droit de toucher les arrérages des rentes appartenant à leurs clients (3). Ce que la loi leur interdit, nous le répétons, c'est l'office de banquiers.

Ces principes ont été consacrés par la jurisprudence pour les courtiers au moins, et la position est la même : « Considérant, disait la Cour de Rennes, que, si les courtiers ne peuvent pas recevoir pour leurs commettants, il ne s'ensuit pas qu'ils soient incapables d'être les mandataires de ceux qui leur donneraient leur confiance » (4). Toutefois, il faut que le mandat soit prouvé ; il ne faudrait pas conclure de deux arrêts de la Cour de Bruxelles (5) que le courtier chargé de vendre des marchandises a nécessairement et de plein droit mandat pour en recevoir la valeur, sauf des cas analogues aux négociations

(1) Observations du Tribunat, Locré, t. 17, p. 334.

(2) *Esprit du Code de comm.*, t. 1<sup>er</sup>, sur cet article.

(3) Mollot, n. 406. — *Constr., Dalloz, Rép., v<sup>o</sup> Bourse de comm.*, n. 297.

(4) Rennes, 5 déc. 1820.

(5) Bruxelles, 29 janv. et 31 juill. 1811.

d'effets publics, par exemple, où les agents de change sont tenus par les lois qui régissent la matière de garder le secret et de recevoir les fonds représentant la valeur des effets vendus.

La présomption, au reste, est toujours évidemment qu'ils sont restés dans leur rôle de simple intermédiaire; l'existence d'un compte courant entre un agent de change et un banquier ne rend pas le premier de plein droit garant des effets de commerce qui ont été négociés par son entremise, s'il n'ont pas du reste été endossés par lui (1).

**353.** Il peut arriver que l'agent de change ou le courtier, contrairement aux prescriptions législatives, fasse des avances à ses commettants; on s'étonne que les débiteurs aient pu éléver la prétention de n'être pas tenus au remboursement; une jurisprudence constante a repoussé d'aussi injustes demandes.

D'un autre côté, si le courtier a agi en son propre nom et comme commissionnaire, il ne peut se prévaloir de sa qualité pour s'affranchir de la responsabilité que, contrairement au vœu de la loi, il est vrai, mais volontairement, il a assumée.

Les opérations de commerce, quelles qu'elles soient, auxquelles les agents de change et les courtiers se seraient livrés pour leur propre compte, ne sont donc pas nulles; entre les contractants, de part et d'autre, elles produisent tout leur effet; des peines sans doute sont prononcées contre les agents de change et les courtiers, mais aucune loi ne soustrait les individus qui ont pris part à ces opérations à l'obligation de remplir leurs engagements.

Si l'agent de change ou le courtier sont chargés non d'acheter, mais de vendre des marchandises ou de négocier des effets, ils ne peuvent s'approprier ces valeurs sans la volonté formelle du propriétaire et prétendre, dans ce cas, qu'ils ont voulu faire la négociation en leur nom; cette prétention ne peut être admise, quand elle doit nuire aux tiers; et en droit commun même, ils auraient besoin d'un mandat exprès.

---

(1) Rouen, 15 nov. 1834; Dalloz, Rép., v<sup>e</sup> *Bourse de comm.*, n. 296.

Ainsi, si l'agent de change remet les effets qui lui ont été confiés à l'un de ses créanciers, celui-ci n'est pas libéré à l'égard du commettant de l'agent de change en créditant cet officier ministériel de la valeur des effets : il ne pouvait ignorer que l'agent de change agissait pour le compte d'autrui (1).

L'ordonnance de 1673, en défendant aux agents de change et aux courtiers de se livrer à aucune opération de commerce ou de banque, avait cru inutile d'ajouter qu'ils ne pouvaient s'intéresser directement ni indirectement dans aucune entreprise commerciale, ainsi que l'a fait l'art. 85 ; l'un est la conséquence de l'autre ; il a même été jugé qu'un agent de change ne pouvait être nommé liquidateur d'une société commerciale (2). Encore moins pourraient-ils former entre eux une société qui aurait pour conséquence, dans tous les cas, de ressembler à une coalition dans le privilége.

L'art. 85 fait-il obstacle à ce qu'un agent de change ou un courtier prenne des actions dans une société anonyme et même dans une société en commandite ? La Cour de cassation a jugé que l'acquisition faite par un agent d'actions industrielles à titre de placement sérieux et permanent ne constitue pas la contravention prévue par l'art. 85 (3). Nous ne voyons pas comment il serait possible de décider autrement, mais ils ne pourraient devenir intéressés dans une société dont tous les membres auraient droit à la gestion et seraient soumis à une responsabilité indéfinie, ni autoriser leurs femmes, même tacitement, s'ils sont mariés en communauté, à faire le commerce (4).

Si l'achat d'actions industrielles avait le caractère d'une spéculation, il est évident que cet acte serait contraire à la loi (5).

(1) Lyon, 25 mai 1841 (S.V.42.2.167).

(2) Bordeaux, 9 juin 1830 ; Dalloz, *Rép.*, v<sup>e</sup> *Bourse de comm.*, n. 291.

(3) Cass., 20 janv. 1843 (S.V.43.1.225). — *Sic*, Vincens, t. 1<sup>er</sup>, p. 588 ; Dalloz, n. 292.

(4) Pardessus, n. 76.

(5) Mollot, n. 440.

## ARTICLE 86.

Il ne peut se rendre garant de l'exécution des marchés dans lesquels il s'entremet.

**554.** L'arrêté du 27 prair. an 10 (art. 10) avait permis aux agents de change de donner leur *aval pour les effets de commerce*; cette disposition a été abrogée; on n'a pas voulu que l'imprudence d'un agent de change ou le désir de se faire attribuer un courtage plus élevé l'entraînât à des garanties que son genre d'opérations pourrait étendre à l'infini et qui ne seraient, par suite, qu'un leurre pour ceux à qui la garantie est accordée, et une cause possible de ruine pour celui qui la donne.

La règle posée par l'art. 86 est applicable sans restriction aux courtiers. Les marchés à terme ou à livrer portant sur des marchandises sont licites, et la jurisprudence ne fait aucune difficulté de les reconnaître, si la vente a été réelle et obligeant à livraison (1): les courtiers peuvent donc prêter leur entremise pour ces sortes de négociations, mais ils ne peuvent en aucune façon se rendre garants.

Si le marché à terme n'était que fictif et devait se résoudre dans le paiement en espèces de la différence, l'opération est nulle (2) et ne donne aucune action en justice pour en réclamer l'exécution.

**555.** Les agents de change ont été placés, par les lois particulières qui les régissent, dans une position différente, en ce qui concerne les marchés à terme d'effets publics, à raison de l'obligation du secret qui leur est imposée.

L'arrêt du conseil du 24 sept. 1724, en imposant aux parties l'obligation de recourir à l'entremise des agents de change pour la négociation des effets publics, n'imposait aucune responsabilité aux officiers exclusivement chargés de cette mission : en effet, ils ne devaient exécuter les ordres de leurs

(1) Montpellier, 29 sept. 1827; Cass., 29 nov. 1836 (S.V.37.1.455).

(2) Bordeaux, 28 août 1826 et 29 août 1828.

clients qu'après avoir reçu l'argent ou les effets, et ils étaient tenus de les spécifier sur leurs livres, de manière qu'aucune confusion ne fût possible. Ils pouvaient donc, sans risque pour eux, garder le secret qui leur était imposé sur le nom des parties.

Les marchés à terme, néanmoins, paraissent avoir été fréquents, même sous cette législation ; les arrêts du conseil du 7 août, du 2 oct. 1785 et du 22 sept. 1786, eurent pour but de mettre un terme aux abus que cet état de choses avait pu amener, mais ces actes, quoique dirigés contre les marchés à terme, peuvent être cités en même temps comme en reconnaissant la légitimité sous certaines conditions. « Ainsi donc, dit M. Troplong, en même temps que de sévères prohibitions s'étendent sur la bourse, les marchés à terme sont permis sous la double condition que le temps de livraison n'excédera pas deux mois et que le vendeur prouvera sa propriété par pièces probantes. Du côté de l'acheteur, aucune condition particulière n'est exigée. On n'annule pas le marché, parce qu'il n'a pas déposé les fonds. On semble reconnaître que, puisqu'il y a terme pour livrer, il y a aussi crédit pour payer (1). »

Ce droit nouveau, ainsi que le fait remarquer M. Fremery, plaçait l'agent de change de l'acheteur dans cette alternative, ou de nommer son client, ou de devenir personnellement garant du paiement à l'échéance ; et l'un et l'autre parti lui étaient également interdits (2).

**556.** Les lois révolutionnaires du 13 fruct. an 3, du 28 vendém. an 4 ; les arrêtés du 20 niv. et du 2 vent. an 4, sont sans intérêt, si ce n'est qu'il y a lieu de remarquer que la loi du 28 vendémiaire, en rappelant les lois précédentes, semble reconnaître et sanctionner les arrêts du conseil, dont nous avons parlé tout à l'heure. Cependant l'arrêté des consuls du 27 prair. an 10 porte : « Chaque agent de change devant avoir reçu de ses clients les effets qu'il vend ou les sommes nécessaires pour payer ceux qu'il achète, est responsable de la livraison et du paiement ; » l'arrêté dit en même temps : « Les

(1) *Contr. aléatoires*, n. 247.

(2) *Etudes*, p. 438.

agents de change devront garder le secret le plus inviolable aux personnes qui les auront chargées de négociations. »

Les agents de change ont soutenu que ce texte n'avait pas pour but de proscrire les marchés à terme conclus par leur entremise ; que les rendant, dans tous les cas, responsables de la livraison et du paiement, il établissait une présomption légale qu'ils avaient exigé la preuve de la propriété ou s'étaient fait donner des sûretés, mais qu'ils pouvaient, à leurs risques et périls, ne pas user envers leurs clients des exigences que la loi leur permettait d'élèver. La Cour de cassation paraît avoir condamné ce système (1).

**557.** Quelques années plus tard, le Code pénal fut promulgué ; il punit les paris qui auront été faits sur la hausse ou la baisse des effets publics, et ajoute : « Sera réputée pari de ce genre toute convention de vendre ou de livrer des effets publics qui ne seront pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention, ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison. » (Cod. pén., art. 421 et 422.)

Ce texte distingue de la manière la plus nette les effets à la disposition du vendeur au temps de la convention, et ceux qui ont dû s'y trouver au temps seulement de la livraison, et qu'il n'a pu, par suite, remettre entre les mains de l'agent de change en donnant l'ordre de vente ; quant aux fonds, le bon sens la force des choses, ne permettent pas d'admettre que le client les ayant à sa disposition les mettra en dépôt chez l'agent de change, en le chargeant néanmoins d'acheter à terme, c'est-à-dire nécessairement à un prix plus élevé qu'au comptant : ce serait prêter à l'art. 422 une absurdité.

Il faut donc bien admettre que le Code pénal, au moins, ne punit pas les marchés à terme ; mais la Cour de cassation a jugé : « Que l'art. 422 du Code pénal ne concerne que la partie criminelle et ne fait pas obstacle à l'application des anciens et nouveaux règlements sur la matière au civil (2). » Cette distinction est repoussée par M. Troplong (3).

(1) Cass., req., 2 mai 1827.

(2) *Id.*

(3) *Contr. aléatoires*, n. 125.

**558.** Pour résoudre la question de la légitimité des marchés à terme, il faut avant tout la bien poser : ainsi on a donné aux paris sur les effets publics le nom de marchés à terme ; l'expression est évidemment inexacte : on doit les appeler marchés fictifs.

Les personnes qui fréquentent la Bourse savent que des joueurs agissant sans l'entremise d'agents de change, gens sans caractère et sans qualité pour contracter un marché sérieux, connus sous le nom de *coulissiers*, parient sur les fonds publics : « Seulement, dit M. Troplong, ils ont cru devoir adopter dans les formes de leurs opérations la couleur d'un marché à terme qui leur a semblé plus honnête que celle d'un pari ordinaire. C'est une coquetterie de joueur et une affectation de bienséance pour faire illusion au public (1). »

Aucune discussion n'est possible sur de semblables opérations ; elles sont entachées de la plus complète nullité.

**559.** La dénomination de marchés fictifs ne semble pas pouvoir être appliquée, au contraire, aux négociations conclues par les agents de change. « La convention que le marché ne se réalisera pas, dit M. Fremery, et qu'il se réduira au paiement de la différence entre le prix du jour du marché et le prix du jour de l'échéance, est sans exemple et ne peut pas intervenir, car les parties restent inconnues l'une à l'autre ; et à la Bourse, où les marchés sont conclus par les agents de change, publiquement, à haute voix, il serait impraticable de troubler la rapidité des opérations par une convention inusitée et qui supposerait un dialogue entre les deux agents de change pour s'informer réciproquement que le client de chacun d'eux n'entend faire qu'un marché fictif (2). »

En fait, le concours toujours très-grand de vendeurs et d'acheteurs et la fixation d'un terme unique pour l'exécution des divers marchés donnent toute facilité pour l'exécution et permettent des virements et des compensations qui ont souvent pour effet de rendre inutiles les livraisons effectives ; le marché

(1) *Contr. aléatoires*, n. 99.

(2) *Études*, p. 508.

a peut-être été conclu en prévision de cet état de choses, mais on ne peut dire toutefois qu'il ait été fictif.

**360.** Il est inutile de discuter si vendre ce qu'on n'a pas est une vente nulle ; les ventes à livrer sont fréquentes dans le commerce, et leur légitimité n'est pas contestée, si le marché est sérieux.

En examinant les dispositions du Code pénal, dont nous avons parlé, on remarque que l'achat doit avoir précédé la vente, soit que le vendeur possède déjà ce qu'il vend, soit que, l'ayant déjà acheté à terme, les effets publics, objet de la négociation, aient dû se trouver entre ses mains au temps de la livraison ; la loi ne permet pas de vendre d'abord avec l'intention d'acheter plus tard à meilleur marché les effets qui doivent être livrés ; en d'autres termes, le législateur autorise les spéculations à la hausse et prohibe les spéculations à la baisse (1).

S'il est vrai, ainsi que le disait un parère de 1824, que les marchés à terme « sont également dans l'intérêt du Gouvernement et du commerce (2), » on comprendrait cependant que le Gouvernement ait refusé d'admettre qu'il était de son intérêt que l'on spéculât à la baisse. Dans les opérations à livrer faites sur les marchandises, tout marché, s'il est sérieux, a droit égal à la protection des lois, parce que producteurs et consommateurs doivent toujours profiter de l'activité donnée à ces transactions. Un système contraire pourrait être soutenu en ce qui concerne les effets publics. Mais de l'examen des nombreux arrêts rendus sur cette matière il est permis de tirer cette conséquence que la jurisprudence a admis en principe, au moins, et quoique avec peine peut-être, que les marchés à terme sérieux, qu'ils portent sur les effets publics ou sur les marchandises, sont valables : « Attendu, a dit la Cour de cassation, que l'arrêt attaqué n'a pas jugé en thèse générale que tout marché à terme était nul, mais bien que tout marché qui, dès l'origine, avait pour unique objet un paiement de différences, constituait un jeu, un pari défendu par la loi, et

(1) Frémery, p. 443 et 444.

(2) Frémery, p. 515, en note ; Troplong, *Contr. aléatoires*, n. 132.

que cette décision est conforme à tous les principes de la matière (1). »

La difficulté ne commencera donc que lorsqu'il s'agira d'apprécier, en fait, si l'opération est sérieuse ; les juges se sont montrés plus rigoureux, sans doute, quand le marché portait sur les effets publics, que dans le cas où il avait pour objet des marchandises ; et il est certain, au moins, que la jurisprudence a refusé de considérer comme nécessairement sérieux et valable tout marché par cela seul qu'il avait été conclu par l'entremise des agents de change. On ne peut en faire un reproche aux tribunaux, qui ont cherché à entraver, loin de l'encourager, la passion du jeu. Chaque arrêt est un arrêt d'espèce, et une nouvelle appréciation devra être faite pour chaque affaire qui se présentera ; la question à décider se résume dans l'appréciation d'un fait (2).

**361.** Lorsque des effets ont été remis par les clients aux agents de change, comme garantie et à titre de nantissement, aucun texte ne les autorise à en disposer que selon les règles du droit commun, qui doivent constater la remise du gage et leur permettre de le vendre ; toutefois la jurisprudence a assimilé à du numéraire des effets au porteur et autorisé l'agent de change qui les a reçus comme garantie de marchés à terme à en disposer sans autorisation de justice, si son client n'a pas fait les fonds nécessaires au jour fixé pour la livraison. La vente de ces effets a lieu dans ce cas par la chambre syndicale, comme faisant disparaître tout soupçon qui pourrait être élevé contre la bonne foi de l'agent de change détenteur (3) ; mais le dernier arrêt constate en même temps que ces effets ne peuvent être vendus par anticipation pour des liquidations qui n'ont pas été et n'ont pas dû être encore opérées, et l'agent de change ne s'en trouve plus valablement saisi, en cas de faillite, à l'égard des syndics.

La simple remise de ces effets ne constitue donc pas un gage valable contre des tiers, quoique entre les parties au moins

(1) Cass., req., 30 mai 1838 (J.P.38.2.80).

(2) Troplong, *Contr. aléatoires*, n. 146.

(3) Paris, 24 juin 1836 (S.V.36.2.545) et 18 janv. 1838 (J.P.38.1.133).

il ait été jugé que le contrat de nantissement pouvait se former sans écrit et par le seul fait de la remise (1).

### ARTICLE 87.

Toute contravention aux dispositions énoncées dans les deux articles précédents entraîne la peine de destitution et une condamnation d'amende, qui sera prononcée par le tribunal de police correctionnelle, et qui ne peut être au-dessus de trois mille francs, sans préjudice de l'action des parties en dommages et intérêts.

**562.** La loi sanctionne par cet article les règles posées par les art. 85 et 86. C'est au tribunal de police correctionnelle à prononcer l'amende, mais le tribunal de commerce serait seul compétent pour statuer sur les dommages-intérêts des parties, comme juge (art. 632, Cod. comm.), dit Locré, de toute opération de change et de courtage (2).

C'est au tribunal correctionnel encore et non à l'autorité administrative qu'il appartient de prononcer la destitution de l'officier ministériel condamné pour contravention aux art. 85 et 86, Cod. comm.; la raison de décider est que cette destitution est qualifiée de peine par la loi et doit, par suite, être prononcée par les tribunaux de répression (3), et sauf le droit qui appartient au Gouvernement et qui lui est réservé de prononcer en matière disciplinaire : « Nul ne songe, disait M. Nicias-Gaillard dans un savant réquisitoire qui a précédé le dernier arrêt de la Cour de cassation, à affaiblir l'action du pouvoir exécutif sur les courtiers de commerce, non plus que sur les autres officiers soumis à sa surveillance. Seulement la loi associe la justice à cette action dans un cas particulier où il lui a paru que les formes et le caractère vraiment pénal d'une

(1) Paris, 22 et 29 mars 1832 (S.V.32.2.431 et 293).

(2) *Esprit du Code de comm.*, t. 1<sup>er</sup>, p. 499.

(3) Cass., 27 juin 1851 (S.V.52.1.154); *Id.* 26 janv. 1853 (S.V.53.1.129).

condamnation judiciaire ajouteraient à la force aussi bien qu'à la solennité de la décision. C'est un concours et non point une exclusion. Le pouvoir qui nomme et qui révoque conserve son droit par rapport à toutes les autres contraventions. » Et en effet, l'arrêt porte dans un de ses considérants : « Attendu que, si le droit de suspendre et de destituer les agents de change et courtiers a été déféré au Gouvernement, de qui ces officiers publics tiennent leurs pouvoirs, par les art. 17 et 18 de l'arrêté du 29 germ. an 9, il a été fait exception à ces dispositions dans les cas spéciaux prévus par les art. 85 et 86, Cod. comm., lorsqu'en vertu de ces articles il y a eu poursuite judiciaire. » Le Gouvernement reste donc, en dehors de ce cas spécial, maître de l'action disciplinaire.

---

### ARTICLE 88.

Tout agent de change ou courtier destitué en vertu de l'article précédent ne peut être réintégré dans ses fonctions.

---

### ARTICLE 89.

En cas de faillite, tout agent de change ou courtier est poursuivi comme banqueroutier.

**365.** Ce n'est que par suite de contravention aux dispositions formelles des lois qui régissent leur profession que ces officiers publics peuvent se trouver en état de cessation de paiement; du moment qu'ils ne sont pas coupables de simple imprudence et qu'ils se trouvent dans l'un des cas de faute grave ou de fraude punis par la loi, ils encourront justement l'imputation de banqueroutier.

L'art. 404, Cod. pén., élève en outre à leur égard les peines attachées à la banqueroute et les punit, dans tous les cas, des travaux forcés à temps ou à perpétuité.

---

**ARTICLE 90.**

Il sera pourvu, par des règlements d'administration publique, à tout ce qui est relatif à la négociation et transmission de propriété des effets publics.

**564.** Depuis la promulgation du Code de commerce, le Gouvernement n'a point usé du droit que lui donnait la loi de promulguer de nouveaux règlements sur ce sujet; nous avons eu occasion de citer, quand l'occasion s'en est présentée, les actes législatifs qui existaient déjà et sont encore appliqués (loi du 28 vent. an 9, et actes du 29 germinal an 9 et 27 prairial an 10).

---

**TITRE VI.*****Des Commissionnaires.*****SECTION PREMIÈRE.*****Des Commissionnaires en général.*****ARTICLE 91.**

Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom, ou sous un nom social, pour le compte d'un commettant.

**565.** Les commissionnaires, comme les agents de change et les courtiers, sont des intermédiaires destinés à faciliter les opérations commerciales; mais ce ne sont plus des officiers publics tenant leur caractère de l'institution que leur a donnée le Gouvernement; ce sont des négociants entièrement libres, n'ayant d'autres pouvoirs que ceux qu'ils ont reçus des personnes qui s'adressent à eux, et sans autres obligations que celles qui sont imposées par le droit commun à tous les négociants; aussi, en même temps qu'ils font le commerce comme intermédiaires, ils le font également pour leur compte.

« Il existe dans le commerce, disait M. Jard Panvillier dans le discours préliminaire du Code de commerce, une autre espèce d'intermédiaires qui sont des agents actifs et que les besoins de la circulation ont beaucoup multipliés : ce sont des commissionnaires.

« Les droits et les devoirs d'un commissionnaire qui agit en vertu d'un mandat spécial sont déterminés par le droit civil.

« Le commissionnaire qui agit en son nom ou sous un nom social est un commerçant dont les opérations consistent dans l'achat, la vente ou le transport de marchandises pour le compte du commettant, moyennant un droit de commission convenu (1). »

Le commissionnaire ne peut être confondu ni avec le courrier, dont les fonctions se bornent à mettre les contractants en rapports, à les rapprocher, mais sans jamais être partie lui-même dans le contrat qui sera conclu; ni avec le préposé, dont les attributions peuvent être fort diverses de nature et d'étendue, depuis le simple employé aux écritures jusqu'au commis voyageur ou au représentant, gérant, par exemple, d'un dépôt ou d'une succursale. Le préposé est toujours soumis au patron, dont il tient ses pouvoirs; il agit au nom de la maison de commerce qu'il représente et comme son mandataire général ; il est institué pour une suite d'opérations, non pour une seule affaire. Le commissionnaire, au contraire, est indépendant, il a son individualité qui ne peut jamais être confondue avec celle du commettant, et il n'est jamais institué que pour une seule affaire à la fois ; autant d'affaires commises, autant de commissions distinctes : la commission, ont dit MM. Delamarre et Lepoitvin, « est un contrat par lequel l'un des contractants donne le pouvoir de faire pour lui une ou plusieurs opérations de commerce individuellement déterminées à l'autre contractant, qui s'engage à les traiter et conclure, soit sous un nom social, ou sous le sien propre, soit au nom du commettant, et à en rendre compte (2). » Le droit de

(1) Locré, t. 47, p. 41.

(2) *Traité du Contr. de comm.,* t. 1<sup>er</sup>, n. 32.

commission, qui est payé par le commettant, doit être considéré comme un honoraire et nullement assimilé au prix du louage de services qui est dû au préposé (1).

**566.** Il résulte du texte des art. 91 et 92 que le commissionnaire peut agir en son nom, ou au nom du commettant : dans le premier cas, il s'engage personnellement ; il est directement obligé envers celui avec qui il a contracté, comme si l'affaire lui était propre ; et le commettant n'a pas d'action contre celui avec qui le commissionnaire a traité, ni celui-ci contre le commettant (2) ; dans le second cas, c'est-à-dire s'il traite au nom du commettant, il n'est plus qu'un mandataire ordinaire dont les devoirs et les droits sont déterminés par les règles posées par le Cod. Nap., au titre du mandat, tant à l'égard des tiers qu'à l'égard du commettant, et tant en ce qui le concerne qu'en ce qui concerne les rapports des tiers et du mandant directement les uns envers les autres.

« Le commissionnaire qui agit en son propre nom, et le commissionnaire qui agit au nom du commettant, tiennent également leurs pouvoirs de celui pour qui ils agissent ; rien de plus évident, disent MM. Delamarre et Lepoitvin. Tous deux sont donc également mandataires ; seulement l'un cache son mandat, l'autre ne fait pas mystère du sien. Là est toute la disparité, encore n'a-t-elle d'effet que dans l'exécution. Celui qui garde le secret ne cesse pas plus d'être mandataire du commettant qu'un commandé ne cesse d'être le mandataire du command pour compte duquel il achète sous son propre nom. Chacun d'eux reste toujours, à l'égard de qui les fait agir, dans les mêmes droits et les mêmes devoirs que tout autre mandataire qui aurait nommé son mandant. A ce point de vue, impossible d'apercevoir entre eux la plus minime différence, *ne pilum quidem* ; l'esprit ne la conçoit pas..... L'article 92 n'a donc pas été fait en vue de déclarer ou d'introduire quelque différence entre les deux sortes de commissionnaires, quant à *leurs droits et à leurs devoirs* envers celui pour

(1) Troplong, *Mandat*, n. 240 et s.

(2) Code hollandais, art. 77 et 78 ; Code espagnol, art. 118 et 119 ; Code portugais, art. 42 et 43.

qui ils agissent. Sous ce rapport on n'en saurait imaginer aucune qui ne résistât à la nature des choses.....

« Toutefois l'identité n'existe qu'à l'égard du mandant. Relativement aux tiers, plus de parité, car l'un des commissaires s'engage seul envers eux ; l'autre, au contraire, ne leur oblige que le commettant, différence unique mais importante (1). »

« Marquer cette différence, ajoutent ces auteurs, entre le commissionnaire qui s'oblige et le commissionnaire qui ne s'oblige point, par suite, entre le commettant qui a une action, et le commettant qui n'en a pas, contre le tiers et réciprocement, tel fut l'objet de l'art. 92 (2). »

Nous exposerons donc sous l'art. 92 tout ce qui est relatif aux droits et aux devoirs des commissaires envers leur commettant et de celui-ci envers eux ; sous l'art. 91, nous ne parlerons que du commissionnaire agissant en son nom et seulement dans ses rapports avec les tiers.

**567.** En règle générale, le commissionnaire est institué pour agir en son nom ; ce n'est que par exception qu'il doit faire connaître son commettant, et, dans le cas où il y a été formellement autorisé par celui-ci, sauf à lui, s'il ne croit pas devoir s'engager personnellement, à refuser la commission ou à ne l'exécuter qu'après avoir reçu des garanties suffisantes (3). D'un autre côté, les tiers, s'ils n'ont pas foi dans le commissionnaire, doivent refuser de traiter avec lui et exiger l'engagement personnel de son commettant. Un exemple rendra plus sensible ces distinctions et les principes sur lesquels elles reposent.

Un sieur Poirier achetait depuis plusieurs années, dans les campagnes, des céréales pour le compte du sieur Ozou, qui restait complètement étranger aux négociations ; Poirier traitait seul et en son nom avec les vendeurs, mais il payait avec les fonds que lui fournissait Ozou, à qui il remettait les grains. Pendant huit années, les achats ayant toujours été régulièr-

(1) *Contr. de comm.*, t. 2, n. 255.

(2) *Id.* n. 256.

(3) *Id.* n. 263 et s.

ment payés, aucune contestation ne s'éleva, mais il vint un moment où, Poirier ne remplissant pas ses engagements envers les vendeurs, ceux-ci s'adressèrent directement à Ozou, pour le compte de qui il était de notoriété publique que les achats avaient été faits.

Les affaires toutes identiques furent distribuées à plusieurs chambres de la Cour de Rennes ; et sur cinq arrêts, trois décidèrent que Ozou, commettant, était directement tenu ; deux, que le commissionnaire seul avait pu être engagé. Ozou prouvait, du reste, par ses livres, et le fait n'était même pas dénié, qu'il était en avances avec Poirier d'une somme plus que suffisante pour satisfaire à toutes les réclamations.

« On ne doit pas s'étonner de cette contrariété, non-seulement dans les décisions, mais dans les motifs. Il devait en être ainsi, disent MM. Delamarre et Lepoitvin, dès qu'on ne saisissait pas le vrai principe de la solution. Il était notoire que Poirier agissait pour Ozou. Quel était l'obligé ? Voilà toute la question. En d'autres termes : Qui a contracté ? Dès lors, restait à apurer un fait : Poirier avait-il traité en son propre nom, ou au nom du mandant ? Dans trois des cinq arrêts, on se demande : Est-ce un mandat que Poirier a exécuté, ou bien une commission ? Et par des inductions puisées dans les circonstances, l'on cherche à établir que c'est un mandat. Mais toute commission est un mandat, et le commissaire agissant en son propre nom n'est pas moins un mandataire que celui qui agit au nom de son commettant. La question devait donc être posée autrement. Si, comme on l'a fait dans un des arrêts, l'on se fût demandé dans tous : Comment le mandat d'Ozou a-t-il été exécuté, en son nom ou sous le nom de son commissionnaire ? plus de confusion ni d'erreur possibles (1). »

La question avait été, en effet, mal posée, et MM. Delamarre et Lepoitvin en tirent avantage ; on s'était beaucoup préoccupé de la misère de Poirier et de l'absence complète de garantie qu'il présentait par lui-même : aussi, quand la Cour se demandait s'il était mandataire ou commissionnaire,

(1) *Contrat de comm.*, t. 2, n. 268.

sans doute elle voulait dire : Est-il facteur, simple préposé d'Ozou, ou commissionnaire ? Dans le premier cas, Ozou était tenu ; dans le second, il fallait distinguer encore : a-t-il traité au nom d'Ozou ou au sien propre ? Dans deux de ces trois hypothèses Ozou aurait été contraint de payer ; dans la troisième, il ne pouvait être responsable.

Le véritable caractère qui appartient au commissionnaire a été au contraire bien saisi dans une autre circonstance par la Cour de Rouen.

La maison Morlière de Paris avait consigné à Fessart, commissionnaire au Havre, un navire : Fessart traite avec le sieur Drouet pour la fourniture des voiles, et plus tard tombe en faillite. Drouet réclame le montant de sa facture contre Fessart et contre Morlière solidairement ; cette demande est rejetée par la Cour de Rouen : « Attendu, dit l'arrêt, que ledit Drouet n'a contracté pour la fourniture des toiles à voile, dont il réclame le paiement, qu'avec Fessart, en son nom personnel et non pour le compte d'autrui ; qu'il n'a donc d'autre obligé que Fessart (1). »

**568.** Le principe d'après lequel le commettant innommé reste complètement en dehors du contrat fait en exécution même de son mandat, mais par le commissionnaire agissant en son propre nom, amène, comme conséquence, qu'il ne peut jamais y avoir d'action directe du commettant contre le tiers ou du tiers contre le commettant ; le tiers sans action contre le commettant n'a, par réciprocité, aucune action à craindre de lui ; le commissionnaire les couvre également l'un et l'autre. Quelquefois seulement ils pourront agir par action oblique, ou, en d'autres termes, exercer les droits du commissionnaire, leur débiteur, comme tout créancier peut le faire (Cod. Nap., art. 1166), sans qu'il soit besoin que celui-ci lui cède son action (2).

Le commissionnaire ne peut donc, en aucun cas, se dégager envers le tiers, avec qui il a contracté, en faisant connaître son commettant ; il est tenu personnellement, sauf son re-

(1) Rouen, 12 avril 1826.

(2) Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 271.

cours (1), mais il peut, dès le début, déclarer qu'il agit au nom d'un tel, ainsi que le constate sans doute surabondamment l'art. 92, Cod. comm. : dans ce cas, le contrat est directement passé entre le commettant et le tiers; on pourrait abuser, et l'on a quelquefois abusé, en effet, de cette faculté donnée par le droit commun et les textes positifs, pour couvrir des opérations de courtage clandestin, si les deux parties surtout habitent la même ville.

Le commissionnaire peut également, quand il contracte, déclarer expressément qu'il achète au nom d'une personne qu'il se réserve de nommer et pour elle; comme un *command* dans le droit civil : la désignation qu'il en donne, dans ce cas, rétro-agit et le dégage; il est assimilé à celui qui, dès le principe, avait déclaré agir, non en son nom, mais au nom de la personne qu'il vient de faire connaître; c'est aux tiers à ne pas accepter cette condition. Cette désignation ne pourrait plus être valablement faite après l'expiration du terme, s'il y en avait eu un de fixé; et le commissionnaire resterait définitivement engagé (2).

La règle serait la même, si le commissionnaire avait déclaré agir *pour lui ou pour une personne à nommer*. MM. Delamarre et Lepoitvin enseignent que, si le commissionnaire déclare qu'il agit *pour lui et pour un autre qu'il nommera*, la désignation faite par lui ne le dégagerait pas, et qu'il resterait tenu avec la personne nommée (3); cette doctrine nous paraît devoir être suivie, à moins qu'il ne résulte des circonstances qu'il s'est réservé le droit de se dégager de sa responsabilité de commissionnaire pour prendre le rôle de simple mandataire.

**569.** Quelquefois c'est des circonstances seules qu'il est permis d'induire que le commettant s'est engagé directement, et que le commissionnaire a été simple intermédiaire: « Attendu, disait dans une espèce la Cour de cassation, que le jugement attaqué a constaté et reconnu *en fait* que toutes les

(1) Bordeaux, 19 juin 1844 (S.V.45.2.20).

(2) Troplong, *Mandat*, n. 549 et s.; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 342 à 347.

(3) T. 2, n. 349.

circonstances qui y sont énumérées ne permettaient pas de supposer que l'intermédiaire employé par le demandeur en cassation ait agi en son nom personnel ; qu'au contraire, ledit demandeur s'est constitué débiteur des vendeurs des vins dont il s'agissait au procès ; d'où résulte que l'art. 91, Cod. comm., sur les commissionnaires qui agissent en leur nom personnel, ne pouvait recevoir d'application à la cause et n'a pu être violé ; qu'il en résulte aussi que les dispositions du Code civil relatives au mandat devaient seules recevoir à la cause l'application qui, en effet, en a été faite par le jugement attaqué (1). »

Il ne faudrait pas, en pareille matière, confondre deux manières de procéder, qui présentent, au premier abord, une certaine analogie : ainsi le commissionnaire, déclarant agir au nom de Pierre, n'est qu'un simple mandataire ; l'affaire ne le regarde pas, et Pierre est seul engagé ; mais cette conséquence ne résulterait nullement de ce que le commissionnaire fera connaître qu'il vend ou achète d'ordre et pour compte de Pierre ; cette désignation ne forme pas obstacle à ce que l'affaire ait été traitée au nom du commissionnaire, qui est seul engagé : en effet, du moment qu'on traite avec un commissionnaire, il faut bien, ainsi que le dit M. Troplong, qu'il soit le commissionnaire de quelqu'un ; il doit être stipulé clairement, ou il doit résulter expressément des circonstances, que le commissionnaire a agi, non en son propre nom, comme le porte l'art. 91, mais bien pour le commettant et au nom de celui-ci, et cette dernière forme, il ne faut pas l'oublier, est l'exception en droit commercial et ne représente pas l'idée qu'on doit se former du commissionnaire proprement dit (2). La simple indication du *pour compte* n'a donc aucune valeur et laisse le commissionnaire seul obligé à l'égard des tiers.

C'est par application de ces principes que le commissionnaire qui accompagne son commettant et l'aide dans ses achats, et quoiqu'il fasse connaître le nom de celui-ci, peut être néanmoins déclaré obligé comme acheteur, si c'est sa foi qui a

(1) Cass., 18 nov. 1829.

(2) Troplong, *Mandat*, n. 545 ; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 339.

été suivie en effet (1). Lorsque pareille circonstance se présente, les tribunaux auront à décider, en fait, contre qui la condamnation doit être prononcée ; et cette appréciation échapperait à la censure de la Cour de cassation.

**370.** Il peut arriver que le commettant se mette directement en communication avec le donneur de commission et corresponde avec lui. Ainsi le sieur Audicq, négociant à Nantes, avait acheté du sieur Louzeau-Coudrais, commissionnaire en cette ville, trente pipes de 3/6 livrables à un terme convenu, avec condition de pouvoir refuser la livraison, en payant une différence de 2 pour cent; la commission avait été transmise par Louzeau-Coudrais, mais sans donner avis de cette clause, à la maison Hanapier de Bordeaux qui l'a exécutée, après s'être mise en rapports directs avec Audicq.

Si Louzeau-Coudrais avait agi comme représentant ou commis voyageur d'Hanapier, celui-ci n'aurait pu être tenu qu'après avoir ratifié ; et Audicq n'aurait pu lui opposer ses conventions particulières avec Louzeau-Coudrais. Mais si Louzeau-Coudrais a agi comme commissionnaire, Audicq n'a point à s'inquiéter de la ratification d'Hanapier, et la circonstance qu'ils s'étaient mis en rapports directs ne modifie point les règles à suivre; Audicq n'en restait pas moins exclusivement lié avec le commissionnaire et libre de refuser la livraison sous la condition stipulée.

La Cour de Bordeaux a eu à juger cette espèce, et, par deux arrêts contradictoires, n'a point rappelé d'une manière assez claire peut-être des principes trop bien acceptés pour donner lieu à des difficultés sérieuses. Le commissionnaire ne peut jouer le rôle d'un courtier qui se borne à mettre en présence deux parties.

Toutefois, si l'acheteur et le vendeur se sont, en effet, mis en communication, rien ne s'oppose, bien entendu, à ce qu'ils modifient le contrat primitif, qu'ils en changent les conditions et traitent entre eux directement, mais c'est là un contrat nouveau ; il est nécessaire d'établir avec précision que celui qui avait été contracté primitivement avec le commissionnaire a

---

(1) Cass., 25 nov. 1829 (D.P.30.1.42); Troplong, n. 547.

été annulé : « Attendu, disait la Cour de Bordeaux dans le second des arrêts cités tout à l'heure, que sans le concours d'Audicq la convention passée avec Louzeau - Coudrais n'a pu être ni changée, ni dénaturée, ni remplacée par une stipulation d'une autre nature ; qu'elle est donc la seule dont l'effet puisse être réclamé par Hanapier, dont le titre et le droit ne sont autres que ceux de Louzeau-Coudrais lui-même (1). »

**571.** Le commissionnaire, on le voit par les explications qui précédent, réunit donc deux qualités, qui paraissent s'exclure : celle de mandataire et celle de contractant. Ce fait amène des résultats qu'il faut accepter, parce qu'ils découlent, comme conséquences, du texte de l'art. 91 s'appliquant à un contrat dont le droit civil ne s'est pas occupé ; les règles écrites dans le Code Napoléon ne peuvent donc évidemment, en semblable matière, nous être daucun secours ; la loi commerciale y a dérogé.

La première et très-notable conséquence qui résulte de cette qualité de contractant, c'est que le commissionnaire peut compenser ce qu'il doit personnellement au tiers avec ce que le tiers lui doit pour compte du commettant ; et réciproquement, le tiers peut compenser ce que le commissionnaire lui doit avec ce qu'il doit lui-même au commissionnaire, quoique cette dernière dette soit une créance du commettant (2). C'est une conséquence exorbitante, sans doute, mais nécessaire, de la qualité de commissionnaire ; et toutes les fois que les circonstances exigeront que la doctrine définisse quelle est celle des deux qualités de mandataire ou de contractant qui l'emporte sur l'autre, quelle est la qualité principale et quelle est la qualité accessoire, il faut admettre que la qualité prédominante est celle de contractant : l'art. 91 le dit expressément, le commissionnaire agit en son nom.

La faculté de compenser sa propre dette avec une créance qui, en réalité, appartient à un autre, dérive ici de la nature des choses ; elle existerait nécessairement en droit civil, du moment

(1) Bordeaux, 4 et 26 juill. 1843 (S.V.44.2.161 et 162).

(2) Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 272 et 273.

que le commissionnaire y serait admis, tout aussi bien qu'en droit commercial. Cette compensation doit s'opérer de plein droit, par la seule force de la loi, du moment que le commissionnaire est assimilé au propriétaire, mais, en fait, il n'est pas possible que l'opération qui y donne lieu ne soit pas consignée sur les livres de commerce des deux contractants, qui doivent présenter jour par jour toutes les opérations et les négociations qu'ils traitent. La compensation aura donc lieu de plein droit, si, au moment de la vente par le commissionnaire des marchandises qui lui étaient consignées, il était débiteur de l'acheteur, parce qu'il a dû en porter le prix au débit de celui-ci, et si les deux dettes étaient également liquides et exigibles, puisque c'est une condition nécessaire, pour qu'elles puissent se compenser ; à moins qu'il ne résulte expressément des écritures des contractants que le prix de cette vente n'a pas dû entrer dans le compte courant existant entre eux et que le montant en a été porté sur un compte nouveau (Cod. comm., art. 576) ; fait, il faut le dire, qui se réalisera bien rarement. L'état de faillite ne changerait rien, selon nous, à ces règles(1).

**372.** Jusqu'à présent, il avait été également admis, comme seconde conséquence de cette qualité de contractant, que le commissionnaire, soit comme vendeur direct, soit comme subrogé aux droits de celui dont il a acheté les marchandises, pouvait revendiquer à l'égard de son commettant, dans tous les cas où la loi donne ce droit au vendeur, et se faire ainsi désintéresser dans une faillite au préjudice des autres créanciers : il avait paru peu utile de bien définir en quelle qualité il agissait, le résultat devant être le même (2).

Une analyse plus exacte a jeté du doute sur un point de doctrine qui semblait définitivement admis.

M. Troplong, examinant cette question, a enseigné que la qualité de vendeur ne pouvait être attribuée au commissionnaire, expédiant à son commettant les marchandises qu'il a achetées d'un tiers, de son ordre et pour son compte, et qu'il

(1) V. Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 275 et s.

(2) Cass., 14 nov. 1810 ; Rouen, 4 janv. 1825 ; Cass., 18 avril 1843 (S.V.43. 1.526).

ne pouvait avoir, par suite, la revendication directe. Il refuse également de le reconnaître comme subrogé aux droits du vendeur, parce que la subrogation légale n'a lieu qu'au profit de celui qui était tenu avec d'autres ou pour d'autres, au paiement de la dette qu'il a acquittée (C. Nap., art. 1251); et le savant magistrat rappelle que le commettant n'était pas tenu ; que le commissionnaire était seul obligé et ne pouvait par suite, se prévaloir de la subrogation légale établie pour une position qui n'est pas la sienne (1). En droit civil, en effet, ainsi que le disent MM. Delamarre et Lepoitvin, l'art. 1251, Cod. Nap., ne trouve d'application que dans le cas où il y a deux obligés (2).

**575.** Si le commettant, par exception, était seul engagé, il est certain que le commissionnaire ne pourrait invoquer la subrogation légale, puisque le paiement qu'il aurait fait serait tout volontaire de sa part (3). Dans toute autre circonstance, nous pensons que les règles admises par la jurisprudence doivent être suivies.

L'art. 1251, Cod. Nap., accorde la subrogation de plein droit au profit de celui qui était tenu *avec d'autres ou pour d'autres*; l'arrêt de la Cour de cassation du 14 nov. 1810 a rappelé également que, dans l'achat fait par le commissionnaire, celui-ci s'était engagé *pour ou avec* le commettant. Si, dans la pensée du Code Napoléon, ces deux expressions *avec d'autres ou pour d'autres* s'appliquent exclusivement aux co-débiteurs et aux cautions, le commissionnaire ne pourra se prévaloir de ce texte : mais est-il bien sûr que le législateur n'ait pas songé que l'on pouvait quelquefois ne pas s'engager avec un autre, mais en le laissant complètement inconnu, s'engager pour lui envers un tiers, et, par exemple, en achetant un objet qui lui était exclusivement destiné ? n'y a-t-il pas équité à accorder, dans ce cas, la subrogation à l'acheteur tout aussi bien que s'il y avait deux obligés ?

Le commissionnaire est tenu directement, personnellement,

(1) *Nantissement*, n. 354.

(2) T. 2, n. 395.

(3) Troplong, *Nantissement*, n. 354 et s.

envers le vendeur, mais, puisque l'achat n'est pas pour lui; puisqu'il ne devient pas propriétaire de l'objet dont il paie le prix, il faut bien admettre qu'il est tenu *pour* son commettant, à la place de son commettant, et, par suite, qu'il rentre dans les prévisions de l'art. 1251 : le commettant, en outre, cela est incontestable, serait tenu au moins par voie oblique. C'est ainsi qu'a été expliqué cet article dans l'arrêt déjà cité du 14 nov. 1810.

**574.** Nous avons dit que le commissionnaire peut agir expressément soit au nom de son commettant ou au sien, tout en faisant connaître le nom du commettant; soit pour soi en privé nom, mais avec réserve ou promesse de nommer plus tard la personne pour le compte de laquelle se fait la négociation; soit, au lieu de traiter sous la forme alternative pour soi *ou* pour une personne à nommer, dire qu'il traite pour soi *et* pour une personne à nommer. MM. Delamarre et Lepoitvin enseignent, dans ce dernier cas, que le commissionnaire et le commettant restent tous deux engagés (1), ainsi que cela a lieu dans la commission pour assurer : il faudra donc accorder à ce commissionnaire la revendication que l'on refuse aux autres, et le contrat, cependant, est le même.

**575.** Le Code Napoléon n'a pas réglé évidemment certains contrats essentiellement commerciaux qu'il n'a pas même nommés ; on ne peut le citer quand il s'agit du contrat de commission, pas plus que quand il s'agit de la lettre de change ou de l'assurance maritime. En vertu de quel principe de droit civil, en effet, l'assureur, à qui le délaissement a été notifié, pût-il, au préjudice des héritiers ou des cessionnaires de l'assuré, sans justifier daucun transport ni daucune signification aux tiers, se faire attribuer l'indemnité qui aura été liquidée en faveur de l'assuré dans certaines circonstances ? Les règles particulières du contrat d'assurance, sur ce point, ne sont écrites nulle part, mais le Code Napoléon ne peut être invité cependant, parce qu'il ne s'est pas occupé des assurances.

On pourrait citer des exemples plus frappants encore. Quand

---

(1) 2, n. 349.

l'assureur a payé pour l'assuré chargé d'une contribution, il agit ensuite, en son nom, comme véritable propriétaire aux lieu et place de l'assuré : il n'y avait pas dans ce cas deux obligés cependant ; il n'y en avait qu'un : comme le commissaire pour le commettant.

Est-ce que l'art. 159, Cod. comm., ne consacre pas, en ce qui concerne la subrogation, une dérogation manifeste aux règles écrites dans le Code Napoléon ? La loi est formelle, il est vrai, mais c'est parce qu'elle a réglé avec détail tout ce qui concerne le contrat de change. Elle a agi autrement pour le contrat de commission ; elle n'en a pas moins admis, d'une manière implicite, les conséquences des principes qu'elle a posés sans les développer.

Quoique le Code Napoléon ne se soit pas occupé du commissaire, il existe cependant, même en droit civil, par la force des choses (1) ; en droit commercial, nous sommes plus heureux : l'art. 91 consacre son existence d'une manière expresse : il faut donc l'admettre avec les conditions essentielles qui y sont attachées, et que la doctrine seule sera forcée de faire connaître dans le silence de la loi. Nous avons signalé sa double qualité de mandataire et de contractant écrite dans l'art. 91 ; quand il y a incompatibilité absolue, quelle est celle de ces deux qualités qui doit prédominer ? La loi est muette. D'un commun accord, on a dit, quand il s'agirait de la compensation, que la qualité de mandataire s'effaçait devant celle de contractant dans ses rapports avec les tiers, même lorsque le commettant doit en souffrir, et en blessant, il faut le dire, l'équité : pourquoi en serait-il tout autrement dans ses rapports avec son commettant, et lorsque la conséquence peut paraître équitable ? S'il a le droit de revendication à son égard, ce ne sera ni comme vendeur, ni comme subrogé aux droits de celui-ci : ce sera comme commissaire, et en vertu des conséquences que le contrat de commission doit amener. Nous ne voulons pas nous déclarer les champions du droit de revendication ; il peut être, en effet, une source de difficultés, de fraudes, d'injustices ; s'il mérite ces reproches, que la loi

(1) Troplong, *Mandat*, n. 8.

l'abolisse. Mais, aussi longtemps qu'on le maintiendra en faveur du vendeur, il sera équitable de le maintenir également au profit du commissionnaire, qui, certes, n'avait pas dans son droit de commission l'équivalent du bénéfice réservé au vendeur.

La commission est un contrat *sui generis* que la loi a reconnu, mais dont elle a eu le tort, peut-être, de ne pas définir toutes les conséquences ; conséquences admises forcément, quoiqu'elles jurent avec les principes d'autres contrats plus soigneusement expliqués. Ainsi, dans l'achat consommé par le commissionnaire, la propriété est transmise du vendeur au commettant, sans qu'aucun lien de droit ait jamais existé entre eux ; sans leur consentement réciproque ; à leur insu. Est-ce donc là une conséquence bien juridique ?

**576.** L'art. 93, Cod. comm., que nous expliquerons bien-  
ôt, disent MM. Delamarre et Lepoitvin, avec l'unanimité des  
rrêts et des auteurs, n'est nullement limitatif, mais seulement  
émonstratif du cas qui se présente le plus fréquemment ; et  
a fallu en étendre considérablement le texte, pour l'appli-  
quer à tous les mandataires commerciaux qui existent à pré-  
sent, ou que produiront un jour, soit l'extension du commerce,  
soit les progrès des sciences et de l'industrie, soit le mouve-  
ment perpétuel des affaires humaines. Il appartenait à la ju-  
rprudence de déclarer ce caractère de l'art. 93, et d'en tirer  
toutes les conséquences. Nul ne lui a contesté ce droit.

L'art. 576, Cod. comm., qui autorise la revendication, lui  
aussi, n'exprime qu'un seul cas, mais il doit être considéré  
comme prototype régulateur de ceux qu'il n'exprime pas et  
qui n'aurait pu tous exprimer.

. Troplong, il est vrai, en limite la portée, en faisant ob-  
server que la revendication qu'il accorde au vendeur est fon-  
dée sur le seul droit de propriété ; mais ces prémisses peuvent  
être grandement contestées. M. Troplong lui-même, le pre-  
mier tous ceux qui, soit au conseil d'État en 1807, soit dans  
les cimaises législatives, trente ans plus tard, ont attaqué ou  
défendu la revendication accordée au vendeur, ont unanime-  
ment connu, et sans supposer même que le principe pût être  
discuté, que le vendeur avait complètement perdu la pro-

priété ; que l'acheteur failli l'avait acquise : il n'est donc pas possible de fonder le droit du vendeur sur sa qualité de propriétaire à aucun degré ; et il est certain pour tous que le mot revendication est ici complètement inexact ; le vendeur revendique si peu , que la vente est maintenue , et qu'il ne dépend pas de lui de l'annuler s'il est payé.

L'art. 576, Cod. comm., est donc contraire aux principes et à la raison du droit : comment le nier ? « Il y est contraire principalement sous deux rapports, disent MM. Delamarre et Lepoitvin : 1<sup>o</sup> en ce qu'il remet le vendeur, non pas, il est vrai, au même état que s'il n'avait point vendu, car la vente continue d'exister, mais au même et pareil état que s'il n'avait pas livré, ce qui résiste à la vérité du fait, puisqu'il est de fait qu'il a livré, et conséquemment à la raison du droit, puisque la raison du droit est la vérité pure. Nul n'a assez de puissance pour rendre un fait au néant parce que nul ne peut faire que ce fait ne se soit pas produit ; 2<sup>o</sup> le vendeur qui a fait confiance en livrant n'étant que simple créancier du prix d'une chose qui ne lui appartient plus, le traiter plus favorablement que les autres créanciers qui ont, comme lui, suivi la foi du débiteur, c'est être inconséquent et blesser l'égalité, premier fondement de la justice, mère du droit.

« Nous ne chercherons donc pas à expliquer, par des règles de droit, une loi faite contre la raison et les règles du droit; il n'est moyen plus sûr de se tromper (1). »

Le seul motif qui l'ait fait écrire, disent MM. Delamarre et Lepoitvin, c'est évidemment *l'intérêt du commerce*, et toute la discussion a exclusivement porté sur ce point, celui de savoir si, en effet, cette revendication y était conforme.

Nous n'admettons nullement, en ce qui nous concerne, nous n'avons pas besoin de le dire, qu'à défaut d'un texte précis ce motif put être allégué pour agir contre la raison et les règles du droit, et cet exemple est le mieux choisi, à coup sûr, pour démontrer combien la doctrine contraire, soutenue par MM. Delamarre et Lepoitvin, serait dangereuse; deux fois, à trente ans

(1) *Contr. de comm.*, n. 109, t. 6, p. 451.

de distance, cet intérêt a été contesté de la manière la plus vive ; à défaut de la parole souveraine du législateur : la discussion s'ouvrirait donc à chaque fois devant les tribunaux, et, à en juger par ce que nous avons vu, diviserait en deux camps à peu près égaux tous les tribunaux de France ; mais, du moment que le législateur a parlé, il faut se soumettre et se placer au point de vue qu'il a incontestablement adopté, pour interpréter et appliquer le texte qui a été promulgué.

« Si tel est, continuent MM. Delamarre et Lepoitvin, le *propositum* de l'art. 576, Cod. comm., cet article, par la nature même de son objet, n'est pas plus limitatif que l'art. 93. Il profite donc à quiconque est pour le négoce et le crédit de la même utilité que le vendeur direct qu'il désigne *ad exemplum*. Le propre des lois démonstratives est de comprendre sous la désignation d'une ou de quelques espèces toutes les espèces semblables actuellement existantes ou qui viendraient à exister ; et l'art, dans ces sortes de lois, est de choisir l'exemple le plus compréhensif. C'est au magistrat à voir jusqu'à quel point il y a parité de raison, ou similitude suffisante entre le cas que la loi exprime et le cas non exprimé qui se présente (1). »

Il nous semble impossible de mieux définir le rôle qui appartient à la jurisprudence ; dans le cas qui nous occupe, elle s'est prononcée en faveur de la revendication du commissionnaire ; elle a agi dans la limite de ses pouvoirs, et nous croyons que sa décision doit être suivie, soit qu'en invoquant l'art. 1251, Cod. Nap., on s'en tienne pour l'expliquer au sens grammatical qu'il présente, et non aux exemples que peut offrir la loi civile de son application ; soit qu'en rejetant des textes inapplicables, on interprète le contrat de commission par les principes particuliers qui sont de son essence, soit qu'on trouve dans l'art. 576, Cod. comm., la raison de décider.

(1) *Contr. de comm.*, n. 109, t. 6, p. 452 et 453.

## ARTICLE 92.

Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le Code civil, liv. III, tit. XIII.

Acceptation, 381 et s.	Exécution, 397 et s.	Renonciation, 383, 445.
Avances, 407.	Fautes, 394 et s.	Responsabilité, 397 et s. 405.
Comm. imp. ou facul. 392 et s.	Garant, 383.	Rétention, 407.
Compétence, 440.	Mandat tacite, 380 et s.	Révocation, 382, 442 et s.
Décès, 412, 417.	Mandataire, 388.	Salaires, 383.
Dissolution, 412.	Négligence, 395.	Société, 388, 442.
Dr. du commettant, 408 et s.	Oblig. du commett., 406, 444.	Solidarité, 403.
Ducroire, 384 et s.	Oblig. du commiss., 387, 389.	Substitution, 404.
Espèces monnayées, 396.	Ratification, 380, 406.	Urgence, 404.

**577.** L'art. 92 renvoie expressément au Code Napoléon pour déterminer les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom du commettant; le Code hollandais contient une disposition semblable (1). Mais il faut aller plus loin. Nous avons dit, sous l'article précédent, que le mandataire pouvait, en droit commercial au moins, agir en son nom ou au nom de son commettant; dans l'un comme dans l'autre cas, les règles établies par le Code Napoléon, lorsqu'elles déterminent les rapports du commissionnaire et du commettant entre eux, sont applicables, et, à cet égard, il n'y a pas lieu de distinguer. L'art. 91 a donc, tout aussi bien que l'art. 92, pour complément nécessaire les dispositions qui ont été érites dans la loi civile. Nous ne pouvons mieux faire que de rapporter textuellement et de commenter au besoin le texte même du Code Napoléon.

**CHAP. 4<sup>er</sup>.** *De la nature et de la forme du Mandat* (C. Nap., liv. 3, tit. 13, ch. 1<sup>er</sup>, du Mandat).

**578.** « Le mandat ou 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 for- « me que par l'acceptation du mandataire » (C. Nap., art. 1984).

(1) Code hollandais, art. 79. — *Sic*, Code portugais, art. 45.

Le contrat de commission ne peut produire un lien de droit que s'il a pour objet une chose licite ; cette maxime est d'une application générale et domine tout le droit français ; les tribunaux refuseraient toute action, soit au commettant, soit au commissionnaire, si le mandat avait été donné pour faire la contrebande, se livrer à la traite des noirs ou à toute autre opération contraire aux lois ou aux bonnes mœurs (1).

Le mandat doit être donné pour un acte de commerce, parce que le contrat de commission est essentiellement commercial ; mais il suffit que l'acte soit commercial du côté de l'une des parties seulement (2) ; il peut s'appliquer aux transactions de toute nature ; les règles à suivre, dans tous les cas, dérivent des mêmes principes et ne peuvent varier.

**379.** « Le mandat peut être donné, ou par acte public ou « par écrit sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi « être donné verbalement, mais la preuve testimoniale n'en « est reçue que conformément au titre des contrats et des obli- « gations conventionnelles en général.

« L'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résul- « ter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire » (Cod. Nap., art. 1985).

Le mandat donné par une procuration sous seing privé est valable, quoique l'acte ne soit pas fait en double. Il est même certain qu'un écrit n'est pas nécessaire.

**380.** La commission, comme tout autre contrat, exige le consentement des deux parties pour être parfait ; mais nous croyons, avec M. Troplong, que le droit français moderne reconnaît le mandat tacite ; en matière commerciale au moins, cette règle ne peut faire difficulté (3).

Entre personnes présentes, le consentement peut être tacite des deux côtés (4).

(1) Turin, 12 déc. 1807 ; Troplong, *Mandat*, n. 30 ; Delamarre et Lepoitvin, t. 1<sup>er</sup>, n. 50.

(2) Delamarre et Lepoitvin, t. 1<sup>er</sup>, n. 47 ; Code portugais, art. 40.

(3) *Mandat*, n. 415 et s. — *Sic*, Zachariæ, t. 3, § 411, note 4 ; Delamarre et Lepoitvin, t. 1<sup>er</sup>, n. 72. — *Contrâ*, Toullier, t. 11, n. 25 ; Duranton, t. 18, n. 218.

(4) Delamarre et Lepoitvin, t. 1<sup>er</sup>, n. 75.

Entre absents, le contrat peut se former par des offres expresses du commissionnaire et l'acquiescement tacite du commettant, dans le cas, par exemple, où, prévenu que l'un de vos correspondants se dispose à faire assurer votre bâtiment ou vos marchandises, vous gardez le silence. Le consentement peut encore résulter d'un fait : si vous êtes averti que je dois acheter pour vous, à la foire prochaine, dix chevaux qui vous sont nécessaires, et que vous envoyiez chez moi après la foire pour prendre livraison. Le consentement, enfin, peut être l'effet d'une tacite reconduction ; propriétaires, vous et moi, d'un navire que nous exploitons en commun, à chaque départ, vous avez eu le soin de le faire assurer ; si, à son dernier voyage, vous y avez manqué, vous êtes tenu de cette négligence, parce que vous aviez mandat tacite de moi pour le faire assurer. MM. Delamarre et Lepoitvin citent un arrêt de la Cour de Rennes qui a jugé dans ce sens (1).

Il ne pourrait donc y avoir difficulté que quant à la preuve à fournir que ce mandat tacite a, en effet, été donné.

Lorsqu'il y a ratification d'une affaire déjà conclue, il est évident qu'en droit ce n'est plus un contrat de mandat à proprement parler ; mais les règles à suivre, quant aux conséquences, seraient les mêmes.

**581.** Si le mandat peut être donné tacitement, l'art. 1985 dit d'une manière expresse qu'il peut être accepté de la même manière dans le cas où la demande émane du commettant, sans qu'il y ait été provoqué par des offres de services. En matière commerciale, ce principe serait appliqué, sans doute, avec plus de rigueur ; et le commissionnaire qui reçoit un ordre sera présumé avoir accepté, s'il ne donne avis de son refus sans perte de temps : le silence lui ferait encourir une responsabilité, dans le cas où son correspondant éprouverait quelque dommage de l'inexécution du mandat (2). « Le commissionnaire, dit le Code espagnol, est libre d'accepter ou de ne pas accepter le mandat du commettant, mais, s'il refuse,

(1) *Contr. de comm.*, t. 1<sup>e</sup>, n. 76.

(2) Rennes, 2 juill. 1811 ; Troplong, n. 152 ; Pardessus, n. 558 ; Massé, t. 4, n. 44 et s.

il doit lui en donner avis courrier par courrier; en cas de négligence, il est tenu à des dommages-intérêts (1). »

**582.** Les règles que nous venons d'exposer ne peuvent laisser de doute que, si le mandat est donné par lettre, le contrat devient parfait par le consentement du commissionnaire, au moment même où il intervient, sans qu'il soit besoin que cette acceptation soit connue du mandant (2). « Posons en principe, disent MM. Delamarre et Lepoitvin, que le mandat donné par lettre et accepté de fait par le commissionnaire devient un parfait contrat du moment même de cette acceptation, fût-elle même ignorée du commettant qui a fait la demande (3). »

Quand le commissionnaire, au contraire, a offert spontanément ses services, le contrat n'est parfait que du moment où il connaît le consentement du commettant (4).

M. Troplong enseigne que, si le mandat donné n'assigne aucun délai, il peut être exécuté par le commissionnaire, jusqu'à ce que le commettant l'ait expressément révoqué (5). Nous croyons que ce principe pourrait être modifié par les circonstances (6), et le commissionnaire déclaré en faute, pour n'avoir pas demandé une confirmation. Au moins nous semble-t-il incontestable que le mandant aurait une action pour se faire indemniser du préjudice qu'il aurait souffert par le retard, si le commissionnaire avait pu exécuter plus promptement la commission.

Les offres faites par le commissionnaire peuvent également, d'après les mêmes autorités, être acceptées jusqu'au moment où elles sont expressément retirées (7). Cette règle nous semble trop absolue; une affaire commerciale ne peut rester indéfiniment en suspens, et le silence prolongé pourrait, selon les circonstances encore, être considéré comme un refus (8).

(1) Code espagnol, art. 120.

(2) Troplong, *Mandat*, n. 109.

(3) *Contr. de comm.*, t. 1<sup>er</sup>, n. 97.

(4) Troplong, n. 112; Delamarre et Lepoitvin, t. 1<sup>er</sup>, n. 98.

(5) *Mandat*, n. 114.

(6) Delamarre et Lepoitvin, t. 1<sup>er</sup>, n. 100.

(7) Troplong, *Mandat*, n. 113; Delamarre et Lepoitvin, t. 1<sup>er</sup>, n. 101.

(8) Pardessus, n. 269.

**585.** « Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire » (Cod. Nap., art. 1986).

En droit commercial, la présomption est complètement opposée à celle qui est établie par cet article en matière civile ; et la commission est de plein droit réputée salariée, à moins qu'il n'y ait convention contraire (1) ; si le salaire est de la nature du droit de commission, en effet, il ne lui est pas essentiel.

La décision du tribunal, au reste, qui, par interprétation des faits, juge que le mandat était ou salarié ou gratuit, ne peut donner ouverture à cassation (2).

Le salaire, suivant un usage général, consiste en une somme calculée à tant pour cent sur la valeur de l'affaire commise et gérée. Il est rare que des conventions expresses n'en règlent pas le taux ; dans le silence des parties, les usages de la place serviraient à le déterminer ; à défaut, les juges apprécieraient et décideraient en équité et, au besoin, sur rapport d'experts.

« Tout commissionnaire, dit le Code espagnol, aura droit d'exiger de son commettant une rétribution pécuniaire pour ses peines et soins dans l'accomplissement de la commission. A défaut de convention, elle sera réglée d'après l'usage de la place où la commission s'est accomplie (3). »

Cette rétribution, du reste, peut être stipulée sous toutes les modifications conditionnelles ou aléatoires dont les obligations contractuelles sont susceptibles (4).

Le salaire est dû, lors même que l'affaire n'a pas réussi au gré du commettant, s'il n'y a dol, ni faute, ni négligence à reprocher au commissionnaire (5) ; et lors même que le commettant révoque son mandat ou que le commissionnaire y renonce avec justes motifs, une indemnité, au moins, sera due pour les soins apportés à l'affaire, en outre des frais de ma-

(1) Delamarre et Lepoitvin, t. 1<sup>er</sup>, n. 104 ; Troplong, n. 229 ; Vincens, t. 2, p. 112.

(2) Cass., 18 mars 1818.

(3) Code espagnol, art. 137.

(4) Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 283.

(5) *Id.* n. 285.

gasinage et autres du même genre, s'il y a lieu (1), sans parler, bien entendu, du remboursement des avances, à quelque titre qu'elles aient été faites.

Celui dont l'affaire a été gérée à son insu par autrui, par celui qu'en droit on appelle communément *negotiorum gestor* ou gérant, n'est engagé que s'il approuve la gestion ou si l'utilité en est démontrée d'une manière évidente (2). Ce n'est donc que dans ces conditions qu'il peut réclamer un salaire ; mais dans de semblables circonstances, en matière commerciale, il n'existe aucune raison pour ne pas l'assimiler au mandataire ; le salaire lui est dû de plein droit (3).

**584.** Un usage aussi ancien que le contrat de commission a introduit une sorte de contrat qui s'y ajoute comme en formant une clause, et qu'on appelle convention de *ducroire*. En règle générale, le commissionnaire ne répond pas de la solvabilité de ses acheteurs ; par la convention de *ducroire*, il prend à sa charge, moyennant une somme déterminée, les risques d'insolvabilité, et s'oblige, dans tous les cas, à payer dans un délai déterminé à son commettant le prix de ses marchandises qu'il a vendues. La commission extraordinaire payée est une espèce de prime d'assurance.

Nous ne croyons pas toutefois, contrairement à l'opinion de MM. Delamarre et Lepoitvin (4), qu'on puisse assimiler cette convention d'une manière complète au contrat d'assurance ; le commettant, à la différence de l'assuré, n'est tenu à aucune justification ; à l'échéance convenue, il réclame directement du commissionnaire le prix de vente de ses marchandises, et celui-ci ne peut opposer aucune exception, et est tenu directement par le contrat de *ducroire*, convention *sui generis* dont la loi ne s'est jamais occupée.

MM. Delamarre et Lepoitvin citent une espèce ou l'insolvabilité du débiteur provenait d'une confiscation générale pro-

(1) Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 290.

(2) *Id.* t. 1<sup>er</sup>, n. 146.

(3) Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 288, et t. 6, n. 12. — *Contrá*, Massé, t. 6, p. 284.

(4) *Contr. de comm.*, t. 2, n. 302.

noncée contre lui ; le tribunal de Marseille décida avec raison que le commissionnaire n'en était pas moins tenu (1). Par la convention, ainsi que nous l'avons dit, le commissionnaire se constitue débiteur direct ; peu importe, par suite, quels sont les événements qui rendent l'acheteur insolvable ; et aucune distinction ne peut être faite entre les événements prévus ou imprévus, ordinaires ou insolites, imputables au débiteur ou provenant de force majeure.

**385.** La convention de *ducroire* ne peut se former que par la volonté expresse des contractants , mais, pas plus que le contrat de commission, et à la différence du contrat d'assurance, elle n'a besoin d'être rédigée par écrit. Il n'existe point, par suite, de formule sacramentelle, et le mot de *ducroire* peut être remplacé par tout autre exprimant l'idée que cette expression représente ; la convention peut même quelquefois se former tacitement et résulter du taux de la commission perçue par le commissionnaire ; dans l'usage, la commission de *ducroire* est le double de la commission simple : aussi est-elle appelée simplement quelquefois commission *double*, pour la distinguer de celle qui est perçue sans garantie (2).

**386.** Le *ducroire* n'a une signification qu'à l'expresse condition que les ventes effectuées par le commissionnaire sont à terme. Mais, la vente à terme une fois consommée et réglée, si l'acheteur demande à devancer le délai qui lui a été accordé en d'autres termes, à escompter la facture, le commissionnaire n'est plus tenu à rendre compte au commettant du produit de cette négociation nouvelle, quel qu'en soit le résultat pour lui et le bénéfice qu'il en retire ; il suffit, pour rendre ce bénéfice légitime, qu'il ait eu à sa charge, pendant un moment, le risque de l'insolvabilité du débiteur.

Si le commissionnaire escompte lui-même à son commettant, et du plein gré de celui-ci, le terme sous lequel il s'était obligé, cette opération nouvelle est entièrement distincte de celles qui l'ont précédée, et permet au commissionnaire de per-

(1) *Contr. de comm.*, t. 2, n. 304.

(2) Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 309.

cevoir le prix de l'escompte, indépendamment de sa commission et du ducroire (1).

Ces règles nous paraissent simples et équitables : elles doivent être entendues dans ce sens, qu'elles ne modifient en rien la qualité de commissionnaire et les conséquences qui en dérivent (2).

**387.** Le mandat « est ou spécial, et pour une affaire ou « certaines affaires seulement ; ou général et pour toutes les « affaires du mandant » (Cod. Nap., art. 1987).

« Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que « les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou d'hypothé- « quer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit « être exprès » (Cod. Nap., art. 1988).

« Le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui est « porté dans son mandat : le pouvoir de transiger ne ren- « ferme pas celui de compromettre » (Cod. Nap., art. 1989).

Le contrat de commission ne fournira jamais l'occasion d'appliquer toutes les règles écrites dans les trois articles du Cod. Nap. que nous venons de rapporter ; le mandat donné au commissionnaire ne peut être général : « le mandat de commission, disent MM. Delamarre et Lepoitvin, n'est jamais que spécial, soit pour une affaire déterminée, soit pour telles ou telles affaires individualisées. Il est donc toujours circonscrit et limité dans son objet (3). » D'un autre côté, le mandat sera, à quelques égards, plus étendu que ne le supposent les règles ordinaires du droit civil ; et il emportera de plein droit, presque toujours, le pouvoir d'agir comme propriétaire. Le cas n'est pas douteux, si le commissionnaire agit en son nom ; mais la règle ne change pas, même quand il agit au nom de son commettant : ainsi, la commission de vendre emporte le droit de toucher le prix, et en impose même le devoir ; nous verrons, sous l'art. 94, une application remarquable de ce principe ; la commission d'acheter emporte le droit de payer ; la

(1) V. Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 310 et s.

(2) Lyon, 29 déc. 1842 (S.V.43.2.423); Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 307; Troplong, n. 378.

(3) *Contr. de comm.*, t. 1<sup>er</sup>, n. 17 et 39, et t. 2, n. 87.

commission de recevoir une lettre de change non-seulement autorise, mais oblige le mandataire, en cas de non-paiement, à remplir toutes les formalités imposées au propriétaire pour la conservation de ses droits ; ces pouvoirs, toutefois, ne peuvent jamais s'étendre au delà des conséquences naturelles de l'affaire dont le commissionnaire était chargé ; s'il peut et doit recevoir le prix des denrées qu'il a mandat de vendre, il ne peut, sans un mandat exprès, par exemple, employer cet argent à l'achat d'autres denrées ; ce n'est plus là une conséquence de la première affaire, c'est une affaire nouvelle. Ce serait agir *au delà de ce qui est porté dans son mandat* (Cod. Nap., art. 1989) ; il ne serait plus que gérant, *negotiorum gestor* ; et ce sont les règles du quasi-contrat de gestion d'affaires qui deviendraient seules applicables.

**588.** « Les femmes et les mineurs émancipés peuvent être « choisis pour mandataires , mais le mandant n'a d'action contre le mandataire mineur que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs, et contre la femme mariée et qui a accepté le mandat sans l'autorisation de son mari « que d'après les règles établies au titre du *contrat de mariage et des droits respectifs des époux* » (Cod. Nap., art. 1990).

Les règles établies par le droit civil, relativement aux personnes qui peuvent être choisies pour mandataires, laissent une grande liberté au mandant ; et, quant aux tiers, peu importe la capacité du porteur de procuration, si elle a été donnée par une personne capable ; mais, si les tiers sont désintéressés, il n'en est pas de même du mandant : « l'exécution du mandat, disait Tarrible au Tribunat, sur l'art. 1990, Cod. Nap., entraîne à sa suite une obligation respective, dont la solidité est subordonnée à certaines conditions. Si le commettant a fixé son choix sur un mineur, sur une femme mariée, ou sur toute autre personne qui n'avait pas la libre faculté de s'engager, il n'aura de reproches à faire qu'à sa propre imprudence, et les obligations qui sont à la charge du mandataire demeureront soumises à la nullité ou à la restitution inseparable des engagements contractés par les personnes de cette classe. »

Ces règles sont applicables à la commission de la manière la

plus complète, si le commissionnaire fait connaître son commettant et agit au nom de celui-ci, conformément à l'art. 92 ; mais, si le commissionnaire agit en son nom, c'est sa capacité qui intéresse les tiers, qui n'ont que lui pour obligé, et non la capacité du commettant : il faut donc qu'il ait la capacité commerciale.

Le mineur et la femme mariée régulièrement autorisés à faire le commerce seraient assimilés au majeur, en vertu des règles générales applicables à cette matière.

Une société peut être commissionnaire aussi bien qu'un individu ; l'art. 91 le dit en termes exprès : *en son propre nom ou sous un nom social*, et il n'existe aucun motif pour ne pas assimiler une société anonyme à une société en nom collectif ; elles forment, l'une et l'autre, une personne civile également capable de contracter (1).

**CHAP. 2. Des obligations du mandataire (C. Nap., liv. 3, tit. 43, ch. 2).**

**589.** « Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant « qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts « qui pourraient résulter de son inexécution.

« Il est tenu de même d'achever la chose commencée au « décès du mandant, s'il y a péril en la demeure » (Cod. Nap., art. 1991).

Le Code espagnol a développé et complété, conformément à des usages qui doivent être considérés comme obligatoires en matière commerciale, le principe posé dans cet article du Cod. Nap. : « Le commissionnaire, dit la loi espagnole, est libre d'accepter ou de ne pas accepter le mandat du commettant, mais s'il refuse, il doit lui en donner avis courrier par courrier : en cas de négligence, il est tenu à des dommages-intérêts. »

« Le commissionnaire qui refuse de se charger du mandat est tenu de faire toutes les diligences nécessaires pour la conservation de la chose, jusqu'à la nomination d'un nouveau mandataire (2). »

L'acceptation du mandat est donc et ne peut être que facul-

(1) Persil et Croissant, p. 5, n. 5.

(2) Code espagnol, art. 120 à 122.

tative, mais le seul fait d'en avoir reçu l'offre impose au commissaire l'obligation de veiller aux intérêts du commettant dans une certaine mesure ; de faire au moins ce qui est strictement nécessaire pour préserver de tout dommage actuel les objets consignés (1), et d'accomplir toutes les formalités urgentes, telles qu'un protêt, par exemple. Il ne peut être tenu, toutefois, à faire des avances, à moins qu'elles ne soient très-modiques ; et, si le commettant, après un délai suffisant, ne prend pas les dispositions nécessaires, le commissaire a le droit de s'adresser à la justice, pour obtenir d'être entièrement déchargé d'une consignation qu'il refuse d'accepter : tous les auteurs sont d'accord sur ce point.

**590.** A plus forte raison, l'art. 1991, Cod. Nap., serait strictement appliqué et comme loi écrite et comme imposant, en équité, une obligation bien plus étroite et plus évidente encore, si le mandat avait été accepté : le commissaire répondrait alors de la manière la plus étendue du dommage résultant du défaut d'exécution.

Nous parlerons tout à l'heure de la responsabilité résultant de la faute commise dans l'exécution.

Le mandat, toutefois, peut n'avoir été accepté que conditionnellement, et le commettant, ne pas remplir les obligations auxquelles il s'est soumis ; ces circonstances seraient de nature à faire décharger le commissaire de la responsabilité plus étroite qui résulte de l'acceptation du mandat.

En premier lieu, le commettant doit fournir les fonds nécessaires à l'accomplissement du mandat : « Dans les commissions dont l'accomplissement exige une provision, dit le Code espagnol, le commissaire n'est pas tenu de l'exécuter, lors même qu'il l'aurait acceptée, à moins que le commettant ne lui ait donné une somme suffisante ; il pourra même la suspendre, lorsqu'il aura employé les fonds qu'il aura reçus (2). »

Cette règle serait modifiée, si le commissaire s'était engagé à avancer les fonds nécessaires ; pour l'autoriser à rompre cet engagement, il faudrait que des faits nouveaux et

---

(1) Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 27.

(2) Code espagnol, art. 124.

positifs fussent survenus, qui eussent changé la position du commettant; des soupçons, des conjectures, ne suffiraient pas; et, si c'est aller trop loin que d'exiger une suspension effective de paiements, il faudrait au moins que le commissionnaire pût alléguer le non-paiement de dettes non commerciales; une séparation de biens demandée ou prononcée, ou tout autre fait concluant et significatif dont les tribunaux, en cas de contestation, apprécieraient la gravité.

Ce n'est donc pas assez de dire, en droit rigoureux, que le commissionnaire ne pourrait se dégager, s'il connaissait la position critique du mandant, quand il a promis d'avancer les fonds (1); il ne le peut qu'autant que cette position critique résulte de faits postérieurs à l'engagement qu'il avait pris: toutefois, les tribunaux hésiteraient, sans doute, à contraindre le commissionnaire à tenir un engagement imprudent, pris envers un commettant notoirement insolvable, quand ce fait n'avait pas été connu de lui; mais des difficultés sont à craindre.

**591.** A moins d'excuses légitimes, dont les tribunaux seraient juges, le commissionnaire doit exécuter strictement le mandat et se conformer aux instructions qu'il a reçues pour se mettre à l'abri de toute responsabilité.

« Le commissionnaire, dit le Code espagnol, devra consulter son commettant, si la nature et l'état de l'affaire le comportent, pour tout ce qui n'a été ni prévu, ni prescrit. S'il ne peut le consulter, ou s'il a la faculté d'agir d'après son propre arbitre, il devra faire ce qu'il aurait fait pour ses propres affaires. »

« Dans aucun cas, le commissionnaire ne pourra agir contre les instructions expresses du commettant. Cependant, si, par suite d'un événement imprévu, il a cru utile de s'écartez de ses ordres, il devra l'en instruire par le plus prochain courrier.

« Le commissionnaire qui, sans autorisation, a fait une négociation à des conditions et à des prix plus onéreux que ceux de la place, sera responsable de tout le préjudice éprouvé, sans pouvoir offrir pour excuse qu'il a agi de même pour son propre compte.

(1) Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 47.

« Toute contravention aux lois et règlements dans l'exécution du mandat sera supportée par le commissionnaire, à moins d'un ordre exprès du commettant.

« Le commissionnaire doit donner au mandant tous les renseignements relatifs à la négociation dont il s'est chargé, de manière à ce que celui-ci puisse au besoin modifier ses ordres. Il est tenu aussi de l'instruire, sans délai, de la conclusion de l'affaire ; s'il manquait d'exactitude, il répondra du préjudice que ce retard aura occasionné (1). »

Si les marchandises lui arrivent détériorées ou dans un état différent de celui qui a été annoncé, il doit le faire immédiatement constater et en donner avis au propriétaire.

Il doit agir de même, si l'altération est survenue sans sa faute, depuis que les marchandises lui sont parvenues (2).

**592.** La commission peut être impérative ou facultative, soit d'une manière générale, soit sur certains points déterminés, ou sur un seul, le temps de l'exécution, par exemple ; dans le premier cas, le commissionnaire doit l'exécuter telle qu'elle est donnée ; dans le second, les circonstances doivent tracer la marche à suivre, en obligeant toutefois le commissionnaire, en toutes circonstances, à se conformer aux usages et à agir au mieux des intérêts du commettant (3).

La force majeure serait, dans tous les cas, une cause légitime d'excuse, si la commission n'avait pas été remplie.

Si l'empêchement n'est que temporaire, le commissionnaire, après avoir donné avis au commettant de l'obstacle qu'il rencontre, profiterait du premier moment favorable pour se conformer à l'ordre qu'il a reçu.

Si l'affaire ne peut être ajournée, l'empêchement temporaire équivaut à un empêchement absolu.

Le commissionnaire ne peut, sans engager sa responsabilité, même en présence d'un empêchement absolu qu'il rencontre, modifier un mandat impératif ou changer le mode d'exécution qui lui a été prescrit. Nous croyons avec M. Trop-

(1) Code espagnol, art. 128 à 134.

(2) Code espagnol, art. 146 à 149.

(3) Delamarre et Lepoitvin, n. 206 et 214.

long que l'on ne saurait admettre la doctrine de MM. Delamarre et Lepoitvin, qui enseignent sans distinction que dans le contrat de commission le mandataire doit substituer une chose à une autre dans les cas imprévus qui rendent l'exécution conforme onéreuse pour le commettant (1). Il ne peut mettre son appréciation à la place de celle de son commettant, dont, en outre, il ne connaît pas les affaires.

Quelquefois, cependant, le commissionnaire fera bien sans doute d'agir au mieux des intérêts du commettant ; et non-seulement il pourra, mais il devra être approuvé, s'il a agi en bon négociant ; mais c'est une appréciation à faire ; ce n'est plus l'exécution d'un mandat, c'est l'acte officieux d'un tiers agissant pour vous, sans y être autorisé.

**595.** Les règles générales qui peuvent modifier les obligations conventionnelles et les soumettre à diverses conditions seraient applicables de plein droit au contrat de commission ; ces prescriptions accessoires seraient obligatoires ; s'en écarter, ce serait *faire au delà de ce qui est porté dans le mandat* ou autrement, et l'un n'est pas plus permis que l'autre au mandataire. Toutefois, on peut distinguer les prescriptions qui se rapportent à l'objet même de la commission et celles qui ne s'appliquent qu'au mode d'exécution ; si toutes sont également obligatoires, l'infraction n'entraînera pas toujours une égale responsabilité ; les moyens d'exécution peuvent quelquefois être remplacés par des équivalents, s'il n'en résulte aucun dommage pour le commettant : le juge appréciera dans ces limites (2).

Ainsi dans une espèce, le commissionnaire, agissant au mieux des intérêts du commettant, lui avait expédié des frotments après l'époque expressément déterminée par le mandat ; la prétention du commettant de se considérer comme dégagé envers le commissionnaire fut déclarée mal fondée (3).

Au contraire, si, chargé d'acheter pour mon compte des blés

(1) Troplong, *Mandat*, n. 363 et s. — *Contrâ*, Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 70.

(2) Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 90 et 106.

(3) Cass., 25 juin 1834 (S.V.34.1.808).

en Russie, vous m'expédiez des cuirs ou des fourrures, parce que vous pensez qu'elles donneront un meilleur résultat, je ne puis être tenu d'approuver une semblable négociation : la différence ne porte plus ni sur le temps ni sur le mode d'exécution, mais sur l'objet même de la commission, et vous agissez pour moi sans mandat et comme gérant ou *negotiorum gestor*.

**594.** « Le mandataire répond non-seulement du dol, mais « encore des fautes qu'il commet dans sa gestion ; néanmoins « la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins ri- « goureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à ce- « lui qui reçoit un salaire » (Cod. Nap., 1992).

La responsabilité encourue par le commissionnaire en faute doit être rigoureusement appliquée, soit parce que le mandat qu'il remplit est salarié, soit parce que le marchand est supposé donner aux affaires d'intérêt un soin plus diligent que l'homme privé. Nous ne pensons pas cependant qu'il doive répondre de tout manquement, quelque excusable qu'il soit, et puisse être tenu même de ce qu'on appelle en droit *la faute très-légère*. Si le commissionnaire a agi comme un bon négociant, on ne peut lui reprocher de n'avoir pas été au delà et le rendre responsable de ce qu'il n'a pas fait ce qu'un très-habile commerçant seul aurait pu faire (1).

Des cas fortuits ou des événements de force majeure peuvent, dans tous les cas, être invoqués pour excuse, s'ils ne proviennent pas eux-mêmes d'un fait imputable au commissionnaire, ou s'ils n'ont été précédés d'une faute ; et c'est au commissionnaire à prouver non-seulement le cas fortuit, mais l'absence de toute faute imputable de sa part (2).

**595.** Le commissionnaire est tenu d'apporter à la garde des marchandises qui lui sont confiées les plus grands soins, et il répond de la perte survenue par sa négligence ; s'il allègue la force majeure, dans ce cas encore il doit la prouver ; il doit établir, par exemple, que l'incendie, que le vol, sont indépendants de sa vigilance : ainsi, dans une espèce, il a été

(1) Troplong, *Mandat*, n. 392. — Contrá, Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 220.

(2) Troplong, *Mandat*, n. 372, et *Vente*, n. 402; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 75.

déclaré responsable parce que des montres volées dans son magasin n'étaient pas renfermées dans une armoire fermant à clef ; et, dans une autre circonstance, parce que le vol avait pu être effectué sans effraction ni violence (1).

**396.** Si le commissionnaire a entre les mains des espèces appartenant à son commettant, il en répond dans tous les cas ; il est constitué, par ce fait, débiteur direct de la somme qu'elles représentent (2). Un vol ou toute autre force majeure ne peut donc pas le dégager, à moins de convention contraire expresse ou de circonstances tout exceptionnelles. C'est l'application d'un principe de droit incontesté. Le commissionnaire n'est pas dépositaire pur et simple des espèces, comme il le serait de marchandises qui lui auraient été confiées et qui représenteraient des objets certains et déterminés : c'est un dépôt irrégulier qui l'a rendu propriétaire des sommes qui lui ont été remises, sauf l'obligation de les rendre. Cette décision se justifie par l'impossibilité de distinguer des espèces monétaires les unes des autres.

Une décision contraire ne pourrait être prise que dans le cas où les espèces auraient été renfermées dans des sacs cachetés ou dans une caisse fermée, ou enfin lorsque, par suite de circonstances tout exceptionnelles, ainsi que nous le disions, ces espèces auraient pris la nature de corps certain (3). C'est une hypothèse qui rarement peut se réaliser dans la pratique commerciale, mais les juges auraient le droit d'apprécier toutefois, s'il y avait lieu.

**397.** Si le commissionnaire achète à un prix plus élevé ou vend au-dessous de la limite qui lui a été fixée, il est tenu de la différence, et ne pourrait prétendre, par réciprocité, à s'approprier le gain qu'il aurait réalisé en vendant d'autres parties de marchandises au-dessus ou en achetant au-dessous des ordres qu'il avait reçus. Sous aucun prétexte une semblable manière d'agir ne serait autorisée : « C'est en vain, disait la Cour de Lyon, que l'on prétendrait qu'un usage aussi

(1) Cass., 26 frim. an 13 ; Aix, 28 fév. 1841.

(2) Troplong, n. 437.

(3) Troplong, n. 439 ; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 223.

coupable se serait introduit dans le commerce depuis plusieurs années (1) ; » cette règle ne recevrait exception que par le consentement formel des commettants (2). Le commettant ne peut refuser de ratifier l'opération, lorsque le commissionnaire prend à sa charge la différence (3).

Il en est de même et sous la même réserve, si le commissionnaire s'est écarté, sous d'autres rapports, des conditions prescrites par le commettant : ainsi, si, vendant à terme au lieu de vendre au comptant, il paie immédiatement sans augmentation de salaire, et garde à son compte la perte résultant du terme et les chances d'insolvabilité, le commettant ne peut éléver aucune réclamation.

S'il avait vendu à terme, contrairement à ses instructions, mais plus cher que le prix qui lui avait été fixé, il devrait laisser au commettant l'option. Si le commettant ne veut pas subir le terme et en courir les chances, nous pensons avec M. Pardessus qu'on ne pourrait refuser au commissionnaire, obligé dans ce cas au paiement comptant, de retenir l'excédant du prix (4).

Une responsabilité plus difficile à éviter pèse sur le commissionnaire, si les marchandises achetées ne sont pas de la qualité désignée par le commettant : celui-ci peut refuser de ratifier l'opération et de la prendre à son compte (5). Le fait même d'avoir reçu la marchandise sans protestation serait souvent insuffisant pour établir la preuve d'une ratification (6).

Si le commissionnaire chargé de plusieurs ordres dépasse sur un point le prix indiqué, tandis que sur l'autre il obtient des prix meilleurs, quoique, dans la rigueur des principes, le commettant dût profiter des bons marchés sans être tenu des différences à son préjudice, il semble équitable de ne point

(1) Lyon, 23 août 1831 (D.P.33.2.694); Troplong, n. 429; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 459.

(2) Rouen, 27 mars 1847 (S.V.48.2.485).

(3) Bruxelles, 20 juin 1819; Pardessus, n. 572.

(4) *Droit comm.*, n. 567.

(5) Bordeaux, 3 fruct. an 8.

(6) Troplong, *Mandat*, n. 400.

poser, dans ce cas, une règle absolue, et d'abandonner aux juges le soin d'apprecier si les circonstances ne peuvent autoriser à compenser la perte avec le bénéfice (1).

**598.** « Les commisionnaires, dit le Code espagnol, ne peuvent faire l'acquisition par eux-mêmes, ni par l'intermédiaire d'aucune autre personne, des objets dont la vente leur aura été confiée, à moins du consentement exprès du propriétaire. Ce consentement est encore indispensable pour autoriser le commissionnaire à acquérir ce qui lui a été demandé avec les objets qu'il a en sa possession, soit que les objets lui appartiennent ou qu'il les détienne pour le compte d'autrui. »

« Dans les cas prévus par les deux articles précédents, le commissionnaire ne pourra percevoir que la commission qui aura été réglée par convention spéciale, sinon elle sera réduite à la moitié de celle qui est due dans les cas ordinaires. » Des règles semblables sont posées par le Code portugais (2).

MM. Delamarre et Lepoitvin approuvent complètement les principes posés par ces deux lois, parce que le mandataire se doit tout entier aux intérêts du mandant.

Ces prescriptions légales sont sages sans doute ; le commissionnaire qui agirait en France contrairement aux règles qu'elles établissent s'exposerait à des soupçons qui ne pourraient l'atteindre, s'il avait eu soin de demander le consentement exprès de son commettant, et à une responsabilité, s'il n'avait pas accompli le mandat au mieux des intérêts du commettant. Mais, s'il a agi avec une entière bonne foi, nous ne pensons pas, en l'absence d'un texte obligatoire, qu'il puisse être déclaré en faute et que cette cumulation de deux mandats doive être condamnée d'une manière absolue (3).

MM. Delamarre et Lepoitvin ajoutent eux-mêmes, toutefois, à la prohibition qu'ils veulent établir : « Il est des exceptions rares, il est vrai, mais enfin il en est, comme, par exemple, lorsque le commettant, averti par le commissionnaire de cette

(1) Troplong, n. 403; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 146 et 147.

(2) Code espagnol, art. 161 à 163; Code portugais, art. 77 et 78.

(3) Bordeaux, 18 janv. 1848 (S.V.48.2.326); Pardessus, n. 578; Persil et Croissant, p. 39; Vincens, t. 2, p. 435 et 437.

incompatibilité accidentelle, n'en a pas moins accordé son consentement ; ou, s'il la connaissait, quand il a donné son mandat ; ou encore si l'urgence est telle qu'elle ne permette pas d'en avertir (1). »

**599.** L'accomplissement du mandat ne met pas fin encore aux obligations du commissionnaire.

Il doit instruire, sans délai, le mandant de la conclusion de l'affaire : « S'il manquait d'exactitude, dit le Code espagnol, il répondrait du préjudice que ce retard aurait causé (2). » En effet, le commettant, dans l'ignorance de ce qui a été fait, pourrait révoquer ou modifier ses ordres, et le commissionnaire resterait responsable, si la révocation arrivait avant que le commettant, par le retard du commissionnaire, n'ait reçu avis. Si, sans négligence, les lettres se croisent, le commissionnaire ne serait pas responsable.

Le commissionnaire est tenu, en second lieu, de lui rendre compte.

**400.** « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa « gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu « en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu « n'eût point été dû au mandant » (art. 1993).

L'art. 1993, Cod. Nap., rappelle une des conditions nécessaires du contrat de mandat, mais une convention expresse pourrait, toutefois, affranchir le mandataire de produire les pièces justificatives de son compte (3). Cette convention doit être expresse ; elle ne peut s'induire de cette seule circonstance que le mandataire aura reçu une décharge générale, si le mandant n'a pas été mis à même de vérifier les erreurs, omissions ou doubles emplois que le compte renfermerait (4), puisque les erreurs peuvent toujours être relevées.

MM. Delamarre et Lepoitvin paraissent enseigner exceptionnellement une doctrine contraire : « Quand donc, disent-ils,

(1) *Contr. de comm.*, t. 2, n. 109.

(2) Code espagnol, art. 134.

(3) Troplong, n. 415; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 461.

(4) Nancy, 25 avril 1844 (S.V.45,2.451).

au lieu d'un compte établi et signé des parties, il n'existe qu'une reconnaissance ou une quittance du solde, point de redressement possible ; hors le cas d'un dol prouvé, les parties sont réputées avoir transigé sur les erreurs, omissions, faux ou doubles emplois qu'elles ont pu commettre (1). » Cette doctrine ne nous semble pas pouvoir être admise.

Il a été jugé, en matière civile, que le mandant devait être considéré comme ayant reçu toute satisfaction, si le mandataire justifie par pièces l'emploi des sommes touchées par lui, et sans qu'il soit tenu d'en fournir un compte plus régulier (2) ; en matière commerciale, l'obligation où est le commissionnaire de tenir des livres réguliers doit lui rendre toujours facile la production d'un compte détaillé.

Le principe posé par l'art. 1993, Cod. Nap., obligerait le mandataire à tenir compte même des gains illicites qu'il aurait faits à l'insu du mandant (3) ; il doit compte au mandant de tout ce qu'il a reçu, de tous les profits prévus ou non prévus, et ne peut, sous aucun prétexte, retirer, au delà de son salaire, aucun avantage direct ou indirect (*suprà*, n° 397).

**401.** « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué « dans la gestion : 1<sup>o</sup> quand il n'a pas reçu le pouvoir de se « substituer quelqu'un ; 2<sup>o</sup> quand ce pouvoir lui a été conféré « sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait « choix était notoirement incapable ou insolvable. Dans tous « les cas, le mandant peut agir directement contre la personne « que le mandataire s'est substituée » (Cod. Nap., art. 1994).

En règle générale, le commissionnaire doit exécuter par lui-même le mandat dont il est chargé : ce n'est donc que par exception qu'il peut déléguer ses pouvoirs à un tiers.

Même dans les affaires civiles, la responsabilité du mandataire salarié serait appréciée avec plus de rigueur, et les juges exigeraient que le substitué fût notoirement capable et solvable. Cette règle est vraie, à plus forte raison, dans le commerce, où la commission est salariée et où les affaires sont

(1) *Contr. de comm.*, t. 2, n. 474.

(2) Cass., 14 janv. 1843 (S.V.43.1.443).

(3) Troplong, n. 420 ; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 459.

traitées avec toute la diligence que donne la recherche du gain (1). Mais, sous cette réserve, la différence capitale entre les deux espèces posées par l'art. 1994, Cod. Nap., n'en existe pas moins : non autorisé, le commissionnaire répond, dans tous les cas, de toutes les suites de la gestion qu'il a déléguée ; autorisé, il ne répond, au contraire, que d'avoir fait un bon choix.

**402.** La substitution peut avoir été autorisée, soit parce que le mandat est purement facultatif, soit pour le cas seulement où le commissionnaire se trouverait dans l'impossibilité de le remplir : la substitution, le cas échéant, serait un devoir évidemment pour le commissionnaire (2).

Cette éventualité peut n'avoir pas été prévue, et le commissionnaire se trouver empêché, par force majeure, d'exécuter le mandat qu'il a accepté. S'il n'est pas possible de recourir, en temps opportun, au commettant, et même quand il y a urgence, MM. Delamarre et Lepoitvin croient que, suivant les règles du droit civil, le mandataire non autorisé à se substituer quelqu'un « doit abandonner l'affaire au point où elle se trouve, et ne plus s'en occuper, ni de près, ni de loin, » afin de mettre sa responsabilité complètement à l'abri ; mais ils pensent qu'il en est autrement en droit commercial, et que c'est un devoir pour le commissionnaire, si l'affaire est urgente, de charger un tiers de l'accomplir à sa place (3).

Cette règle devrait être suivie ; et M. Troplong l'a mise hors de toute controverse, en prouvant qu'elle existerait même en droit civil, et qu'aucune contrariété n'existe sur ce point entre les deux législations (4).

Le commissionnaire encourrait donc une responsabilité, en cas d'urgence et de force majeure, si, faute de choisir un substitué, il compromettait les intérêts du mandataire. Si le choix a porté sur un homme notoirement solvable, intelligent

(1) Troplong, n. 455 ; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 62.

(2) Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 51.

(3) *Contr. de comm.*, t. 2, n. 56 et 57.

(4) *Mandat*, n. 466 s., 472 et s.

et honnête, il n'en répond pas plus que s'il avait été formellement autorisé à se substituer quelqu'un.

Dans tous les cas où il y a eu substitution non autorisée, si l'affaire a été bien faite, et telle que le commissionnaire était obligé de la faire lui-même, le commettant ne peut prétendre qu'il a le droit de refuser son approbation (1).

**403.** « Quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre « eux qu'autant qu'elle est exprimée » (Cod. Nap., art. 1995).

MM. Delamarre et Lepoitvin enseignent que cet article est complètement inapplicable en matière commerciale (2); nous professons une opinion contraire; mais la question a besoin d'être traitée à un point de vue plus général que celui qui est fourni par l'art. 1995, Cod. Nap.; nous nous occuperons de la solidarité en matière commerciale en parlant de l'art. 1202, Cod. Nap. (V. *infra*, sous l'art. 109), et nos conclusions seront applicables à l'un comme à l'autre article, car la question est la même.

**404.** « Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a « employées à son usage, à dater de cet emploi, et de celles « dont il est reliquataire, à compter du jour qu'il est mis en « demeure » (Cod. Nap., art. 1996).

En matière commerciale, la mise en demeure nécessaire pour faire courir les intérêts résulterait de la correspondance; un acte extrajudiciaire ne serait pas nécessaire (3).

Les intérêts dus par le mandataire commerçant devraient être fixés à six pour cent, si le mandat a le caractère commercial, sans tenir compte de la qualité du mandant (4).

**405.** « Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle « il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de « ses pouvoirs n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a « été fait au delà, s'il ne s'y est personnellement soumis » (Cod. Nap., art. 1997).

(1) Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 54.

(2) *Contr. de comm.*, t. 2, n. 253.

(3) Cass., 15 mars 1821; Troplong, n. 509; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 464.

(4) Cass., 7 mai 1845 (S.V.45.1.644).

Cet article doit être entendu sous les réserves posées dans l'art. 91, quand le mandataire agit en qualité de commissionnaire et en son nom; il est applicable, de plein droit, en matière commerciale, si le commissionnaire, ainsi que le prévoit l'art. 92, agit au nom du commettant.

*CHAP. 3. Des obligations du mandant (C. Nap., liv. 3, tit. 13, ch. 3).*

**406.** « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au delà qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement » (Cod. Nap., art. 1998).

Cet article n'est qu'une application nouvelle des principes posés par l'art. 1989 ci-dessus et sur lesquels nous n'avons pas à revenir.

La ratification a un effet rétroactif : quand elle est intervenue, il faut décider comme si le mandat avait eu, dès l'origine, l'étendue que lui a donnée, après coup, la ratification : ainsi, l'intérêt des avances faites par le commissionnaire lui serait dû, conformément à l'art. 2001, Cod. Nap., non du jour seulement de la ratification, mais du jour où elles ont été faites (1).

**407.** « Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat et lui payer ses salaires, lorsqu'il en a été promis. « S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursement et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances, sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres » (Cod. Nap., art. 1999).

Le commissionnaire pour acheter, qui, à raison de la commission dont il a été chargé, a fait des avances, ne doit pas être présumé avoir voulu suivre la foi du commettant : il peut donc retenir les objets qu'il a achetés pour le compte du mandant, jusqu'à ce qu'il soit couvert des sommes dont l'art. 1999 lui assure le remboursement (2).

(1) Troplong, n. 618.

(2) Troplong, n. 699 et s.; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 385 et s.

**408.** Ce droit de rétention est le même sur les marchandises qui ont été envoyées au commissionnaire, et la règle qui ne lui permet de les vendre qu'aux prix et aux conditions fixées par son commettant recevrait même exception dans le cas où, ayant fait des avances, il n'en obtient pas le remboursement à l'époque expressément fixée.

Les sieurs Piel et Goest, commissionnaires à Paris, avaient reçu des sieurs Lequil et Eck, d'Aix-la-Chapelle, des marchandises avec ordre de les vendre à un prix déterminé ; ils avaient accepté en même temps des traites tirées sur eux par leurs commettants. A l'échéance des effets, les marchandises n'ayant pu encore être réalisées, les tireurs déclarèrent ne pouvoir cependant faire les fonds, et Piel et Goest furent forcés d'acquitter, de leurs propres deniers, les acceptations qu'ils avaient consenties. Ils demandèrent, en conséquence, et obtinrent du tribunal de commerce, après avoir régulièrement justifié de leur créance contre Lequil et Eck, l'autorisation de réaliser immédiatement les marchandises entre leurs mains, au cours de la place, par l'entremise d'un courtier commis. La vente eut lieu, et le tribunal déclara que Lequil et Eck étaient mal fondés à se plaindre : « Attendu, dit le jugement, que la vente dont il s'agit a été faite régulièrement, en vertu d'autorisation et de jugement du tribunal ; que les demandeurs ont eu connaissance de ladite vente ; qu'ils pouvaient, s'ils avaient envie de se libérer, faire des remises pour empêcher que ladite vente n'eût lieu ; » et sur l'appel, la Cour a confirmé par les mêmes motifs (1). Mais le commissionnaire ne pourrait, en aucun cas, s'approprier les marchandises ou en disposer sans remplir ces formalités ; il doit toujours s'adresser à la justice (Cod. Nap., art. 2078).

Nous parlerons plus tard du privilége que l'art. 93 accorde au commissionnaire et qu'il peut faire valoir même contre les tiers (*infra*, n. 418 et s.) ; nous ne nous occupons ici que des rapports entre le mandant et le mandataire.

**409.** Avant même l'échéance des avances faites par le

(1) Paris, 13 mars 1815. — *Sic*, Colmar, 29 nov. 1816.

commissionnaire, si les marchandises étaient de nature à se détériorer, exposé à voir ainsi son gage s'évanouir, pourrait-il, après avoir prévenu son commettant, demander l'autorisation de les vendre au cours de la place ?

Si la dépréciation provient d'un cas fortuit qui n'a pu être prévu, nous croyons que le tribunal devrait accorder l'autorisation demandée; mais, si cette détérioration provient du vice propre de la chose, de même que si les cours ont considérablement baissé, le commissionnaire qui a fait les avances subit les conséquences d'un état de choses volontairement accepté par lui, et il ne peut obtenir que la convention intervenue soit modifiée.

Dans aucun cas, il ne serait possible d'assimiler à des avances son droit de commission et les frais résultant de la réception et de l'emmagasinage des marchandises; il n'a jamais pu être entendu entre les parties, ni résulter de la convention intervenue entre elles, que le commettant enverrait des marchandises au commissionnaire pour payer les frais que cet envoi même devait entraîner.

**410.** Le commissionnaire s'adresse au tribunal de son domicile pour être autorisé à vendre les marchandises dont il est détenteur dans les cas qui viennent d'être expliqués. Il n'en faut pas conclure que le commettant, qui a chargé un commissionnaire de faire un achat pour son compte, puisse, si la commission a été mal remplie, demander au tribunal de sa propre résidence l'autorisation de vendre ces marchandises, afin d'exiger ensuite du commissionnaire la différence entre le produit de la vente et la somme dépensée pour exécuter sa commission. Dans une espèce où le commettant était Anglais et le commissionnaire négociant à Bordeaux, la Cour de cassation a dit : « Attendu qu'il a été reconnu, en point de fait, que la commission avait été donnée et réalisée à Bordeaux; qu'il en résulte que le fond du droit dérivant de ce mandat devait être jugé d'après les lois françaises, suivant la maxime : *locus regit actum*; qu'en supposant que la constatation des marchandises pût être faite régulièrement, suivant les usages admis en Angleterre, l'action à diriger contre les commissionnaires résidant en France, pour réclamer une indemnité,

devait être subordonnée aux lois françaises ; rejette (1). » C'est aux juges du lieu où la commission a été donnée et devait être exécutée à apprécier comment elle a été remplie, sauf le droit non contesté du commettant de refuser de prendre livraison, lorsque ses instructions n'ont pas été suivies.

**411.** « Le mandant doit aussi indemniser le mandataire « des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, « sans imprudence qui lui soit imputable » (Cod. Nap., art. 2000). La loi ne distingue pas si le mandat a été la cause directe ou l'occasion seulement du préjudice éprouvé, ni si le mandat était gratuit ou salarié.

« L'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû « par le mandant, à dater du jour des avances constatées » (Cod. Nap., art. 2001).

« Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue « solidairement envers lui de tous les effets du mandat » (Cod. Nap., art. 2002).

*CHAP. 4. Des différentes manières dont le mandat finit* (Cod. Nap., liv. 3, tit. 13, ch. 4).

**412.** « Le mandat finit par la révocation du mandataire, « par la renonciation de celui-ci au mandat, par la mort naturelle ou civile, l'interdiction ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire » (Cod. Nap., art. 2003). Il est superflu d'ajouter qu'en matière commerciale la faillite est assimilée à la déconfiture.

Le mandant peut toujours révoquer le mandat qu'il a donné; dans ce contrat, la volonté d'une seule partie suffit pour disoudre une convention, qui n'avait pu se former que par le concours de deux volontés; mais il faut distinguer toutefois si la révocation intervient avant aucun acte d'exécution ou lorsque déjà le mandat a été exécuté en partie : dans le premier cas, le contrat est comme non avenu; dans le second, les obligations du mandant et du mandataire, pour tout ce qui a été fait et dans cette limite, restent telles que nous les avons fait connaître; le mandat n'est révoqué que pour l'avenir.

(1) Cass., 29 janv. 1822.

Le sieur Dujardin avait chargé le sieur Durand, commissionnaire, d'expédier, à la destination qu'il lui indiquait, des mœurs dont il était dépositaire ; le lendemain, celui-ci reçoit une nouvelle lettre qui révoque cet ordre. Néanmoins, comme il avait déjà affrété un navire pour ce transport, il crut pouvoir effectuer le chargement et l'expédition à la destination qui lui avait d'abord été prescrite. De là contestation. « Attendu, en droit, a dit la Cour de cassation, que le mandant peut révoquer le mandat quand bon lui semble, sauf au mandataire le droit de se faire indemniser de ce qu'il a dépensé à la suite du mandat, avant d'en connaître la révocation ; et attendu qu'il a été reconnu, en fait, que lorsque le mandataire a connu la révocation du mandat qui l'avait chargé de faire parvenir les marchandises au Havre, il avait bien affrété un navire, mais qu'il n'avait ni expédié, ni même embarqué lesdites marchandises ; que dans ces circonstances, si le même mandataire était en droit de se faire rembourser ce qu'il avait dépensé pour l'affrètement du navire, il ne pouvait aucunement consommer l'exécution du mandat, au mépris des nouveaux ordres du mandant (1). »

Le mandat donné à une société ne passe pas au liquidateur nommé après la dissolution ; il a été jugé avec raison qu'il ne pouvait se prévaloir de la confiance donnée à la société dissoute, sans avoir reçu un mandat exprès (2) ; mais il n'en est pas moins tenu de pourvoir à ce que les circonstances exigent pour sauvegarder les intérêts qui avaient été confiés à la société qu'il représente (Cod. Nap., art. 2010).

Le mandat devrait également prendre fin par la dissolution de la société qui l'a donné ; toutefois, si le mandat était de vendre ou d'exécuter toute autre commission tendant à la liquidation, il semble naturel que le liquidateur continue au commissionnaire la confiance qu'avait eue en lui la société dissoute.

**415.** « Le mandant peut révoquer sa procuration quand « bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire

(1) Cass., 24 déc. 1817.

(2) Cass., 14 vend. an 7; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 448.

« à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, « soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée au brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute » (Cod. Nap., art. 2004).

« La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire » (Cod. Nap., art. 2005).

Les tiers qui contractent avec le mandataire dans l'ignorance de la révocation du mandat obligent le commettant ; mais la loi ne doit pas être entendue dans ce sens qu'une notification soit nécessaire pour faire présumer que les tiers sont instruits de la révocation ; la loi n'a rien dit à cet égard, c'est un fait à apprécier ; et, de quelque manière que les tiers aient eu connaissance de la révocation, l'art. 2005 n'est plus applicable. Il va de soi que, si le commettant avait pris soin de les instruire directement par une notification, aucune autre preuve ne serait exigée.

**414.** « La constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation du premier, à compter du jour où elle a été notifiée à ce dernier » (Cod. Nap., art. 2006).

La révocation du mandataire peut être expresse ou tacite ; l'art. 2006 donne un exemple d'une révocation de cette dernière espèce, mais il faut que le nouveau mandat soit donné pour la *même* affaire et non pas seulement pour une affaire analogue, dont l'exécution serait parfaitement compatible avec l'exécution du premier mandat. S'il n'y a pas incompatibilité absolue, c'est une appréciation à faire.

**415.** « Le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation. Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable » (Cod. Nap., art. 2007).

Le contrat peut être rompu par la seule volonté du mandataire comme du mandant, mais, en acceptant, il a contracté

des obligations qu'il ne peut répudier pour le passé comme il répudie les obligations à venir que lui imposerait sa qualité de mandataire. Nous avons vu que le seul fait d'avoir été désigné lui imposait le devoir de veiller dans une certaine mesure aux intérêts du mandant (*suprà*, n° 589); cette obligation sera bien plus étendue, lorsqu'il renonce après avoir accepté, jusqu'au moment où sa renonciation a été connue du mandant et que celui-ci a pu prendre les mesures nécessaires pour pourvoir à ses intérêts.

C'est par suite de ces principes que le mandataire ne peut renoncer, sans craindre aucune responsabilité, que si la renonciation est faite en temps opportun, ou si elle a une juste cause. Elle est faite en temps opportun, si le commettant peut, sans préjudice pour lui, terminer lui-même l'affaire, ou en charger un autre mandataire; elle a une juste cause, quand le commettant ne remplit pas lui-même ses obligations envers le mandataire (1).

L'obligation qu'a contractée le commissionnaire en acceptant n'est donc qu'une obligation imparfaite à quelques égards, puisqu'il peut s'en décharger en prévenant le mandant en temps utile et de manière à lui éviter tout préjudice.

**416.** L'art. 2007 fait en outre une réserve en faveur du mandataire, s'il doit éprouver lui-même un préjudice considérable de la continuation du mandat. Les principes consacrés par cette disposition ne peuvent être appliqués que d'une manière très-restreinte au commissionnaire: ainsi MM. Delamarre et Lepoitvin enseignent que ni l'ininitié, ni le préjudice considérable qu'éprouverait le mandataire, ne pourraient légitimer une renonciation intempestive à la commission acceptée: « Supposez-moi maintenant, disent-ils, consignataire d'un navire et chargé par vous d'en former l'équipage et la cargaison, de l'expédier, de faire les avances, etc.: à qui paraîtra-t-il juste que je puisse laisser là le navire et son armement, pour aller au loin soigner mes propres affaires, sans égard à ma promesse et à l'immense préjudice que cet abandon vous cause? »

---

(1) Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 439.

Vous apprenez que Pierre, votre débiteur verreux, a des marchandises pareilles aux miennes, et, craignant de n'être pas payé, si la vente est contrariée par une concurrence, vous renoncez à mon mandat, afin de ne pas éprouver, dites-vous, un préjudice considérable. Entre temps, Pierre écoule ses indigos, les miens s'avilissent, et vous évitez la perte pour me la faire subir. Cela n'est pas loyal, cela n'est pas juste. Le bon ordre et l'intérêt du commerce ne permettent pas de cesser brusquement ainsi des opérations commencées avec la confidence des secrets dont l'abus n'est que trop facile (1). »

Ces observations nous semblent pleines de force ; du moment qu'un négociant est établi commissionnaire, il y a présomption légale, acceptée par lui et sur laquelle tout le monde a dû compter, que son avantage principal, auquel tout devait céder, était de faire son état ; il est investi d'une espèce de caractère public, et ne peut pas plus se dispenser d'exécuter la commission, quand elle est acceptée, que ne pourrait le faire un agent de change. Ce n'est pas un accident dans sa vie d'être mandataire : il l'est par profession, et si une fois, par hasard, son intérêt en souffre, il est évident qu'il en profite trop souvent pour n'être pas traité avec plus de rigueur que le mandataire qu'a eu principalement en vue le Code Napoléon. Toutefois, nous dirons avec M. Troplong que ce serait aller trop loin que de décider d'une manière absolue que les affaires commerciales échappent complètement à l'autorité de l'art. 2007 (2).

**417.** « Si le mandataire ignore la mort du mandant, ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il fait dans cette ignorance est valide » (Cod. Nap., art. 2008).

« Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi » (Cod. Nap., art. 2009), ou, en d'autres termes, qui n'ont eu eux-mêmes aucune connaissance de la cause qui avait fait cesser le mandat.

Dans tous les cas le commissionnaire, quand il connaît le décès du mandataire, doit pourvoir, en attendant, à ce que les circon-

(1) *Contr. de comm.*, t. 2, n. 46.

(2) Troplong, n. 806; Vincens, t. 2, p. 129, ch. 8, n. 1.

stances exigent dans l'intérêt de ses représentants ou des ayants cause ; c'est une gestion d'affaires forcée : le mandataire « est tenu, dit l'art. 1991, d'achever la chose commencée au décès du mandat, s'il y a péril en la demeure. » Les obligations du mandataire passent même dans une certaine mesure à ses héritiers. « En cas de mort du mandataire, dit le Code Napoléon, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci » (Cod. Nap., 2010).

### ARTICLE 93.

Tout commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises à lui expédiées d'une autre place, pour être vendues pour le compte d'un commettant, a privilége pour le remboursement de ses avances, intérêts et frais, sur la valeur des marchandises, si elles sont à sa disposition, dans ses magasins, ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il peut constater, par un connaissance ou par une lettre de voiture, l'expédition qui lui en a été faite.

Avance renouvelée, 434.	Dessaisissement partiel, 423.	Place différente, 447.
Bailleur de fonds, 425.	Endossement, 439 et s.	Privilége, 448, 425, 429, 434.
Connaissance, 439 et s.	Equivalents, 446.	Substitution du gage, 422.
Consignation promise, 424.	Faillite, 432 et s.	Tiers subrogé, 428.
Consignat. réalisée, 449 et s.	Lettre de voiture, 439 ets.	Transfert en douane, 451.
Consignat. simultanée, 424.	Mandat de vendre, 448.	Vente simulée, 435.

**418.** Les avances faites par le commissionnaire peuvent être de deux sortes : ainsi le Code Napoléon, en parlant des obligations qui pèsent sur le mandant, dit qu'il doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat et lui payer ses salaires, lorsqu'il en a été promis. S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser d'accomplir ces obligations imposées par la loi, lors même que l'affaire n'aurait

pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances, sous le prétexte qu'ils pourraient être moindres (Cod. Nap., art. 1999). Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable (Cod. Nap., art. 2000).

Le Code de commerce ne modifie en rien ces règles, qui doivent être étendues au commissionnaire. Nous en avons déjà parlé (*suprà*, nos 406 et s.).

Le Code de commerce prévoit, en outre, le cas où le commissionnaire a avancé des sommes sur le prix à provenir des marchandises qui lui ont été consignées; le remboursement en est garanti par un privilége.

Le droit consacré par l'art. 93 était accordé par la jurisprudence, au moins sous l'ordonnance de 1673, mais l'absence d'un texte précis faisait naître beaucoup d'indécision dans l'application de ce principe, sans donner, en aucun cas, ouverture à cassation (1). Le Code de commerce a donc inauguré une ère nouvelle, mais n'a pas réalisé complètement toutefois la pensée de ses auteurs, s'ils ont voulu mettre un terme aux discussions de la doctrine et aux hésitations de la jurisprudence.

**419.** La controverse la plus vive existe, en effet, pour savoir si les conditions fixées par l'art. 93 doivent, pour fonder le privilége, avoir été accomplies antérieurement au jour où les avances ont été faites, ou s'il suffit qu'elles aient été remplies au moment où le bénéfice de l'art. 93 est réclamé; si l'article doit être pris dans le sens qui résulte de ses termes exprès, rigoureusement entendus, ou s'il doit être interprété, ainsi que l'a dit M. Troplong, comme si le texte portait : « Tout commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises à lui déjà expédiées, etc. » Dans un cas, le commissionnaire n'a aucun privilége, pour toutes les sommes avancées par lui, avant que les marchandises ne fussent déjà en sa possession; dans le cas contraire, il a privilége pour le solde de

---

(1) Cass., 3 brum. an 12.

son compte, quel que soit le moment où les avances ont été faites, pourvu que toutes les conditions exigées par l'art. 93 aient été accomplies, quand il en réclame le bénéfice.

MM. Delamarre et Lepoitvin enseignent que le privilége existe pour le solde général du compte, quoique le texte de l'art. 93, disent-ils, semble décider le contraire (1). Ils pensent que c'est à tort également que la loi a appelé privilége le droit du commissionnaire ; ce n'est pas non plus le gage proprement dit, c'est le droit de rétention, lequel, selon nos savants auteurs, ne dérive pas autant de la convention que de l'équité, autant de la loi civile que de la loi naturelle (2). Ils ont insisté à cet égard dans le sixième volume de leur ouvrage et se résument en disant : « Le commissionnaire retient la chose pour la vendre (art. 93), et le prix pour se payer » (art. 94) (3).

Si le commissionnaire ne pouvait invoquer que le droit de rétention, son privilége, par suite, nous semblerait devoir être restreint aux avances qu'il a faites, lorsqu'il était déjà saisi ; le droit de rétention reconnu, ainsi que le rappellent MM. Delamarre et Lepoitvin, dans un grand nombre de dispositions particulières (Cod. Nap., art. 548, 867, 924, 1673, 1749, 1948, 2082, 2086), s'applique non à des avances qui ont précédé la détention, mais bien à des dépenses faites sur la chose ou à propos de la chose, dont le détenteur était déjà saisi, ou à des indemnités qui sont dues à raison de la possession même : elles ne peuvent avoir par conséquent une cause antérieure à cette possession. MM. Delamarre et Lepoitvin en sont convenus eux-mêmes (4). Si le commissionnaire avait le droit de rétention, les formalités exigées par l'art. 93 seraient inutiles ; on ne les impose pas à l'ouvrier qui retient pour sûreté du prix de sa main d'œuvre les objets sur lesquels il a travaillé. Mais, quoi qu'il en soit de la qualification qui doit être donnée au droit que l'art. 93 accorde au commissionnaire, il reste à en déterminer les conditions et l'étendue.

(1) *Contr. de comm.*, t. 2, n. 392.

(2) *Id.* t. 2, n. 387.

(3) *Id.* t. 6, n. 319.

(4) *Id.* t. 2, n. 392.

**420.** Quoique à certains égards la consignation ne produise pas identiquement les mêmes effets que le gage proprement dit, l'art. 95, que nous verrons tout à l'heure, les a soumis aux mêmes conditions ; le législateur a permis que le commerçant, comme l'homme dans la vie civile, pût donner à un créancier un privilége sur ses marchandises, dont la valeur était sans contredit, dans l'opinion générale, le gage de tous. Si les deux parties habitent la même ville, le privilége n'existe qu'à la condition de se soumettre aux dispositions prescrites par le Code Napoléon, liv. 3, tit. 17, pour les prêts sur gages ou nantissement ; mais, ces formalités remplies, rien ne s'oppose évidemment à ce que le privilége s'étende, comme en matière civile, aussi bien aux créances qui ont précédé le contrat de gage qu'à celles qui l'ont suivi. Si les parties habitent des lieux différents, les formalités à remplir ne sont plus les mêmes, mais les circonstances dans lesquelles le contrat peut être formé et ses effets ne doivent pas changer. Il y a une différence dans la forme, il ne peut y en avoir au fond. Il ne serait permis de décider autrement que si un texte clair et précis l'avait ordonné ; les termes de l'art. 93, au contraire, dans leur rigoureuse acception grammaticale, ne posent aucune limite : ils veulent que le commissionnaire soit saisi ; ils ne disent pas qu'il doit avoir été saisi avant d'avoir fait les avances dont la consignation doit lui garantir la rentrée. Cette raison à elle seule nous paraît décisive, mais, en outre, nous le répétons, les art. 93 et 95 ne peuvent être séparés l'un de l'autre ; ils ne peuvent former deux systèmes ; les droits que l'un accorde au gagiste, l'autre ne peut les refuser au consignataire, et pour les connaître, il faut se reporter aux principes généraux du nantissement, qui ne font aucune différence, que la remise du gage ait précédé ou suivi les avances.

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation et des Cours impériales ont adopté le système enseigné par M. Troplong, et auquel nous nous rangeons ; c'est celui que soutiennent également MM. Delamarre et Lepoitvin, quoique par des raisons que nous ne pouvons complètement adopter (1) ; d'autres arrêts ont

---

(1) Cass., 23 avril 1816 ; Bordeaux, 28 janv. 1839, à la note (S.V.49.2.1) ;

consacré la doctrine contraire à laquelle la Cour de cassation, revenant sur sa jurisprudence, paraît se rallier : les circonstances varient dans chaque espèce, mais on peut induire, cependant, de chacun de ces derniers arrêts, d'une manière plus ou moins explicite, le système qui restreint le privilége du commissionnaire aux avances faites par lui postérieurement à la réception des marchandises consignées (1).

**421.** Nous venons d'expliquer que le privilége peut être réclamé, soit sur les marchandises, qui étaient déjà à la disposition du commissionnaire, au moment où les avances ont été faites, soit lorsque la consignation a été envoyée pour sûreté d'une créance antérieurement contractée et à une époque où le commissionnaire n'avait pas encore réclamé cette garantie. Entre ces deux hypothèses extrêmes, on a essayé de poser une situation intermédiaire : c'est lorsque les avances ont été faites en vue d'une consignation formellement promise, mais non encore réalisée.

Ainsi le sieur Laprunière avait fait des avances assez considérables au sieur Boyer, moulinier en soie du département de l'Ardèche, sur le simple engagement de celui-ci de lui envoyer des marchandises en consignation. Cette promesse fut en effet réalisée, mais le sieur Royer tomba bientôt après en faillite.

Le privilége réclamé par le sieur Laprunière fut contesté pour les sommes données avant qu'il ne fût saisi des marchandises consignées entre ses mains. Le tribunal de commerce de Largentière, par jugement du 10 mars 1843, confirmé par la Cour de Nîmes, accueillit le système des adversaires du sieur Laprunière : « Attendu, porte l'arrêt, qu'il importe peu que les avances faites par Laprunière l'eussent été, suivant lui, en contemplation des marchandises qui devaient ou pouvaient lui être expédiées par la suite (2). »

Rennes, 12 juin 1840; Dijon, 10 avril 1843; Paris, 18 nov. 1848 (S.V.49.2.4); Troplong, n. 222 et s.; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 387 et s.; Bravard-Veyrières, p. 162.

(1) Cass., 4 déc. 1848 (S.V.49.4.5), et 13 nov. 1850 (S.V.50.1.769 et 774); Aix, 11 janv. 1831 (S.V.49.2.4, à la note); Nîmes, 7 juin 1843 (S.V.49.2.4, à la note); Douai, 29 nov. 1843 (J.P.44.2.154); Bordeaux, 22 déc. 1847 (S.V.48.2.228); Grenoble, 13 avril 1848 (S.V.49.2.358).

(2) Nîmes, 7 juin 1843 (S.V.49.2.4, à la note).

Cet arrêt a été trouvé bien sévère; il est une conséquence nécessaire cependant du système qui restreint le privilége du commissionnaire, mais peut servir à faire apprécier quels en sont les inconvenients. M. Massé, toutefois, après avoir rappelé la judicieuse observation de M. Troplong, que l'art. 95 parle de marchandises *expédiées*, et non de marchandises *déjà expédiées*, accepte ce système intermédiaire (1). Il peut être équitable, mais il nous paraît peu logique et n'a aucune expression du texte pour appui.

**422.** Dans une circonstance plus favorable encore peut-être, les prétentions du commissionnaire ont également été repoussées.

MM. J. Laffitte et comp. avaient avancé une somme de 40,000 fr. à M. Duval, négociant à Dieppe, après la remise régulière d'un connaissance de marchandises chargées sur le navire *l'Alexandre*; plus tard, ils consentirent à recevoir en échange un connaissance de marchandises chargées sur le navire *l'Aglaé*; la faillite étant survenue, ils voulurent exercer leur privilégié sur les marchandises qui leur avaient été consignées. La Cour de Rouen, par arrêt du 29 nov. 1858, repoussa leur demande. Le commissionnaire, ici, avait bien cependant dès l'origine pris toutes les précautions nécessaires; il n'avait jamais voulu rester à découvert et prêter à l'individu, mais bien seulement aux marchandises : « Attendu, dit l'arrêt cependant, qu'il résulte des documents de la cause que les avances de J. Laffitte et comp. à Duval n'ont jamais été faites en contemplation des marchandises du navire *l'Aglaé*; que c'est au contraire sur la remise du connaissance de *l'Alexandre* que J. Laffitte et comp. ont fait une avance de 40,000 fr.; que cette substitution d'un connaissance à l'autre ne saurait être assimilée à de nouvelles avances; que la créance est restée la même; que si aujourd'hui elle a perdu le privilége qu'elle avait originairement, cela tient à la remise imprudente du connaissance du navire *l'Alexandre*; réforme (2). » Ainsi, dans un cas où il y avait expédition d'une place sur une autre;

(1) T. 6, n. 490 et 491.

(2) Rouen, 29 nov. 1838 (S.V.39.2.33). — *Contra*, Troplong, n. 248 et s.

remise du connaissance antérieur aux avances ; où le commissionnaire n'avait jamais cessé d'être nanti, on a appliqué encore le principe de la spécialité du gage en matière mobilière, avec cette excessive rigueur ! MM. Delamarre et Le poitvin font observer, sur cette affaire, que la décision doit être approuvée, si le commissionnaire ne peut invoquer qu'un privilége ; qu'il en est autrement, s'il peut invoquer le droit de rétention (1) ; dans le système enseigné par M. Troplong, la décision est mauvaise dans tous les cas.

Toutefois, si le commissionnaire est régulièrement nanti des marchandises, il peut se dessaisir d'une portion de ces effets, soit que cette portion soit revendiquée par le vendeur, soit par tout autre motif, et réclamer son privilége sur le surplus, sans craindre qu'on n'allègue que le privilége n'existe, sur chaque partie de marchandises, que pour les sommes avancées spécialement sur chacune d'elles. Le privilége est général et frappe sur toutes les marchandises et sur chaque partie, quand la consignation a précédé les avances (2).

**423.** Jusqu'à ce que la jurisprudence soit mieux fixée sur cette question, la prudence exige du commissionnaire qu'il prenne les précautions les plus minutieuses, sous peine de s'exposer à perdre son privilége. Si les marchandises envoyées d'une autre place ou un connaissance régulier ne sont pas en sa possession avant les avances qu'il a consenties ; si ce ne sont pas identiquement les mêmes objets dont il n'a pas cessé d'être détenteur, il doit exiger l'accomplissement des formalités établies par le Code Napoléon pour assurer la validité du contrat de nantissement et dont nous parlerons sous l'art. 95.

**424.** La Cour de Rouen a admis dans un arrêt assez récent un tempérament au principe trop rigoureux, selon nous, consacré par les derniers arrêts de la Cour de cassation. Cet arrêt constate que la consignation en vue de laquelle seule les avances avaient été consenties par le commissionnaire avait été effectuée sans délai ; que s'il existait quelquefois l'intervalle d'un ou deux jours, il était nécessaire par le temps employé à

(1) *Contr. de comm.*, t. 6, p. 329.

(2) Amiens, 6 juin 1838 (S.V.38.2.481).

l'embarquement des marchandises; « qu'il y avait, dit enfin l'arrêt, *simultanéité* entre la remise des fonds et celle des connaissances (1). » Le système de la *simultanéité* est un juste milieu entre *précéder* et *suivre*.

**425.** L'art. 95, dans toute autre circonstance, a été interprété par la jurisprudence de la manière la plus large; nous allons en donner de nombreux exemples.

L'expression *commissionnaire*, employée par la loi, a été entendue de tout bailleur de fonds, quelle que soit sa qualité, ayant fait des avances sur marchandises (2); la qualité de commerçant n'est même pas nécessaire (3).

Le privilége s'étend aux frais de transport, de décharge-  
ment, d'emmagasinage, et à toutes les dépenses qu'ont oc-  
casionnées les marchandises même consignées, telles que le  
lavage, par exemple, s'il s'agit de laines. Ces déboursés, au  
reste, sont déjà garantis, en partie au moins, par le privilége  
dont parlent les §§ 3 et 6 de l'art. 2101, Cod. Nap. (4).

On a contesté que le mot *frais* comprît le montant de la commission due au commissionnaire, et la Cour supérieure de Bruxelles a cru devoir adopter cette opinion (5); mais elle ne peut être suivie; l'art. 576, Cod. comm., range expressément la commission parmi les frais.

**426.** L'art. 95 ne fait aucune distinction entre toutes les valeurs sorties des mains du consignataire et qui ont profité à l'emprunteur (6). « On entendra par avances, dit M. Dalloz, les mandats acquittés, les crédits ouverts, les achats faits au nom du commettant, les paiements opérés pour lui, en un mot, tout ce qui lui profite ou vient à sa décharge (7). » Aucune distinction ne doit être faite entre les diverses créances com-

(1) Rouen, 7 juill. 1853 (S.V.54.2.387).

(2) Cass., 6 mai 1845 (S.V.45.1.503); Nancy, 14 déc. 1838 (S.V.39.2.239); Bordeaux, 28 janv. 1846 (S.V.46.2.213); Troplong, n. 159.

(3) Cass., 23 avril 1846.

(4) Cass., 22 juill. 1847.

(5) Cour sup. de Bruxelles, 23 fév. 1828.

(6) Cass., 29 avril 1833 (S.V.33.1.434); *Id.* 22 nov. 1825; *Id.* 22 juill. 1817; Troplong, n. 209 et 210; Delamarre et Lépoitvin, t. 2, n. 391 et 392; Massé, t. 6, n. 488.

(7) Rép., v° *Commissionnaire*, n. 140.

merciales. La jurisprudence est parfaitement fixée à cet égard, et des arrêts conformes ont été rendus, soit que le consignataire fût créancier du commettant pour des fournitures faites ou des marchandises envoyées, soit qu'il s'agit d'effets acceptés, endossés ou acquittés, et d'opérations de banque (1).

**427.** La Cour de cassation ayant décidé conformément à ces principes que c'est l'acceptation des traites tirées sur le commissionnaire qui constitue les avances, avant même le paiement à l'échéance, elle devait refuser, d'après le dernier état de sa jurisprudence, le privilége sur les marchandises envoyées depuis l'acceptation et avant le paiement (2). Le principe, en ce qui concerne le caractère d'avances donné à la simple acceptation, nous paraît vrai ; mais, en admettant même, en outre, le système restrictif, en ce qui concerne le privilége garanti par l'art. 93, le commissionnaire accepteur aurait eu le droit de retenir les marchandises, comme constituant la provision des lettres de change acceptées par lui, et étant affectées d'une manière exclusive à leur paiement.

**428.** Lorsque le privilége a été régulièrement établi en faveur du commissionnaire, pour des avances faites par lui, le tiers qui a remboursé ces avances et est resté nanti des marchandises se trouve de plein droit subrogé aux droits du premier commissionnaire, sans que l'intervention et le consentement de l'expéditeur soient nécessaires (3).

**429.** La jurisprudence a également décidé que la marchandise pouvait n'être pas directement et nominativement expédiée au commissionnaire qui a fait les avances ; celui à qui elles étaient primitivement consignées, l'acheteur à qui elles étaient adressées, peuvent, en endossant régulièrement le connaissance au nom d'une tierce personne qui consent à faire les avances, lui assurer le privilége de l'art. 93, puisque c'est à lui seul désormais que les marchandises en cours d'expédition pourront être livrées (4).

(1) Cass., 23 juin 1830 et 29 avril 1833 (S.V.33.1.431).

(2) Cass., 4 juill. 1826 et 14 mars 1855 (S.V.55.1.177).

(3) Cass., 16 déc. 1846 (D.P.47.1.126); Troplong, *Nantissement*, n. 254.

(4) Cass., 8 juin 1829; Douai, 29 nov. 1843 (S.V.44.2.165).

La règle en vertu de laquelle il suffit, pour que le privilége existe, que les marchandises aient été consignées à celui qui a fait les avances par la personne qui en avait, à quelque titre que ce soit, la libre disposition, a été consacrée par une jurisprudence constante (1).

**450.** Il est également indifférent pour la validité du privilége que les marchandises aient été expédiées directement au commissionnaire du point de départ originaire, ou qu'il ne les ait reçues que par suite d'un ordre du commettant, qui en a changé la destination depuis qu'elles étaient en route ; il est évident que rien ne s'oppose à ce que le propriétaire de ces marchandises en dispose en tout temps (2) et que le connaissance à ordre fait au nom de Pierre soit passé au bénéfice de Paul, qui devient régulièrement consignataire (3).

**451.** Le privilége du commissionnaire est de premier ordre et s'exerce avant tout autre ; il doit être préféré particulièrement à la revendication faite par le vendeur non payé, et cette revendication n'ayant jamais lieu, en fait, qu'en cas de faillite, cet état ne peut rien changer à la règle admise en semblable circonstance (4).

Si des abus semblent pouvoir résulter quelquefois de l'application de ce principe, il faut se rappeler qu'ils ne sont pas particuliers au contrat de commission ; l'acheteur à crédit peut disposer de la marchandise qui lui a été livrée, pourquoi ne pourrait-il pas la consigner ? (5)

**452.** Le privilége réclamé par le commissionnaire peut avoir pris naissance dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite ; l'art. 446, Cod. comm., dit que toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire et tout droit d'anti-

(1) Cass., 8 juin 1829 ; *Id.* 1<sup>er</sup> déc. 1840 (S.V.41.1.161) ; Aix, 25 août 1831 (S.V.33.2.162) ; Paris, 31 juill. 1835 (S.V.35.2.519) ; Rouen, 29 nov. 1838 (S.V.39.2.33) ; Douai, 29 nov. 1843 (S.V.44.2.165) ; Rouen, 9 nov. 1847 (S.V.48.2.201).

(2) Cass., 8 juin 1829 ; Rouen, 29 nov. 1838 (S.V.39.2.33) ; Douai, 29 nov. 1843 (S.V.44.2.145) ; Rouen, 9 déc. 1847 (S.V.48.2.201).

(3) Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 404.

(4) Gênes, 12 juill. 1813 ; Cour sup. de Bruxelles, 13 nov. 1818 ; Cass., 8 juin 1829.

(5) Cass., 1<sup>er</sup> déc. 1840 (J.P.41.1.102).

chrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées sont nuls et sans effet relativement à la masse : mais la combinaison de ces dispositions avec l'art. 93 ne peut pas présenter de difficulté sérieuse.

Si les avances du commissionnaire ont suivi la consignation faite entre ses mains ou la remise du connaissance qui y est complétement assimilé (1), il est certain dans ce cas que le privilége n'est pas constitué pour dettes antérieurement contractées ; l'art. 446, Cod. comm., n'est pas applicable, et le privilége ne représente que les avances dont l'actif du failli a profité. « Dès l'instant qu'on respecte le prêt, dit M. Troplong, on ne peut sans inconséquence invalider le gage dont le prêt est inséparable. L'actif du débiteur a profité de l'argent déboursé, il n'est pas juste que la masse s'enrichisse aux dépens de celui qui a fait l'avance (2). »

Mais nul doute également que ce privilége serait annulé par la disposition de l'art. 446, Cod. comm., du moment que les marchandises formant la consignation auraient été livrées dans les dix jours seulement qui ont précédé la faillite, pour garantir des avances faites à une époque antérieure ; il ne peut y avoir pour ce cas de dissentiment (3).

**453.** Faut-il faire exception à cette règle, si la dette avait été consentie avant le temps prohibé, sous la promesse d'un gage, qui n'aurait pas été fourni au créancier avant le délai fatal ; si même le gage avait été stipulé, mais que le créancier ne s'en soit mis en possession effective que dans les dix jours ? Nous croyons, avec M. Troplong, qu'aucune distinction n'est possible ; dans l'un et l'autre cas, le privilége est nul ; le contrat de nantissement ne peut être réalisé que par la remise des marchandises ; c'est une de ses conditions essentielles, et elle ne peut s'accomplir et donner la vie au privilége dans le temps prohibé (4).

**454.** Les avances faites par le commissionnaire nanti des

(1) Rouen, 18 juill. 1827 ; Paris, 31 juill. 1835 (S.V.35,2,519).

(2) Nantissement, n. 259 ; Rennes, 43 juin 1848 ; Aix, 25 août 1834 (S.V.33,2,162) ; Douai, 29 nov. 1843 (J.P.44,2,154).

(3) Troplong, n. 258.

(4) Nantissement, n. 258 et 259.

marchandises ayant été remboursées ou couvertes de quelque manière que ce soit, de nouvelles peuvent être faites par lui et donner lieu au même privilége; il va de soi que la vertu du nantissement ne se trouve pas épuisée, pour ainsi dire, parce qu'il a fait l'objet d'une première opération. « La loi, dit un arrêt de la Cour de Douai, ne limite pas le privilége aux avances spéciales relatives à certaines marchandises, comme elle ne le limite pas aux avances primitivement faites sur ces marchandises....., de telle sorte qu'une avance couverte, soit d'une manière spéciale, soit par le rapprochement des éléments du compte courant, peut être utilement remplacée par une autre avance sur les marchandises, aussi longtemps que la consignation subsiste, sans que le privilége du commissionnaire puisse être contesté (1). »

**455.** Si la vente faite par le commissionnaire est annulée, son privilége continue de subsister sur les marchandises qui doivent lui être rendues, à raison du prix qu'il est obligé de rembourser et qui est assimilé à des avances faites par lui, s'il reste en effet créancier de son commettant (2).

**456.** Dans aucun cas, le privilége ne peut exister, si, au moment où il est réclamé, le commissionnaire n'a les marchandises consignées à sa disposition dans ses magasins ou dans un dépôt public, ou s'il n'a entre ses mains la lettre de voiture ou le connaissance qui constate l'expédition qui lui en a été faite. L'art. 93 a assimilé de la manière la plus complète ces deux situations.

Le commissionnaire a la détention réelle des marchandises consignées, non-seulement lorsqu'elles sont possédées matériellement par lui-même, mais encore lorsqu'elles sont au pouvoir d'intermédiaires qu'il a désignés ou d'employés de son choix dont il est garant, et qui doivent être considérés comme ses agents : ainsi un voiturier ou toute autre personne choisie par lui et qui ne doit s'en dessaisir que contre le paiement des avances qu'il a faites (3).

(1) Douai, 5 janv. 1844 (S.V.44.2.257); Troplong, *Nantissement*, n. 256.

(2) Cass., 8 juin 1829; Douai, 2 avril 1828.

(3) Cass., 7 juin 1825; Cass., 1<sup>er</sup> déc. 1840 (J.P.41.1.402); Pardessus,

**437.** Mais on ne pourrait regarder comme en la possession du commissionnaire des marchandises qui se trouvent dans un magasin, même lui appartenant, s'il est loué par le commettant, lors même, lorsqu'il s'agit de vins, par exemple, que le commissionnaire ferait valoir que le congé du départ des vins est à sa destination ; qu'ils ont été portés à son compte par la régie des droits réunis et soumis à sa visite ; qu'il en a été responsable envers elle, tandis que son locataire n'a jamais été tenu à aucune obligation à cet égard : la Cour de cassation a décidé que les lois des 24 avril et 5 mai 1806, 25 nov. et 21 déc. 1808, sont des règlements de police faits pour l'administration des droits réunis et ne peuvent nullement être invoqués quand il s'agit d'appliquer l'art. 93 (1).

Le privilége n'existerait pas non plus, si, les marchandises ayant été expédiées, par exemple, à un commissionnaire de Saint-Quentin et restant déposées entre ses mains, un tiers reçoit du commettant l'ordre de les vendre ; la Cour de cassation a décidé que la commission pour vendre confiée à ce tiers ne le constituait que mandataire, et qu'il n'avait pas privilége pour les avances qu'il avait faites dans une pareille situation ; qu'elles constituaient une simple créance qu'il avait bien voulu consentir dans l'espoir d'en faire le recouvrement sur le produit des marchandises, si la vente en eût été effectuée (2).

La décision d'une question préjudiciale fera connaître si cet arrêt est bien rendu. La qualité de mandataire existant, dans tous les cas, chez le commissionnaire, ce n'était pas là évidemment la raison de décider : mais le détenteur devait-il être considéré comme possédant pour le tiers ? En cas de négative, ce tiers, qui avait fait les avances, ne pouvait réclamer un privilége, et il semble naturel de décider que le détenteur possédait pour le propriétaire et non pour le tiers chargé de trouver un acheteur.

n. 1288 ; Troplong, n. 345 ; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 408 ; Massé, t. 6, n. 499.

(1) Cass., 28 mai 1812.

(2) Cass., 6 nov. 1827.

**458.** Le connaissance peut être à ordre ou au porteur, ou à personne dénommée (C. comm., 281). Le Code de commerce est muet sur ce point quand il traite de la lettre de voiture ; mais il est certain que l'usage du commerce a étendu à ce dernier acte ce que la loi a dit du connaissance, et aucun texte ne s'oppose à ce que cet usage soit admis et respecté ; nulle difficulté n'existe sur ce point (1).

Mais, dans le cas même où le connaissance est à ordre au porteur, l'endossement régulier qui en serait fait ne suffirait pas, bien entendu, pour donner lieu à l'application de l'art. 93 ; il est nécessaire que les marchandises soient en outre expédiées à celui qui a fait les avances : « Attendu, a dit la Cour de cassation, que si l'art. 281, C. comm., dispose que le connaissance peut être à ordre ou au porteur, il n'en résulte pas qu'il confère au porteur un privilége sur les marchandises mentionnées en ce connaissance ; que sa remise entre ses mains l'autorise seulement à poursuivre la vente de ces marchandises, s'il est nécessaire ; que l'art. 93, C. comm., par exception aux règles générales, établit bien un privilége, mais il ne concerne que le commissionnaire qui a fait des avances sur la marchandise *à lui expédiée d'une autre place* pour être vendue au compte du commettant ; et encore faut-il qu'elle soit à la disposition de ce commissionnaire, dans ses magasins ou un dépôt public, ou que *l'expédition lui en ait été faite* (2). »

**459.** L'endossement des effets de commerce doit, pour être parfait et transmettre la propriété, être daté, énoncer le nom de celui à l'ordre de qui il est passé, et exprimer la valeur fournie (C. comm., 157). Si l'endossement ne remplit pas toutes ces conditions, il n'opère pas le transport ; il n'est qu'une procuration (C. comm., 158).

Ces principes ne peuvent soulever aucune difficulté ; mais l'embarras devient fort grand quand il s'agit de décider si l'endossement d'un connaissance ou d'une lettre de voiture ne peut être régulier qu'à la condition d'énoncer, comme dans l'endossement de la lettre de change, la valeur fournie.

(1) Cass., 12 janv. 1847 (S.V.47.1.273) ; Troplong, *Nantissement*, n. 340.

(2) Cass., 28 juin 1826.



**440.** La Cour de Douai, par un arrêt du 11 avril 1838, avait décidé le contraire; son arrêt a été cassé par la Cour de cassation : « Attendu, a dit la Cour suprême, que, suivant l'art. 281, C. comm., le connaissance peut être à ordre ou au porteur, ou à personne dénommée; attendu qu'il résulte des art. 137 et 158 du même Code que, lorsqu'un endossement n'exprime pas la valeur fournie, il n'opère pas le transport et n'est qu'une procuration; attendu que ces articles posent des règles générales en matière d'endossement, et que ces règles s'appliquent, non-seulement aux lettres de change et billets à ordre, mais à tous les autres actes faits à ordre et susceptibles, dès lors, de négociation et de transport par voie d'endossement, tels que les polices d'assurance, les contrats de grosse et les connaissances (1). » La Cour d'Amiens s'est rangée à cette jurisprudence (2).

**441.** La question, néanmoins, s'est représentée devant la Cour de Douai, dont l'arrêt avait été cassé; la revendication contre le commissionnaire, au nom de qui le connaissance avait été passé sans indiquer la valeur fournie, était faite, dans le second cas, par les syndics du commettant failli, au lieu de l'être par le vendeur non payé; mais cette circonstance laissait intacte la question de principe. La Cour de Douai, par un arrêt fortement motivé, a persisté dans sa jurisprudence; nous en rapporterons quelques considérants : « Attendu, dit cet arrêt, que pour juger de la validité d'un contrat et du titre qui le constate, il faut considérer quelle est la nature de ce contrat;—Attendu qu'il s'agit dans la cause, non d'une convention de vente ou de cession, mais d'un contrat de mandat ou de commission; que, par ce contrat, Lecomte (commettant) n'a transmis à Cavrois (commissionnaire) aucun droit de propriété sur les marchandises à lui expédiées; qu'il l'a seulement chargé de recevoir et de vendre pour son compte lesdites marchandises sur lesquelles il lui a demandé des avances; que, relativement à un pareil contrat, il n'a été ni pu être question entre les parties, ni de prix de vente, ni de valeur fournie

(1) Cass., 1<sup>er</sup> mars 1843 (D.P.43.1.183).

(2) Amiens, 29 juill. 1843 (D.P.44.2.88).

en retour d'une chose qui ne passait pas dans le domaine du commissionnaire ; — Attendu que l'endossement n'est autre chose qu'un écrit destiné à constater le contrat intervenu entre l'endosseur et le porteur ; que si le contrat est translatif de propriété, l'endossement doit énoncer le prix de vente, c'est-à-dire la valeur fournie par le cessionnaire au cédant ; mais que, par la nature même des choses, il en est autrement, si la propriété reste à l'endosseur et n'est pas transmise au porteur ; — Attendu que la transmission d'un connaissance par un commettant à son commissionnaire, dans les cas des art. 91 et suiv., C. comm. (cet endossement n'étant qu'un mandat), ne doit pas, pour être valable, exprimer une valeur fournie ; que la nature de la convention est même exclusive de la possibilité d'une telle mention ; que l'expression *de la valeur fournie* ferait dégénérer en un autre contrat la convention réellement intervenue entre les parties (1). »

**442.** Ces raisons nous semblent sans réplique ; l'art. 137 est particulier aux lettres de change et aux billets ; s'il semble naturel, même dans le silence de la loi, d'en étendre les dispositions à tous autres actes à ordre dont l'endosseur veut transmettre la propriété au cessionnaire, nous ne pouvons comprendre qu'on veuille ajouter au texte de l'art. 281 pour lui prêter un non-sens : « Comment ! dit M. Troplong, vous voulez un transport (le mot est en toutes lettres dans l'arrêt de la Cour de cassation), un acte de transport là où les parties n'ont pas voulu faire un transport ! il vous faut une cession en forme, tandis que les parties n'ont voulu constituer qu'un gage (2) ! »

M. Devilleneuve, il est vrai, approuvant la doctrine de la Cour de cassation, dit, dans la note fort étendue dont il accompagne l'arrêt de la Cour de Douai, que, si le consignataire n'a qu'un mandat pour recevoir la marchandise et non pas un endossement régulier, l'endosseur peut révoquer ce mandat et se faire restituer le titre qu'il avait confié ; le mandataire

(1) Douai, 5 janv. 1844 (S.V.44.2.257). — Sic, Rouen, 9 déc. 1847 (S.V.48.2.204) ; Massé, t. 6, n. 508.

(2) Troplong, *Nantissement*, n. 333.

n'est donc pas saisi ; il ne l'est ni à l'égard du mandant, qui peut révoquer son mandat, ni, à plus forte raison, à l'égard des tiers.

« Nous vous répondrons, dit M. Troplong, que ce mandat est irrévocable ; et il est irrévocable parce que le commissionnaire est *procurator in rem suam* ; parce que le mandat à lui donné pour recevoir la marchandise est la condition d'un autre contrat irrévocable, dans lequel ce mandat figure comme accessoire..... Ce n'est pas un de ces mandats volontaires qu'on a été maître de donner et qu'on peut retirer à son gré, c'est l'accomplissement d'une obligation dont on ne peut se délier. Le mandat est aussi irrévocable que le contrat de prêt sur nantissement dont il est l'un des éléments ; il est irrévocable comme le mandat donné par l'acte de société à un associé ; il fait partie des clauses du contrat primitif(1). » Qui conteste d'ailleurs le droit de révocation du mandant ? mais la question consiste à savoir si le gage peut être retiré sans payer la dette.

Cependant M. Troplong pense que le système de la Cour de cassation doit l'emporter ; il est évident pour lui que le mandat résultant de l'*endos irrégulier* est de ceux qui rendent le mandataire possible de toutes les exceptions qu'on pourrait opposer au mandant, et, par suite, si la marchandise peut être revendiquée contre l'acheteur, elle peut l'être également contre le porteur d'un connaissance qui n'est revêtu que de cet endos irrégulier (2).

**443.** S'il en est ainsi, nous serions en présence d'une difficulté insoluble. Comment le commettant pourra-t-il s'y prendre pour endosser régulièrement le connaissance à un commissionnaire qui, une fois saisi, et seulement alors, lui fera peut-être des avances ? Nous mettons au défi de trouver une formule possible et qui soit complètement vraie ; la mention même : *valeur en garantie*, ne sera pas exacte, puisque les marchandises sont consignées avant toute avance. Il faut donc forcer les textes et procéder par induction et interprétation pour arriver à une véritable impasse.

(1) *Nantissement*, n. 333.

(2) *Id.* n. 334.

« Le connaissance, disent MM. Delamarre et Lepoitvin, n'a pour objet, ni la propriété, ni le transport de la propriété de la marchandise qui y est décrite, ni, en général, comme la lettre de change, le paiement d'une somme d'argent ou le transfert de quelque autre créance pécuniaire. Ce qui le constitue de la part du capitaine, c'est l'obligation de transporter et de livrer la marchandise à une destination convenue. Or, une telle obligation résiste *vi suad* à toute négociabilité. Tout ce qu'elle emporte, c'est que l'exécution en peut être exigée en vertu d'un mandat séparé ou d'un endossement valant mandat d'exiger et de recevoir le chargé et d'en payer le fret.

« En transmettant le connaissance, soit par la voie de l'ordre, soit de toute autre manière, on ne négocie, c'est-à-dire on ne vend pas plus le chargé qu'on ne vend ni négocie le titre du chargé. C'est un ordre de livraison qu'on donne, lequel, sous ce rapport, ne diffère en rien des ordres de livraison donnés en matière de vente ; et autre chose est la vente, autre chose la livraison.

« Il est donc contre l'essence du connaissance, en tant qu'il concerne de la marchandise, d'être assimilé à un effet commerçable, tel qu'une lettre de change ou toute autre valeur de crédit, qui se solde en espèces ;

« Et contre la nature de son endos, d'y exprimer une valeur fournie. Peut-il être question d'une valeur donnée en échange de la marchandise dont le consignant endosseur reste propriétaire ? D'ailleurs le mandat ne se parfaît qu'au moment où il est accepté, et, par suite, les avances ne sont faites qu'après sa réception. Comment énoncer le reçu d'une valeur qui n'a pas encore été fournie ? (1) » Nous ne pouvons pas prolonger outre mesure cette citation ; mais que l'on se reporte à l'ouvrage même de MM. Delamarre et Lepoitvin, et, après avoir lu les développements qu'ils ont donnés à leur opinion, le doute, nous le croyons du moins, ne sera plus possible.

Répondant à la Cour d'Amiens, qui avait cru résoudre la difficulté en disant que l'endossement du connaissance,

---

(1) *Contr. de comm.*, n. 97 et 98, t. 6, p. 365.

s'il n'avait pour but d'opérer un transport, créait au moins un *droit réel*, et qu'il y avait, par suite, nécessité d'exiger la même solennité que pour la cession de la marchandise elle-même, MM. Delamarre et Lepoitvin disent encore : « L'endossement exigé par la Cour d'Amiens devant être conçu *totidem verbis et syllabis*, de la même manière que l'endossement exigé par la Cour de cassation (C. comm., art. 157), chaque endossement opérera transport ni plus ni moins que l'autre : car, entre deux endossements où tout est identique, à quoi distinguer celui par lequel l'endosseur aura voulu transmettre la propriété d'avec l'endossement par lequel il n'aura voulu que créer un privilége ? Le juge n'aurait pas le droit de deviner, si la chose était possible et qu'il l'osât, aucune preuve ne pouvant être reçue contre le transport opéré par l'endossement régulier d'une lettre de change. La jurisprudence est uniforme et invariable à cet égard.

« Objectera-t-on que l'endosseur peut dire : *valeur reçue en avances* ? Mais cet endosseur consignant, qui est à Pondichéry, commettrait un faux en écriture de commerce, s'il disait avoir reçu les 100,000 fr. qu'il demande et dont peut-être il ne conviendra pas à son correspondant de lui faire l'avance.

« Écrirait-il : *valeur à recevoir en des avances demandées* ? L'art. 157 ne parle pas d'une valeur à fournir, mais d'une *valeur fournie* » (1).

**444.** La Cour de cassation a maintenu toutefois sa jurisprudence par deux arrêts rendus dans la même affaire, et où les circonstances paraissaient plus favorables encore à l'opinion qu'elle a cependant condamnée, et elle a persisté à soutenir que, si le commissionnaire à l'ordre duquel des connaissances ont été régulièrement faits veut les passer à l'ordre d'un tiers qui fait les avances, et lui assurer le privilége de l'art. 93, il faut que l'endossement soit régulier et exprime particulièrement la *valeur fournie*. La Cour de Rouen, dont l'arrêt a été cassé, disait : « Si cette condition est nécessaire à

---

(1) *Contr. de comm.*, n. 99, t. 6, p. 378 et 379.

la régularité de tout endossement translatif d'un droit de propriété, elle est complètement indifférente dans la circonstance particulière de la cause, où il ne s'agit que d'une substitution de mandat. »

La Cour de Caen, à laquelle l'affaire avait été renvoyée, avait trouvé un autre moyen pour maintenir le privilége, au moins dans l'espèce qui lui était soumise. Le privilége n'étant contesté que par l'auteur de l'endossement en blanc, il était permis de prouver contre lui et contre ses syndics, par suite, que la valeur du titre, quoique irrégulièrement endossé, avait été réellement fournie. La Cour de cassation a approuvé cet expédient, et, en semblable circonstance au moins, le commissionnaire pourra par suite conserver son privilége (1). En effet, ainsi que le font observer MM. Delamarre et Lepoitvin, « le plus souvent, presque toujours la preuve des avances est toute faite. C'est d'ailleurs une condition *sine qua non* du privilége; qui peut avoir l'idée de prétendre à un privilége sans créance (2)? » La preuve à faire des avances sera donc toujours nécessaire, mais elle doit pouvoir être faite contre tous.

Si, au moyen de l'endossement même irrégulier, le commissionnaire s'était fait délivrer les marchandises et en était déjà saisi, aucune difficulté ne serait plus possible.

Si la doctrine enseignée par MM. Delamarre et Lepoitvin est vraie, et nous n'en faisons, quant à nous, aucun doute, elle aura des conséquences plus étendues que celles qui apparaissent tout d'abord. Les savants auteurs les ont fait ressortir avec une grande logique (3).

**445.** Le connaissance et, par suite, la lettre de voiture, peuvent être à ordre, ou au porteur, ou à personne dénommée (C. comm., art. 281). Nous avons parlé du connaissance à ordre; le connaissance au porteur ne peut donner lieu à aucune difficulté; il nous reste à parler du connaissance à personne dénommée.

Dans le connaissance, même à ordre, de quelque manière

(1) Cass., 25 juill. 1849 et 6 déc. 1852 (S.V.53.1.612).

(2) *Contr. de comm.*, t. 6, n. 102.

(3) V. *Contr. de comm.*, t. 6, n. 83 et s.

que l'endossement soit conçu, il ne peut représenter une négociation à laquelle répugne invinciblement la nature de l'acte; l'endossement ne peut être qu'un mandat ou un moyen de réaliser, par la remise du connaissement, un mode fictif de livrer. Le connaissement, ont dit MM. Delamarre et Lepoitvin, « est titre d'une convention, d'une obligation de transport, laquelle a sa cause dans le transport même; c'est son effet réel. Il représente, quant à la tradition, la marchandise en voyage, et sa remise à l'acheteur produit le même effet que la tradition effective, lorsque cette remise a une juste cause, v. g., une vente, un mandat, un dépôt. Cette représentation virtuelle de la chose caractérise essentiellement le connaissement et la lettre de voiture, et les différences de tous les titres et papiers commerçables » (1).

Si le connaissement est à ordre, le mandat est réalisé par l'endossement. Si le connaissement est à personne dénommée, que peut-on dire pour prouver qu'il cesse de représenter la marchandise en voyage, ou que celui à qui il appartient ne peut pas donner mandat pour recevoir cette marchandise et décharger valablement le capitaine? Nous le cherchons en vain. Aussi Valin avait-il dit qu'il suffisait que le transport des factures ou connaissement fût fait, *soit par un ordre au dos de ces pièces, soit par un acte séparé par-devant notaire ou sous signature privée* (2).

S'il est un fait certain au monde, c'est que l'art. 281 a voulu consacrer, d'une manière légale, l'usage attesté par Valin. Il faudra donc dire encore avec MM. Delamarre et Lepoitvin: « De quelque manière que le connaissement soit conçu et qu'il ait été remis au commissionnaire, cette remise, précédée ou suivie d'une juste cause de détenir, lui confère le droit de rétention ou privilége de l'art. 95 à l'encontre de tous les créanciers du commettant failli » (3).

La seule différence à faire, si l'on veut, c'est que le mandat, si cet acte est à personne dénommée, ne devra pas être

(1) *Contr. de comm.*, t. 6, p. 279 et 280.

(2) Ord. de 1672, liv. 2, tit. 10, art. 3.

(3) *Contr. de comm.*, t. 6, n. 96, p. 358.

conçu dans la forme des endossements ; il ne faut pas oublier, toutefois, que la loi n'a prescrit aucune forme sacramentelle pour le mandat ; il pourra évidemment, dans tous les cas, tout aussi bien être écrit au revers même de la feuille de papier servant au connaissance que sur toute autre : sans doute, il n'y aura point, par ce fait, transport de propriété ; mais, nous le répétons, que le connaissance soit ou non à ordre, que l'endossement soit ou non régulier, il ne peut avoir pour effet de transmettre la propriété : il faut un autre titre, ainsi que l'a dit le dernier arrêt de la Cour de cassation que nous avons cité (1).

Des abus pouvaient résulter de cette manière de procéder en ce qui concerne le vendeur non payé ; l'art. 576, C. comm., y a pourvu (2).

**446.** En semblable matière, on comprend qu'il ne soit admis qu'avec une excessive réserve d'équivalents ; cependant il a été jugé, avec raison, que l'on devait assimiler à une lettre de voiture des bulletins de chargement renfermant toutes les conditions voulues par l'art. 102, C. comm., pour la validité d'un pareil acte, parce que le Code de commerce n'impose point à peine de nullité certaines formes sacramentelles comme indispensables à la validité des lettres de voiture (3).

Ces bulletins, détachés du registre à souche du voiturier, signés par celui-ci et par l'expéditeur, exprimaient : 1<sup>o</sup> la nature et le poids des objets à transporter ; 2<sup>o</sup> le délai dans lequel le transport devait être effectué et qui était fixé à 17 jours ; 3<sup>o</sup> le nom de celui à qui la marchandise était adressée ; 4<sup>o</sup> le nom et le domicile du voiturier ; 5<sup>o</sup> le prix de la voiture ; 6<sup>o</sup> enfin, les marques et numéros, en marge, des objets à transporter. Dans de pareilles conditions, il semblait difficile de ne pas admettre l'assimilation ; mais il a été jugé, avec raison, que de simples bordereaux d'expédition, qui embrassent une plus ou moins grande quantité de marchandises pour diverses

(1) Cass., 25 juill. 1849 et 6 déc. 1852 (S.V.53.1.612).

(2) V. Cass., 12 janv. 1847 et 26 janv. 1848 (S.V.47.1.273 et 48.1.209) ; Troplong, n. 337 et 341 ; Massé, t. 6, n. 512.

(3) Cass., 31 juill. 1844 (J.P.44.2.673).

personnes, et qui contiennent des désignations ou incertaines, ou équivoques, ou contradictoires, adressées à des commissaires de roulage placés sur divers points de la route, ne sauraient tenir lieu du connaissance ou de la lettre de voiture (1). Un récépissé du voiturier ou du commissionnaire de roulage serait également insuffisant si, ainsi que nous venons de le dire, il ne renfermait pas toutes les conditions essentielles d'une véritable lettre de voiture (2).

**447.** Le privilége accordé par l'art. 95 n'a pas besoin d'être consenti tacitement ni explicitement ; il résulte de plein droit de la disposition de la loi, mais il est soumis à la condition expresse que les marchandises auront été expédiées *d'une autre place* ; la loi n'a pas défini quel sens devait être attaché à cette expression. On a demandé, par exemple, si la commune de La Villette, limitrophe de celle de Paris et comprise même dans sa banlieue, formait une place distincte de celle-ci, et si des marchandises envoyées par un négociant de Paris à un commissionnaire domicilié à La Villette devaient être considérées comme ayant été *expédiées d'une autre place*. La Cour de Paris l'a décidé affirmativement à deux reprises (3). La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, en se fondant sur ce motif que, la loi n'ayant pas déterminé les conditions nécessaires pour qu'une commune fût rangée dans la classe des places de commerce, la Cour n'avait pu violer aucune disposition législative en voyant dans La Villette une place différente de celle de Paris (4) : la décision appartient donc souverainement aux juges du fait (5).

Il est impossible, dans le silence de la loi, de poser une règle précise et certaine ; les circonstances amèneront la décision ; il est permis de dire seulement que, si la délimitation administrative, qui sépare le lieu d'où a été expédiée la marchandise de celui où elle a été consignée et en fait deux com-

(1) Lyon, 26 juill. 1837; Dalloz, Rép., v<sup>e</sup> *Commissionnaire*, n. 243.

(2) Cass., 13 nov. 1850 (S.V.50.1.769 et 774); *Id.* 12 fév. 1850 (S.V.50.1.246); Troplong, n. 319; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 411.

(3) Paris, 22 avril 1826 et 1<sup>er</sup> mars 1832 (S.V.32.2.392).

(4) Cass., 6 mars 1833 (S.V.33.1.182).

(5) Pardessus, n. 332; Troplong, n. 142; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 405.

munes distinctes, ne doit pas toujours être une raison décisive, elle est au moins une condition nécessaire dans tous les cas.

**448.** L'art. 95 parle de marchandises expédiées *pour être vendues* : cette expression doit-elle être entendue dans ce sens que le commissionnaire doit avoir mandat de vendre, pour que le privilége existe ? Un grand nombre d'arrêts ont décidé le contraire. « L'art. 95, a dit la Cour de cassation, au texte duquel le juge ne doit pas ajouter, parle seulement des marchandises destinées à être vendues, sans dire que la vente en sera faite plutôt par le consignataire que par le propriétaire (1). » En effet, le privilége existe bien en matière civile, malgré la défense expresse faite au créancier de disposer du gage : c'est de la détention même que résulte le droit du commissionnaire.

**449.** L'art. 2084, C. Nap., a pris soin de déclarer que les formalités exigées par les dispositions des articles précédents pour constituer le gage en matière civile n'étaient pas applicables aux matières de commerce. L'art. 95, en consacrant dans un texte positif des principes anciens déjà dans le droit commercial, mais que l'ordonnance de 1673 avait eu le tort peut-être de ne pas rappeler d'une manière assez précise, n'a fait que confirmer les règles posées par le Code Napoléon. Il est donc hors de doute que le gage en matière commerciale, ou, pour me servir de l'expression propre, la consignation, n'est pas soumis aux règles du droit civil ; l'art. 95, qui exige dans une circonstance déterminée l'accomplissement des formalités créées par le droit civil, forme l'exception en droit commercial ; la règle générale est écrite dans l'art. 95, que l'art. 2084, C. Nap., avait voulu d'avance préparer et consacrer pour prévenir toute discussion. M. Troplong a traité cette question d'une manière trop remarquable pour rendre désormais possible, à notre avis, toute discussion (2).

Comme conséquence de ce principe, il faut admettre que

(1) Cass., 6 mai 1845 (S.V.45.1.503); Aix, 25 août 1831 (S.V.33.2.162); Rouen, 29 nov. 1838 (S.V.39.2.233); Nancy, 14 déc. 1838 (S.V.39.2.239); Bordeaux, 28 janv. 1846 (S.V.46.2.213).

(2) *Nantissement*, n. 415 et s.

l'art. 93 est démonstratif et non limitatif ; qu'il a posé l'espèce qui lui a paru la plus commune, mais que les règles qu'il consacre ne sont pas destinées à régir exclusivement l'hypothèse prévue par le texte. Il en est autrement de l'art. 95, qui forme l'exception au droit commun commercial et ne peut, par suite, être étendu. Lorsque le mouvement des affaires amènera une espèce qui n'a pas été explicitement prévue par le législateur ; que force sera au juge de recourir à l'interprétation, il devra donc se reporter à l'art. 95, comme droit commun, non à l'art. 95, qui est l'exception.

En conséquence, le privilége a été accordé lorsque, les parties résidant dans le même lieu, les marchandises, objet de la consignation, expédiées d'une autre place, sont arrivées directement dans un dépôt appartenant au prêteur, soit magasin, soit navire ou tout autre lieu. « Le prêteur, dit M. Troplong, avait reçu la marchandise d'une autre place (1). »

La loi ne limite pas le privilége au cas où le propriétaire de la marchandise et le commissionnaire auraient une résidence différente ; il suffit, aux termes de la loi, pour que le privilége soit acquis, qu'il soit constant que les marchandises ont été expédiées d'une *autre place* pour être mises en la possession du prêteur (2).

Sans doute il en serait de même, si, les deux parties habitant le même lieu, la marchandise sortie des magasins mêmes de l'emprunteur avait été chargée sur un navire pour être transportée sur une autre place. Mais, s'il y a incontestablement expédition d'une place sur une autre, ce n'est à proprement parler que postérieurement à la consignation faite que cette expédition d'une place sur une autre a eu lieu. Dans ce cas, la prudence exige de recourir aux formalités prescrites par l'art. 95 (3). Dans une espèce où des marchandises avaient été embarquées par Pagelle, emprunteur, avec des connaissances à l'ordre de Carlier, commissionnaire, tous deux habitant la même ville, et reçues aux colonies par les mandataires

(1) *Nantissement*, n. 165 ; Cass., 16 déc. 1835 (S.V.36.1.50).

(2) Troplong, n. 166 ; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 405 ; Massé, t. 6, n. 470.

(3) Troplong, n. 167.

de celui-ci, qui étaient chargés d'en procurer la vente, les avances faites par Carlier furent déclarées privilégiées, mais parce qu'il fut admis, en fait, que l'expédition avait été adressée à un commissionnaire des colonies (1).

**450.** L'art. 95 a encore été déclaré applicable dans un cas où le prêteur, demeurant à Paris, avait pour débiteurs solidaires le sieur Honberg, négociant à Eupen, expéditeur des marchandises, et Happay, habitant le même lieu que le prêteur et recevant directement les marchandises avant de les lui consigner. La consignation a été considérée comme étant directement faite à l'emprunteur par le sieur Honberg, expéditeur, débiteur direct du commissionnaire (2).

Faudra-t-il décider de même, si une expédition est faite directement à Pierre, avec connaissance à son ordre, et que Pierre emprunte de François, habitant la même ville que lui, en passant à son ordre le connaissance dont il est porteur ? Dans une pareille situation sans doute il est bien difficile à l'emprunteur de se conformer aux prescriptions de l'art. 2074, C. Nap., ainsi que l'exigerait l'art. 95, et de donner des marchandises qu'il voudrait consigner une description exacte et détaillée (3).

La Cour d'Aix a eu à juger une espèce analogue. MM. Delamarre et Lepoitvin, qui rapportent cet arrêt (4), mentionnent le considérant où il est dit que l'emprunteur, dont la maison de commerce était située à Gênes, ne se trouvait qu'accidentellement à Marseille, lieu de résidence du prêteur. « Attendu, dit cet arrêt, qu'il est de règle et d'usage de considérer sous le rapport de la validité, des garanties et de leurs conséquences, les opérations que le chef d'une maison fait passagèrement sur une place étrangère, comme si elles avaient été faites à son domicile de fait et son domicile légal, dans le lieu enfin où est son établissement commercial (5). » Pour la Cour, les deux

(1) Cass., 1<sup>er</sup> juill. 1844 (S.V.41.1.625); Bordeaux, 21 juill. 1834 (S.V.34.2.533).

(2) Cass., 23 avril 1816.

(3) Troplong, *Nantissement*, n. 170.

(4) *Contr. de comm.*, t. 2, n. 404.

(5) Aix, 25 août 1831 (S.V.33.2.162).

parties devaient donc être considérées comme habitant des lieux différents et le connaissance envoyé d'une autre place. En dehors même de cette circonstance, l'art. 95 aurait dû sans doute être déclaré applicable, quand la bonne foi des contractants n'est pas suspectée ; la loi, en ce qui concerne les contrats commerciaux, doit être largement interprétée.

**451.** Le cas s'est présenté où l'emprunteur avait mis les marchandises, existant au lieu même du domicile du commis-  
sionnaire, à la disposition de celui-ci par un transport en douanes, et par suite évidemment *sans déplacement* ; la cir-  
constance que le prêteur avait une résidence différente de l'emprunteur a été jugée insuffisante par la Cour de cassation pour rendre applicable l'art. 95 (1) : en effet, ce texte ne pose pas cette condition, mais exige que les marchandises soient *expédiées d'une autre place*.

Cette doctrine n'en est pas moins fort rigoureuse, et, si elle est conforme au texte, elle viole l'esprit général des lois com-  
merciales. En semblable circonstance, la fraude n'est plus possible ; par le transfert en douane et l'inscription du prêteur sur les registres publics comme propriétaire apparent de la marchandise, on empêche que les créanciers ne soient trompés, bien plus sûrement que par un acte sous seing privé, enregis-  
tré, qui resterait ignoré, et même nonobstant lequel, à cause de la possession et du titre apparent, des créanciers pourraient les uns croire à un privilége que leur promettrait le débiteur, les autres à un droit de concurrence : aussi pensons-nous que le but serait atteint et tous les intérêts légitimes satisfaits, si les juges du fond décidaient, en fait, que le transfert en douane constitue l'acte exigé par l'art. 95, parce que le transfert doit être considéré comme un acte public.

L'art. 95 prévoit d'une manière purement énonciative que les deux parties sont domiciliées au même lieu ; il est certain qu'il n'en fait pas une condition de la validité du contrat. L'art. 95 suppose de son côté que les parties habitent des lieux différents ; le contraire ne s'oppose point à ce qu'il puisse être

---

(1) Cass., 17 mai 1847 (S.V.47.4.401). — *Contrâ, Colmar, 2 mars 1847* (S.V.48.2.647) ; Troplong, *Nantissement*, n. 171.

invoqué, mais à la condition qu'il y aura eu expédition, déplacement des marchandises, de même que dans le cas de l'art. 95 il y aura eu acte conforme aux prescriptions du Code Napoléon. La jurisprudence, en développant la loi, pourra dans tous les cas maintenir à un acte loyalement fait les conséquences qu'il doit produire.

Nous devons mentionner ici, du reste, le décret du 25 août 1848, rendu en exécution de celui du 21 mars de la même année, prescrivant l'établissement de magasins généraux où pourraient être déposées des marchandises ; ce décret avait décidé que toute personne ayant prêté sur les marchandises ainsi déposées serait valablement saisie du privilége par le transfert du récépissé à son ordre, et par la mention dudit transfert sur les registres du magasin, avec indication de la somme prêtée. Un texte aussi formel enlevait toute possibilité de discussion.

#### ARTICLE 94.

**Si les marchandises ont été vendues et livrées pour le compte du commettant, le commissionnaire se rembourse, sur le produit de la vente, du montant de ses avances, intérêts et frais, par préférence aux créanciers du commettant.**

**452.** Cet article n'est pour ainsi dire que la conséquence de celui qui précède. Si les marchandises ont été vendues, il est naturel que le commissionnaire ait sur le prix qui les représente les mêmes droits qu'il avait sur les marchandises elles-mêmes, et, par suite, se paie par ses propres mains de préférence aux créanciers du commettant.

Le droit serait le même, bien que la vente eût été faite, non par lui, mais par le commettant (1).

Nous avons rappelé plus haut l'étendue du mandat en matière commerciale (*suprà*, n. 387). « Une grave conséquence de ce principe certain, disent MM. Delamarre et Lepoitvin, c'est

(1) Paris, 1<sup>er</sup> mars 1832 (S.V.32.2.392).

que l'acheteur qui paierait directement au commettant, contre le gré ou à l'insu du commissionnaire, se rendrait responsable envers celui-ci des effets de son privilége, si ce commettant venait à faillir. Il ne pourrait non plus compenser avec ce commettant que sous la même responsabilité (1). » Cette règle, évidente pour le commissionnaire qui agit en son propre nom, doit être également suivie quand le commissionnaire agit au nom du commettant. L'art. 94 ne distingue pas entre eux et accorde le même privilége à l'un et à l'autre.

---

### ARTICLE 95.

Tous prêts, avances ou paiements qui pourraient être faits sur des marchandises déposées ou consignées par un individu résidant dans le lieu du domicile du commissionnaire, ne donnent privilége au commissionnaire ou dépositaire qu'autant qu'il s'est conformé aux dispositions prescrites par le Code civil, liv. III, tit. XVII, pour les prêts sur gages ou nantissements.

**455.** L'art. 95 rappelle les règles posées par l'ordonnance de 1673; les dispositions de l'ordonnance, il est vrai, étaient loin d'être strictement exécutées; il n'en peut être de même de l'art. 95; un texte est aujourd'hui une barrière qu'il faut respecter, et les dispositions de l'art. 95, hâtons-nous de le dire, en faisant une large et juste part aux besoins et aux usages du commerce, ont enlevé tout prétexte pour se plaindre de la rigueur de l'art. 95. Il faut donc admettre que toutes les fois que le prêteur, l'emprunteur et la marchandise, objet de la consignation, sont sur la même place, on doit recourir, pour former un contrat régulier et assurer un privilége au prêteur, aux formalités prescrites par l'art. 2074, C. Nap.; l'acte exigé dans ce cas ne peut être remplacé par aucun équivalent. La correspondance, les factures ou toute autre preuve admise en

---

(1) *Contr. de comm., t. 1<sup>er</sup>, n. 407.*

matière commerciale, ne peuvent être invoquées dans ce cas particulier où les seules règles du droit civil sont applicables (1). « La raison en est, dit M. Troplong, que les consignations faites d'emprunteur à prêteur résidant dans la même place donneraient lieu à de graves abus, si les tiers n'étaient protégés par de sages précautions » (2).

« Le privilége n'a lieu, dit l'art. 2074, C. Nap., qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé dûment enrégistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leur qualité, poids et mesure.

« La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de 150 fr. »

Ces règles sont applicables au nantissement commercial, mais ces formalités ne sont nécessaires que pour établir le privilége du créancier à l'égard des tiers ; quant au débiteur même, il ne pourrait se prévaloir de ce qu'elles n'ont pas été remplies (3).

**454.** L'art. 95 ne doit pas être appliqué à l'ouvrier qui conserve entre ses mains les objets ou une partie des objets sur lesquels il a travaillé, jusqu'à ce qu'il soit payé de ses frais de main-d'œuvre ; il peut invoquer le droit de rétention, complètement distinct du privilége accordé au commissionnaire, et qui n'est soumis à aucune formalité (4) : ce cas ne peut être cité, par suite, comme faisant exception au principe posé par l'art. 95.

On a pu mettre en doute également que l'art. 95 soit applicable dans le cas où l'une des parties, habitant une autre place de commerce, est représentée dans le lieu même où l'autre partie réside, par un mandataire, ou bien s'y trouve elle-même accidentellement.

Il est difficile de donner, pour trancher ces difficultés, une règle absolue ; les circonstances devront être appréciées.

(1) Cass., 5 juill. 1820.

(2) *Nantissement*, n. 139.

(3) Cass., 13 juill. 1824; *Id.* 31 mai 1836 (S.V.36.4.857).

(4) Rouen, 9 juin 1826 et 1<sup>er</sup> mars 1827; Troplong, *Nantissement*, n. 148 et s.

L'usage commercial, toutefois, ainsi que nous l'avons dit sous l'art. 95 (*suprà*, n° 450), considère comme ayant été faites au siège de l'établissement commercial les opérations traitées par le chef de la maison qui se trouve passagèrement dans un lieu différent (1).

Quand le mandataire, habitant le même lieu que le commissionnaire qui a fait les avances, est un véritable représentant du commettant ; qu'il est à la tête d'un dépôt ou d'une succursale qui, à quelques égards et dans certaines limites, peut être assimilée à la maison principale, l'art. 95 doit être appliqué pour les consignations qui seraient faites par lui. Si, au contraire, l'affaire avait été entamée par correspondance du siège de la maison de commerce, et que l'office du mandataire, résidant au même lieu que le commissionnaire, se fût borné à quelques opérations secondaires, il semblerait naturel que le privilége ne fût pas subordonné à l'accomplissement des formalités exigées par le Code Napoléon.

Le sieur Frimont, ayant une fabrique de tissus à Alfort et un dépôt à Paris, avait consigné au sieur Carcenac, commissionnaire dans cette dernière ville, des marchandises venant directement d'Alfort ; après faillite, le privilége réclamé par ce dernier pour les avances qu'il avait faites fut contesté, faute de s'être conformé à l'art. 95. La Cour de cassation rejeta le pourvoi : « Attendu que l'arrêt attaqué, dit-elle, constate *en fait* que le sieur Frémont avait une résidence à Paris, domicile du sieur Carcenac, demandeur en cassation, et que, d'après ce fait constaté par la Cour royale, elle a pu et dû appliquer l'art. 95, C. comm., et n'a point violé l'art. 93, même Code (2). »

Les tribunaux ont donc la souveraine appréciation des faits en semblable circonstance, et il est difficile de prévoir leur décision : « En général, dit M. Troplong, il sera prudent de la part des parties qui se trouvent en présence de faire rédiger l'acte exigé par l'art. 2074. Le défaut d'acte pourrait

(1) Aix, 25 août 1831 (S.V.33.2.162).

(2) Cass., 29 mai 1821.

être mal interprété, parce qu'il pourrait masquer des simulations » (1).

**455.** Le doute s'est également élevé dans le cas où des marchandises sont remises à un commissionnaire de roulage habitant la même ville que l'expéditeur, et qui est chargé de les faire parvenir à leur destination. Les avances qui seraient faites par ce commissionnaire de roulage, à charge de les faire suivre par lui en remboursement, sont-elles privilégiées sans l'accomplissement des formalités exigées par l'art. 95 ? La négative a été jugée avec raison (2).

**456.** La loi du 8 septembre 1830, faisant droit à des réclamations légitimes, porte : « Les actes de prêts sur dépôts ou « consignations de marchandises, fonds publics français et « actions des compagnies d'industrie ou de finances, dans les « cas prévus par l'art. 95 du Code de commerce, seront admis « à l'enregistrement, moyennant un droit fixe de 2 fr. »

Celle loi s'applique aux dépôts d'actions de compagnies étrangères comme aux dépôts d'actions des compagnies françaises (3).

Elle ne peut être invoquée pour des prêts faits à des non-commerçants (4).

La loi du 8 septembre 1830, conformément aux principes établis par l'art. 2075 du Code Napoléon, suppose que le nantissement peut s'établir sur les meubles incorporels. Ce nom est donné, en droit, aux titres de créance, effets publics, actions de compagnies d'industrie ou de finances, et autres valeurs de cette espèce. Le privilége s'établit par acte public ou sous seing privé enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage (C. Nap., art. 2075).

Les deux conditions posées par l'art. 2075 sont également nécessaires : l'acte de transport et la signification. Si donc une créance déjà transportée à un premier créancier était donnée, à son préjudice, à un second, celui-ci devrait être préféré, s'il avait fait signifier le premier son transport.

(1) *Nantissement*, n. 144.

(2) Cass., 9 avril 1829 et 13 nov. 1830 (S.V.50.1.769).

(3) Cass., 29 nov. 1848 (S.V.49.1.59).

(4) Cass., 17 nov. 1834 (D.P.35.1.27); *Id.* 5 déc. 1837 (D.P.38.1.39).

La signification n'aurait aucune valeur, si, au moment où elle est faite, des tiers avaient déjà exercé par une saisie une mainmise sur la créance transportée en gage.

**457.** La signification serait-elle également sans effet, si, la créance étant transportée par le débiteur dans un temps antérieur aux dix jours qui précèdent la faillite, la signification n'était faite que pendant cet intervalle?

Plusieurs arrêts ont décidé que la signification faite dans les dix jours qui précèdent la cessation de paiement et avant le jugement déclaratif de faillite n'était pas tardive, si le transport du reste avait eu lieu antérieurement; ces arrêts s'appuient sur ce que les créanciers du failli ne pouvaient avoir de prétentions sur une valeur qui avait cessé d'appartenir à leur débiteur, s'en étant, en ce qui le concernait, complètement dessaisi, lorsqu'il avait encore pouvoir de le faire (1).

M. Troplong pense, au contraire, que la signification seule met le commissionnaire en possession effective du nantissement; que ce cas doit être assimilé à celui où des marchandises promises étant restées dans les magasins du débiteur (*suprà*, n. 457), le créancier dans ce cas ne pourrait s'en mettre régulièrement en possession dans les dix jours qui précèdent la cessation de paiement. Le commissionnaire devrait s'imputer, dans l'un et l'autre cas, de n'avoir pas en temps opportun complètement régularisé sa position (2). Nous croyons cette opinion trop sévère: dans notre hypothèse, en effet, les titres, bien entendu, doivent avoir été remis au créancier.

Une créance sans titre ne pourrait être donnée en nantissement.

Il en serait de même d'un droit incorporel immobilier.

**458.** La loi du 8 septembre 1850 n'a pas parlé des effets négociables et des effets au porteur; on ne peut supposer toutefois ni que le législateur ait ignoré les nantissements de semblables valeurs, ni qu'il ait voulu les soumettre aux droits d'enregistrement ordinaires, dont il déchargeait tous les autres

(1) Lyon, 47 mars 1842; Orléans, 31 août 1841 (S.V.42.2.289 et 427); Cass., 4 janv. 1847 (S.V.47.1.161); Devilleneuve, en note.

(2) *Nantissement*, n. 276.

nantissements en matière commerciale. Le silence qu'il a gardé s'explique par la nature particulière des objets dont il s'agit. « Le gage des valeurs négociables par la voie de l'endossement ou au porteur, dit M. Troplong, n'est pas assujetti aux formalités du droit civil. La transmission de ces effets, par cession ou autrement, a ses règles particulières ; elle n'a pas besoin des solennités du droit civil ; ces solennités ne sont nécessaires que lorsqu'il s'agit de donner en gage des créances et des valeurs non négociables par la voie de l'endossement ou n'étant pas au porteur (1). »

Il faut donc admettre que, dans le cas où des effets négociables sont donnés en consignation, même entre personnes habitant le même lieu, il est inutile de rédiger l'acte exigé par l'art. 2074, C. Nap.; les art. 93 et 95, C. comm., n'ont pas eu en vue de semblables valeurs.

Les lettres de change et billets à ordre, quand ils sont donnés en nantissement, portent généralement : *Passé à l'ordre de..., valeur en garantie*; et la Cour de cassation a jugé à diverses reprises que le nantissement était valablement constitué par une semblable formule (2).

Si l'endossement avait été fait dans la forme ordinaire, quoique l'intention de l'endosseur n'eût pas été de transmettre la propriété, il appartiendrait aux tribunaux d'apprecier les circonstances et de rendre au contrat le véritable caractère que les parties ont voulu lui imprimer (3).

Les règles applicables aux effets de commerce doivent être étendues par identité de motifs aux actions industrielles transmissibles par la voie de l'endossement (4).

Quelques Cours, cependant, ont jugé que les nantissements d'effets négociables devaient être soumis aux formalités du Code Napoléon (5); mais les termes de la loi du 8 septembre

(1) *Nantissement*, n. 282; *Id.* n. 445.

(2) Cass., 6 août 1845 (S.V.45.4.563).

(3) Cass., 10 juin 1835 (S.V.35.4.689).

(4) Troplong, n. 286; Rouen, 29 avril 1837 (S.V.37.2.375).

(5) Paris, 15 fév. et 21 juin 1842 (D.P.42.2.177 et 216); Douai, 29 mars 1843 (S.V.43.2.341).

1850 paraissent une interprétation législative tout à fait péremptoire.

La simple remise par le propriétaire et la détention par le prêteur suffisent pour les actions et rentes au porteur; un arrêt de la Cour de Bordeaux l'a jugé ainsi pour un dépôt fait à la Banque de cette ville, et cette décision ne doit pas être expliquée par le motif que les banques publiques jouiraient d'un privilége à cet égard, mais bien parce que cette doctrine est l'expression du droit commun (1).

## SECTION II.

*Des Commissionnaires pour les transports par terre et par eau.*

### ARTICLE 96.

Le commissionnaire qui se charge d'un transport par terre ou par eau est tenu d'inscrire sur son livre-journal la déclaration de la nature et de la quantité des marchandises, et, s'il en est requis, de leur valeur.

459. « On nomme commissionnaire de transport, dit M. Pardessus, celui qui, en son nom, mais pour le compte d'autrui, fait des marchés de transport avec des voituriers pour conduire les marchandises de son commettant.

« Dans l'usage, un grand nombre de personnes, qui prennent ce titre, expédient les marchandises par des individus à leurs gages, ou conviennent avec des voituriers ou bateliers de prix particuliers et inférieurs à ceux qu'ils font payer par le commettant. Ils sont alors de véritables entrepreneurs et doivent être considérés comme tels, lorsqu'il se présente des occasions de responsabilité (2). »

(1) Metz, 22 déc. 1820; Bordeaux, 17 avril 1845 (S.V.45.2.450); Rouen, 29 avril 1837 (D.P.38.2.119); Paris, 24 juin 1842 (S.V.43.2.115); Douai, 10 fév. 1843 (S.V.43..198); Troplong, n. 151 et s. et 287.

(2) *Droit comm.*, n. 574.

Il est donc aisé de distinguer les courtiers de transport dont nous avons parlé sous l'art. 82, les commissionnaires et les entrepreneurs. Mais, en fait, les commissionnaires sont aujourd'hui presque aussi rares pour les transports que les courtiers, et, en droit, la distinction très-réelle que rappelle M. Pardessus n'amène pas de différence sensible dans les règles qui doivent leur être appliqués. L'établissement des chemins de fer doit encore restreindre le nombre des commissionnaires proprement dits.

L'art. 1785, C. Nap., avait déjà dit : « Les entrepreneurs « de voitures publiques par terre et par eau, et ceux des rou- « lages publics, doivent tenir registre de l'argent, des effets et « des paquets dont ils se chargent ». Aucune différence n'existe donc également sur les devoirs qui sont imposés aux entrepreneurs comme aux commissionnaires.

Comme commerçants, ils sont, en outre, tenus à avoir des livres réguliers, et l'art. 637, C. comm., ne laisse aucun doute que cette qualité leur appartienne.

Le contrat qui intervient entre l'expéditeur et le commissionnaire exige, pour sa validité, conformément aux principes généraux, la capacité et le consentement des parties contractantes ; il est réel, puisqu'il ne peut devenir parfait que par la remise effective de l'objet à transporter ; il n'est soumis par la loi à aucune forme particulière.

**460.** Les règles générales établies pour le contrat de commission s'appliquent aux commissionnaires de roulage ; elles restent les mêmes quand il s'agit des entrepreneurs. Les uns comme les autres sont censés de plein droit avoir accepté le mandat dont ils ont été chargés, et, suivant les principes admis en semblable matière, ils sont présumés vouloir l'accomplir, s'il n'a pas été refusé d'une manière explicite en temps opportun ; le silence est assimilé à l'acceptation formelle (1).

Aucune différence n'existe à cet égard entre le commissionnaire et l'entrepreneur, qui reçoivent directement de l'expéditeur les objets à transporter, et le commissionnaire intermédiaire, qui les reçoit en cours de voyage.

---

(1) Rennes, 2 juill. 1811.

Il a même été jugé qu'un commissionnaire de roulage, en relations suivies avec une autre maison, ne peut, sans de justes motifs, rompre brusquement ses rapports et ne pas accomplir le transport dont il est chargé (1).

Généralement, des traités sont faits, afin de prévenir toute difficulté, mais, à défaut, ce fait seul d'anciens rapports existants produirait le même résultat. La rupture n'aurait d'effet que pour les transports à effectuer postérieurement au refus notifié de continuer les opérations.

De graves inconvénients résulteraient de tout autre mode de procéder.

**461.** Les art. 96, C. comm., et 1785, C. Nap., n'obligent les entrepreneurs de voitures publiques, comme ceux de roulage, à tenir registre de l'argent, des effets et paquets dont ils se chargent, que dans le but de fournir aux expéditeurs et aux voyageurs une preuve de la remise faite par eux, s'ils n'ont pas de récépissé, ou s'ils ont égaré celui qui leur a été délivré. Dans l'ancienne jurisprudence, on paraissait avoir établi, comme principe, que la responsabilité n'existant que dans le cas où les objets avaient été inscrits ; une règle contraire semble avoir été adoptée dans la discussion, un peu confuse, qui a eu lieu au conseil d'État sur ce point (2), et, en effet, les registres étant l'œuvre personnelle des entrepreneurs, ne peuvent être la seule preuve admise contre eux. La jurisprudence n'a pas hésité à se prononcer dans ce sens, et à décider que les entrepreneurs sont responsables des objets confiés à leurs préposés, quoique les voyageurs aient omis de les faire enregistrer (3). C'est aux entrepreneurs à provoquer l'enregistrement des objets, et non aux voyageurs ou expéditeurs, auxquels la loi n'a imposé aucune obligation (4).

Ces principes ont été à tort contestés quelquefois ; un arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1829, cité souvent à l'appui d'une opinion contraire, n'est rien moins que décisif, comme le fait observer M. Devilleneuve dans la note qui

(1) Paris, 21 déc. 1836 (D.P.36.2.488).

(2) Maleville, art. 1786.

(3) Paris, 15 juill. 1834 (S.V.34.2.482).

(4) Grenoble, 29 avril 1833 (S.V.34.2.622).

l'accompagne; l'arrêt, conformément au rapport de M. le conseiller Maleville, se borne à constater que la responsabilité n'existe que « lorsque le dépôt de ces effets est constaté ou prouvé; » aucune discussion n'est possible à cet égard, et, dans l'espèce, à défaut de l'inscription, on ne fournissait aucune autre preuve.

Il semble inutile d'insister pour démontrer, toutefois, que les expéditeurs ont tout avantage à veiller à la stricte exécution des dispositions de la loi; mais le soin que prendrait l'entrepreneur de mettre sur ses bulletins qu'il ne répond que des effets enregistrés n'aurait pas plus de résultat que la mention par laquelle il voudrait limiter le montant de l'indemnité à payer en cas de perte (V. *infra*, n° 464).

### **ARTICLE 97.**

**Il est garant de l'arrivée des marchandises et effets dans le délai déterminé par la lettre de voiture, hors les cas de la force majeure légalement constatée.**

### **ARTICLE 98.**

**Il est garant des avaries ou pertes de marchandises et effets, s'il n'y a stipulation contraire dans la lettre de voiture, ou force majeure.**

### **ARTICLE 103.**

Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter, hors les cas de la force majeure. — Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure.

### **ARTICLE 104.**

Si, par l'effet de la force majeure, le transport n'est pas effectué dans le délai convenu, il n'y a pas lieu à indemnité contre le voiturier pour cause de retard.

Âvarie, 469.	Conducteur, 463.	Perte, 469.
Bagages, 464 et s.	Consignataire, 466.	Retard, 469.
Cas fortuits, 467.	Force majeure, 467.	Somme limitée, 464.
Chemins de fer, 464.	Messageries, 464.	Valeurs métalliques, 465.
Cochers, 464.	Non-garantie, 467.	Vice propre, 468.
Compétence, 465.	Objets fragiles, 467.	Voyageurs, 464 et s.

**462.** Sous peine de nous répéter, nous devons donner le commentaire des art. 103 et 104 en même temps que celui des art. 97 et 98 ; les règles de responsabilité sont les mêmes, non-seulement pour les commissionnaires et les entrepreneurs, mais aussi pour les voituriers, et nous ne pouvons scinder les explications que nous avons à donner sur ce sujet ; la seule différence, c'est que le voiturier est garant, d'abord envers le commissionnaire qui l'a employé, et en second lieu envers le propriétaire de la marchandise, lequel peut, à son choix, diriger son action contre l'un ou l'autre.

Les règles écrites, dans le Code de commerce, sur les voituriers, doivent être complétées par les dispositions du Code Napoléon à leur égard. « Les voituriers par terre et par eau, » dit l'art. 1782, sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes » : par suite, ils en répondent de la manière la plus étendue, et ne sont déchargés que s'il y a eu vol à main armée ou autre force majeure (C. Nap., art. 1952 à 1954).

« Ils répondent non-seulement de ce qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou leur voiture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt, pour être placé dans leur bâtiment ou voiture » (C. Nap., art. 1783).

« Ils sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit ou force majeure » (C. Nap., art. 1784).

**465.** Le commissionnaire de transport, comme le voiturier, est garant de la perte ou de l'avarie des objets qui lui ont été confiés, ainsi que de l'arrivée dans le délai déterminé par la lettre de voiture. Si les marchandises avaient été confiées directement au voiturier sans l'entremise d'un commissionnaire ou d'un entrepreneur, évidemment il serait seul

engagé ; dans le cas contraire, il est garant envers le commissionnaire, et tous les deux le sont envers le propriétaire. Les règles qui déterminent les cas où cette responsabilité est engagée, et quelle en est l'étendue, s'appliquent donc, nous le répétons, à l'un comme à l'autre.

La responsabilité du commissionnaire est engagée quand la chose a été remise, soit à son commis, soit à son camionneur ou voiturier (1) ; mais il ne suffirait pas qu'elle eût été reçue par un domestique ou toute autre personne non spécialement attachée à l'entreprise du roulage (2).

Si l'objet a été remis à l'employé qui porte spécialement le nom de *conducteur* dans les entreprises de messageries, une distinction est à faire : au lieu du départ, il n'a pas qualité pour recevoir ; le colis doit être présenté au bureau d'inscription (3), mais, dans le cours du voyage, il est préposé et engage la responsabilité de l'administration (4).

**464.** Les entrepreneurs de messageries et autres voitures destinées au transport des voyageurs comme des marchandises sont soumis aux mêmes règles que les entrepreneurs de roulage.

En ce qui concerne les voyageurs, peu de difficultés peuvent s'élever. Le voyageur a droit d'occuper la place qu'il a louée, sans qu'on puisse en changer la nature ; elle doit lui être garantie par l'entrepreneur, sous peine de tous dommages-intérêts, dans la voiture habituellement employée à ces transports, et cette voiture doit être en bon état.

La responsabilité, quant aux objets transportés, est la même que celle qui pèse sur les entreprises de roulage, et les messageries ont soutenu une lutte non moins vive et aussi malheureuse que les voituriers, pour faire décider qu'ils ne pourraient être tenus, à raison des objets perdus par eux, à une indemnité plus élevée que celle de 150 francs. A une époque où les

(1) Cass., 4 déc. 1837; Dalloz, *Rép.*, v<sup>o</sup> *Commissionnaire*, n. 333.

(2) Cass., 5 mars 1811; Troplong, n. 932; Duvergier, n. 327.

(3) Cass., 5 mars 1811 et 29 mars 1814; Troplong, n. 934 et 947; Duvergier, n. 327; Duranton, t. 17, n. 245.

(4) Pardessus, n. 554; Troplong, n. 933.

messageries étaient directement exploitées par le Gouvernement, des lois particulières avaient établi, dans un intérêt fiscal, que les droits de tout voyageur qui n'aurait pas déclaré d'une manière expresse l'espèce et la valeur des objets confiés à l'entreprise seraient, en effet, limités à 150 francs. Mais une jurisprudence constante et l'unanimité des auteurs ont reconnu que ces dispositions avaient cessé d'être applicables, lorsque les messageries étaient devenues des entreprises particulières.

Les voyageurs ne sont tenus à aucune déclaration préalable, sauf la difficulté pour eux, dans ce cas, de justifier leur demande ; mais ils peuvent le faire par toute espèce de documents ; l'appréciation qui sera faite par les Cours impériales échappera à la censure de la Cour de cassation ; et il a été jugé que les tribunaux pouvaient, suivant les circonstances, fixer l'indemnité d'après les faits particuliers à chaque espèce, et même sur la déclaration et le serment des parties ou des témoins (1).

On ne peut que s'étonner de voir les entreprises de chemins de fer persister à mettre sur les bulletins délivrés par eux cette même réserve si souvent condamnée. Elle attente aux droits des voyageurs peu instruits, à qui il serait permis de supposer qu'elle résulte du cahier des charges imposé par le Gouvernement ; et, si c'est aller trop loin que de dire qu'elle constitue une tentative de délit, elle n'a certainement d'autre but que d'engager les voyageurs à renoncer à l'exercice du droit le plus légitime et le mieux reconnu.

Les cochers et entrepreneurs de voitures de place à Paris ont été déclarés responsables de la perte des bagages placés sur l'impériale, et appartenant aux voyageurs occupant l'intérieur de la voiture, à moins qu'ils ne prouvent que ces bagages ont été perdus sans faute de leur part, par cas fortuit ou force majeure (2).

#### 465. Les voyageurs obtiennent toujours, comme accessoire

(1) Paris, 3 mars 1831 (S.V.33.2.186) ; *Id.* 7 juill. 1832 (S.V.32.2.469) ; *Id.* 15 juin 1834 (S.V.34.2.482) ; Grenoble, 29 août 1833 (S.V.34.2.622) ; Cass., 16 avril 1828 et 18 juin 1833 (S.V.33.1.705).

(2) Cass., 1<sup>er</sup> mai 1855 ; Bull. de Cass., 1355, p. 107.

de la place qu'ils occupent, la faculté d'emporter une certaine quantité de bagages sans en payer le port. La responsabilité des entrepreneurs de transports et de chemins de fer est la même pour ces objets, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'ils sont inscrits sur la feuille des bagages ou sur celle des marchandises : on ne peut pas dire que la garde en appartient aux voyageurs qui les accompagnent (1). La même règle s'applique aux sacs de nuit ou autres objets en tenant lieu, destinés à l'usage journalier du voyageur (2), ainsi qu'à tout autre objet, que le voyageur conserve auprès de lui dans la voiture. Ce fait se présente fréquemment, surtout dans les voyages par chemins de fer.

Les entreprises ont des tarifs différents pour le transport des valeurs métalliques ou autres objets précieux soumis, lorsqu'ils sont déclarés, à des mesures particulières de surveillance. Dans le cas où les voyageurs n'ont pas déclaré les sommes d'argent qu'ils ont placées dans leurs malles ou valises, les entrepreneurs peuvent n'être pas déclarés responsables de la perte arrivée (3); cette règle, cependant, quoique équitable à nos yeux, n'a pas toujours été suivie (4).

Les tribunaux ordinaires, et non les tribunaux de commerce, seraient compétents pour statuer sur les demandes fournies pour perte d'effets (5).

**466.** L'entrepreneur de transport serait également responsable, s'il avait remis les effets dont il est chargé à toute autre personne que celle qui lui a été désignée, alors même que cette désignation aurait été insuffisante (6). S'il ne trouve pas le destinataire, il doit garder les objets qui lui ont été confiés ou les consigner dans un dépôt public, en donnant immédiatement avis à l'expéditeur (7).

(1) Paris, 6 avril 1826.

(2) Cass., 19 frim. an 7.

(3) Douai, 17 mars 1847 (S.V.47.2.207).

(4) Cass., 16 avril 1828.

(5) Cass., 20 mars 1811.

(6) Colmar, 22 nov. 1814 ; Cass., 27 avril 1837 (S.V.37.1.401) ; *Id.* 15 avril 1846 (S.V.46.1.343).

(7) Cass., 24 mars 1848 (S.V.48.1.271).

Les devoirs du commissionnaire de roulage ne se bornent pas à l'accomplissement du transport qui forme l'objet principal du contrat ; la Cour de cassation a rappelé qu'il était en tout assimilé au mandataire salarié, et que celui qui s'est chargé d'un mandat doit l'exécuter, se conformer littéralement aux instructions qu'il a reçues, et répond, s'il ne les a pas suivies, de tous les événements. « Attendu, en fait, ajoute l'arrêt, qu'il est constaté par le jugement attaqué que Auf-faut, commissionnaire de roulage, s'engagea à faire ce qui était possible pour arrêter en chemin le ballot de marchandises dont il s'agit, mais négligea pendant deux jours de mettre une lettre à la poste, en telle sorte qu'elle ne parvint à Tours qu'après l'arrivée du ballot aux mains du destinataire insolvable ; attendu que ce jugement constate aussi que les sieurs Blanc et C<sup>e</sup>, commissionnaires à Tours, ont, par leur mauvais vouloir, refusé, malgré l'ordre qu'ils avaient reçu, d'arrêter ce ballot ; attendu, conséquemment, que le jugement, en condamnant solidairement, dans ces circonstances, les demandeurs à payer au sieur Jonas Lévy, à titre de dommages-intérêts, le prix des marchandises expédiées par lui, loin d'avoir violé les dispositions des lois invoquées, en a fait à la cause un juste application ; — rejette » (1).

Le commissionnaire de roulage ne pourrait pas refuser d'exécuter les instructions qui lui sont données accessoirement au contrat de transport qu'il a accepté, en prétendant qu'elles constituent un contrat nouveau et différent, dont il est libre de ne pas se charger.

Toutefois, sur la remise de la lettre de voiture, le consignataire a pu faire des avances, et, si le commissionnaire a pris l'engagement de livrer à une personne désignée, il ne peut se dessaisir, en faveur d'un autre, même sur l'ordre formel de l'expéditeur (2), à moins que celui-ci ne lui rende l'engagement qu'il a souscrit à cet égard.

**467.** L'art. 98 permet au commissionnaire de stipuler qu'il ne sera pas garant des avaries ou pertes des marchandises et

(1) Cass., 13 fév. 1844 (S.V.44.1.417).

(2) Douai, 17 mai 1820 ; Persil et Croissant, p. 104 et s., n. 10.

effets qui lui ont été confiés quand elles sont imputables au voiturier; mais cette règle ne pourrait être étendue aux entrepreneurs de transport. « C'est à cette occasion, dit M. Pardessus, qu'il faut bien distinguer entre le véritable commissionnaire de transports et celui qui, tout en prenant ce titre, ne serait qu'un entrepreneur qui exécute les transports, soit par ses propres agents, soit en stipulant avec des voituriers des prix autres que ceux qu'il compte à son commettant. La faculté d'exclure la responsabilité pour les faits des voituriers ne nous semble point admissible dans ce cas, et celui qui prouverait que le prétendu commissionnaire n'a été, à son égard, qu'un entrepreneur de transports, pourrait le poursuivre nonobstant la clause de non-responsabilité insérée dans la lettre de voiture » (1). Si personne, en effet, ne peut s'affranchir de la responsabilité de ses propres fautes, chacun a le droit de stipuler qu'il ne répondra pas du fait d'un autre dont il n'est pas légalement garant. C'est peut-être le cas unique où il est utile de distinguer le commissionnaire de l'entrepreneur de transports.

Toutefois, s'il s'agit d'objets assez fragiles pour que le plus grand soin ne puisse, à coup sûr, en prévenir l'avarie, le voiturier pourrait refuser de s'en charger, s'il n'était exonéré par une convention expresse de cette responsabilité tout à fait exceptionnelle. Dans ces limites, la convention serait valable; et c'est dans ce sens, nous le croyons du moins, que doit être entendue la distinction posée par M. Troplong (2). En règle générale, il est donc tenu de sa faute, même légère, et des mentions mises par lui sur la lettre de voiture, dans le but de restreindre sa responsabilité, ne pourraient avoir aucune valeur (3).

Sauf cette exception ainsi restreinte, l'étendue de la responsabilité des entrepreneurs et des voituriers a été déterminée par un arrêt de la Cour de Metz, rapporté par MM. Persil et Croissant, et dont nous adoptons, comme eux, tous les prin-

(1) *Droit comm.*, n. 576.

(2) *Louage*, n. 942.

(3) *Cass.*, 21 janv. 1807; *Pardessus*, n. 542.

cipes : « Par le contrat de commission, dit cet arrêt, les voituriers et les commissionnaires sont dans la même catégorie et classe des dépositaires forcés et salariés, qui ne peuvent exciper des cas fortuits et de force majeure, pour se dispenser de la garantie de la perte des choses et marchandises confiées à leur garde, qu'autant qu'ils justifient qu'il n'y a eu ni imprudence, ni négligence, ni incurie de leur part, et qu'ils ont été dans l'impossibilité de prévoir, prévenir, éviter et atténuer les effets de l'événement qui a amené fortuitement la perte ou les avaries des choses dont ils se trouvaient dépositaires, comptables ou gardiens responsables » (1). La responsabilité des entrepreneurs et des voituriers n'est donc dégagée qu'autant que le voiturier a pris toutes les précautions possibles, a fait tout ce qui dépendait de lui pour empêcher l'événement de force majeure qu'il allègue ; c'est à lui à prouver le cas fortuit ou la force majeure (2), ainsi qu'à établir en même temps qu'il n'y a eu ni imprudence, ni négligence, ni incurie à lui reprocher : le meilleur moyen, dans le silence de la loi, serait sans doute, pour les voituriers, de produire des procès-verbaux dressés par les autorités et rédigés au moment même et sur le lieu de l'accident.

Une stipulation particulière pourrait imposer à l'entrepreneur, en outre, la responsabilité même des cas fortuits dont la loi le décharge, et MM. Persil et Croissant pensent que cette stipulation serait présumée de plein droit, si le prix de transport avait été fixé à un taux supérieur à celui qui est habituellement payé (3). Les tribunaux apprécieraient ; mais le contrat en lui-même, s'il était prouvé, serait parfaitement licite.

La proposition avait été faite au conseil d'État de définir la force majeure qui, aux termes des art. 97, 98, 103 et 104, décharge les commissionnaires et les voituriers, ou tout au moins de régler la manière de la constater. Mais l'archichancelier fit observer, avec raison, que la définition que l'on vou-

(1) Persil et Croissant, sur l'art. 97, p. 415 et 416, n. 13 et 14.

(2) Colmar, 6 janv. 1815.

(3) Persil et Croissant, sur l'art. 98, p. 424, n. 6.

lait écrire dans la loi était connue ; que le nom de force majeure n'était donné qu'aux accidents que la vigilance et l'industrie des hommes n'ont pu prévoir, prévenir ni empêcher, et qu'il ne pouvait y avoir une règle uniforme pour constater ce qu'il était impossible de prévoir (1).

Les tribunaux se régleront d'après les circonstances, et, en principe, déclareront donc les voituriers responsables quand il y a eu défaut de précautions (2) ; mais ils conservent à cet égard une liberté entière d'appréciation (3). Le vol, par exemple, s'il n'est pas l'effet d'une circonference impossible à prévoir ou à prévenir (4), engage la responsabilité du voiturier. S'il est déchargé, dans le cas où il y a eu force ouverte (5), cette expression ne doit pas s'entendre de tous les cas d'effraction sans distinction. Les principes seraient les mêmes en cas d'incendie occasionné parce que le voiturier aurait chargé des matières particulièrement inflammables avec d'autres marchandises (6).

Le voiturier doit se conformer aux lois qui s'appliquent aux marchandises qu'il transporte, et, si elles sont saisies par sa faute aux bureaux des douanes ou de l'octroi, il en répond (7).

**468.** Le commissionnaire et le voiturier ne répondraient pas du vice propre.

Le vice propre de la chose n'est pas une défectuosité ou qualité vicieuse qui serait de nature à provoquer la perte ou l'avarie de l'objet confié au voiturier ; cette expression a un sens plus étendu et comprend les détériorations ou pertes qui arrivent par des accidents auxquels la chose est exposée par sa nature même, en la supposant de la plus parfaite qualité : ainsi le vin ou, à plus forte raison, d'autres denrées, peuvent aigrir et se détériorer en route, parce que telle est leur

(1) Procès-verbaux, 20 janv. 1807; Locré, t. 17, p. 235 et 236.

(2) Cass., 2 therm. an 8; Paris, 31 août 1808; Metz, 18 janv. 1815; Paris, 3 mars 1831 (S.V.33.2.186).

(3) Cass., 30 déc. 1811; Paris, 24 fév. 1820.

(4) Cass., 2 therm. an 8.

(5) Paris, 3 mars 1831 (S.V.33.2.186).

(6) Paris, 20 vent. an 13; 1<sup>er</sup> frim. an 14 et 29 avril 1819.

(7) Metz, 9 déc. 1817.

nature; des vers peuvent se mettre dans des pelliceries. Le voiturier ne serait pas responsable de pareils faits.

Il ne peut répondre non plus de la faute de l'expéditeur et des dommages qui arriveraient, par exemple, parce que les marchandises lui auraient été remises sans avoir été emballées suivant leur nature et de la manière dont il était nécessaire qu'elles le fussent, ou parce qu'il n'aurait pas été averti de leur espèce, qui exigerait de certaines précautions particulières, comme lorsqu'il s'agit de glaces. Il a été jugé également que la perte est pour l'expéditeur, s'il est en de meure, et que, faute par lui d'avoir donné les indications nécessaires, l'objet ait dû rester dans les magasins où il a péri (1).

**469.** En cas de perte, le voiturier doit payer les objets qui lui ont été confiés au prix qu'ils auraient valu au moment où la remise a dû s'exécuter, sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu. Cette valeur serait constatée par tous les moyens de preuve usités en matière commerciale (2).

S'il y a eu seulement avarie, sans changer la qualité même de la chose et la rendre impropre au service auquel elle est destinée, de même que s'il y a eu préjudice causé par un retard dans la livraison, les tribunaux peuvent, selon les circonstances, imposer au voiturier une indemnité qu'ils arbitreront, ou le condamner à payer le prix de la marchandise, qui reste à son compte et dont il peut disposer. Quel que soit le moyen choisi par les juges pour régler l'indemnité, il ne peut y avoir ouverture à cassation (3).

Le commissionnaire, contre qui une action pour perte ou avarie est dirigée par l'expéditeur, ne peut opposer que celui-ci est sans intérêt, parce que la marchandise voyage aux risques du destinataire, car c'est un fait en question, mais il peut demander la mise en cause du destinataire pour éviter une double action (4).

(1) Cass., 8 mars 1827.

(2) Pardessus, n. 544.

(3) Cass., 3 août 1835 (S.V.35.4.817); Pau, 25 fév. 1813; Rennes, 21 déc. 1824; Paris, 11 juill. 1835 (S.V.36.2.23); Douai, 24 juin 1837 (J.P.38.4.130).

(4) Pau, 16 déc. 1814.

Il faudrait décider également que le voiturier, coupable seulement de négligence, ne pourrait forcer l'expéditeur à former son action contre l'auteur du dommage désigné et même reconnu comme tel ; il aura son recours, mais il n'en est pas moins personnellement tenu.

**470.** Le commissionnaire est soumis à une double responsabilité ; en outre des avaries et de la perte, il répond également du retard. L'indemnité pour le retard peut être stipulée d'avance, et, dans ce cas, elle est due de plein droit, sans que le consignataire soit tenu à justifier d'aucun préjudice. A défaut de stipulation particulière, un usage général a établi que le destinataire avait le droit de retenir le tiers du prix de transport. Cette clause est écrite dans toutes les lettres de voiture, mais elle pourrait être supplémentaire ; elle est due comme clause pénale et également sans que le destinataire soit tenu à justifier d'aucun préjudice ; mais elle est, dans ce cas, indépendante de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu, et n'y fait nul obstacle, à la charge toutefois alors de prouver le préjudice (1).

La force majeure est évidemment une excuse pour le retard comme pour l'avarie ou la perte ; les juges apprécient. On a pu considérer comme force majeure la rigueur de la saison et l'état des routes (2).

### ARTICLE 99.

Il est garant des faits du commissionnaire intermédiaire auquel il adresse les marchandises.

**471.** Le commissionnaire de marchandises, sauf convention contraire très-expresse, ne répond pas des suites de la négociation dont il a été chargé ; le commissionnaire de transport, au contraire, est tenu, non-seulement des faits du voiturier qu'il emploie, mais même de ceux du commissionnaire inter-

(1) Paris, 9 fruct. an 13 ; Metz, 16 fév. 1816 ; Rennes, 21 déc. 1824 ; Cass., 6 déc. 1814 ; Bordeaux, 4 mai 1848 (S.V.48.2.429) ; Douai, 24 mai 1837 (S.V. 38.2.60).

(2) Montpellier, 27 août 1830.

médiaire. Cette doctrine aurait pu sembler trop sévère, mais l'art. 99, tel qu'il a été rédigé, a tranché la question (1).

Le cas prévu par cet article est fréquent. L'expéditeur ne peut se plaindre que la personne à laquelle il s'est adressé ait employé un intermédiaire, du moment que ce fait ne l'exonère pas de la responsabilité qui pesait sur elle, et qu'elle ne peut prétendre qu'autorisée à se substituer quelqu'un pour l'exécution du mandat qu'elle a reçu, elle ne doit être tenue que comme un mandataire ordinaire. La responsabilité du commissionnaire cesserait dans le seul cas où l'expéditeur aurait choisi et désigné lui-même le voiturier et les agents intermédiaires, pourvu que la commission eût été scrupuleusement remplie, dans les termes où elle a été donnée.

Si le commissionnaire ne s'était chargé expressément que d'une partie du parcours, il ne répondrait plus de l'intermédiaire que comme d'un mandataire qu'il s'est substitué (2).

Ses réserves sur les deux points que nous venons d'indiquer, toutefois, devraient être extrêmement explicites : ainsi, dans une espèce dont les circonstances sont expliquées dans l'arrêt même, le commissionnaire a été condamné : « Attendu, a dit la Cour de cassation, que l'arrêt attaqué déclare qu'il résulte de la lettre de voiture formant le contrat entre Segaud et Osmont que les draps expédiés par Segaud étaient adressés à Serailles, marchand de draps à Bray-sur-Seine, par l'entremise de l'hôtel de l'Echelle à Paris, pour faire suivre à Bray par le messager ; et que *ces termes de ladite lettre* imposaient à Osmont, commissionnaire, l'obligation de faire parvenir les marchandises, non-seulement à l'hôtel de l'Echelle à Paris, mais encore au lieu de la destination, à savoir, à Bray-sur-Seine ; attendu qu'en se fondant sur cette interprétation des conventions des parties, qu'il appartenait à la Cour royale de Paris de faire, pour condamner Osmont, avec recours contre Ternières-Terral et comp., commissionnaires intermédiaires employés par lui, au paiement du prix des marchandises perdues, l'arrêt attaqué n'a point violé les art. 101, 97,

(1) Procès-verbaux, 20 janv. 1807 ; Locré, t. 17, p. 236.

(2) Paris, 3 mars 1831 (D.P.33.2.17).

98 et 99, Cod. comm., ni aucun texte de la loi ; rejette (1). » Il était parfaitement établi, dans l'espèce, que le propriétaire de l'hôtel de l'Echelle à Paris, désigné par l'expéditeur, avait reçu les marchandises expédiées par Segaud, et les avait remises à une autre personne que celle qui avait été désignée : aussi fut-il condamné par le même arrêt à répondre envers les commissionnaires de roulage de la condamnation prononcée contre eux ; il était en faute de s'être dessaisi des marchandises dont il avait été constitué dépositaire, en d'autres mains que celles de la personne indiquée pour les recevoir ; les commissionnaires, victimes de cette faute, avaient donc, en vertu de l'art. 1582, Cod. Nap., un recours contre lui à raison du préjudice qu'ils éprouvaient, mais ils n'en étaient pas moins directement tenus.

Sauf les exceptions que nous venons de prévoir et ainsi restreintes, la responsabilité du commissionnaire de roulage est donc entière et s'étend non-seulement aux intermédiaires (2), mais encore aux agents employés par eux (3). Il ne pourrait prétendre en être déchargé, en faisant connaître l'auteur immédiat du dommage déclaré responsable par jugement définitif ; il a son recours, mais il n'en est pas moins tenu envers l'expéditeur (4).

**472.** Sur l'action intentée par le chargeur contre le commissionnaire, si des actions récursoires sont formées par celui-ci contre les intermédiaires, le tribunal ne doit relaxer de l'instance aucune des personnes appelées, ni se borner à prononcer la condamnation contre le dernier intermédiaire seulement : ce serait priver l'expéditeur d'une partie des garanties que lui accorde l'art. 99, et qui peuvent être utiles dans le cas où la partie condamnée deviendrait insolvable (5).

M. Horson pense que l'art. 99 ne devrait pas être appliqué au commissionnaire qui charge un intermédiaire d'une expé-

(1) Cass., 29 déc. 1845 (S.V.46.1.230).

(2) Cass., 7 juill. 1814 ; Grenoble, 20 juin 1849 (S.V.50.2.399).

(3) Cass., 1<sup>er</sup> août 1820 ; *Id.* 29 mai 1826 ; *Id.* 29 déc. 1845 (S.V.46.1.230).

(4) Metz, 18 janv. 1815.

(5) Cass., 2 déc. 1833 (S.V.34.1.135).

dition maritime, et il croit qu'il ne serait tenu, dans ce cas, que comme un mandataire ordinaire et dans les termes du droit commun (1). Cette doctrine est combattue par MM. Persil et Croissant, qui s'appuient sur ce que la loi parle des transports par terre et par *eau*. « Nous n'avons jamais entendu soutenir, ajoutent-ils, que le terme *eau* ne pouvait pas s'appliquer à la mer (2). » La question posée à un physicien paraît peu susceptible de controverse, mais, au point de vue du Code de commerce, il est certain que toutes les règles relatives aux transports par mer procèdent de principes particuliers expliqués au livre 2<sup>e</sup>, et que, lorsqu'il est question de transports par eau au livre 1<sup>e</sup>, il s'agit exclusivement de ceux qui s'accomplissent par bateliers sur rivières : l'opinion de M. Horson nous semble donc préférable.

**473.** Les droits de l'expéditeur contre le commissionnaire intermédiaire s'évanouissent, si le commissionnaire substitué s'est valablement libéré envers le premier commissionnaire, qui est son commettant direct ; et il faut décider, avec la Cour de cassation, qu'il n'est possible d'établir aucune différence entre le paiement en espèces et le paiement par voie de compensation (3).

Le commissionnaire expéditeur se trouve en effet, à l'égard du commissionnaire intermédiaire, dans la même position que le chargeur à l'égard du premier.

Ces règles sont applicables de plein droit aux entreprises de transport par chemins de fer ; elles ne peuvent prétendre à en être affranchies sous le futile prétexte de la quantité de transports dont elles sont chargées ; toute administration de messageries qui aurait eu un personnel évidemment insuffisant eût pu alléguer la même excuse.

**474.** Une fois le propriétaire chargeur indemnisé, il peut y avoir difficulté quelquefois à savoir sur qui de tous les commissionnaires devra définitivement retomber la perte. Aucune

(1) *Quest.*, sur le *Code de comm.*, q. 34.

(2) *Comm.*, p. 149, n. 7.

(3) Cass., 18 janv. 1854 (S.V.54.4.244).

règle ne peut être donnée. C'est une question de fait abandonnée aux lumières des tribunaux (1).

La Cour de cassation toutefois a établi, en ce qui concerne les intermédiaires, des règles qu'il nous semble utile de rappeler : « Attendu, a-t-elle dit, que selon les art. 97 et 98, Cod. comm., la garantie que contracte envers l'expéditeur et le destinataire le commissionnaire qui s'engage à faire arriver la marchandise à destination a un caractère particulier qui la différencie essentiellement de la garantie que l'art. 105, Cod. comm., et l'art. 1784, Cod. Nap., imposent au voiturier ou au commissionnaire qui est *intermédiaire* entre le premier commissionnaire et le destinataire ; qu'en effet, sans distinguer si le premier commissionnaire, avant de se charger de l'envoi des marchandises que l'expéditeur lui propose, s'est ou non assuré que toutes les énonciations de la lettre de voiture sont exactes, ce commissionnaire est censé avoir reçu les marchandises en bon état, et dès lors est soumis à la pleine et entière responsabilité des avaries, sans qu'on soit obligé de prouver qu'il y a eu faute de sa part, répondant ainsi, selon la règle écrite dans l'art. 99, des commissionnaires intermédiaires comme de ses mandataires et préposés, lié qu'il est par le contrat de commission ; mais que ces derniers se succéderont presque sans interruption dans le service du transport, remplissant d'ailleurs leur mandat en expédiant au plus vite, et empêchés le plus souvent, par la célérité obligée des opérations commerciales, de s'assurer de la conformité du contenu des ballots ou caisses avec la lettre de voiture, la même présomption n'existe pas à leur égard qu'ils ont reçu les marchandises dans l'état qu'énonce cette lettre ; et dès lors, conformément au droit commun, ils n'encourent de responsabilité pour les avaries qu'autant qu'on prouve qu'elles résultent de faits à eux imputables ; attendu que l'arrêt attaqué, en restreignant la responsabilité pour les avaries au premier commissionnaire, et en refusant de l'étendre aux commissionnaires intermédiaires, par le motif qu'on ne sait auquel d'entre

---

(1) Cass., 18 avril 1831 (S.V.31.1.283); Id. 15 avril 1846 (S.V.46.1.528).

eux on doit attribuer le dommage éprouvé, loin d'avoir violé les art. 98 et 99, C. comm., en a fait au contraire une saine application; rejette (1). » Les excuses invoquées par le commissionnaire intermédiaire ne peuvent donc être toujours alléguées par le commissionnaire primitif.

**475.** Le commissionnaire intermédiaire ne doit pas être assimilé au destinataire, et on ne pourrait, en invoquant l'art. 105, C. comm., lui refuser tout recours parce qu'il a reçu sans protestation et réexpédié la marchandise qui lui a été envoyée; mais, si les juges du fond décidaient, en fait, que l'avarie provient de sa faute, cette décision serait à l'abri de toute censure de la part de la Cour de cassation (2). Dans tous les cas, l'expéditeur des marchandises ou le destinataire, suivant que la marchandise voyage aux risques de l'un ou de l'autre, peut agir directement contre le commissionnaire intermédiaire (3).

Le commissionnaire substitué, qui opère la livraison et a été déclaré responsable, a son recours contre les commissionnaires précédents, lesquels ont dû être mis en cause avec lui; lorsqu'il exerce ce recours, le défendeur n'est pas admis, pour repousser la demande, à critiquer le jugement de condamnation, et à prétendre que la partie condamnée l'a été à tort, si elle-même n'élève pas de réclamation (4).

Si le commissionnaire intermédiaire reçoit ordre direct du chargeur de suspendre tout envoi ou toute remise, il ne peut refuser d'y déférer, puisqu'il est substitué au premier commissionnaire, sauf à ne se dessaisir des marchandises qu'à bon droit (5). (V. *suprà*, n. 466.)

(1) Cass., 15 avril 1846 (S.V.46.1.528).

(2) Cass., 20 juin 1853 (S.V.53.1.647).—V. Dalloz, *Rép.*, v<sup>e</sup> *Commissionnaire*, n. 467, et l'arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 1822, qui nous paraît avoir été mal compris par cet auteur.

(3) Paris, 12 juill. 1845 (S.V.45.2.472).

(4) Cass., 20 juin 1853 (S.V.53.1.647).

(5) Cass., 13 fév. 1844 (S.V.44.1.417).

## ARTICLE 100.

La marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient, sauf son recours contre le commissionnaire et le voiturier chargé du transport.

**476.** La seule difficulté que peut soulever cet article, c'est de savoir à qui la chose appartient, du vendeur qui l'a confiée au voiturier ou commissionnaire, ou de l'acheteur qui ne l'a pas encore reçue; et le conseil d'Etat, en effet, eut à s'occuper de cette question. Quelques personnes parurent désirer que l'acheteur, quand il n'avait pas désigné le voiturier ou le commissionnaire, ne fût pas toujours et sans distinction, passible de la perte, de quelque manière qu'elle fût arrivée (1); mais ce système fut rejeté. « On ne se fait expédier les marchandises, dit M. Cretet, que pour s'éviter la peine de venir les prendre dans les magasins; or, l'acheteur qui emploie ce moyen, suit la foi du vendeur, et s'en rapporte aux soins que celui-ci prendra. S'il avait quelque crainte, il désignerait lui-même le commissionnaire par lequel l'envoi lui en serait fait; il stipulerait que la livraison lui serait faite à son domicile. Quand il néglige ces précautions, il est réputé avoir mis les marchandises entre les mains du vendeur et s'en être chargé à l'instant même. Pourquoi convertir l'exception en droit commun, lorsqu'il est permis à chacun de se la ménager par une stipulation particulière » (2)?

Ces principes prévalurent et doivent servir à expliquer l'article. Toutefois, ils ne pourraient faire obstacle à une exception élevée par l'acheteur, s'il y avait faute lourde de la part de l'expéditeur, et à plus forte raison, dol.

Il ne faut pas, en outre, perdre de vue que l'article dit, en termes exprès, qu'il peut y avoir convention contraire.

(1) Procès-verbaux, 20 janv. 1807, MM. Lacuée et Berlier; Locré, t. 17, p. 237.

(2) *Id.* p. 238.

Nous reviendrons avec plus de détails sur les difficultés que peut soulever cet article dans le commentaire de l'art. 109. (V. *infra*, n° 570).

### ARTICLE 101.

La lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, ou entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier.

### ARTICLE 102.

La lettre de voiture doit être datée. — Elle doit exprimer — la nature et le poids ou la contenance des objets à transporter, — le délai dans lequel le transport doit être effectué. — Elle indique — le nom et le domicile du commissionnaire par l'entremise duquel le transport s'opère, s'il y en a un, — le nom de celui à qui la marchandise est adressée, — le nom et le domicile du voiturier. — Elle énonce — le prix de la voiture, — l'indemnité due pour cause de retard. — Elle est signée par l'expéditeur ou le commissionnaire. — Elle présente en marge les marques et numéros des objets à transporter. — La lettre de voiture est copiée par le commissionnaire sur un registre coté et parafé, sans intervalle et de suite.

**477.** L'art. 102 a donné lieu à quelques discussions au sein du conseil d'État; en le rapprochant de l'article précédent, qui appelle la lettre de voiture un contrat, on aurait pu croire que l'omission de quelques énonciations déterminées par la loi aurait donné le droit à l'une des parties de soutenir qu'elle n'était pas engagée. Cette interprétation rigoureuse n'a pas été admise par le conseil d'État; elle eût été en opposition avec les usages universellement suivis par le commerce; et si la loi est entrée dans des détails qui sembleraient mieux placés

dans un règlement que dans un Code, c'est pour déferer au désir exprimé par les Chambres de commerce et sans vouloir attacher la peine de nullité à une omission qui pourra être appréciée selon les circonstances, et, s'il y a faute, donner lieu à des dommages-intérêts (1).

« Quoiqu'il n'y ait pas une de ces énonciations qui n'ait son utilité, dit M. Pardessus, il ne s'ensuit pas qu'on doive refuser d'ajouter foi à la lettre de voiture qui ne les contiendrait pas toutes, dès qu'il n'en résulterait pas l'impossibilité de connaître les choses à transporter et les conditions essentielles du transport, ou dès qu'elles pourraient être suppléées, soit par l'usage, soit par une expertise » (2). Les énonciations contenues dans l'art. 102 ne sont donc pas substantielles.

Toutefois, on peut dire, sans l'admettre cependant comme un principe absolu, qu'il ne doit point être reçu de preuve contre les énonciations de la lettre de voiture, ni exigé du voiturier plus ou autre chose que ce qu'indique cette lettre (3), et si la lettre de voiture a été signée des deux parties, ce qui n'a pas toujours lieu ; si un double en a été remis à l'expéditeur, il semble qu'il serait mal venu à réclamer : il ne pourrait pas refuser d'accomplir, en outre, les conditions qui seraient à sa charge.

**478.** L'existence même d'une lettre de voiture n'est pas nécessaire pour obliger le voiturier à rendre les objets qui lui ont été confiés, pas plus que l'inscription sur le livre-journal dont parle l'art. 96 (*suprà*, n° 461). En effet, ainsi que l'a dit la Cour de Metz : « Il n'est point nécessaire qu'il intervienne un acte par écrit entre l'expéditeur et le commissionnaire pour constater la remise des effets et marchandises destinés à être transportés ; l'art. 96, C. comm., veut seulement que le commissionnaire inscrive sur un livre-journal la déclaration de la nature des objets, de leur quantité et, s'il en est requis, de

(1) Procès-verbaux, 20 janv. 1807 ; Locré, t. 47, p. 239 et 240.

(2) *Droit comm.*, n. 539 ; Persil et Croissant, sur l'art. 102, n. 4, p. 155 ;

Cass., 14 févr., 2 mai et 21 juin 1854 (S.V.54.4.249, 647 et 790).

(3) Dalloz, v° *Comm.*, n. 317 ; Pardessus, n. 539 ; Persil et Croissant, n. 2,

p. 156.

leur valeur. Cette inscription, étant le fait du commissionnaire, fait sans doute preuve contre lui, mais ne fait pas de même preuve contre l'expéditeur. Cette inscription peut être inexacte; le commissionnaire peut encore avoir omis de la faire (1). »

Les entreprises de roulage sont les seules qui aient pour habitude de dresser des lettres de voitures; le contrat n'en existe pas moins, et les mêmes règles doivent être appliquées, quand il s'agit de toute autre entreprise de transport: « Pour former un contrat entre le voiturier et l'expéditeur, dit un arrêt de la Cour de Nîmes, une lettre de voiture n'est pas absolument nécessaire. Ainsi, lorsqu'un expéditeur remet des marchandises à un entrepreneur de diligences, pour être transportées dans un lieu désigné, cet entrepreneur contracte l'obligation de faire arriver lesdites marchandises à leur destination dans le délai ordinaire que met une diligence pour arriver à cette destination » (2).

La preuve de la remise, dans ce cas, pourra être faite par tous les moyens, même la preuve testimoniale (3). Nous ne pensons pas qu'aucune distinction soit à faire pour le cas où l'expéditeur ne serait pas commerçant, ni que l'on doive limiter la preuve testimoniale au cas où la valeur des objets est au-dessous de 150 fr. (4).

A défaut de lettre de voiture qui puisse constater dans quel état ont été remis les objets, dont le voiturier ne nie pas avoir été chargé, ou qu'on prouve lui avoir été confiés, la présomption est que ces objets étaient en bon état; il était maître, en effet, de ne pas s'en charger sans lettre de voiture ou de refuser celle qui aurait contenu des énonciations inexactes. Le voiturier doit donc vérifier si la description des colis est exacte. Si l'identité des objets est établie, une différence dans la marque n'aura d'importance dans aucun cas. « Employer les moyens nécessaires pour arriver à la constatation, ce serait,

(1) Metz, 47 juin 1819; Pardessus, n. 540.

(2) Nîmes, 11 août 1831, et Cass., 3 août 1835 (S.V.35.4.817).

(3) Cass., 18 juin 1833 (S.V.33.4.705).

(4) Duranton, t. 13, n. 314, et t. 17, n. 342; Duvergier, *Louage*, n. 324.

dit la Cour de cassation, non détruire, mais expliquer la lettre de voiture » (1).

**479.** La lettre de voiture, contenant une obligation bilatérale et étant un acte sous seing privé, il semblerait naturel d'admettre, dans le silence de la loi, qu'elle doit être faite en double original, conformément à l'art. 1525, C. Nap.; mais il faut bien convenir que la question présenterait peu d'intérêt; quand on aura fait décider en justice que la lettre de voiture est nulle, la convention entre l'expéditeur et le voiturier n'en conserve pas moins toute sa force; et la preuve des contrats commerciaux pouvant être faite par tous les moyens, cette preuve sera complète par la production de la lettre de voiture signée des deux parties, quelle que soit, du reste, sa valeur en tant qu'acte.

Dans l'usage, il n'est pas rare qu'elle soit faite en double original; mais souvent aussi on ne délivre au voiturier qu'une copie, et l'original, appelé *bonne lettre de voiture*, reste à l'expéditeur.

L'usage commercial, qu'aucun texte ne contredit et qu'aprouvent tous les auteurs, assimile la lettre de voiture au connaissance, et permet, conformément à l'art. 281, C. comm., qu'elle soit à ordre, au porteur ou à personne dénommée. Le voiturier est, dans tous les cas, valablement déchargé en livrant les marchandises au porteur régulier de la lettre de voiture.

**480.** Entre les mains du voiturier, cette lettre de voiture forme un titre de créance; mais la simple détention de cet acte remis par le voiturier à la personne qui lui aurait fait des avances, n'autoriserait pas le porteur à en toucher le montant, et ne constituerait pas, en sa faveur, un privilége pour le recouvrement des sommes prêtées par lui (2). « Le privilége n'existerait, disent MM. Persil et Croissant, qu'autant que toutes les formalités exigées par la loi pour la validité du contrat, de gage ou de nantissement, auraient reçu un entier accomplissement (3). »

(1) Cass., 3 sept. 1806 : Pardessus, n. 539; Persil et Croissant, p. 156, n. 3.

(2) Horson, q. 35.

(3) Comm., etc., p. 169, n. 13.

Si le voiturier veut, non constituer un gage, mais faire un transport valable à l'égard des tiers, de la créance que représente pour lui la lettre de voiture, nous croyons également qu'il doit se conformer aux règles du Code Napoléon, applicables tout aussi bien pour le transport que pour le gage (1).

### SECTION III.

#### *Du Voiturier.*

#### ARTICLE 103.

Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter, hors les cas de la force majeure.— Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure.

#### ARTICLE 104.

Si, par l'effet de la force majeure, le transport n'est pas effectué dans le délai convenu, il n'y a pas lieu à indemnité contre le voiturier pour cause de retard.

481. V. le commentaire des art. 97 et 98, n. 462 et suiv.

#### ARTICLE 105.

La réception des objets transportés et le paiement du prix de la voiture éteignent toute action contre le voiturier.

482. La loi exige pour la décharge entière du voiturier que les deux conditions qu'elle a fixées soient l'une et l'autre remplies ; la réception, sans le paiement du prix, n'éteint

(1) *Contra*, Persil et Croissant, p. 173.

drait pas l'action (1), et le voiturier n'est pas fondé à exiger ce paiement, avant la double vérification, non-seulement de l'extérieur des colis, mais encore de la marchandise qu'ils contiennent ; les chemins de fer ne peuvent prétendre à un privilége à cet égard, quelque embarras qui puisse en résulter pour eux, à cause de la multiplicité des transports dont ils sont chargés (2). Mais si le destinataire a reçu les objets, et payé le prix du transport, il est censé avoir reconnu qu'il n'avait aucune prétention à éléver. La présomption est *juris et de jure* et ne permet pas la preuve contraire : toute action, selon l'expression de la loi, est éteinte.

Ces questions, dont la jurisprudence et les auteurs ont eu à s'occuper, ne soulèvent plus aujourd'hui aucune difficulté (3).

Aucune distinction n'est à faire entre le cas où le destinataire a reçu les objets dans ses magasins, ou en a disposé, après qu'ils ont été déchargés sur un quai ou dans un entrepôt en son nom (4).

Ces règles peuvent être invoquées contre les individus non commerçants et particulièrement contre les voyageurs accompagnant leurs effets, dont ils ont pris livraison et payé le transport (5).

**485.** Aucun doute ne peut s'élever que le paiement doit s'entendre de celui qui a suivi la réception ; l'art. 105 ne peut plus être invoqué, si les frais de transport ont été acquittés d'avance au lieu du départ (6).

La disposition cesse également d'être applicable, si les objets reçus ne sont pas ceux qui devaient être livrés, et l'action ne serait pas éteinte contre celui à qui la substitution doit être imputée : la condition essentielle, pour qu'il y ait livraison, c'est que les marchandises soient arrivées à leur destination (7).

(1) Aix, 25 mars 1854 (S.V.54.2.725).

(2) Bourges, 4<sup>er</sup> avril 1854 (S.V.54.2.592).

(3) Cass., 21 janv. 1807; *Id.* 2 août 1842 et 24 juill. 1850 (S.V.42.1.723 et 50.4.783); Locré, t. 1, p. 582; Pardessus, n. 547.

(4) Pardessus, n. 547.

(5) Paris, 27 août 1847 (S.V.47.2.511).

(6) *Id.*

(7) Paris, 18 déc. 1830.

Ces règles ne peuvent plus être suivies, à plus forte raison, s'il y avait dol ou fraude ; dans ce cas, la réception et le paiement ne s'opposent nullement à l'action du destinataire (1). Il a suffi, pour motiver cette exception, que le voiturier eût dissimulé un accident arrivé en cours de voyage, que l'état extérieur du colis ne permettait pas de découvrir (2).

Mais les faits de fraude ou d'infidélité forment-ils également un empêchement à ce que le voiturier invoque l'art. 105, dans le cas où ils ne peuvent lui être personnellement imputés? MM. Persil et Croissant pensent que tout recours est perdu contre le voiturier étranger à la fraude, à dater de la réception et du paiement (3) ; cette question doit se représenter sous l'art. 108, nous nous en occuperons à ce moment (*infra*, n° 491).

**484.** A un autre point de vue que celui que nous avons examiné jusqu'ici, la livraison des marchandises ne peut établir en faveur du destinataire une preuve ni une présomption même du paiement fait par lui des frais de transport ; cette preuve ne peut résulter que de la représentation de la lettre de voiture acquittée ; ou de la quittance à lui donnée par le voiturier ou le commissionnaire de roulage (4) ; ou de toute autre circonstance indépendante de la simple livraison.

Il ne peut y avoir aucun embarras pour décider que cet article est spécial aux rapports des commissionnaires de roulage et des voituriers avec le destinataire : s'il y a discussion entre le vendeur et l'acheteur, il va de soi que ces dispositions n'ont plus d'application possible (5).

(1) Bordeaux, 10 avril 1834 (S.V.34.2.430) ; Cass., 18 avril 1848 (S.V.48.1.399).

(2) Cass., 5 avril 1824.

(3) *Comm.*, p. 220, n. 4.

(4) Cass., 20 juin 1834 (D.P.34.4.298).

(5) Pardessus, n. 282 ; Delamarre et Lepoitvin, t. 4, n. 193 ; Horson, q. 31 et 38 ; Persil et Croissant, p. 225, n. 1 ; Cass., 4 nov. 1845 (S.V.46.1.425) ; Caen, 19 août 1846 ; Douai, 23 janv. 1847 (S.V.47.2.349 et 390).

**ARTICLE 106.**

En cas de refus ou contestation pour la réception des objets transportés, leur état est vérifié et constaté par des experts nommés par le président du tribunal de commerce, ou, à son défaut, par le juge de paix, et par ordonnance au pied d'une requête. — Le dépôt ou séquestre, et ensuite le transport dans un dépôt public, peut en être ordonné. — La vente peut en être ordonnée en faveur du voiturier, jusqu'à concurrence du prix de la voiture.

**485.** Cet article règle la marche à suivre par le voiturier s'il y a refus ou contestation de la part du destinataire; les frais restent à la charge de la partie qui succombe.

Le refus éprouvé par le voiturier ne l'autorise pas à remettre l'objet qui lui a été confié à tout autre qu'au destinataire; sa responsabilité ne peut être couverte qu'en se conformant à l'art. 106 (1).

Lorsque le destinataire ne peut être trouvé, cette circonstance doit être assimilée au cas prévu par l'art. 106; si le voiturier veut se décharger de toute responsabilité, il doit consigner dans un dépôt public ou se conformer à l'art. 106 (2). Le commissionnaire de transport doit donner avis à l'expéditeur et suivre ses instructions.

La vente des objets transportés autorisée par le dernier § de l'art. 106 ne pourrait être ordonnée, bien entendu, si le refus ou la contestation étaient fondés sur une faute imputée au voiturier; il faudrait attendre, dans ce cas, que la contestation eût été préalablement vidée, et le voiturier déchargé de toute responsabilité.

Le voiturier a un privilége sur la chose transportée pour le prix du transport; l'art. 106 le lui garantit; et il est également consacré par le Code Napoléon, art. 2102, § 6. Ce privilége

(1) Cass., 15 avril 1846 (D.P.46.1.440).

(2) Cass., 25 avril 1837 (J.P.37.2.429).

n'est-il, comme l'enseignent quelques auteurs, qu'un droit de rétention qui s'évanouit lorsque le voiturier est dessaisi (1) ? Nous ne le pensons pas. Pour toutes les avances que le voiturier ou le commissionnaire de roulage auraient faites, ils seraient l'un et l'autre assimilés aux commissionnaires en général, qui perdent en effet leur privilége quand ils se dessaisissent ; les art. 93 et 95 sont positifs ; mais en ce qui concerne spécialement le prix de la voiture et les dépenses accessoires, les textes décident le contraire : « Il ne perd pas son privilége, dit M. Pardessus, par le seul fait qu'il se serait dessaisi, pourvu qu'il agisse pour la conservation de son droit dans le bref délai que l'usage détermine selon la nature des choses transportées (2). » Toutefois, comme le droit de suite n'existe pas sur les meubles, les marchandises vendues et livrées seraient affranchies entre les mains du nouveau propriétaire d'une semblable charge.

Mais une autre question peut s'élever, le privilége s'étend-il aux sommes qui seraient dues au voiturier pour frais de transports précédents ? Cette opinion embrassée par la Cour de Bourges n'a pas été tranchée par l'arrêt de rejet de la Cour de cassation (3) ; mais elle ne nous semble pas pouvoir être admise. Rien dans les textes n'autorise cette extension et ne justifierait le privilége indéfini et sans limite accordé ainsi au voiturier ; sa créance est favorable quand elle s'applique à l'objet même transporté, dont elle a augmenté la valeur ; en dehors de ces termes, elle n'est plus qu'une créance ordinaire (4).

**486.** L'art. 106, au reste, paraît surtout écrit pour tracer les formalités que doit remplir le destinataire qui a reçu les objets et n'en a point payé le prix, s'il croit devoir intenter une action contre le voiturier. Il n'établit aucun délai fatal pour l'exécution des formalités qu'il ordonne, et l'expertise même,

(1) Massé, t. 6, n. 476 ; Maleville, t. 4, p. 250 ; Delvincourt, t. 3, p. 442 ; Zacharie, t. 2, § 261.

(2) *Droit comm.*, n. 4205 ; Troplong, *Priv. et Hypoth.*, n. 207 ; Duranton, n. 434 ; Persil et Croissant, p. 234, n. 6 ; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 417 ; Bravard-Veyrières, p. 172.

(3) Bourges, 13 juin 1817, et Cass., 28 juill. 1819.

(4) Dalloz, Rép., v° *Commissionnaires*, n. 460 ; Persil et Croissant, p. 235, n. 7.

suivant le mode qu'il a réglé, n'est indispensable que pour déterminer la quotité des dommages-intérêts ; mais les avaries, la perte ou les soustractions peuvent être constatées par tout autre moyen : « Considérant, dit un arrêt de la Cour de cassation, que le procès-verbal du 25 août, quoiqu'il ne soit pas conforme à ce que prescrit l'art. 106, Cod. comm., suffit du moins pour constater que Vernaut a protesté contre le mauvais état des effets qui lui étaient adressés ; et que comme l'arrêt attaqué constate, d'ailleurs, qu'il n'a pas payé le prix du transport, il suit qu'on ne peut lui opposer la fin de non-recevoir résultant de l'art. 105 ; qu'on ne peut lui opposer, non plus, d'avoir contrevenu à l'art. 106, puisque le 20 septembre, il a fait constater l'état des avaries et des soustractions, dont il se plaint, par un procès-verbal rédigé dans la forme prescrite par cet article ; enfin ce procès-verbal n'est pas nul, pour n'avoir été dressé que plusieurs jours après l'arrivée des effets, puisque l'art. 106 ne fixe pas le délai dans lequel il doit être procédé à la rédaction de cet acte (1). »

Le premier procès-verbal destiné à constater le fait matériel du mauvais état des marchandises et du déficit avait été dressé dans l'espèce par le maire, un commissionnaire de roulage et trois chargeurs de la douane ; le juge de paix, un commissaire de police, selon les circonstances, pourrait le constater également, sauf à se conformer plus tard à la marche tracée par l'art. 106, quand il s'agit de faire fixer judiciairement les indemnités qui sont dues (2).

Les termes de l'art. 106 ne sont pas du tout exclusifs du droit qui appartient au destinataire de vérifier le contenu des colis, alors même qu'ils se trouvent dans un bon état de conditionnement extérieur ; et s'il résulte de cette vérification qu'il a des raisons de refuser les colis et de contester, c'est alors seulement qu'il y a nécessité de recourir aux formes de procéder indiquées par cet article (3).

Mais si le destinataire reçoit sans réserves et sans protesta-

(1) Cass., 18 avril 1831 (S.V.31.1.283).

(2) Cass., 2 août 1842 (D.P.42.1.327) ; Lyon, 21 août 1838 (D.P.39.2.157).

(3) Cass., 27 déc. 1854 (S.V.55.1.261).

tions, et ne fait pas constater l'avarie d'une manière régulière et par l'entremise d'un représentant de l'autorité locale, il sera inévitablement repoussé; il ne pourrait se prévaloir, par exemple, pour se soustraire à l'application de l'art. 105, d'une déclaration du patron du navire qui a transporté les objets, ni de celle de témoins qui ont assisté au débarquement (1).

Nous répétons une observation faite déjà précédemment (*suprà*, n° 484); c'est que l'art. 106, pas plus que l'art. 105, ne peut être invoqué dans une contestation entre le vendeur et l'acheteur; il est spécial, comme celui qui le précède, aux rapports du voiturier avec le destinataire.

### ARTICLE 107.

Les dispositions contenues dans le présent titre sont communes aux maîtres de bateaux, entrepreneurs de diligences et voitures publiques.

**487.** Nous avons eu soin de rappeler, à diverses reprises, le principe que cet article consacre d'une manière expresse, et d'ajouter, en outre, que les dispositions du titre 6, C. comm., doivent être étendues, sans aucune modification, aux entreprises de chemins de fer, qui tendent de plus en plus à remplacer tous les autres modes de transport. Nous n'avons donc rien à ajouter à ce que nous avons déjà dit sur ce point.

### ARTICLE 108.

Toutes actions contre le commissionnaire et le voiturier, à raison de la perte ou de l'avarie des marchandises, sont prescrites, après six mois, pour les expéditions faites dans l'intérieur de la France, et après un an, pour celles faites à l'étranger; le tout à

(1) Bordeaux, 10 janv. 1826.

compter, pour les cas de perte, du jour où le transport des marchandises aurait dû être effectué, et pour les cas d'avarie, du jour où la remise des marchandises aura été faite, sans préjudice des cas de fraude ou d'infidélité.

Avaries, 488.

Défaut d'envoi, 490.

Dépositaire, 489.

Fautes, 489.

Fraudes, 494.

Infidélité, 494.

Intermédiaire, 494, 492.

Interrupt. de prescript. 492.]

Mandataire, 489.

Perte, 489.

Prescription, 488.

Voyageur, 493.

**488.** Cet article est écrit en faveur des voituriers ; il a pour effet d'abréger à leur profit les délais de la prescription , lesquels, d'après le droit commun, devraient être de trente ans ; aucune réclamation ne peut leur être adressée après l'expiration des termes fixés par l'art. 108 : ils se trouvent complètement déchargés. Il est donc d'une importance extrême pour les acheteurs destinataires, aux risques de qui les marchandises voyagent, de ne pas rester dans l'inaction quand les envois, qui leur ont été annoncés, ne leur parviennent pas dans les délais déterminés.

Les destinataires, en cas d'avarie, doivent faire constater l'état des marchandises immédiatement ou, tout au moins, dans un court délai. Quant à la perte, la preuve en résulte de la non remise au jour où les marchandises devaient être livrées ; la seule chose à prouver est le fait du chargement, mais, d'un autre côté, le destinataire ne pourrait pas prétendre, contrairement au texte même de l'art. 108, que la prescription ne doit courir que du jour où il aurait fait constater cette perte, et non pas du jour où le transport devait être effectué : « toute autre interprétation de cet article, dit la Cour de cassation, rendrait illusoire la faveur que le législateur a voulu accorder à une branche de commerce aussi importante (1). »

**489.** Les marchandises pour le destinataire doivent donc être considérées comme perdues, du moment qu'il ne les a pas reçues au jour où le transport devait être effectué ; il peut, à partir

(1) Cass., 8 mars 1819 (D.P.19.1.303).

de ce moment, intenter son action ; mais s'il laisse écouler le délai fatal de six mois, il ne pourra se plaindre que le voiturier invoque la disposition écrite en sa faveur pour repousser son action, soit que les marchandises aient été complètement perdues, soit qu'elles n'aient été qu'égarées par suite d'une fausse direction qui leur a été donnée, ou d'une confusion faite avec d'autres colis (1) ; cette circonstance ne peut être invoquée ni par le voiturier actionné dans les délais pour refuser l'indemnité à laquelle il est tenu, ni par le destinataire, pour prétendre que la prescription n'a pas couru du jour où il devait être mis en possession des marchandises : ce serait méconnaître l'esprit et fausser le texte de l'art. 108, C. comm., qu'admettre une distinction entre les marchandises qui ne seraient qu'égarées et celles qui sont tout à fait perdues.

Mais si l'erreur du voiturier est compliquée de fautes qui peuvent lui être imputées comme mandataire ou dépositaire, la prescription de six mois ne s'appliquera plus à la responsabilité encourue en cette qualité nouvelle, que n'excluait pas sa mission comme voiturier. Ainsi la destination d'un envoi de vins est changée par un ordre de la police, et le commissionnaire de roulage n'en donne pas avis à qui de droit : la Cour de cassation décide que le commissionnaire de roulage a pu être condamné « comme responsable du dommage résultant du défaut d'avis » (2). Ainsi encore, un entrepreneur de messageries se dessaisit d'un paquet qui lui a été confié, le remet à quelqu'un n'ayant aucune qualité pour le recevoir et qui en abuse contre le destinataire légitime : il a été condamné dans ce cas par application des dispositions relatives au dépositaire (3).

**490.** Il n'est sans doute pas possible que l'art. 108 puisse être entendu dans un autre sens que celui que lui donnait Regnaud de Saint-Jean-d'Angély : « La prescription établie par cet article, disait-il, ne fait pas cesser la responsabilité par défaut d'envoi, mais seulement la responsabilité pour pertes

(1) Cass., 6 déc. 1830 et 18 juin 1838 (S.V.38.1.635); Colmar, 10 juill. 1832 (S.V.33.2.20).

(2) Cass., 8 déc. 1814.

(3) Nîmes, 20 fév. 1828.

et avaries » (1). Le voiturier ou le commissionnaire ne peuvent donc en aucun cas, si la chose qui leur a été confiée est encore entre leurs mains, ou s'ils ne justifient pas qu'elle a été expédiée, invoquer la prescription de six mois; ils ne sont plus libérés que par la prescription trentenaire (2).

**491.** L'art. 108 a excepté expressément les cas de fraude et d'infidélité : « Dans ce cas, dit M. Pardessus, l'action se prescrirait seulement par le même délai que les crimes ou délits (3) » (Art. 655 à 643, C. instr. crim); et, par suite, s'il y a eu condamnation civile portée par l'arrêt, la prescription trentenaire serait seule applicable (Art. 642, C. instr. crim.).

Mais si l'infidélité a été commise par un intermédiaire, le commissionnaire peut-il invoquer la prescription de six mois? M. Dalloz se prononce pour la négative, si les intermédiaires sont les agents, les propres préposés du commissionnaire principal; et pour l'affirmative, dans le cas contraire (4). La Cour de cassation a adopté cette doctrine (5).

On a dit, à l'appui de cette distinction, que le Code de commerce n'a pas prévu le cas de délit, et n'a pas voulu, en ce qui concerne les faits punissables par la loi pénale, rien innover aux règles existantes. En vertu de l'art. 1584 du Code Napoléon, le commissionnaire est bien responsable du dommage résultant des délits de ses préposés; mais si les principes généraux de la loi civile peuvent seuls être invoqués dans le silence de la loi commerciale, quand il s'agit des commissionnaires intermédiaires, dont le Code Napoléon n'a pas parlé, la règle enseignée par M. Dalloz devrait être suivie.

Si la loi commerciale était muette, en effet, nous adopterions cet avis; mais l'art. 108, nous l'avons dit, contient une réserve expresse pour le cas de fraude ou d'infidélité.

Dans l'espèce jugée par la Cour de cassation, des marchandises parties de Lyon pour le Havre, au lieu d'être remises

(1) Procès-verbaux, 20 janv. 1807; Locré, t. 47, p. 240.

(2) Metz, 25 janv. 1821; Montpellier, 27 avril 1830 (S.V.31.2.99); Cass., 24 janv. 1839 (S.V.39.1.489); Dalloz, Rép., v° *Commissionnaires*, n. 493.

(3) *Droit comm.*, n. 547.

(4) V° *Commissionnaire*, n. 493.

(5) Cass., 29 mai 1826.

directement au destinataire par le voiturier, avaient été, par celui-ci, laissées au pouvoir de deux déchargeurs de voitures, qui ne les livrèrent qu'après en avoir soustrait une partie. Aucune trace extérieure n'apparaissant de ce délit, le destinataire réexpédia les colis pour New-York ; il aurait pu tout aussi bien les envoyer en Chine. Ce ne fut qu'arrivées à leur destination dernière, que les caisses furent ouvertes, et l'infidélité, constatée ; mais plus de six mois s'étaient écoulés depuis le jour où elles avaient dû être livrées au Havre par le commissionnaire de roulage, et il eût été matériellement impossible à l'homme le plus diligent, le plus soigneux, d'intenter une action en temps utile, si l'art. 108 doit être appliqué en semblable circonstance.

Quant à nous, nous croyons que lorsque la loi a introduit une aussi exorbitante exception que la prescription semestrielle, ce ne peut être pour protéger, en aucun cas, la fraude et le vol. Pour nous, ou la fraude a été commise par une personne complètement étrangère au commissionnaire et à ceux qu'il s'est substitué, sans qu'aucune faute, aucune négligence puisse lui être imputée, et alors le bénéfice de la prescription lui est inutile pour repousser une action qui n'a jamais pu l'atteindre ; ou la fraude a été commise par une personne dont il devait répondre, soit parce qu'elle était son préposé direct, soit parce qu'elle était un intermédiaire qu'il s'était substitué, et alors la circonstance du dol ne lui permet plus d'invoquer la disposition exceptionnelle de l'art. 108.

Il faut dire également qu'il ne peut invoquer la disposition de l'art. 105 ; la solution ne doit pas être différente (1).

**492.** Le commissionnaire ou entrepreneur est garant, ainsi que nous avons eu occasion de le dire, du commissionnaire intermédiaire à qui il s'adresse, et du voiturier qu'il emploie ; mais il a son recours contre eux s'il est poursuivi. La disposition beaucoup trop concise de la loi fait naître une question fort grave : l'assignation donnée par l'expéditeur au commissionnaire et qui interrompt la prescription à son égard a-t-elle le même effet quant au commissionnaire intermédiaire ? S'ils

---

(1) Cass., 5 avril 1824 ; Bordeaux, 10 avril 1834 (S.V.34.2.430).

étaient solidaires, la question ne pourrait s'élever; mais la loi n'a pas établi cette solidarité, et quoiqu'en matière commerciale, l'opinion commune ici la repousse. Faut-il dire alors que le commissionnaire actionné dans les délais a un nouveau délai de six mois, à partir du jour de l'assignation, pour appeler en garantie le commissionnaire intermédiaire? La Cour de Rennes a embrassé cette opinion (1); mais s'il y a plusieurs intermédiaires, les délais peuvent se prolonger à l'infini; et l'intermédiaire, sans qu'aucun texte justifie une pareille exception, sera complètement déchu du bénéfice que l'art. 108 a voulu accorder à tous les commissionnaires de roulage. Le texte comme l'esprit de la loi sont formellement violés.

Veut-on fixer à l'égard du commissionnaire intermédiaire un délai plus court? Lequel prendre et quel texte invoquer? Si l'on rejette cette opinion, le commissionnaire assigné par l'expéditeur le dernier jour du délai est dans l'impuissance absolue d'agir en temps utile contre le commissionnaire intermédiaire, et perd un recours qui semble équitable. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation: « Ces dispositions prises dans l'intérêt du commerce, dit-elle, n'admettent pas que ce délai soit prorogé pour le cas où des agents intermédiaires qui se seraient substitués au premier commissionnaire ne seraient plus à temps d'exercer des recours entre eux; cette modification, qui n'a pas été faite par la loi, ne peut être supplée par les juges» (2). C'est aux commissionnaires à prendre leurs précautions et à se faire justifier par leurs correspondants que la remise a été effectuée.

Les art. 175 et 176, Cod. proc. civ., s'ils pouvaient être appliqués dans ce cas, concilieraient tous les intérêts.

Les règles sont les mêmes, et l'art. 108 peut être également invoqué par le commissionnaire intermédiaire et par le voiturier, que l'action soit dirigée contre eux par le commissionnaire principal ou bien par le propriétaire des marchandises expéditeur (3).

(1) Rennes, 14 sept. 1819.

(2) Cass., 6 déc. 1830 (S.V.31.1.35).

(3) Cass., 18 juin 1827.

**493.** On a élevé la question de savoir si l'art. 108 ne concerne que les négociants qui expédient des marchandises relatives à leur commerce, et non le simple particulier, quant à ses effets, lequel aurait *le droit*, disait le tribunal de Nancy, *de les réclamer quand il le juge à propos*. Cette doctrine a été consacrée par la Cour de cassation (1). Nous ne pouvons nous ranger à cette opinion: « Quand il s'agit, dit M. Dalloz, d'un transport effectué par un commissionnaire ou voiturier qui se livre habituellement à cette industrie, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas invoquer l'art. 108 contre l'expéditeur, qu'il soit ou non commerçant et sans distinguer entre le cas où l'objet transporté est le résultat d'un acte de commerce et le cas où cet objet n'a rien de commercial.... Si l'on veut pénétrer dans la pensée de la loi, on reconnaîtra bien vite qu'elle a eu un but général, celui de ne pas laisser les entrepreneurs de transport exposés pendant trente ans aux actions qui pourraient être dirigées contre eux pour un nombre infini d'objets dont le transport leur aurait été confié. Si tel est, comme on ne saurait en douter, le motif de l'art. 108, C. comm., il n'est guère possible de limiter sa disposition et de le restreindre aux transports de commerce, car ce motif s'appliquerait évidemment à toute espèce de transports. Cette interprétation, au surplus, a l'avantage de coordonner les dispositions du décret du 13 août 1810 avec l'art. 108. Lorsqu'on a deux lois à interpréter, il est mieux de chercher à les concilier plutôt que de supposer qu'elles se contredisent » (2).

Cette prescription ayant été introduite dans l'intérêt exclusif des commissionnaires, nous ne pouvons, dans le silence de la loi, établir une distinction contraire à l'esprit et au texte. Le mot *marchandises*, dont s'est servi l'article, nous semble tout à fait insuffisant pour justifier une règle différente, et d'ailleurs, comme le fait observer M. Dalloz, considérés dans leurs rap-

(1) Cass., 4 juill. 1816; Troplong, *Louage*, n. 928; Zachariæ, t. 3, p. 380, § 373.

(2) Dalloz, *Rép.*, v<sup>e</sup> *Commissionnaire*, n. 504. — Sic, Pardessus, n. 554; Persil et Croissant, p. 267, n. 4; Duvergier, *Louage*, n. 322; Devilleneuve et Carrette, *Coll. nouv.*, 6.2.294; Rennes, 20 juill. 1820; Id. 25 mars 1852 (S.V. 52.2.174).



ports avec l'industrie du commissionnaire ou du voiturier, tous les objets ne sont-ils pas des marchandises ? Le décret du 15 août 1810, rappelé par M. Dalloz, nous semble, en outre, une interprétation législative que l'on ne peut repousser ; l'art. 1<sup>er</sup> règle la manière dont seront vendus, par voie d'en-chères publiques, tous les objets confiés à une entreprise pour être transportés et qui n'auront pas été réclamés dans le délai de six mois, à compter du jour de leur arrivée au lieu de destination ; les termes sont aussi généraux que possible et comprennent, « *les ballots, caisses, malles, paquets et tous autres objets.* »

FIN DU TOME PREMIER.

